IUS ET VERITAS

ARBITRAJE: PERSPECTIVAS ACTUALES EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS



72

EDICIÓN SETENTA Y DOS

veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et v

ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

s et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

Prohibida su reproducción total o parcial sin autorización de la Asociación IUS ET VERITAS.

IUS ET VERITAS



Créditos

Copyright© 2010 por la Asociación IUS ET VERITAS
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 99-4255
Carátula hecha por Comisión de Imagen Institucional
Diagramación realizada por Lluly Palomino Vergara

La Revista se terminó de diagramar en Agosto de 2026

La presente edición de IUS ET VERITAS es una revista arbitrada, gestionada y editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. De esta forma, el Equipo Editorial de IUS ET VERITAS publica artículos de investigación jurídica, los cuales son sometidos a un procedimiento de revisión por pares a doble ciego.

IUS ET VERITAS es una revista miembro del Consejo Latinoamericano de Publicaciones Jurídicas Estudiantiles (COLAPEJ).

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en SCOPUS, constituyéndose como la primera Revista gestionada por estudiantes de Derecho del Perú en indexarse a la base de datos de la editorial Elsevier.

La Revista IUS ET VERITAS está oficialmente indexada en el Catálogo de LATINDEX 1.0 y 2.0. Nuestros altos estándares de calidad están acreditados en el Sistema Regional de Información para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en Dialnet, portal de la Universidad de La Rioja, uno de los mayores portales bibliográficos de difusión de literatura científica a nivel internacional.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en CLASE - Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, base de datos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en VLEX, portal jurídico en español con ediciones en Argentina, Ecuador, España, Chile, Perú y Venezuela. Brinda información en más de 130 países en todas las áreas del Derecho.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en EBSCO, base de datos publicada por la empresa Ebsco Information Services.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra indexada en (REDIB) Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico, la cual es una plataforma de agregación de contenidos científicos y académicos en formato electrónico producidos en el ámbito iberoamericano.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra agregada en el catálogo (ALICIA) Acceso Libre a Información Científica para la Innovación del Concytec.

La Revista IUS ET VERITAS se encuentra adherida a la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV) de FLASCO Argentina.

Oficina de IUS ET VERITAS ubicada en Av. Universitaria 1801, San Miguel, Lima.
Segundo piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Teléfono: 626-2000 anexo 5392 // Telefax: 626-2464
Correo electrónico: publicaciones@iusetveritas.com
Dirección electrónica: http://iusetveritas.com

Los interesados en colaborar con IUS ET VERITAS mediante sugerencias, comentarios o con la remisión de artículos pueden enviar un correo electrónico a publicaciones@iusetveritas.com

La Asociación IUS ET VERITAS y el Equipo Editorial de la Revista no se solidarizan necesariamente con las opiniones vertidas por los autores.

A mis hermanos, Dayiro y Andree,
y a mi Comisión de Publicaciones.
A Dayiro y Andree: esta edición se llevó muchas de nuestras tardes;
por eso quise guardarles un lugar entre estas páginas. Los quiero mucho.

A mi Comisión de Publicaciones, gracias por poner tantas horas
y tanto corazón en esta edición.

Sayury Gonzales

Equipo editorial

Editora General:

Briyith Sayury Gonzales Delgado,Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
sayury.gonzales@pucp.edu.pe

Equipo Editorial:

Erick Robert Barrenechea Aguedo, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
barrenechea.e@pucp.edu.pe
Oriana Jetzubely Catacora Catari, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
oriana.catacora@pucp.edu.pe
Hillary Bersa Ariana Vinces Vallenas, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
hillary.vinces@pucp.edu.pe
Carol Analucía Gonzales Galvez, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
a20230492@pucp.edu.pe
Mylen Leticia Quintana Peralta, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
m.quintana@pucp.edu.pe
José Luis Huamani Palomino, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú).
jlhuamani@pucp.edu.pe

Coordinador General

Fernando Cantuarias Salaverry, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
fcantuar@gmail.com

Comité Editorial

María del Carmen Boldó Rosa, Universitat Jaume I (Castellón de la Plana, España)
boldo@uji.es
Enrique Varsi Rospigliosi, Universidad de Lima (Lima, Perú)
evarsi@ulima.edu.pe
Eugenia Silvia Ariano Deho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
eariano@pucp.edu.pe
Milay Burgos Matamoros, Universidad Nacional Autónoma de México (Ciudad de México, México)
mburgosm@derecho.unam.mx
Mônia Clarissa Hennig, Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Brasil)
moniah@unisc.br
Guillermo Boza Pró, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
boza.g@pucp.edu.pe
Jaime Pintos Santiago, Universidad a Distancia de Madrid (Madrid, España)
jaime.pintos@udima.es
José Ugaz Sánchez-Moreno, Benites, Vargas y Ugaz Abogados (Lima, Perú)
jugaz@bvu.pe

Comité Científico

Roberto Romboli, Università di Pisa (Toscana, Italia)
roberto.romboli@unipi.it
Francesco Parisi, University of Minnesota (Minnesota, Estados Unidos)
parisi@umn.edu
Kathrin Nitschmann, Hochschule Trier (Trier, Alemania)
k.nitschmann@umwelt-campus.de
Richard Epstein, University of Chicago (Illinois, Estados Unidos)
repstein@uchicago.edu
Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid (Madrid, España)
jorge.agudo@uam.es
Miluska Orbegoso Silva, Universidad de la Américas Puebla (Puebla, México)
miluska.orbegoso@udlap.mx
William Kovacic, George Washington University (Washington, Estados Unidos)
wkovacic@law.gwu.edu
Giovanni Priori Posada, Estudio Miranda & Amado (Lima, Perú)
gpriori@mafirma.com.pe
Marianella Ledesma, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)
mledesma@pucp.pe

Índice

Artículos

Sección Principal

Libertad procedimental y las buenas prácticas arbitrales del *soft law*
Procedural freedom and the best practices of soft law
Fernando Cantuarias Salaverry **12**

El árbitro aumentado en el Arbitraje Comercial Internacional 5.0: ¿De la *lex* mercatoria a la *lex* algorítmica en la transformación del *soft law* arbitral?
The augmented arbitrator in International Commercial Arbitration 5.0: Is arbitral soft law evolving from lex mercatoria to lex algorithmica?
Marta Gonzalo Quiroga **44**

Derecho sustantivo, *lex* mercatoria y *soft law* como bases del arbitraje comercial internacional: ¿Triángulo isósceles, escalenos o equilátero?
Substantive law, lex mercatoria and soft law as the foundations of international commercial arbitration: Is it an isosceles, scalene or equilateral triangle?
Alfredo Ferrante **71**

Régimen de responsabilidad civil generada con ocasión de la inteligencia artificial en el arbitraje
Civil liability regime arising from the use of artificial intelligence in arbitration
Diana Correa Ángel **96**

El futuro del arbitraje deportivo en Europa, después del caso Seraing
The Future of Sports Arbitration in Europe after the Seraing Case **122**
Roque J. Caivano

La influencia de la Ley peruana de Arbitraje en la nueva Ley paraguaya de Arbitraje
The Influence of the Peruvian Arbitration Act on Paraguay's New Arbitration Law **130**
Natalia M. Ceballos Ríos

¿Nulidad por motivación defectuosa?
Una crítica a la práctica judicial peruana de anular laudos por defectos en la motivación
Nullity Due to Defective Rationale?
A Critique of the Peruvian Judicial Practice of Annulling Awards Due to Defects in the Reasoning
Francisco González de Cossío **144**

Internacionalización del incumplimiento contractual en el arbitraje de inversiones: hacia una teoría de interferencia estructural del Estado
On the internationalization of contractual breach in investment arbitration: toward a theory of structural state interference
Maria Fernanda Vásquez Palma **152**

La arbitrabilidad de las controversias contractuales con el Estado en la Argentina
The arbitrability of contractual disputes with the State in Argentina
Julio César Rivera (h) **173**

Arbitraje de emergencia: bases teóricas y diseño procedimental en los reglamentos arbitrales peruanos
Emergency arbitration: theoretical foundations and procedural framework in Peruvian institutional arbitration rules
Héctor Campos-García **184**

Decisiones sumarias en el arbitraje internacional
Summary dispositions in international arbitration **210**
Santiago Talero Rueda

Crónica de una Madurez Anunciada: el triunfo del precedente en el Arbitraje Deportivo
Chronicle of Maturity Foretold: the triumph of precedent in Sports Arbitration
Cecilia O'Neill de la Fuente **223**
Andrea Chumpitaz Ortiz

Arbitrajes comerciales paralelos y sucesivos bajo derecho peruano: ¿son las medidas anti-arbitraje una solución?
Parallel and Successive commercial arbitrations under peruvian law: are anti-arbitration injunctions a solution?
Rodrigo Hesse Martínez **241**

Transición energética y arbitraje de inversiones: tensiones estructurales entre protección internacional y acción climática estatal
Energy transition and investment arbitrage: structural tensions between international protection and state climate action
Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas
Lidia Alexandra Gallardo Vera **262**

Entre la Elevación y la Soberanía: la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión y la jurisprudencia arbitral del CIADI
Between Elevation and Sovereignty: The Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties and ICSID Arbitral Case Law
Ricardo Vásquez Urra **284**

Artificial Intelligence, Arbitration and the Global South: Addressing Algorithmic Asymmetries in Global Dispute Resolution
Inteligencia artificial, arbitraje y el Sur Global: abordando las asimetrías algorítmicas en la resolución internacional de controversias
Daniel Brantes Ferreira
Elizaveta A. Gromova **298**

Los precedentes en el arbitraje: ¿Vincula la jurisprudencia judicial, constitucional y arbitral?
Legal precedents in arbitration: Are judicial, constitutional, and arbitral precedents binding?
Raffo Velásquez **315**

Un paso más en la resolución de conflictos familiares en España: una apuesta por los Juzgados multipuertas
One Step Further in the Resolution of Family Conflicts in Spain: A Commitment to Multi-Door Courthouses
Marta Blanco Carrasco **334**

Las razones del laudo: el estándar comparado sobre el deber de motivar en el arbitraje
The reasons for the award: the comparative standard on the duty to provide reasons in arbitration
Mario Reggiardo Saavedra
Andrea Palacios Zárate **350**

Amparo y arbitraje: nuevos problemas y críticas normativas
Amparo and arbitration: new problems and normative criticism
Augusto Dannon Alva **373**

Arbitraje de inversión en el sector minero: tendencias, tensiones y casos emblemáticos
Invesment arbitration in the Mining sector: trends, tensions and landmark cases
Sebastián Balvin Montalván **395**

Sección general

Acerca de la comunicación pública incidental de obras protegidas por el Derecho de Autor
Communication to the public and incidental use of a work protected by copyright **420**
Moisés Rejanovinschi Talledo

et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius e

ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et v

et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et verit

Consejo Directivo

Director Ejecutivo:	Daniel Alejandro Hernández Lévano
Directora de Publicaciones:	Briyith Sayury Gonzales Delgado
Directora de Imagen Institucional:	Samira Marisol Requejo Pinedo
Director de Cursos:	Fabrizzio Xavier Alcántara Ramos
Director de Financiamiento:	Nicole Alexandra Ramírez Gutierrez
Directora de IUS 360:	Alejandra Narrea Quevedo
Directora de Recursos Humanos:	Lucero Magda Paniora Sanchez
Director de Eventos:	Percy Zahir Rojas Rafaile
Director de Investigación Académica:	Sofía Coaguila Otálora
Director de Gestión Institucional:	Robert Alexander Puican Rios
Directora de Siembra:	Yamile Milagros Antón San Miguel
Director de Podcast y Multimedia:	Jheimy Yamir Amengual Cheng

Publicaciones

Briyith Sayury Gonzales Delgado	Erick Robert Barrenechea Aguedo
Hillary Bersa Ariana Vinces Vallenas	Carol Analucía Gonzales Galvez
Sol Marcela Haylli Atayupanqui Aguilar	José Luis Huamani Palomino

Cursos

Fabrizzio Xavier Alcántara Ramos	Adriana Robles Montoya
Alessandra Isabel Asmat Berrio	Antonio Guillermo Paredes Galdo
Rodrigo Alejandro Calderón Flores	Aida Edda Walqui Portocarrero
Angie Santiago Encarnación	

Eventos

Julissa Flora Aguirre Valenzuela	Belén Sol Rubí Mori Contreras
Fabiana Marvely Virrueta Vázquez	Roslyn Robert Inga Chaupis
Jimena Cristel Camones Barreto	Percy Zahir Rojas Rafaile
Leonardo Llanque Tinta	

Financiamiento

Nicole Alexandra Ramírez Gutierrez	Juan Miguel Pasache Sosa
Mauricio Meza Espinar	Genesis Chinchay Muñoz

Gestión Institucional

Robert Alexander Puican Rios	Bianca Bell Apaza Velásquez
Melisa Christina Flores Rubio	Diego Alfonso Pintado Aguilar
Andrea Luciana Kobashigawa Oliver	

Imagen Institucional

Alexandra Hernández Borjas	Sabrina Candy Sánchez Triveño
Samira Requejo Pinedo	

Investigación Académica

Sofía Coaguila Otálora	Mónica Lucía Hernández Lévano
Maria Jose Castillo Botton	Wilmer Jeanpier Rabanal Chávez
Andrea Isabel Gutierrez Sosa	

IUS 360

Fabiana Daniela Rojas Oré	Lucía de Fátima Jiménez Cárdenas
Lourdes Fiorella Siesquén Abad	Micaela Mas Quezada
Annie Karol Dionicio Asto	Danial Shahgholi Flores
Camila Andrea Soria Panta	Sebastián Sandoval Allca

Podcast y Multimedia

Jheimy Yamir Amengual Cheng	Alexia Samantha Castillo Acuña
Cristina Cisneros Aguedo	Mariana Camila Oroya Perez

Recursos Humanos

Lucero Magda Paniora Sanchez	Carla Tatiana Céspedes Barriga
Maria Alejandra Parra Guzmán	Juan Franco Quispe Osorio

Desarrollo Social – Siembra

Yamile Milagros Antón San Miguel	Claudia Campana Chavez
Claudia Sofía Quevedo Morales	Heidy Carolina Ylizarbe Altamirano
Grecia Patricia Paredes Rodríguez	Luz Alejandra Flores Salazar
Tilsa Angélica Salas Sotomayor	

et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius

ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et

et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veri

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.001

Libertad procedimental y las buenas prácticas arbitrales del *soft law*(*)

Procedural freedom and the best practices of soft law

Fernando Cantuarias Salaverry(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo analiza uno de los temas más relevantes del Arbitraje: la libertad procedimental y probatoria y su relación directa con el *Soft Law*, entendido como las buenas prácticas arbitrales. Se trata de un tema relevante en el Perú, ya que la inmensa mayoría de "expertos en arbitraje" locales apelan al Código Procesal Civil, lo que perjudica significativamente la práctica del arbitraje.

Palabras clave: Convención de Nueva York de 1958 - Ley Peruana de Arbitraje - Libertad Procedimental - Buenas Practicas Arbitrales - Derecho Arbitral - Perú

Abstract: This article analyzes one of the most relevant topics in Arbitration, which is procedural and evidentiary freedom and its direct relationship with Soft Law (Best Practices). It is a particularly significant issue in Peru, since the vast majority of local 'arbitration experts' resort to the Civil Procedure Code, which significantly undermines the practice of arbitration.

Keywords: New York Convention of 1958 – Peruvian Arbitration Law - Procedural Freedom - Best Practices of Soft Law - Arbitration Law - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de febrero de 2026 y su publicación fue aprobada el 27 de mayo de 2026.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Ex decano de las facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. A la fecha, ha participado en más de 550 tribunales arbitrales en el Perú y en el extranjero. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017-2024), del Board of Reporters del Institute of Transnacional Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro de varios Comités Ad Hoc del CIADI. Autor de la Ley General de Arbitraje peruana de 1996 y coautor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008. Autor del Libro "Arbitraje Comercial y de las Inversiones" (UPC, 2007) y de más de 90 artículos (Blog: Fernandocantuarias.com). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3208-2907. Correo electrónico: fcantuar@gmail.com.

1. Introducción

Desde que impulsé la aprobación de la Ley General de Arbitraje allá por el año 1995 y hasta la fecha (luego de transcurrido más de 30 años), sigo escuchando a muchos colegas peruanos, autodenominados muchos de ellos "expertos en arbitraje o árbitros especializados", que el Arbitraje es lo mismo que el Poder Judicial, solo que el Arbitraje sería "más flexible".

Como es lo mismo (aunque "más flexible"), estos "expertos" al no encontrar respuestas a sus dudas procesales en la Ley de Arbitraje, "suplen" lo que muchos de ellos consideran "vacíos o lagunas" de la Ley de Arbitraje, aplicando lo único que conocen: el Código Procesal Civil.

Obviamente, nuestra Ley de Arbitraje no tiene vacío o laguna alguna. Esta norma no establece -como **sí** lo hace el Código Procesal Civil- reglas específicas imperativas para el desarrollo de un arbitraje, porque, en cambio, lo que postula es la absoluta libertad de las partes y, en su defecto, de los árbitros, para moldear dichas reglas caso por caso.

Es importante que, aun cuando han transcurrido más de 30 años en los que se supone hemos arbitrado en el Perú conforme a un marco legal moderno, los operadores del arbitraje entendamos, por fin, que la libertad procedimental no es una invención de nuestra Ley, sino que se trata de una postura mundial, nacida en primer lugar en la Convención de Nueva York de 1958 y luego consolidada en las más de 100 leyes de arbitraje que han hecho suya la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI).

Y esa libertad procedimental reclama a los que afirmamos llamarnos "expertos en arbitraje" o "árbitros", que entendamos que la manera de ejercer esa libertad no es apelando a códigos procesales civiles, sino al inmenso desarrollo de lo que se conoce como buenas prácticas del arbitraje nacidas del *soft law*.

En este trabajo, busco cubrir todas estas bases. Espero que lo logre.

2. Libertad procedimental vs. la observancia de la ley de la sede del arbitraje: antecedentes y adopción de la Convención de Nueva York de 1958

Van den Berg (1981, p. 6) explica que, culminada la Primera Guerra Mundial, el uso cada vez más extendido del arbitraje a nivel mundial, aun cuando la mayoría de las legislaciones nacionales y sus cortes eran poco amigables a su práctica, motivó que la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en la ciudad de París, promoviera ante la Liga de Naciones la adopción de dos tratados internacionales: (i) el Protocolo sobre Cláusulas Arbitrales, aprobado en Ginebra el 24 de setiembre de 1923(1); y (ii) la Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, adoptaba en Ginebra el 24 de setiembre de 1927(2).

Si bien como explica el mencionado experto, ambos tratados significaron una mejora para la práctica del arbitraje, infortunadamente no fueron efectivos(3), debido a una serie de problemas, uno de los cuales destaca para este trabajo: la exigencia de que el procedimiento arbitral debía realizarse de conformidad con la ley de la sede del arbitraje (Van den Berg, 1981, p. 7).

En efecto, el Protocolo de 1923 disponía sobre este particular lo siguiente: "2) El procedimiento de arbitraje, incluso la constitución del Tribunal Arbitral, se regirá por la voluntad de las partes y por la ley del país en cuyo territorio tenga lugar el arbitraje". Y, por su parte, la Convención de 1927 disponía en su artículo 1:

> En los territorios dependientes de una de las altas partes contratantes, a los cuales se aplique la presente convención, se reconocerá la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un acuerdo (llamado en lo sucesivo "Acuerdo de someterse a arbitraje") relativo a las diferencias actuales o futuras previstas en el protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923, y la ejecución de dicha sentencia se llevará a efecto conforme a las reglas de procedimiento seguidos en el territorio donde la sentencia se invoque, cuando dicha sentencia haya sido dictada en un territorio dependiente de una de las altas partes contratantes al cual se aplique la presente convención y entre personas sometidas a la jurisdicción de una de las altas partes contratantes.

(1) Para observar el Protocolo sobre Cláusulas Arbitrales, *véase* el texto completo en: https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/7/67_doc-1-e-ac-42-2.pdf

(2) El texto completo de la Convención se puede hallar en: https://www.dipublico.org/11396/convencion-para-la-ejecucion-de-las-sentencias-arbitrales-extranjeras-ginebra-24-de-septiembre-de-1927/

(3) Además, fueron ratificados por muy pocos estados. En efecto, el Protocolo de 1923 fue ratificado por 33 estados y la Convención de 1927 por 27 estados.

> Para obtener dicho reconocimiento o dicha ejecución, será necesario, además: (…) c) que la sentencia haya sido pronunciada por el tribunal arbitral previsto en el acuerdo de someterse a arbitraje, o constituido por acuerdo de las partes y conforme a las reglas del derecho aplicable al procedimiento de arbitraje (…).

Van den Berg (1981, p. 7) identifica que fue justamente por esta doble exigencia que el arbitraje se lleve a cabo conforme al pacto de las partes y, además, de acuerdo con la ley del lugar del arbitraje, lo que una vez más motivó a la Cámara de Comercio Internacional (CCI) a proponer en el año 1953 al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) un nuevo tratado que, entre otros, estableciera que los arbitrajes no se encuentran gobernados por ninguna ley nacional.

En efecto, esta postura de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es destacada en el Reporte y Proyecto Preliminar de la Convención, adoptada por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional el 13 de marzo de 1953[4]:

> Criticizing the Convention's main defect, which consists in the enforcement of only those awards that are strictly in accordance with the rules of procedure laid down in the law of the country where the arbitration took place - consequently, national awards only - the ICC considered that there could be no progress without full recognition of the conception of international awards.

Sin embargo, en el mencionado Reporte si bien se destacó la propuesta de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como una que se corresponde a las necesidades económicas, se afirmó que lo cierto es que cualquier laudo, incluido uno internacional, requiere estar atado a una legislación nacional en particular, aunque seguidamente se reconoció que ese laudo debería ser reconocido y ejecutado por todos los estados de la misma manera:

> In actual fact, the idea of an international award, i.e. an award completely independent of national laws, corresponds precisely to an economic requirement. It is certain that a commercial agreement between the parties, even for international transactions, will always be linked tip with a given national system of law. Nevertheless, the fact that an award settling a dispute arising in connection with this agreement will produce its effects in different countries, makes it essential that it should be enforced in all these countries in the same way [Énfasis agregado]. The development of international trade depends on this.

Con esta finalidad en mente, el Comité propuso el siguiente texto aplicable al tema que nos ocupa:

> ART. III. - To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, it will be necessary:(…)b) that the composition of the arbitral authority and the arbitral procedure shall have been in accordance with the agreement of the parties or, failing agreement between the parties in this respect, in accordance with the law of the country where arbitration took place.

La propuesta del Comité de Arbitraje Comercial Internacional mereció la opinión de los gobiernos de los siguientes estados: Grecia, la India, Líbano, Luxemburgo, Filipinas, Suecia y Yugoslavia[5]. Todos estos estados opinaron acerca de la conveniencia de que se apruebe un nuevo instrumento internacional que reemplace el Protocolo y la Convención de Ginebra antes aludidos. Sin embargo, en lo que se refiere al tema del presente trabajo, fue Luxemburgo quien se pronunció acerca de la propuesta original de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), destacando que la voluntad de las partes no debía estar separada de la aplicación de una ley que regulara dicha conducta. Por su parte, Suecia fue de la opinión de que la propuesta del Comité debería ser revisada.

El Comité de Arbitraje Comercial Internacional volvió a reunirse. En la Primera Sesión de 3 de marzo de 1955, el delegado del Reino Unido sometió a consideración un texto sustitutorio al presentado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), proponiendo que el procedimiento arbitral se regule por la ley de la sede del arbitraje (apoyado por Australia, Egipto y la India). Esto mereció la oposición de los representantes de Dinamarca, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Bélgica y Suecia[6]. Durante la Quinta Sesión también celebrada el 3 de marzo de 1955 y en la Sétima Sesión sostenida el 7 de marzo de 1955, los mencionados representantes mantuvieron

(4) El texto completo del Reporte y Proyecto Preliminar de la Convención se encuentra en: https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/9/69_doc-3-1953.pdf

(5) Al respecto, *véase "*Comentarios recibidos de los gobiernos sobre el proyecto de Convenio relativo a la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales [E/AC.42/1]", de las Naciones Unidas (1955). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/7/1/71_doc-6-e-ac-42-1.pdf

(6) *Véase* "Reuniones del Comité en Nueva York [E/AC.42/SR.4]", de las Naciones Unidas (1955). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/1/119_doc-e-ac-42-sr-4.pdf

sus respectivas posiciones[7]. En la Treceava Sesión de 15 de marzo de 1955, se aprobó un Proyecto Preliminar de la Convención, en cuya parte pertinente a este trabajo, se propuso el siguiente texto[8]:

> Article IV
> Without prejudice to the provisions of Article III, recognition and enforcement of the award may only be refused if the competent authority in the country where recognition of enforcement is sought, is satisfied:
> (…)
> (g) That either the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties to the extent that such agreement was lawful in the country where the arbitration took place, or, failing such agreement between the parties in this respect, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place (…).

Entre enero y julio de 1956[9], se recibieron más opiniones por parte de los representantes de Suecia, Egipto, Grecia, Holanda[10], Reino Unido (conforme con el nuevo artículo) Hungría, Noruega y Yugoslavia, como de la Cámara de Comercio de los Estados Unidos y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado. Únicamente el Reino Unido se pronunció acerca del artículo IV(g) de la nueva propuesta, manifestando su opinión a favor.

El 6 de marzo de 1958, el Secretario General del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) emitió unos Comentarios acerca del Proyecto de Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros[11], destacando, en lo que importa a este trabajo, que el proyecto bajo análisis podría implicar la frustración del reconocimiento de un laudo que podría haber sido emitido luego de un procedimiento conforme al acuerdo de las partes, pero que pudiera diferir en cuestiones menores o insignificantes de la ley de la sede del arbitraje.

Seguidamente, las Naciones Unidas convocó a la Conferencia sobre Arbitraje Comercial Internacional, que se desarrolló entre el 20 de mayo y el 10 de junio de 1958, con la participación de representantes de 45 estados[12].

Durante el desarrollo de la Undécima Sesión de la Conferencia[13], celebrada el 27 de mayo de 1958, justamente frente a la preocupación expresada por el Secretario General de la Conferencia, el representante de Holanda informó que había presentado un texto sustitutorio que, para efectos de este trabajo, consistió en lo siguiente:

> Article IV:Recognition and enforcement of the award may only be refused if
> (…)
> (c) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the written agreement of the parties or, failing such agreement, with the applicable law[14].

Esta propuesta fue apoyada por Francia, Italia, Suiza y la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Además, mereció el acuerdo para considerarlo en las discusiones futuras.

Seguidamente, se plantearon tres textos sustitutorios al de Holanda.

---

(7) Para mayor detalle sobre sus declaraciones, *véase* lo siguientes textos de las Naciones Unidas "Reuniones del Comité en Nueva York [E/AC.42/SR.5]" https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/1/115_doc-7-e-ac-42-sr-5.pdf y "Reuniones del Comité en Nueva York [E/AC.42/SR.7]", (1955); https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/1/117_doc-7-e-ac-42-sr-7.pdf

(8) Al respecto, *véase* "Informe del Comité, por el que se recomienda un proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de los Laudos Arbitrales Extranjeros [E/AC.42/4/Rev.1]", de las Naciones Unidas (1955). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/2/122_doc-8-e-ac-42-4-rev-1.pdf

(9) Para mayor información, *véanse* los documentos complementarios del "Recognition and Eforcement of Foreign Arbitral Awards", de las Naciones Unidas (1956), hallados en E/2822/Add.1, E/2022/Add. 2, E/2822/Add. 3, E/2822/Add. 4, E/2822/Add. 5 y E/2822/Add. 6.

(10) Holanda también apoyó la nueva propuesta del Comité, de acuerdo con "Comentarios de los gobiernos sobre el proyecto de Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras [E/CONF.26/3/Add]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/3/134_doc-16-e-conf-26-3-add-1.pdf

(11) Al respecto, *véase* "Comentarios sobre el proyecto de Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras [E/CONF .26/2.]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/3/132_doc-14-e-conf-26-2.pdf

(12) El registro de las sesiones de la Conferencia, como de las enmiendas propuestas por los estados participantes en ella que se citarán seguidamente, se ubican en: https://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/conference+1958 y https://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/conference+1958+proposed+amendments

(13) Al respecto, *véase* "Acta resumida de la 11.ª sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional [E/CONF.26/SR.11]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/5/1/51_e-conf-26-sr11.pdf

(14) Para mayor desarrollo, *véase* "Netherlands: amendments to Articles 3, 4, 5 [E/CONF.26/L.17]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/6/161_e-conf-26-l17.pdf

Francia propuso un texto que, sin alejarse del de Holanda, hacía referencia a la ley de la sede del arbitraje y eliminaba la exigencia de que el acuerdo de las partes tuviera que ser por escrito:

> (c) The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement between the parties in this respect, with the law of the country where the arbitration took place(15).

Por su parte, la República Federal de Alemania propuso el siguiente texto, parecido al anterior en cuanto a la no exigencia de que el acuerdo de las partes sea por escrito, pero también similar al texto holandés, en cuanto a la referencia a la ley aplicable:

> (c) That the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement between the parties in this respect, was not in accordance with the applicable law(16).

Por último, Yugoslavia propuso un texto que volvía a proponer aquello que fue acordado el 15 de marzo de 1955, cuando se aprobó el Proyecto Preliminar de la Convención:

> 1. Replace article IV (c) of the Netherlands amendment by the following text:
> the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties in so far as that Agreement was lawful in the country where the arbitration took place, or, failing such agreement between the parties in these matters, in so far as the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place(17).

Días después, Francia, la República Federal de Alemania y Holanda propusieron en conjunto el siguiente texto(18), que luego fue hecho suyo por el Grupo de Trabajo de la Convención(19):

> (c) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place".

Durante el desarrollo de la Décima Sétima Sesión de la Conferencia(20), celebrada el 3 de junio de 1958, el delegado de Turquía insistió en que se debería adoptar el texto propuesto por Yugoslavia. El delegado de Italia, por su parte, afirmó su entendimiento de que el texto propuesto por el Grupo de Trabajo de la Convención no debía interpretarse en el sentido de que las partes podrían acordar reglas de procedimiento sin considerar el derecho nacional aplicable. A continuación, el delegado de Turquía consideró que la propuesta bajo debate (el acuerdo de las partes por sobre la ley) no sería aceptable. En cambio, el delegado de Argentina apoyó la propuesta del Grupo de Trabajo de la Convención, destacando que la alternativa propuesta por Yugoslavia complicaría el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo, al exigir la examinación de la validez del procedimiento arbitral acordado por las partes. Luego de este debate, se acordó no aceptar la enmienda propuesta por Yugoslavia y, a continuación, se aprobó el siguiente texto:

> Text of Articles III, IV and V of the draft Convention as adopted by the Conference at its 17th meeting
> (…)
> ARTICLE IV
> 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought proof that:
> (…)
> (d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place(21).

(15) Para mayor desarrollo, *véase* "France: Amendment to Article 4 as proposed by the Netherlands (E/CONF.26/L.17) [E/CONF.26/L.32]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/7/177_e-conf-26-l32.pdf

(16) Para mayor desarrollo, *véase* ""Federal Republic of Germany: amendments to articles III to V of the draft Convention [E/CONF.26/L.34]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/180_e-conf-26-l34.pdf

(17) Para mayor desarrollo, *véase* "Yugoslavia: amendment to the Netherlands amendment to Article 4 (E/CONF.26/L.17) [E/CONF.26/L.39]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/186_e-conf-26-l39.pdf

(18) Para mayor desarrollo, *véase* "France, Federal Republic of Germany and Netherlands: amendment to Articles 3, 4 and 5 [E/CONF.26/L.40]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/187_e-conf-26-l40.pdf

(19) Para mayor desarrollo, *véase* "Consideration of the draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda): Text of Articles III, IV and V of the draft Convention proposed by the Working Party for adoption by the Conference [E/CONF.26/L.43]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/9/191_e-conf-26-l43.pdf

(20) Para mayor información, *véase* "Summary Record of the Seventeenth Meeting [E/CONF.26/SR.17]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/5/7/57_e-conf-26-sr17.pdf

(21) Para mayor desarrollo, *véase* "Texto de los artículos III, IV y V del proyecto de Convención aprobados por la Conferencia en su 17a sesión [E/CONF.26/L.48]", de las Naciones Unidas (1958) https://docs.un.org/es/E/CONF.26/L.48

En la Vigésima Cuarta Sesión de la Conferencia[22], celebrada el 10 de junio de 1958, el artículo IV fue convertido en artículo V y fue aprobado en su integridad por 31 votos a favor, 2 en contra y 4 abstenciones. Por último, el íntegro del Convenio sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocido como la Convención de Nueva York de 1958, fue aprobado por 35 votos a favor y 4 abstenciones y se firmó en la Vigésima Quinta Sesión[23], celebrada el mismo 10 de junio de 1958.

La Convención de Nueva York de 1958 es probablemente uno de los tratados más exitosos en vigor y, sin duda, el principal instrumento internacional para la promoción del arbitraje en el mundo[24]. Es tal su importancia y relevancia, que el juez británico Lord Mustill lo considera como el pacto internacional más eficaz en toda la historia del derecho comercial (1989, p. 49) y Born afirma que se trata de una suerte de constitución del arbitraje comercial internacional (2014, p. 99).

En lo que es objeto de este trabajo, si bien el registro de las sesiones de la Conferencia no permite identificar con precisión los argumentos de los representantes de los estados participantes respecto a las razones que finalmente llevaron a la adopción del artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958, es claro que existieron dos posiciones: Una que postulaba que cualquier acuerdo de las partes acerca del procedimiento arbitral, necesariamente debía ajustarse a la ley de la sede del arbitraje y otra que, de manera opuesta, postulaba la preeminencia del acuerdo de las partes frente a la ley de la sede del arbitraje, postura esta última que fue mayoritariamente acogida en el texto de la Convención de Nueva York de 1958.

En ese sentido, como bien ha reconocido el Secretario General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en un Reporte acerca del estudio de la aplicación e interpretación de la Convención de Nueva York de 1958[25] (1979, p. 38), al referirse al artículo V(1)(d) de este Tratado, indicó que:

> This provision implements the principle of the freedom of the parties in respect of the (…) arbitral procedure primarily by the rules agreed upon by the parties and only then by the law of the place of arbitration if the parties have not exercised their freedom in regulating the procedural point at issue.

Por tanto, como bien señala Van den Berg:

> (…) as far as the enforcement proceedings in another Contracting State are concerned, if the parties have made an agreement regarding the (…) arbitral procedure, the arbitration law of the country where the arbitration took place has not, according to Article V(l)(d), to be taken into account. The latter provision is an improvement in comparison with the Geneva Convention of 1927 which required as a condition for the enforcement of an award in another Contracting State that the constitution of the tribunal and the arbitral procedure had always to be in conformity with the law of the place of arbitration (1981, p. 8).

Esta postura, como nuevamente explica este experto, se debe a que:

> Ground (d) can be deemed to be the result of the desire of the drafters of the Convention to reduce the role of the law of the country where the arbitration took place in the enforcement proceedings in other Contracting States (Van den Berg, 1981, p. 323).

Esta norma constituye un expreso reconocimiento de la primacía de la voluntad y de la libertad de las partes para la determinación de las reglas del procedimiento que se aplicarán a cada arbitraje en concreto y, además, el entendimiento de que las legislaciones nacionales que regulen el arbitraje deberían tener un rol secundario en la determinación de estos temas (Gaillard y Savage, 1999, p. 125).

Se trata, pues, de una norma de la mayor trascendencia, porque reconoce expresamente en cabeza de las partes la determinación de las reglas procedimentales que regularán cada uno de los arbitrajes (Lew y Mistelis, 2003, p. 523).

Sin embargo, como se verificará seguidamente, su impacto es, por sí solo, limitado.

(22) Para una mayor profundización, *véase* "Summary Record of the Twenty-Fourth Meeting [E/CONF.26/SR.24]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/4/64_e-conf-26-sr24.pdf

(23) Para mayor información, *véase* "Summary Record of the Twenty-Fifth Meeting [E/CONF.26/SR.25]", de las Naciones Unidas (1958). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/5/65_e-conf-26-sr25.pdf

(24) Al 24 de febrero de 2026, 172 estados forman parte de la Convención de Nueva York de 1958, como aparece en: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

(25) Para mayor información, *véase "*Report of the Secretary-General: study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) [A/CN.9/168]*"*, de las Naciones Unidas (1979). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/8/9/89_sessions-1979-a-cn-9-168.pdf

3. Limitado impacto de lo dispuesto en el artículo v(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958

3.1. El artículo v(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958 solo aplica cuando se pide el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero

La Convención de Nueva York de 1958 esencialmente aplica al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros (Van den Berg, 1986, p. 198).

En efecto, la primera parte del artículo I(1) del Tratado dispone lo siguiente:

> La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

Este Tratado apela al factor de conexión "territorio", ya que considera "extranjero" a todo laudo dictado en un país distinto a aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, sin importar ningún otro factor de conexión (Craig, Park y Paulsson, 1990, p. 660; Leahy y Orentlicher, 1985, pp. 19-20) y, en principio, como bien puntualiza Fernández Rozas: "(…) posee (…) un carácter universal en el sentido de que se aplica a las sentencias arbitrales procedentes de 'todos' los países con independencia de que éstos sean o no, a su vez, partes del Convenio" (1991, p. 25)[26].

Por tanto, únicamente cuando una parte apele a la Convención de Nueva York de 1958 buscando el reconocimiento y la ejecución de un laudo emitido en un estado "x" en un estado "y", se activará el reconocimiento de la libertad procedimental dispuesta en el artículo V(1)(d) de este Tratado. Ello es así, ya que, como bien explica Van den Berg: "As in the country of origin the Convention is not applicable, the principle of Article V(I) (d) does not apply in that country" (1981, p. 326).

3.2. Exigencia de que existe un acuerdo de las partes

El artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958 exige que las partes acuerden las reglas aplicables al procedimiento arbitral y, si no lo hacen, o lo hacen solo de manera parcial, el procedimiento arbitral deberá regularse por lo que disponga la ley del estado donde se efectuará el arbitraje (la sede del arbitraje) (Van den Berg, 1981, p. 330).

Nacimiento (2010, p. 283) explica que dicho acuerdo puede ser expreso o indirectamente, referido a la aplicación, por ejemplo, de algún reglamento de arbitraje de alguna institución arbitral en particular, en cuyo caso las normas allí contenidas se consideran parte del acuerdo de las partes (Van den Berg, 1981, p. 323).

Como bien identifica Van den Berg, bajo este esquema, la ley de arbitraje de la sede juega dos roles:

> The role of the law of the country where the arbitration took place for the (…) arbitral procedure under Article V(1) (d) can be divided into a subsidiary and a complementary role. The role is subsidiary if the parties have provided nothing in respect of these matters: in that case only is the law of the place of arbitration to be taken into account. The role is complementary for those aspects not provided for by the parties in their agreement: in these cases, the law of the place of arbitration can fill the lacunae in the agreement of the parties (1981, p. 325).

Por tanto, si las partes no han pactado regla alguna aplicable a su arbitraje, a efectos del reconocimiento y ejecución del laudo, el arbitraje deberá haberse llevado adelante conforme a las disposiciones de la ley de la sede del arbitraje. Y, si las partes han pactado reglas, pero estas no comprenden todo lo necesario acerca del procedimiento arbitral, las normas de la ley de la sede del arbitraje serán aplicadas de manera complementaria y, por tanto, deberán ser observadas por ellas.

Así, aun cuando este inciso del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 reconoce expresamente libertad de las partes para establecer las normas aplicables a su procedimiento arbitral, igual las normas de la ley de la sede del arbitraje pueden resultar relevantes.

3.3. Debido proceso[27] y orden público

El artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 establece las siguientes dos causales a efectos de que un laudo extranjero pueda no ser reconocido y ejecutado:

(26) Salvo que un estado, al momento de adherirse al Tratado, lo haya hecho apelando a la reserva de reciprocidad dispuesta en el artículo I(3), en cuyo caso el estado adherente limitará la aplicación de este Tratado únicamente a laudos emitidos en un estado miembro (Scott Rau, 1996, p. 226). A la fecha de este trabajo, poco menos del cincuenta por ciento (50%) de los estados han apelado a esta reserva (Ungar, 1987, p. 725).

(27) Será tratado más adelante en este trabajo (infra punto VI).

> Artículo V
> 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
> (…)
> b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa;(…)
> 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
> (…)
> b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Como bien apunta Van den Berg, estas dos causales limitan la libertad de las partes para establecer las reglas aplicables a su caso, ya que:

> The generally accepted interpretation is (…) that notwithstanding the supremacy of the parties' agreement under Article V(l) (d), the (…) arbitral procedure are still subject to the fundamental requirements of due process. Thus, if the agreement of the parties (…) does not grant the respondent the opportunity to present his case, and this has actually happened, enforcement of the award may be refused in virtue of Article V(l) (b) or Article V(2)(b) (1981, p. 324).

Así, por ejemplo, si las partes han pactado que la parte demandada no podrá ofrecer ni actuar pruebas y el laudo es emitido sin que al demandado se le haya dado oportunidad para defenderse, cuando se pretenda su reconocimiento y ejecución al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, esa situación no podrá ser alegada por quien se opone a tal reconocimiento y ejecución al amparo del artículo V(1)(d) de dicho Tratado (debido a la regla de preeminencia del pacto de las partes); pero bien podrá la Corte desestimar el pedido de reconocimiento y ejecución, debido a la violación del debido proceso (artículo V(1)(b)) o a la violación del orden público (artículo V(2)(b)) (Van den Berg, 1981, p. 331).

3.4. Anulación del laudo en la sede del arbitraje

El artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 establece la siguiente causal a efectos de que un laudo extranjero pueda no ser reconocido y ejecutado:

> Artículo V
> 1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
> (…)
> e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Paulsson destaca que esta disposición no mereció mayor atención de los redactores de la Convención de Nueva York de 1958 (2016, p. 202), ya que se trató de una copia de una de las provisiones de la Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Ginebra, 1927).

Van den Berg (1981, p. 326) observa que la ley de arbitraje de la sede gobierna, entre otros, las reglas procesales aplicables a un arbitraje, por lo que: "(…) in the country of origin the violation of a mandatory provision of the arbitration law in respect of the (…) arbitral procedure may well lead to a setting aside of the award".

Y esto nos enfrenta a la siguiente situación: conforme al artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York, un laudo extranjero deberá ser reconocido y ejecutado cuando el procedimiento se haya ajustado al pacto de las partes, aun cuando no se encuentre conforme a la ley de arbitraje de la sede. Sin embargo, el laudo probablemente será anulado por las cortes de la sede del arbitraje debido a que no se observaron las normas legales y esa circunstancia será causal de no reconocimiento y ejecución del laudo conforme al artículo V(1)(e) del mencionado Tratado (Van den Berg, 1981, pp. 326-327).

Sobre este particular, Van den Berg (1987, pp. 445-447) identifica una situación (hoy ya superada) cuando las partes solían acordar como sede de su arbitraje la ciudad de Londres (una sede además muy utilizada). Esta situación se presentaba cuando una de las partes incumplía con designar a uno de los árbitros. En ese escenario, de conformidad con diversas leyes de arbitraje por muchos años vigentes (leyes de 1950 y 1979) en Inglaterra, lo que correspondía era arbitrar ante el único árbitro nombrado por la otra parte, aun cuando las partes hubieren acordado arbitrar ante un tribunal arbitral de tres o más miembros. Lo que sucedía a continuación era que, cuando el laudo emitido por el árbitro único se intentaba reconocer y ejecutar en un tercer estado al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, algunas cortes --como, por ejemplo, la de Italia-- se negaban a amparar el pedido, debido a que la constitución del tribunal arbitral no se había ajustado al acuerdo de las partes (aunque sí a la ley del lugar del arbitraje).

Este ejemplo puede ser trasladado a cualquier acuerdo de las partes acerca del procedimiento arbitral, que se enfrente a alguna disposición imperativa o de orden público de la ley de la sede de arbitraje.

En efecto, imaginemos por un momento que las partes acuerdan expresamente que a su arbitraje aplicarán las Reglas de la International Bar Association (en adelante, IBA) sobre la Práctica de las Pruebas, pero la legislación arbitral local expresamente dispone que, en materia probatoria, deberá aplicarse necesariamente las disposiciones del Código Procesal Civil local que, a efectos del ejemplo, es bastante más restrictiva.

Si en el arbitraje se aplican las normas del Código Procesal Civil, es probable que, cuando se intente el reconocimiento y la ejecución del laudo ante las cortes de un tercer estado, este no lo reconozca al amparo del artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958, ya que no se habría dado cumplimiento a la voluntad de las partes acerca del procedimiento arbitral.

Ahora asumamos que el tribunal arbitral designado decide otorgar preeminencia a la voluntad de las partes y aplica en materia probatoria las Reglas de la IBA sobre la Práctica de las Pruebas. En este caso se habría solucionado el potencial problema frente al Tratado, pero claramente se podría abrir un frente local, ya que es probable que el poder judicial del lugar del arbitraje decida anular el laudo porque no se habría observado una disposición imperativa de su ley de arbitraje, con lo cual se activaría la causal dispuesta en el artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York de 1958.

En efecto, como bien señala una Nota de la Secretaría de la CNUDMI[28]: "la anulación de un laudo en el país en que haya sido dictado impide su ejecución en todos los demás países, conforme al inciso e) del párrafo 1) del artículo V de la Convención de Nueva York" (1988, pp.130-131).

En otras palabras, la anulación del laudo en la sede del arbitraje (por ejemplo, por la violación de alguna norma imperativa aplicable al procedimiento arbitral) tendrá, en principio, un efecto *erga omnes*[29] (Born, 1994, p. 463; Reisman, 1992, p.114; Van den Berg, 1998, p. 15).

4. Necesidad de que las leyes nacionales también reconozcan la libertad de las partes para determinar las reglas procedimentales

Si bien para efectos del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, la Convención de Nueva York de 1958 otorga preeminencia al pacto de las partes frente a la ley de la sede del arbitraje, hemos verificado que, en aplicación de tres causales contenidas en el propio Tratado (artículo V), es posible que si ese acuerdo de las partes viola el debido proceso o el orden público o el laudo ha sido anulado por una corte de la sede del arbitraje, el laudo podrá no ser reconocido y ejecutado.

Esta interacción entre la Convención de Nueva York de 1958 y las leyes de arbitraje locales (de cada una de las sedes arbitrales) se explica en el hecho que el mencionado instrumento internacional aplica únicamente cuando se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo ante la autoridad competente de un estado distinto de aquel en el que se dictó el laudo. Así, si bien la Convención de Nueva York de 1958 establece los requisitos y las causales que procederán para no reconocer y ejecutar laudos dictados fuera del estado en el que se inicia dicho proceso (artículo V), no regula las causales de revisión de los laudos dictados en la sede donde se lleve adelante el arbitraje, que dependerán de lo que cada estado en concreto disponga en su legislación doméstica (Drahozal, 2000, p. 451; Park, 1994, p. 25; Craig, 1988, p. 174).

En otras palabras, como la Convención de Nueva York de 1958 únicamente aplica al

(28) Para mayor información, *véase* "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: nota de la Secretaría [A/CN.9/309]", de las Naciones Unidas (1988) en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XIX*. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/800/51/PDF/NL880051.pdf?OpenElement

(29) Es cierto que este efecto *erga omnes* no es aceptado por las cortes francesas y, en menor medida, por algunos fallos judiciales norteamericanos y holandeses (Paulsson, 2016, pp. 205-211). Sin embargo, en la generalidad de los estados miembros de la Convención de Nueva York de 1958, se mantiene a la fecha como regla que un laudo anulado en la sede no puede ser reconocido y ejecutado (Born, 1994, p. 463).

reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, será la ley del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje la que regulará la validez y los efectos del convenio arbitral, las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, todas las reglas aplicables a los árbitros (número de árbitros, quién puede actuar como árbitro, sus requisitos, designación y causales de recusación), la competencia de los árbitros, las disposiciones sobre el procedimiento arbitral y los plazos, la forma y requisitos del laudo, así como la intervención del poder judicial (antes, durante y después del arbitraje) y los recursos contra el laudo (Craig, Park y Paulsson, 1990, pp. 447-459; Werner, 1989, p. 114).

Por tanto, aquello que no está gobernado por la Convención de Nueva York de 1958, lo está por las leyes nacionales y cada una de estas normativas podrán establecer reglas de juego dispares y, además, decidir cuáles de sus disposiciones serán dispositivas y cuáles serán imperativas o de orden público, en cuyo caso deberán ser observadas por las partes cuando decidan arbitrar en esa sede, bajo riesgo de que su inobservancia pueda acarrear la nulidad del laudo con efectos *erga omnes* (Born, 1994, p. 177; Van den Berg, 1987, pp. 446-447), si es que esa situación se encuentra prevista en la legislación nacional como causal de anulación (Drahozal, 2000, p. 451).

En particular, en lo referente al procedimiento arbitral, en una Nota de la Secretaría de la CNUDMI(30), se observó que:

> En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, (…) a (…) que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje (1988, pp. 125-126).

Ya en el año de 1979, en el Informe del Secretario General: estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)(31), se hacía referencia a la existencia de problemas para la correcta aplicación de este Tratado, siendo uno de ellos (probablemente el principal) la existencia de leyes arbitrales dispares (y en gran medida obsoletas, según Redfern y Hunter [1991, p. 79]); por lo que planteó lo siguiente para enfrentar este problema:

> Una manera posible de mejorar esta situación consistiría en tratar de reducir esa disparidad recomendando normas uniformes que tuviesen en cuenta los caracteres concretos de los acuerdos internacionales de arbitraje y las sentencias arbitrales internacionales. Ello estaría en consonancia con la discernible tendencia a la moderación nacional en los contextos internacionales" (1979, párr. 49).

A continuación, en la Nota de la Secretaría: nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional(32), se identificó que la CNUDMI en su Décima Sesión arribó al acuerdo unánime de sus miembros, de que la manera de enfrentar este y otros problemas no requería la adopción de un Protocolo a la Convención de Nueva York de 1958, sino:

> 6. Los participantes en la reunión consultiva mencionada anteriormente opinaron unánimemente que sería provechoso para el arbitraje comercial internacional que la CNUDMI iniciara medidas que condujeran al establecimiento de normas uniformes de procedimiento arbitral. Se consideró que la preparación de una ley modelo sobre arbitraje sería la manera más adecuada de alcanzar la uniformidad deseada (1979(a), párr. 6).

La CNUDMI fue muy clara al identificar las razones que justificaban la imperiosa necesidad de una ley modelo. En primer lugar:

> La razón principal de esta propuesta es el hecho de que la mayoría de las leyes nacionales sobre procedimiento arbitral fueron redactadas para satisfacer las necesidades de arbitraje nacional, y que muchas de esas leyes necesitan ser revisadas. Por consiguiente, una ley modelo podría ser útil, especialmente si tuviera en cuenta las características específicas del arbitraje comercial internacional y la práctica de arbitraje moderna.

(30) Para mayor información, *véase* "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: nota de la Secretaría [A/CN.9/309]", de las Naciones Unidas (1988) en *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XIX.* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/800/51/PDF/NL880051.pdf?OpenElement

(31) Para mayor desarrollo, *véase* "Informe del Secretario General: estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) [A/CN.9/168]", de las Naciones Unidas (1979). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/8/9/89_sessions-1979-a-cn-9-168.pdf

(32) Para mayor desarrollo, *véase* "Nota de la Secretaría: nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional [A/CN.9/169]", de las Naciones Unidas (1979). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL7/902/76/PDF/NL790276.pdf?OpenElement

Una segunda razón fue: "la necesidad de una mayor uniformidad de las leyes nacionales sobre arbitraje". Además, "la divergencia existente entre las leyes nacionales y los reglamentos de arbitraje utilizados frecuentemente". Por último, la CNUDMI consideró que "semejante ley modelo salvaría algunas de las dificultades, si no todas, detectadas en el estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención de Nueva York de 1958" (1979a, párrs. 1, 8 y 10).

En otras palabras, la adopción de una ley modelo por parte de los Estados tenía por finalidad actualizar las legislaciones arbitrales (Craig, 1988, p. 203), promover una mayor uniformidad regulatoria en la materia y armonizar el derecho interno con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 (Craig, Park y Paulsson, 1990, p. 459).

5. La ley modelo de arbitraje de la CNUMDI y la consolidación de la libertad procedimental

Luego de solicitar información a los estados miembros de las Naciones Unidas acerca de sus respectivas leyes de arbitraje, el Secretario General de la CNUDMI emitió el 14 de mayo de 1981 el "Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional"(33).

En este Informe (Naciones Unidas, 1981) se destaca, a efectos de este trabajo, que:

> 73. La ley modelo debería facultar al tribunal arbitral para dirigir las actuaciones arbitrales en la forma que considere apropiada, siempre que se atenga a las restricciones siguientes: el tribunal arbitral deberá tratar a las partes en pie de igualdad y en cada etapa del procedimiento dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Debe asimismo atenerse a las instrucciones de procedimiento que las partes le hayan dado específicamente o por referencia a una serie de normas de arbitraje.
>
> 74. Además, la ley modelo puede imponer ciertas normas que tengan fuerza obligatoria para los árbitros, independientemente de cualquier acuerdo en contrario concertado por las partes, o únicamente si las partes no han convenido otra cosa. Ejemplos del primer tipo, es decir, normas imperativas, son las disposiciones relativas a la adopción de medidas provisionales de protección por los tribunales (…). Ejemplos del segundo tipo, es decir, normas que las partes pueden dejar sin efecto, son las disposiciones relativas a las pruebas (…), los peritos (…), y la representación y asistencia (…). Se podrían añadir las disposiciones relativas a audiencias, a modificaciones de la demanda o de la contestación, o al idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones, en las que el idioma del acuerdo de arbitraje podría considerarse como un posible factor determinante.

Como consta de los Documentos Oficiales del Trigésimo Sexto Periodo de Sesiones de la Asamblea General (Suplemento No. 17)(34), se acordó designar un Grupo de Trabajo que tendría a su cargo presentar una propuesta de ley modelo sobre arbitraje comercial internacional.

El 19 de marzo de 1982, el Grupo de Trabajo designado, emitió el Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su Tercer Período de Sesiones (Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1982)(35), destacando los siguientes acuerdos relativos al procedimiento arbitral y la prueba:

> 56. Hubo acuerdo general en que debía facultarse al tribunal arbitral para llevar a cabo el arbitraje en la forma que considerara apropiada, con sujeción a las instrucciones de las partes, siempre que se tratara a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento se diera a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Se acordó que esa disposición, que seguiría el modelo del párrafo 1 del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tendría carácter obligatorio.
>
> 57. El Grupo de Trabajo convino en que la ley modelo debía tener disposiciones de procedimiento que siguieran el modelo de los párrafos 2 y 3 del artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, con sujeción a la decisión posterior del Grupo de Trabajo sobre la cuestión general relativa a la medida en que la ley modelo debía contener normas suplementarias de procedimiento para los casos en que las partes no hubieran acordado un procedimiento.
>
> 58. El Grupo de Trabajo debatió la cuestión general relativa a la medida en que la ley modelo debía contener normas suplementarias sobre el procedimiento arbitral. Se señaló que el propósito de esas normas era prestar ayuda

(33) Para mayor desarrollo, *véase* "Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional [A/CN.9/207]", de las Naciones Unidas (1981). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/102/98/PDF/NL810298.pdf?OpenElement

(34) Para mayor desarrollo, *véase* "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 14° período de sesiones [A/36/17]", de las Naciones Unidas (1981) https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N81/209/08/PDF/N8120908.pdf?OpenElement.

(35) Documento A/CN.9/216 (https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V82/238/92/PDF/V8223892.pdf?OpenElement).

> en los casos en que las partes no hubieran llegado a un acuerdo con respecto al procedimiento, ya sea mediante una referencia a unas normas de arbitraje, o bien en su propio acuerdo de arbitraje. Se señaló también que no sólo los Estados cuyas leyes de arbitraje estuvieran menos desarrolladas, sino también todos los demás Estados, podrían beneficiarse de la preparación de una ley modelo, ya que esa ley establecería normas de amplia aceptación adaptadas concretamente al arbitraje comercial internacional. Por consiguiente, había que esforzarse por establecer un conjunto de normas que permitieran el inicio y la realización de actuaciones arbitrales aun en los casos en que las partes no hubieran incluido en su acuerdo la disposición necesaria en ese sentido.
> 59. Hubo acuerdo general en el sentido de que la ley modelo debía facultar al tribunal arbitral para adoptar sus propias normas en materia de pruebas, salvo estipulación en contrario de las partes. Se señaló que este criterio estaba de acuerdo con la decisión relativa a la cuestión 4-3, y que la cuestión de las pruebas era una parte importante e inseparable de la realización de las actuaciones arbitrales.

El 10 de noviembre de 1982, se emitió el Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su Cuarto Período de Sesiones (Viena, 4 - 15 octubre 1982)[36], destacando el entendimiento lo siguiente:

> (…) que las partes podrían determinar libremente, ya sea de forma directa o por referencia al reglamento de arbitraje, el procedimiento a seguir y que únicamente en ausencia de tal acuerdo de las partes podría el tribunal dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado (1982a, párr.102).

El 20 de setiembre de 1983, se emitió el Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su Sexto Período de Sesiones (Viena, 29 de agosto a 9 de septiembre de 1983)[37], destacando el entendimiento "(…) de que la facultad conferida al tribunal arbitral en virtud de este párrafo incluía la facultad de aprobar su propio reglamento de pruebas" (1983, p. 75).

El 6 de marzo de 1984, se emitió el Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su Séptimo Período de Sesiones (Nueva York, 6 a 17 de febrero de 1984)[38], destacando el entendimiento "que la libertad de las partes para convenir el procedimiento debía ser permanente durante todo el procedimiento arbitral (…) y no debía estar limitada, por ejemplo, al momento en que se nombrara el primer árbitro" (1984, párr. 63).

El 19 de marzo de 1985, se emitió el Informe del Secretario General: Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional[39]. Respecto al tema de la libertad procedimental, se destaca que los comentarios realizados por Suecia, Italia, Estados Unidos de América, México, Polonia y Noruega fueron referidos a cuestiones menores (1985, pp. 32-33).

El 15 de abril de 1985, se emitió el Informe del Secretario General: Compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional adicional[40], incorporando al tema que nos ocupa las opiniones de Sudán y de Yugoslavia. Sobre el primero, se trató de una opinión menor. En cambio, Yugoslavia, al igual que lo había hecho muchos años antes a propósito de la Convención de Nueva York de 1958, opinó que:

> El tribunal arbitral debe estar obligado a respetar un ámbito más amplio de normas procesales comunes mínimas del sistema jurídico al que las partes convinieron en someter el arbitraje o, a falta de tal acuerdo, del sistema jurídico en cuyo territorio se

(36) Para mayor información, ***véase*** "Documento A/CN.9/232" https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V82/336/24/PDF/V8233624.pdf?OpenElement

(37) Para mayor desarrollo, ***véase*** "Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones [A/CN.9/245]", de las Naciones Unidas (1983). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V83/619/71/PDF/V8361971.pdf?OpenElement

(38) Para mayor desarrollo, ***véase*** "Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones [A/CN.9/246]", de las Naciones Unidas (1984). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V84/828/48/PDF/V8482848.pdf?OpenElement

(39) Para mayor desarrollo, ***véase*** "Arbitraje comercial internacional: compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Informe del Secretario General [A/CN.9/263]", de las Naciones Unidas (1985). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/241/26/PDF/V8524126.pdf?OpenElement

(40) Para mayor desarrollo, ***véase*** "Arbitraje comercial internacional: compilación analítica de las observaciones de los gobiernos y las organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Informe del Secretario General. Adición [A/CN.9/263/Add.1]", de las Naciones Unidas (1985). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/250/80/PDF/V8525080.pdf?OpenElement

efectúe el arbitraje. Las normas procesales del sistema jurídico aplicable que prevé los fundamentos para obtener la nulidad del laudo pueden sugerir la determinación de esas normas comunes mínimas (1985a, p. 13).

El 25 de marzo de 1985, se emitió el Informe del Secretario General: Comentario analítico sobre el Proyecto de Texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional(41), en el que se hizo referencia al artículo 19 del proyecto de ley modelo (que finalmente fue aprobado en su integridad, aunque el inciso tercero se convirtió en el artículo 18 en la Ley Modelo)(42):

Artículo 19. Determinación del procedimiento
1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
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. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.
3) En uno y otro caso deberá tratarse a las partes con igualdad y deberá darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Corresponde citar en extenso lo afirmado acerca de la relevancia de esta disposición:

Carta Magna del procedimiento arbitral

1. Puede considerarse que el artículo 19 es la disposición más importante de la ley modelo. Contribuye en gran manera a establecer la autonomía del procedimiento al reconocer la libertad de las partes de determinar el reglamento (párrafo 1) y al conceder al tribunal arbitral, a falta de acuerdo de las partes, amplia discreción sobre la forma de sustanciar el procedimiento (párrafo 2), sujetas ambas a los principios fundamentales de la equidad (párrafo 3) [Énfasis agregado]. Si se toma en conjunto con las demás disposiciones sobre procedimiento arbitral, constituye un marco liberal [Énfasis agregado] que se ajusta a la gran variedad de necesidades y circunstancias de causas internacionales, sin estorbo de peculiaridades locales y criterios tradicionales que puedan encontrarse en el vigente derecho interno del lugar.

Libertad de las partes para determinar el procedimiento, párrafo 1:

2. El párrafo 1) garantiza la libertad de las partes para determinar el reglamento sobre la forma en que será aplicado el método de solución del litigio por ellas escogido [Énfasis agregado]. De este modo pueden ajustar el reglamento a sus necesidades y deseos concretos. Pueden realizarlo preparando su propio reglamento individual o, como esclarece el párrafo d) del artículo 2, remitiéndose a normas tipo de arbitraje institucional (supervisado o administrado) o de arbitraje simplemente especial. Así pues, las partes pueden aprovechar plenamente los servicios de instituciones arbitrales permanentes o de prácticas establecidas de arbitraje de asociaciones comerciales. Pueden elegir las características con las que estén familiarizadas e incluso optar por un procedimiento que esté fundamentado en un sistema jurídico determinado. No obstante, si se remite a una ley concreta sobre procedimiento civil, incluidas las pruebas, dicha ley sería aplicable en virtud de su elección y no en virtud de ser la ley nacional.

3. La libertad de las partes está sujeta únicamente a las disposiciones de la ley modelo, es decir, a sus disposiciones imperativas. La más fundamental de ellas, de la que las partes no pueden retractarse, es la que figura en el párrafo 3) [Énfasis agregado]. Otras disposiciones análogas relativas a la sustanciación del procedimiento o al pronunciamiento del laudo figuran en el párrafo 1 del artículo 23, párrafos 2) a 4) del artículo 24, artículo 27, párrafo 2) del artículo 30, párrafos 1), 3) y 4) del artículo 31, artículo 32 y párráfos 1), 2), 4) y 5), del artículo 33.

Discreción del tribunal arbitral en cuanto al procedimiento, párrafo 2)

4. Cuando las partes, antes o durante el transcurso del procedimiento arbitral, no han convenido al procedimiento (v.g.: al menos no en el asunto concreto de que se trate), el tribunal arbitral está facultado para sustanciar el arbitraje de

(41) Para mayor desarrollo, *véase* "Arbitraje comercial internacional: comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Informe del Secretario General [A/CN.9/264]", de las Naciones Unidas (1985). https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/201/97/PDF/V8520197.pdf?OpenElement

(42) Durante la 316ava Reunión de la CNUDMI de 10 de junio de 1985 y luego de una corta discusión entre los delegados, se aprobaron los párrafos 1 y 2 del artículo 19 de la Ley Modelo (paras 68 y 77) (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/316meeting-e.pdf).
Por su parte, durante la 330ava Reunión de la CNUDMI de 19 de junio de 1985, luego de una corta discusión, se acordó aprobar el párrafo 3 del artículo 19 y se decidió convertirlo en el artículo 18 de la Ley Modelo (para 66) https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/330meeting-e.pdf
Holtzmann y Neuhaus (1989a, pp. 562-563) explican que: "The Commission has agreed that the provision contained in paragraph (3) constituted a fundamental principle which was applicable to the entire arbitral proceedings and that, therefore, the provision should form a separate article 18 bis to be placed at the beginning of chapter V of the model law".

la manera que estime apropiada, con sujeción únicamente a las disposiciones de la ley modelo [Énfasis agregado] que a menudo determinan características especiales de las facultades discrecionales (v.g.; párrafo 2) del artículo 23, párrafos 1) y 2) del artículo 24, artículo 25) y en ocasiones limitan la discreción para asegurar la equidad (v.g.: párrafo 3) del artículo 19, párrafos 3) y 4) del artículo 24, párrafo 2) del artículo 26). Como se declara en el párrafo 2), esta facultad incluye la facultad de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas [Énfasis agregado]**.** Esto, a su vez, incluye la facultad del tribunal arbitral de adoptar su propio reglamento sobre presentación de pruebas, aunque ello ya no conste expresamente en el texto.

5. Salvo en aquellos casos en que las partes hayan determinado un reglamento detallado y estricto, incluso relativo a las pruebas, las facultades discrecionales del tribunal arbitral son considerables habida cuenta de que la ley modelo, con sus escasas disposiciones que limitan la discreción en cuánto al procedimiento, constituye un marco liberal [Énfasis agregado]. De este modo, el tribunal arbitral puede satisfacer las necesidades de la causa concreta y seleccionar el procedimiento más indicado al organizar el arbitraje, llevando a cabo vistas individuales u otras reuniones y determinando los aspectos concretos importantes de la práctica y evaluación de las pruebas (1985b, pp. 44-45).

Por último, mediante Resolución 42/72 de 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda a los estados examinar la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional (en adelante, Ley Modelo), teniendo en cuenta la conveniencia de lograr la uniformidad en las legislaciones y las prácticas del arbitraje.

La Ley Modelo no es un tratado. Se trata de una propuesta de las Naciones Unidas a los estados miembros, con la finalidad de que la incorporen en su legislación nacional, ya que recoge las mejores prácticas legislativas del arbitraje en todo aquello no regulado por la Convención de Nueva York de 1958[43][44] (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 290) Convenio Arbitral (Capítulo II), Tribunal Arbitral (Capítulo III), la Competencia del Tribunal Arbitral (Capítulo IV), el Procedimiento Arbitral (Capítulo V), el Laudo Arbitral (Capítulo VI) y los Recursos contra los Laudos Arbitrales (Capítulo VII). Además, armoniza estas disposiciones con las contenidas en la Convención de Nueva York de 1958 (Craig, 1988, p. 203).

En una Nota de la Secretaría de la CNUDMI[45], se apunta que:

> La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y

(43) Al 23 de febrero de 2026, los siguientes estados han adoptado leyes de arbitraje basados en la Ley Modelo: Albania (2023), Alemania (1998), Arabia Saudita (2012), Argentina (2018), Armenia (2006), Australia (2010), Austria (2006), Azerbaiyán (2024), Bahrein (2015), Bangladesh (2001), Belarús (1999), Bélgica (2013), Bhután (2013), Brunei Darussalam (2009), Bulgaria (2002), Camboya (2006), Canadá (1986), Chile (2004), Chipre (1987), Costa Rica (2024), Croacia (2001), Dinamarca (2005), Egipto (1994), Emiratos Árabes Unidos (2018), Eslovaquia (2014), Eslovenia (2008), España (2003), Estonia (2006), la Federación Rusa (1993), Fiji (2017), Filipinas (2004), Georgia (2009), Grecia (2023), Guatemala (1995), Guyana (2024), Honduras (2000), Hungría (1994), India (1996), Irán (1997), Irlanda (2010), Israel (2023(, Jamaica (2017), Japón (2023), Jordania (2001), Kenya (1995), Liechtenstein (2010), Lituania (2012), Macedonia del Norte (2006), Madagascar (1998), Malasia (2005), Malawi (2024), Maldivas (2013), Malta (1996), Mauricio (2008), México (1993), Mongolia (2017), Montenegro (2015), Myanmar (2016), Nicaragua (2005), Nigeria (2023), Noruega (2004), Nueva Zelandia (2007), Omán (1997), Paraguay (2002), Perú (2008), Polonia (2005), Qatar (2017), República de Corea (2016), República Dominicana (2008), Rwanda (2008), Serbia (2006), Sierra Leona (2022), Singapur (1994), Sri Lanka (1995), Sudáfrica (2017), Tailandia (2002), Trinidad y Tobago (2023), Túnez (1993), Turkmenistán (2016), Turquía (2001), Uzbekistán (2021), Ucrania (1994), Uganda (2000), Uruguay (2018), Venezuela (1998), Zambia (2000) y Zimbabwe (1996). También han emitido leyes de arbitraje basados en la Ley Modelo, ocho estados de Australia, trece estados de Canadá, Hong Kong (2010) y Macao (2019) en China, Bermudas (1993), Escocia (1990) e Islas Vírgenes Británicas (2013) en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los estados de California (1988), Connecticut (1989), Florida (2010), Georgia (2012), Illinois (1998), Louisiana (2006), Oregon (1991), Texas (1989) y Puerto Rico (2024) en los Estados Unidos de América (https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status).

(44) En el año 2006 se realizaron algunas modificaciones y agregados a la Ley Modelo, que al no estar referidas a la materia propia de este trabajo no serán analizadas. Sin embargo, destacamos que los siguientes estados han adoptado sus actuales leyes de arbitraje basadas en la Ley Modelo con las modificaciones del año 2006: Albania, Australia (y ocho de sus estados), Azerbaiyán, Bahrein, Barbados, Bélgica, Bhután, Brunei Darussalam, Costa Rica, Eslovenia, Fiji, Georgia, Grecia, Guyana, Irlanda, Israel, Jamaica, Japón, Lituania, Malasia, Malawi, Mauricio, Mongolia, Nigeria, Nueva Zelandia, Perú, República de Corea, Rwanda, Sierra Leona, Sudáfrica, Tonga, Trinidad y Tobago, Turkmenistán y Uzbekistán.

(45) Para mayor profundización, *véase* "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional: nota de la Secretaría [A/CN.9/309]", de las Naciones Unidas (1988) en Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, vol. XIX. https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NL8/800/51/PDF/NL880051.pdf?OpenElement

> para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo (1988, p. 125).

En lo que interesa al tema del procedimiento arbitral, la historia acerca de la adopción de la Ley Modelo demuestra que, desde el inicio, los miembros de la CNUDMI consensuaron la necesidad de reconocer en las partes libertad para establecer las reglas aplicables a su arbitraje (salvo el respeto al debido proceso y la observancia de unas pocas normas imperativas). Es más, entendieron que esa libertad de las partes implicaba transferirla a sus árbitros, cuando no acordaran algo en contrario.

En ese sentido, la doctrina identifica que, en esta materia, los objetivos principales de la Ley Modelo son: (i) reconocer expresamente una amplia libertad de las partes para establecer el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus necesidades; (ii) a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros también tienen una amplia libertad para determinar las reglas del procedimiento; (iii) determinar de manera precisa las normas imperativas que deberán aplicarse en la sede del arbitraje, a fin de garantizar el debido proceso arbitral, pero eliminando, al mismo tiempo, disposiciones locales innecesarias o inconvenientes para una correcta práctica de los arbitrajes internacionales; y, (iv) dictar una serie de disposiciones supletorias que aplicarán a los arbitrajes internacionales, a falta de acuerdo entre las partes (Craig, Park y Paulsson, 1990, pp. 459-460; Hermann, 1984, p. 545).

En otras palabras, la Ley Modelo, en lo que se refiere a las reglas de procedimiento, traslada la arquitectura del procedimiento en sí a los acuerdos de las partes y, en su defecto, de los árbitros (Shroff, 2017, p. 799). Además, en armonía con lo que dispone el artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York de 1958 que sanciona con el no reconocimiento de un laudo cuando el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes y, en defecto de tal acuerdo, cuando no se ha ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje, el artículo 36(1)(a)(iv) de la Ley Modelo sanciona con la anulación del laudo en caso:

> iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

Con esta disposición, la Ley Modelo ratifica el reconocimiento de la plena libertad que tienen las partes para determinar prácticamente todo lo relativo a las reglas del procedimiento arbitral, que ya se encontraba previsto en la Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Además, el artículo 19 de la Ley Modelo posibilita una clara flexibilidad en favor de la adecuación de las reglas de procedimiento al caso en concreto. En efecto, las partes y, en su defecto, los tribunales arbitrales, echando mano de la facultad que se reconoce, tendrán la facultad de decidir acerca de las reglas que consideren más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (Alvarez y Friedman, 2009, pp. 43-44).

Esta libertad procedimental tiene la gran virtud de viabilizar una mejora continua (innovación) en la práctica arbitral, sin la necesidad de tener que modificar el marco legal (Bullard y Repetto, 2014, pp.114-115).

En efecto, si se revisan las disposiciones acerca del procedimiento arbitral contenidas en la Ley Modelo (artículos 18 al 27), se verificará la existencia de muy pocas normas de carácter imperativo (Lew y Mistelis, 2003, p. 524), como son los ya citados artículos 18 y 19 (Shroff, 2017, p. 801), el artículo 23 que únicamente dispone la necesidad de que exista una etapa postulatoria (oportunidad en la que las partes alegarán y sustentarán sus respectivas posiciones), el artículo 24 que nuevamente dispone con carácter genérico la conveniencia de que existan audiencias para la actuación probatoria o se disponga únicamente actuaciones por escrito y el artículo 27 que regula la potencial asistencia de los tribunales judiciales para la práctica de las pruebas en caso ese auxilio fuera necesario. Las demás normas, es decir, los artículos 20 (Lugar del arbitraje), 21 (Iniciación del arbitraje), 22 (Idioma del arbitraje), 25 (Rebeldías) y 26 (Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral), claramente se tratan de normas supletorias (Lew y Mistelis, 2003, p. 526).

Como los marcos legales en aquellos estados que acojan la regla de libertad procedimental no contienen normas imperativas que dispongan la necesidad de apelar a reglas preestablecidas, las partes y, en todo caso, los árbitros, pueden disponer caso por caso de las mejores prácticas existentes en el mercado arbitral.

Mourre afirma que esta mejora continua se logra gracias a

> "la aparición y el desarrollo de la *soft law* procedimental en el arbitraje, es decir, esas directrices, reglas, códigos y notas no vinculantes que han estado proliferando en los últimos años" (2018, p. 5; Wang, 2018, p. 616).

Park aclara que se utiliza el término "*soft law*" para distinguirlo del "*hard law*". Este último está constituido por las normas legales

emitidas por los estados (tratados y leyes) y por los fallos judiciales que establecen el marco dentro del cual deberá desarrollarse un arbitraje. En cambio, el "*soft law*" se desarrolla a partir de la propia práctica arbitral (2006, p. 5).

Como la Ley Modelo reconoce expresamente la existencia de libertad procedimental, a efectos de que las partes y, en su defecto, los árbitros, determinen las reglas procedimentales aplicables a cada caso en concreto, esta libertad procedimental abre las puertas al desarrollo de reglas no de alcance legal, sino desarrolladas a partir de la experiencia de agentes privados vinculados a la práctica del arbitraje, que, como bien apunta Mourre: "es un proceso particularmente dinámico y positivo, porque combina la compilación de prácticas existentes y la innovación mediante la elaboración de nuevas reglas. Así es como el arbitraje progresa y evoluciona" (2018, p. 13).

Este *soft law* que desarrolla lo que denominamos "buenas prácticas arbitrales", será objeto de análisis más adelante.

Basta por ahora afirmar que, en todos los estados en los que se afirma la existencia de libertad procedimental, las "buenas prácticas arbitrales" podrán ser adoptadas sin mayor dificultad.

6. Límite a la libertad procedimental. El debido proceso arbitral.

Junto a la libertad procedimental contenida en el artículo 19 de la Ley Modelo, corresponde considerar su límite en lo dispuesto en el artículo 18, que dispone: "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos".

Holtzmann y Neuhaus (1989a, p. 550) identifican que, si bien el artículo 18 de la Ley Modelo apenas tiene un párrafo, "it is the heart of the law's regulation of arbitral proceedings", porque se trata de una disposición que "might well be called the 'due process' clause of arbitration, akin to similar provisions in national constitutions that establish the requirement of procedural fairness as the indispensable foundation of a system of justice".

A continuación, dichos autores identifican que:

> The Commission Report provides no authoritative guidelines to interpreting the terms 'treated with equality' and 'full opportunity of presenting his case'; nor do the reports of the Working Group. It is submitted that this may be because the delegates considered that the terms were so well understood in all legal systems that comment was unnecessary and that detailed definitions might limit the flexible and broad approach needed to assure fairness in the wide variety of circumstances that might be encountered in international arbitration (Holtzmann y Neuhaus, 1989a, p. 551).

Sobre este particular, Lew y Mistelis explican que:

> Before the latest wave of arbitration reform, it was of considerable importance which law governed the arbitration proceedings. Various laws imposed different limitations on the arbitration process provided for considerable court intervention and control, and required the tribunal to apply rules of national procedure unsuitable for arbitration (…).
> In modern arbitration laws, however, the limitations imposed by mandatory rules are restricted to those considered necessary to guarantee that parties have the opportunity to present their case and answer the case against them. This is generally known as due process (…).
> This duty of due process is described in various ways. Article 18 Model Law provides that ´the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity to present his case (2003, pp. 525-526).

En otras palabras, como bien apunta Bernal, la libertad procedimental:

> (…) no es absolutamente ilimitada, sino que el legislador permite que las partes, para su caso concreto, diseñen la forma como desean llevarlo a cabo, en tanto se le dé a cada una de ellas, dentro de dicho trámite, un trato equitativo y que, en todo momento, tengan la oportunidad de hacer valer sus derechos, 'conforme a los principios de audiencia, contradicción e igualdad de las partes (…)
> Quiere lo anterior significar que, en tanto estos principios mínimos sean respetados, con lo cual el legislador entiende que está surtido el debido proceso y que se ha dado garantía plena al derecho de defensa, las partes pueden diseñar su propio procedimiento (2000, p. 121).

Mantilla-Serrano, por su parte, en relación a la Ley de Arbitraje de España que recoge el artículo 18 de la Ley Modelo, considera que:

> El primer apartado de este artículo consagra las reglas del debido proceso que se desdoblan por una parte, en el respeto a la igualdad de las partes y, por otra, en el derecho de audiencia (o debate contradictorio). Obviamente, el respeto al debido proceso no exige de manera alguna la aplicación directa ni indirecta de un derecho procesal nacional a menos que las partes así lo hayan expresamente acordado (2005, pp. 150-151).

Como se puede apreciar, lo que la Ley Modelo exige es que se dé un trato equitativo a las partes, más conocido como principio de igualdad de armas, que implica que las partes deben contar con los mismos derechos, oportunidades y cargas durante el arbitraje (Chocrón, 2000, p. 76; Park, 2006, p.146).

Además, las partes deben tener plena oportunidad para hacer valer sus derechos, conforme a los principios de audiencia y contradicción. Lew y Mistelis correctamente

anotan que:

> The universally accepted principle that parties should be allowed to respond to the allegations of the other side, is known as the 'principle of contradiction'. Accordingly, all arguments and evidence invoked by a party must be communicated to the other party who must be given an opportunity to answer them. In practice it is not always necessary to grant absolute equality in quantitative terms to both parties. Often one party needs less time and less evidence to prove its case or rebut the case against it (2003, pp. 526-527).

Por último, las partes deben tener el derecho a probar (ofrecer y actuar adecuadamente los medios probatorios). Al momento de realizar este análisis, deberá considerarse que la mayoría de las legislaciones arbitrales reconocen expresamente que son los árbitros los que cuentan con la facultad de determinar de manera exclusiva la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas(46). Por lo tanto, se requerirá demostrar que los árbitros han cometido un flagrante abuso de estas prerrogativas.

Estos límites a la libertad procedimental de las partes y, en su defecto, de los árbitros reconocidos por la Ley Modelo, son sancionados en caso sean inobservados, con la potencial anulación del laudo.

En efecto, el artículo 36(1)(a)(ii) de la Ley Modelo, establece que un laudo puede ser anulado, cuando: "la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos".

Shroff identifica que. conforme a esta causal de debido proceso, cortes suizas y francesas han anulado laudos en casos extremos, destacando: cuando un informe pericial ordenado por el tribunal arbitral no fue compartido con las partes para que se pronuncien y el laudo fue emitido considerando esencialmente ese informe, o cuando los árbitros laudaron en base a información no proporcionada por las partes en el arbitraje (2017, p. 802).

Esta disposición de la Ley Modelo guarda plena concordancia con la Convención de Nueva York de 1958. En efecto, la causal de no reconocimiento de laudo establecido en el artículo V(1)(b), reza así: "que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa"(47).

Así, si bien la Convención de Nueva York de 1958 como la Ley Modelo reconocen expresamente libertad de las partes y, en su defecto, de los árbitros, para determinar las reglas de procedimiento aplicables a un arbitraje en concreto, ambos textos velan por el respeto al debido proceso arbitral.

Y este debido proceso arbitral, en simples palabras, como bien identifican Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, se observa: "(…) so long as the parties are treated fairly, an arbitration may be tailored to meet the specific requirements of the dispute, rather than conducted in accordance with fixed procedural rules" (2009, p. 30).

Mientras se respete el debido proceso arbitral, las partes y, en su caso, los árbitros, tendrán plena libertad para delinear su procedimiento arbitral, de la manera que consideren mejor a su caso.

7. Buenas prácticas arbitrales del *soft law*

Park identifica que durante más de cincuenta años la preocupación de los agentes interesados en el arbitraje estuvo centrada en el desarrollo de un marco legal idóneo para la práctica del arbitraje. Este empezó con la aprobación de la Convención de Nueva York de 1958, para luego trasladarse a la legislación arbitral de cada estado, donde la aprobación de leyes de arbitraje al estilo de la Ley Modelo ha sido muy importante. Consolidado ese marco legal (*hard law*), en las últimas dos décadas el foco de atención se ha trasladado al desarrollo de guías o directrices para la mejor conducción de los

(46) Por ejemplo, artículo 43.1 de la Ley peruana de Arbitraje; artículo 19.2 de la Ley de Arbitraje Internacional de Chile; artículo 1435 de la Ley de Arbitraje de México; artículo 22 de la Ley de Arbitraje de Paraguay; artículo 62 de la Ley de Arbitraje de Honduras; artículo 55 de la Ley de Arbitraje de El Salvador; artículo 24.2 de la Ley de Arbitraje de Guatemala; y, artículo 25.2 de la Ley de Arbitraje de España.

(47) Es cierto que, además, podría apelarse a lo dispuesto en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York de 1958, que identifica como causal de no reconocimiento la existencia de una violación al orden público internacional. Sin embargo, como bien apunta Shroff, si bien las cortes han apelado a esta causal tratándose de la violación del orden público sustantivo (por ejemplo, laudos emitidos en casos de probada corrupción), no ha sido así respecto al orden público procesal, ya que se ha considerado que, para dichos efectos, existe justamente la causal contenida en el artículo V(1)(d) del mencionado Tratado (2017, p. 821).

procedimientos arbitrales (*soft law*) (2012, p. 5).

La característica esencial del *soft law* es que es producido por actores que no son estados, como organismos internacionales, organizaciones privadas y, principalmente, centros de arbitraje; que, si bien no son legalmente vinculantes (como lo son un tratado o una ley nacional), gozan de reconocimiento y legitimidad en la práctica arbitral, sea porque las personas voluntariamente las cumplen, porque tienen valor al momento de interpretar reglas vinculantes o porque los actores sienten la necesidad de inspirarse en ellos (Wang, 2018, p. 616; Draetta, 2015, p. 331; Mourre, 2019, p. 95).

Este *soft law* cubre diversos tópicos sustantivos y procesales.

En el ámbito sustantivo o aplicable al fondo de una controversia, destacan los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 285).

Por su parte, en lo que es objeto de este trabajo, destaca el *soft law* sobre la práctica de la prueba y las mejores prácticas en el procedimiento arbitral, teniendo diferentes denominaciones como reglas, guía, protocolos, códigos o notas[48] (Wang, 2018, p. 616).

La proliferación de este *soft law* se debe, como ya se adelantó, a la libertad que tienen las partes y los árbitros para moldear las reglas aplicables a un arbitraje expresamente reconocido por la Convención de Nueva York de 1958 y las leyes de arbitraje que, sobre esta materia, siguen a la Ley Modelo. Y, además, a que, junto con esa libertad, existe una obvia incertidumbre acerca de qué hacer con esa tan amplia libertad (Greineder, 2018, p. 907), por lo que:

> In order to provide some guidelines to arbitrators in the exercise of such a broad discretion, in relatively recent times we have witnessed the proliferation (…) of guidelines, codes of conduct and similar productions of "soft law" concerning the conduct of international arbitration proceedings (Draetta, 2015, p. 331).

Park, además, identifica que el *soft law* demuestra su utilidad, cuando las partes, los árbitros y/o los abogados pertenecen a diferentes culturas legales (Park, 2006, p. 149).

El *soft law* está constituido por reglas que son flexibles y que reflejan la práctica, a partir de la compilación que, de tanto en tanto, realizan expertos y practicantes del arbitraje, demostrando además una gran capacidad adaptativa, ya que nuevas reglas incorporan nuevas innovaciones. Así, el arbitraje progresa y evoluciona (Mourre, 2018, p. 13; Bullard y Repetto, 2014, p.125; Kaufmann-Kohler, 2010, p. 291). Y estas recopilaciones e innovaciones tienen la virtud, además, de provenir de la práctica de diferentes agentes relacionados al arbitraje en muchos países, lo que Mourre correctamente identifica como un "cross-fertization between the various components of the arbitral community" (Mourre, 2019, p. 88).

Y como nuevamente destaca Mourre:

> (…) the multiplication of potential rule-makers results neither in an inflation of rules nor in divergence as to their content. Rather, there is growing convergence between the rules promulgated by various players, conductive to greater harmonization of arbitral practices that were previously determined to a larger extent by local judicial culture and domestic procedural rules (2019, p. 94).

Friedland identifica que el *soft law* probablemente sea de poca utilidad para los expertos en la materia, pero resulta de mucha utilidad para los árbitros, abogados y partes con menos experiencia, al permitirles acceder a información valiosa que, de otra forma, estaría limitado a unos pocos (2016, pp. 342-343).

Además, este *soft law*, como bien destaca Draetta, es plenamente aplicable a cualquier arbitraje, inclusive a los arbitrajes que en un estado se denominen "domésticos" o "locales":

> (…) it is difficult to justify, on a conceptual basis, why the parties to a "domestic" arbitration should be deprived of a right to benefit from the transnational procedural rules (…). Such rules help developing a culture which goes towards the elimination of a distinction between "domestic" and "international" arbitration, in favour of a uniform regime which would best suit the global nature of arbitration (…) (2015, p. 333).

Y es justamente respecto de los arbitrajes locales o domésticos, donde se demuestra el inmenso valor e impacto positivo del soft law, ya que gracias a la libertad procedimental que posibilita su uso local, "(…) parties are not constrained by rigid rules of procedure that apply to litigation before domestic Courts" (Shroff, 2017, p. 797).

En otros términos, en palabras de Mourre:

> Existen muchas jurisdicciones donde aún no existe una comunidad arbitral estructurada (…) donde se están creando nuevas instituciones arbitrales. Al difundir el *soft law* arbitral en estos países, la idea avanzará que el arbitraje

(48) Otro ámbito de interés del *soft law,* pero que no será objeto de análisis, es el referido a la ética de los árbitros (Park, 2006, p. 142).

tiene sus reglas propias y un modelo autónomo y distinto del que se aplica ante las cortes judiciales. Todo eso es indudablemente un elemento de progreso global para el arbitraje (2018, p. 30).

7.1. Buenas prácticas de instituciones arbitrales y en el arbitraje ad hoc

Conforme a lo dispuesto por la Ley Modelo y la inmensa mayoría de legislaciones arbitrales modernas, las partes pueden someter sus conflictos ante un arbitraje ad hoc o ante un arbitraje administrado o institucional (Lew y Mistelis, 2003, p. 524).

El arbitraje ad hoc se puede definir como aquel "(…) in which the participants include 'only' the tribunal and the parties to the dispute (be they claimants or respondents), and where the parties and the tribunal alone are responsible for organizing their procesure" (Gerbay, 2016, p. 6). Mientras que en un arbitraje institucional o administrado interviene un tercer participante –el centro o institución arbitral- quien se trata de una persona jurídica con carácter permanente, que provee reglamentos, cuenta con autoridades que intervienen en diversos temas como la designación de los árbitros, la recusación de árbitros, la determinación y pago por los servicios a los árbitros, aporta apoyo administrativo a los tribunales arbitrales y muchas veces provee de espacios físicos para las audiencias (Gerbay, 2016, pp. 6-7).

En el arbitraje institucional o administrado, y para efectos del tema del procedimiento, destacan los reglamentos de arbitraje.

Antes de proseguir, considero necesario, desde ya, distinguir dos situaciones: La primera es que, cuando las partes acuerdan arbitrar ante un centro o institución arbitral, ellas necesariamente incorporan a su pacto contractual el reglamento de arbitraje aplicable, convirtiendo estas reglas de *soft law* en normas obligatorias aplicables a ellas[49] (Mourre, 2019, p.104). La segunda, y que interesa para este trabajo, es que ese reglamento de arbitraje, puede ser una importante fuente de *soft law* para otras instituciones o centros de arbitraje, como para los demás operadores del arbitraje (partes, abogados y árbitros).

En efecto, conforme a Kaufmann-Kohler:

> A distinction must be drawn between institutional rules as a set of norms elaborated by an arbitration body and institutional rules as part of the parties' contract. On the one hand, once the parties agree on a set of institutional arbitration rules, usually by including a reference to that set of rules in their arbitration agreement, the rules become part of their contract. In short, the rules become contractual in nature. As such, they are binding and enforceable at law. For this reason, they do not meet the definition of soft law previously articulated (…) On the other hand, the rules exist irrespective of whether they are incorporated into a contract or not. As such, they express the choices made by an arbitration institution. Albeit unenforceable for as long as they are not incorporated into a contract, these rules may nonetheless have an impact on other players, including other institutions, legislators and courts. Therefore, institutional arbitration rules undoubtedly are soft law and as such ought to be addressed within the context of this article (2010, p. 287).

Gerbay identifica la existencia de un número significativo de centros o instituciones arbitrales, muchos de los cuales están íntimamente ligados a mercados locales (2016, pp. 19-25), existiendo, sin embargo, algunos pocos que han logrado posicionarse como verdaderamente internacionales y, por lo tanto, son los más activos en el esfuerzo por desarrollar reglas modernas e innovadoras aplicables a nivel global (buenas prácticas), destacando en este pequeño grupo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y The London Court of Internacional Arbitration (LCIA) (Mourre, 2019, pp. 89-91).

Son principalmente respecto de estas dos instituciones arbitrales que Mourre apunta: "Part of the role of a good arbitral institution officer is to get constantly apprised of the thinking and initiatives of its competitors as indicia of the evolution of practice and expectations of the users" (2019, p. 93). Nosotros agregamos que esta es una obligación de todo agente relacionado con el arbitraje (árbitros, abogados y partes) que desee realmente estar al día en las mejores prácticas.

Los reglamentos de arbitraje de estas dos instituciones (al igual que lo hace la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo), reconocen en las partes, y, en su

(49) Por ejemplo, el artículo 6.1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dispone lo siguiente:
Efectos del acuerdo de arbitraje
1. Cuando las partes han acordado someterse al arbitraje según el Reglamento, se someten, por ese solo hecho, al Reglamento vigente a la fecha de inicio del arbitraje a menos que hayan acordado someterse al Reglamento vigente a la fecha del acuerdo de arbitraje.

defecto, en los árbitros, una amplia libertad para establecer las reglas procedimentales aplicables a cada arbitraje (Draetta, 2015, p. 330; Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 355), debiéndose garantizar siempre el debido proceso[50] (Shroff, 2017, p. 804). Las demás reglas procedimentales son dispositivas y no se establece un procedimiento específico a seguir (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 359).

En efecto, Park en referencia al artículo 20 del Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente en ese momento[51], como del artículo 14.2 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, también vigente en ese momento[52], destaca que:

> "Mayor institutional rules address the conduct of proceedings simply by saying that arbitrators may establish the facts by "all appropriate means", with the "widest discretion to discharge [their] duties" in "whatever manner [the tribunal] considers appropriate" (2006, p. 148).

Sin embargo, lo destacable para efectos de este trabajo, es el establecimiento de buenas prácticas incorporadas en los Reglamentos de Arbitraje 2021 de la CCI (en adelante, "ICC 2021") y 2020 de la LCIA (en adelante, "LCIA 2020"). Veamos:

a) **Todas las comunicaciones deberán realizarse directamente entre las partes y el tribunal arbitral, por vías eficientes[53]**
Artículo 3 del ICC 2021
Notificaciones o comunicaciones escritas; plazos
1. Salvo que se disponga lo contrario en los artículos 4(4)(b) y 5(3), todos los alegatos y demás comunicaciones escritas presentadas por cualquiera de las partes, así como todos los documentos adjuntos, se enviarán a cada parte, a cada árbitro y a la Secretaría. Toda notificación o comunicación del tribunal arbitral a las partes se enviará también con copia a la Secretaría.
Todas las notificaciones o comunicaciones de la Secretaría y del tribunal arbitral se enviarán a la última dirección de la parte o de su representante a quien vayan dirigidas, según lo notificado por la parte en cuestión o por cualquier otra parte. Dicha notificación o comunicación podrá realizarse mediante correo certificado con acuse de recibo, correo postal certificado, mensajería, correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación que permita dejar constancia de su envío.
Article 4 of LCIA 2020:
Written Communications and Periods of Time
(…)
4.3. Delivery by email or other electronic means of communication shall be as agreed or designated by a party for the purpose of receiving any communication in regard to the Arbitration Agreement (…).
Article 13 of LCIA 2020: Communications between Parties and Arbitral Tribunal
(…)
13.3 Where any party delivers to the Arbitral Tribunal any communication (including statements and documents under Article 15) it shall deliver a copy to each arbitrator, all other parties and the Registrar; and it shall confirm to the Arbitral Tribunal in writing that it has done or is doing so.

Esta se trata de una buena práctica esencial para la correcta y expeditiva marcha de un arbitraje.

Las partes y el tribunal arbitral tienen, necesariamente, que mantenerse directamente comunicados, ya que el centro de arbitraje sólo administra, pero no tiene injerencia alguna respecto de las postulaciones y demás actuaciones arbitrales.

Además, la exigencia de que el tribunal arbitral y las partes se comuniquen directamente, garantiza la necesaria inmediación que los árbitros deben tener en el caso bajo su responsabilidad.

Para estos efectos, desde hace muchos años, estos centros arbitrales promueven que

(50) Por ejemplo, el artículo 22(4) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dispone 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 su caso". Por su parte, el artículo 14(1) del Reglamento de Arbitraje de The London Court of International Arbitration, establece que: "Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal's general duties at all times during the arbitration shall include:(i) a duty to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s)".

(51) El actual Reglamento de Arbitraje entró en vigencia el 1 de enero de 2021. La norma actual es el artículo 21(1), el cual mantiene la misma regla: "The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate".

(52) El actual Reglamento de Arbitraje entró en vigencia el 1 de octubre de 2020. La norma actual es el artículo 14(2), el cual mantiene la misma regla: "The Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge these general duties, subject to the mandatory provisions of any applicable law or any rules of law the Arbitral Tribunal may decide to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary in good faith for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration, including the Arbitral Tribunal's discharge of its general duties".

(53) Tratándose de temas que no sean estrictamente arbitrales, como el pago de los gastos arbitrales o la interposición de alguna recusación, las partes deberán dirigirse directamente al centro de arbitraje.

las comunicaciones se realicen por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica.

El centro de arbitraje únicamente es copiado a efectos de que mantenga una copia de los actuados y para que pueda hacer un debido seguimiento (supervisión) de la actividad de los árbitros(54).

b) **El tribunal arbitral necesariamente deberá coordinar con las partes las reglas aplicables al arbitraje, como el calendario procesal provisional de las actuaciones**

ICC 2021

Artículo 22

Conducción del arbitraje

1. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos,
2. teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia.

Artículo 24

Conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal

1. Al preparar el Acta de Misión, o en cuanto le sea posible después de ello, el tribunal arbitral celebrará una conferencia sobre la conducción del procedimiento para consultar a las partes sobre las medidas procesales que podrían ser adoptadas de conformidad con el Artículo 22(2).
2. Durante dicha conferencia, o a la mayor brevedad posible luego de la misma, el tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir para la conducción eficiente del arbitraje. El calendario procesal y cualquier modificación del mismo deberán ser comunicados a la Corte y a las partes.
3. Con el fin de asegurar de forma permanente la eficaz conducción del procedimiento, el tribunal arbitral podrá adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, después de consultar a las partes mediante una nueva conferencia sobre la conducción del procedimiento o de cualquier otra forma.
4. Las conferencias sobre la conducción del procedimiento pueden realizarse mediante una reunión personal, por video conferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral determinará la forma en la que la conferencia será
5. realizada. El tribunal arbitral puede solicitar a las partes que presenten propuestas para la conducción del procedimiento con antelación a una conferencia de conducción del procedimiento, y puede solicitar la presencia de las partes en persona o a través de un representante interno.

LCIA 2020

Article 14 Conduct of Proceedings

(…)

14.3. The parties and the Arbitral Tribunal shall make contact (whether by a hearing in person or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology or exchange of correspondence) as soon as practicable but no later than 21 days from receipt of the Registrar's written notification of the formation of the Arbitral Tribunal.

14.4. The parties may agree on joint proposals for the conduct of their arbitration for consideration by the Arbitral Tribunal.

Sin lugar a dudas, uno de los momentos más importantes en todo arbitraje, es el inicial, cuando deben establecerse las reglas que aplicarán al arbitraje en particular y, además, se establecerá un calendario procesal provisional de las actuaciones(55) (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 366).

Los dos centros de arbitraje expresamente disponen reglas que incorporan buenas prácticas.

La primera identifica que es responsabilidad tanto de los árbitros como de las partes (y sus abogados), el coordinar a efectos de establecer las reglas del arbitraje, como el calendario procesal provisional.

Para estos efectos, por lo general, los miembros del tribunal arbitral coordinan y consensuan un proyecto de reglas (que se le denomina orden procesal N° 1) y un calendario provisional de actuaciones, que son propuestas a las partes, aunque también las partes suelen acordar una propuesta conjunta que someten a los árbitros (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 367).

Por último, de existir observaciones o propuestas, se suele agendar una conferencia entre el tribunal arbitral y las partes, la cual bien puede ser física, aunque generalmente se desarrolla mediante video conferencia, conferencia telefónica u otros medios de comunicación, a efectos de consensuar, de

(54) Generalmente se suele acordar que, además, las partes remitirán al domicilio físico de la contraparte y de cada uno de los árbitros, los principales escritos, como son los postulatorios y aquellos referidos a las pruebas, con sus respectivos anexos. El centro de arbitraje, por su parte, suele hacer lo propio respecto de la orden procesal N° 1 (que aprueba las reglas arbitrales), y las pocas ordenes procesales adicionales que los tribunales arbitrales suelen emitir (por ejemplo, los laudos, las decisiones sobre oposiciones a las pruebas y las reglas aplicables a las audiencias).

(55) A lo largo de un arbitraje probablemente será necesario celebrar nuevas reuniones, pero el marco dentro del cual se acordará algún ajuste o precisión, será la decisión que se adopte en este momento.

ser posible, las reglas y el calendario procesal provisional (Böckstiegel, 1999, p. 51).

La buena práctica aquí reseñada de proponer (sea por el tribunal arbitral o por las partes) las reglas antes de la conferencia, lleva a que, en los hechos, muchas veces no sea necesaria esta conferencia o la misma sea de muy corta duración (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 368).

c) Luego de consultar con las partes, el tribunal arbitral debe aprobar la orden procesal N° 1, estableciendo las reglas que considere apropiadas para el manejo efectivo del arbitraje, así como el calendario procesal provisional
ICC 2021
Artículo 22
(…)
3. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, deberá adoptar las medidas procesales que
4. considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes. Tales medidas pueden incluir una o más de las técnicas para la conducción del caso descritas en el Apéndice IV. Para garantizar una gestión eficaz del caso, previa consulta con las partes, el tribunal arbitral adoptará las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que no contravengan ningún acuerdo entre las partes. Dichas medidas podrán incluir una o más de las técnicas de gestión de casos descritas en el Anexo IV.
Apéndice IV - Técnicas para la conducción del caso
Los siguientes son ejemplos de técnicas para la conducción del caso que pueden ser usadas por el tribunal arbitral y las partes a fin de controlar el tiempo y los costos. El control apropiado del tiempo y los costos es importante en todos los casos. En casos de baja complejidad y valor, resulta particularmente importante asegurar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que esté en juego en la controversia.
(…)

d) Producción de prueba documental:
(i) requiriendo a las partes producir junto con sus escritos los documentos en los que se basen;
ii) evitando solicitudes de producción de documentos cuando sea apropiado para controlar el tiempo y los costos;
(iii) en aquellos casos en los que las solicitudes de producción de documentos se consideren apropiadas, limitando dichas solicitudes a documentos o categorías de documentos que sean pertinentes y determinantes para la solución del caso;
(iv) estableciendo plazos razonables para la producción de documentos;
(v) empleando una tabla de producción de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relacionadas con la producción de documentos.

e) Limitar la extensión y el alcance de las presentaciones escritas y pruebas testimoniales escritas y orales (tanto testigos de hecho como expertos) a fin de evitar repeticiones y mantener el enfoque en las cuestiones claves.

f) Utilizar conferencias telefónicas o de vídeo para audiencias de procedimiento u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial y utilizar tecnologías de la información que permita comunicaciones en línea entre las partes, el tribunal arbitral y la Secretaría de la Corte.

g) Organizar una conferencia previa a la audiencia con el tribunal arbitral en la cual los preparativos para la audiencia pueden ser discutidos y acordados y el tribunal arbitral puede indicar a las partes las cuestiones sobre las cuales desearía que las partes se enfoquen en la audiencia.
(…)
Técnicas adicionales se describen en la publicación de la CCI titulada "Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje".
LCIA 2020
Article 14 Conduct of Proceedings
(…)
14.5. Without prejudice to the generality of the Arbitral Tribunal's discretion, after giving the parties a reasonable opportunity to state their views, the Arbitral Tribunal may, subject to the LCIA Rules, make any procedural order it considers appropriate with regard to the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration.
14.6. The Arbitral Tribunal's power under Article 14.5 includes the making of any procedural order with a view to expediting the procedure to be adopted in the arbitration by:
(i) limiting the length or content of, or dispensing with, any written statement to be delivered under Article 15;
(ii) limiting the written and oral testimony of any witness in accordance with Article 20.4;
(iii) employing technology to enhance the efficiency and expeditious conduct of the arbitration (including any hearing);
(iv) deciding the stage of the arbitration at which any issue or issues shall be determined, and in what order, in accordance with Article 22.1(vii) below;
(v) dispensing with a hearing, subject always to Article 19;
(vi) exercising its powers of Early Determination under Article 22.1(viii);
(vii) setting an appropriate period of time for any stage of, or step to be taken in, the arbitration including with regard to the conduct of any hearing;
(viii) abridging any period of time in accordance with Article 22.1(ii); and
(ix) making any other order that the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances of the arbitration.
14.7. In the case of an Arbitral Tribunal other than a sole arbitrator, the presiding arbitrator, with the prior agreement of its other members and all parties, may make procedural decisions alone.

Se trata de una decisión trascendental, ya que se deben establecer "the Rules of the Game" (Böckstiegel, 1999, p. 51), mediante la emisión de una decisión, conocida como la "orden procesal N° 1" (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, p. 569), que deberá detallar todas las vicisitudes del arbitraje y establecer, además, un calendario procesal provisional de las actuaciones. Este último "…gives the parties and their lawyers the possibility to plan their submissions and other preparation of the case from the very beginning" (Böckstiegel, 1999, p. 52).

Cuando se logra un consenso entre las partes y el tribunal arbitral, estos acuerdos se vuelcan en la orden procesal N° 1 que emitirá el colegiado. Cuando no se logra consenso en algún tema en particular, estas reglas arbitrales reconocen en los árbitros una serie de facultades a efectos de que puedan establecer reglas precisas dependiendo el caso en concreto.

Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter describen, de manera general, los temas que el tribunal arbitral deberá abordar en la orden procesal N° 1 (se entiende, luego de coordinarlo con las partes):

> Preliminary issues –such as jurisdictional objections, interim relief applications, and/or bifurcation:
> Written submissions –including number of rounds, their timing structure, and length, and whether they are to be accompanied by documentary and witness evidence;
> Cocument production;
> Witness –including their number, the timing of submissions of witness statements or expert reports, and any use of tribunal-appointed experts;
> The pre-hearing conference –including the venue and timing;The evidentiary hearing –including its venue and timing and,
> Other procedural and administrative matters –such as the role of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, the chairman´s power to make procedural orders alone, the appointment of an arbitral secretary, and the means of communication with the tribunal (2009, p. 368).

Por su parte, Law y Mistelis, hacen lo propio, identificando de manera general:

> Schedule for the service of written submissions, claims, counter-claims and defences. The form and structure of written submissions, and whether they include witness and documents.
> Any specific evidentiary rules.
> Representation of parties in the hearings and the entire proceedings.
> Whether the tribunal may decide specific issues with orders or interim awards.
> Arrangements for documentary disclosure, if any.
> Arrangements for communications between the partie and the tribunal
> Now interim procedural issues are to be resolver, e.g., requests for extensions of time.
> Apppointment of a secretary to carry on purely administrative tasks for the tribunal (2003, pp. 527-528).

En los hechos, la lista de temas que se deben abordar en la orden procesal N° 1 es bastante más amplia y muchas veces dependerá de las particularidades de cada caso.

Justamente por esta razón, la CCI y la LCIA han emitido documentos que[56], según explica Mourre, tienen como misión:

> On the one hand, they provide guidance to the parties [and the arbitrators] as to how institutional rules should be apllied. On the other, they may supplement institutional rules in a way that is reflective of the established practice of the institution (2019, p. 105).

La CCI ha emitido dos documentos que los árbitros y las partes deben considerar al momento de establecer las reglas aplicables a su arbitraje.

El primero, se denomina "Conducción eficaz del arbitraje: Una guía para abogados internos y para otros representantes de las partes", en cuya introducción se explica su relevancia:

> (…) las normas reguladoras del arbitraje se caracterizan por la flexibilidad y no especifican en detalle la manera en que se debe conducir un arbitraje. Por ejemplo, en el Reglamento de Arbitraje de la CCI no hay disposición alguna respecto al número de rondas de escritos, la presentación de documentos, el interrogatorio de testigos, las intervenciones orales, los escritos posteriores a la audiencia o la bifurcación del procedimiento. La naturaleza abierta del Reglamento permite a las partes y al tribunal arbitral diseñar un procedimiento a medida que se adapte a las particularidades de cada caso. Sin embargo, al estudiar esta cuestión, la Comisión llegó a la conclusión de que, en la mayoría de los casos, las partes y el tribunal no suelen ajustar el procedimiento en una etapa inicial, sino que adoptan soluciones estandarizadas o simplemente deciden los asuntos procesales de manera fragmentada, a medida que el caso avanza, lo que supone un incremento del tiempo y costo de muchos arbitrajes.

Seguidamente, esta guía desarrolla una serie de temas que las partes y los árbitros deben tratar al momento que se emita la orden procesal N° 1, destacando lo referente al pacto acerca del número de rondas que

(56) Se trata de "*soft law*" que refleja buenas prácticas para los diversos operadores arbitrales (otros centros de arbitraje, árbitros, partes y sus representantes legales) que deben considerar seriamente.

deberán presentar las partes en la etapa postulatoria, cómo es que se deberá producir la prueba documental, el ofrecimiento de testigos de hecho y la manera como deberán declarar, el ofrecimiento de peritos y la manera como deberán declarar, las cuestiones referidas a la audiencia y los escritos posteriores a dicha audiencia.

El segundo documento denominado "Control del tiempo y de los costos en el arbitraje", conforme al artículo 22(2) de la ICC 2021 es un complemento a dicho reglamento, que tiene como propósito asistir a los tribunales arbitrales, a las partes y a sus abogados en los pasos a seguir y en los temas que se deberán abordar para la confección de las reglas procedimentales aplicables a su caso en particular. Destacan la necesidad de confeccionar el calendario procesal provisional, todo lo referente a la presentación de los escritos postulatorios, de las pruebas documentales, de las declaraciones de los testigos de hecho, de la prueba pericial, de las audiencias y de las presentaciones finales.

La LCIA, por su parte, ha emitido dos notas, una dirigida a las partes y la otra a los tribunales arbitrales, con la misma finalidad de guiarlos en la adopción de las decisiones que se deberán adoptar desde un inicio.

Respecto a las *Notes for Parties*, la LCIA destaca en la introducción, que se trata de una guía para las partes y sus representantes legales, respecto a la conducción de sus arbitrajes. También destaca que no pretende cubrir todas las buenas prácticas en esta materia.

A continuación, y en lo que es objeto de este trabajo, desarrolla buenas prácticas para la adopción de la orden procesal N° 1, la presentación de escritos postulatorios y pruebas y la audiencia.

Por su parte, las *Notes for Arbitrators* que nuevamente destacan en su introducción que se trata de una guía y que no cubre todas las buenas prácticas, se enfoca, en lo que es objeto de este trabajo, en la comunicación entre el tribunal arbitral y las partes, en la aprobación de la orden procesal N° 1 y el calendario procesal provisional, en la audiencia y en el nombramiento de expertos por el tribunal arbitral.

Todas estas buenas prácticas contenidas en los reglamentos arbitrales y en las guías, informes, notas o similares que emiten estas instituciones arbitrales, se complementan con dos instrumentos de *soft law* adicionales.

El primero, está referido a la prueba, que será tratado más adelante. El segundo, son las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (en adelante, "Notas UNCITRAL").

Las Notas UNCITRAL, emitidas en el año 2016 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, son muy útiles para las partes y sus abogados, como para los tribunales arbitrales, a efectos de identificar todos los temas que deben formar parte de la orden procesal N° 1 (Lew y Mistelis, 2003, p. 528). Asimismo,

Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter afirman:

> It may be useful at the beginning of an arbitration for the parties to consult the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings. These Notes provide a list of matters that the parties and the tribunal may wish to consider in establishing the procedural rules for their arbitration (2009, p. 369).

En efecto, como se identifica en la introducción a las Notas UNCITRAL:

> La finalidad de las Notas es enumerar y describir brevemente los asuntos relacionados con la organización del proceso arbitral. Se pretende que las Notas, preparadas con miras especialmente a los arbitrajes internacionales, sean utilizadas de manera general y universal, con independencia de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral.

Como bien apunta Mourre: "The UNCITRAL Notes go to the efficient organization of arbitral proceedings" (2019, p. 103), reconociendo seguidamente que se trata de unas notas que recogen buenas prácticas.

En las Notas UNCITRAL, se principia destacando (al igual que la CCI y la LCIA) acerca de la necesidad que las partes y los árbitros realicen consultas (e inclusive se reúnan, de ser necesario) para establecer las reglas aplicables a su arbitraje.

Luego se identifica una lista de temas que deberán considerarse y merecer acuerdos, cuando sea necesario en razón al caso en concreto, y que deberán quedar plasmados en la orden procesal N° 1:

- El o los idiomas del arbitraje (eventual traducción).
- El lugar del arbitraje y la posibilidad de que se realicen audiencias en otro lugar.
- El apoyo administrativo (secretario o administración de un centro de arbitraje).
- Todo lo relativo a los costos del arbitraje.
- Reglas de confidencialidad.
- Medios de comunicación entre el tribunal arbitral y las partes.
- Medidas cautelares.

- Todo lo relativo a la presentación de los escritos postulatorios.
- Todo lo relativo a la presentación (y exhibición) de prueba documental.
- Todo lo relativo a la presentación y actuación de las declaraciones de los testigos de hecho y pericias.
- La prueba de inspección.Todo lo relativo a las audiencias y actos posteriores.

De lo contrario, lo más probable es que el arbitraje sufrirá muchos contratiempos e, inclusive, inequidades que podrían culminar en violación al debido proceso.

d) **El tribunal arbitral debe coordinar con las partes con la debida anticipación las reglas y condiciones de la audiencia**

ICC 2021
Artículo 26
Audiencias

1. Se celebrará una audiencia a solicitud de cualquiera de las partes o, a falta de tal solicitud, si el tribunal arbitral decide oírlas de oficio. Para celebrar una audiencia, el tribunal arbitral convocará a las partes con antelación razonable para que comparezcan ante él en el día y el lugar que determine. El tribunal arbitral podrá decidir, previa consulta a las partes, y atendiendo a los hechos y circunstancias pertinentes del caso, que cualquier audiencia se celebre mediante comparecencia física o de modo remoto por videoconferencia, teléfono u otros medios de comunicación adecuados.

LCIA 2020

Article 19 Hearing(s)

19.1. Any party has the right to a hearing before the Arbitral Tribunal prior to any ruling of the Arbitral Tribunal on its jurisdiction and authority (pursuant to Article 23) or any award on the merits. 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. For these purposes, a hearing may consist of several part-hearings (as decided by the Arbitral Tribunal).

19.2. The Arbitral Tribunal shall organise the conduct of any hearing in advance, in consultation with the parties. The Arbitral Tribunal shall have the fullest authority under the Arbitration Agreement to establish the conduct of a hearing, including its date, duration, form, content, procedure, timelimits and geographical place (if applicable). As to form, a hearing may take place in person, or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology with participants in one or more geographical places (or in a combined form). (…)

Los reglamentos arbitrales de estas dos instituciones establecen buenas prácticas referidas a la necesidad de que el tribunal arbitral coordine con las partes con la debida anticipación todos los requisitos y condiciones para el desarrollo de la audiencia. Esto se puede realizar de varias formas, destacando: (i) el tribunal arbitral instruye a las partes para que propongan de forma conjunta el contenido de la audiencia, o (ii) el Tribunal Arbitral alcanza a las partes una propuesta para que se pronuncien. Si las diferencias en las posturas son importantes, seguidamente se suele celebrar una conferencia telefónica o por otros medios de comunicación.

Esta buena práctica es esencial para el buen desarrollo de la audiencia, ya que como bien apuntan Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter:

> Agenda items to be covered at a pre-hearing conference can include tribunal sitting times, the division of time between the parties, the running order, length, and format of opening statements, the sequestration of witnesses, the scope and length of direct cross –and redirect examination, oral clossing statements and/or post-hearing briefs, transcription, and the preparation of hearing bundles (2009, p. 402).

Estas buenas prácticas contenidas en los reglamentos arbitrales bajo análisis, se complementan con las guías y notas, en las que se describe con mayor precisión cada uno de los temas que las partes y el tribunal arbitral deben coordinar para el eficiente desarrollo de esta relevante audiencia.

Llevada adelante la coordinación entre las partes y el tribunal arbitral, este último generalmente emitirá una orden procesal disponiendo las reglas de juego.

7.2. Buenas prácticas propuestas por organizaciones profesionales

Mourre identifica que, además de los centros o instituciones arbitrales cuya principal función es la de administrar arbitrajes, existe un grupo de entidades cuya principal labor es la de promover la práctica del arbitraje, proponer buenas prácticas y organizar cursos, conferencias y seminarios para diseminar el conocimiento del arbitraje, sea a nivel local como global (2019, p. 92).

Como sucede con las instituciones o centros de arbitraje, aquí también existe un número importante de organizaciones, muchas de las cuales están íntimamente ligadas a mercados locales o regionales (Mourre, 2019, p. 92). existiendo, sin embargo, algunas pocas que han logrado posicionarse como verdaderamente internacionales y, por lo tanto, son reconocidas por desarrollar y promover buenas prácticas en el arbitraje a nivel global, destacando en este pequeño grupo el Comité de Arbitraje de la International

Bar Association (en adelante, "Comité de Arbitraje de la IBA"), la International Council for Commercial Arbitration (ICCA) y la International Law Association (ILA) (Mourre, 2019, p. 92).

Para lo que es de interés de este trabajo, importa concentrarse en el Comité de Arbitraje de la IBA, que ha propuesto como buena práctica las hoy renombradas "Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional" (en adelante, "Reglas de la IBA")[(57)], cuyo último texto ha sido aprobado el 17 de diciembre de 2020[(58)].

Se trata de un documento de *soft law* de la mayor relevancia, porque uno de los temas más relevantes al momento de organizar un arbitraje, es el referido a la prueba (Böckstiegel, 1999, p. 52), y justamente las leyes arbitrales como los reglamentos arbitrales, no suelen establecer reglas precisas sobre este particular (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 288).

Por ello, como se señala en el Prólogo de las Reglas de la IBA:

> La IBA ha publicado estas Reglas como un recurso que proporcione a las partes y a los árbitros un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en el arbitraje internacional. Las Reglas proporcionan mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que dicha prueba se practica. Las Reglas están diseñadas para ser usadas y adoptadas conjuntamente con reglas institucionales, *ad hoc* u otras reglas o procedimientos que puedan resultar de aplicación en arbitrajes internacionales.

Lew y Mistelis destacan que en los países con raíces en la Europa continental (o del Civil Law como se le conoce), es común que los jueces sean los que conduzcan los procesos y tomen la iniciativa acerca de la producción probatoria (sistema inquisitorial), mientras que en los países con raíces en el *Common Law*, son las partes las que principalmente asumen esta tarea (2003, p. 533).

Puesto en otros términos por Cremades:

> Los jueces del Derecho civil adoptarán un sistema inquisitivo, es decir, un procedimiento en el cual el juzgador es el principal responsable de identificar las principales cuestiones de hecho o de derecho objeto de la controversia. Bajo este sistema, prácticamente no existe espacio para (i) el interrogatorio de los testigos o expertos presentados por la contraparte (ya que el interrogatorio lo hace el juzgador); (ii) amplias solicitudes de exhibición de categorías de documentos (ya que las mismas son muy limitadas y dirigidas a la exhibición de documentos concretos); (iii) deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador); y (iv) largas audiencias. Esto se debe a que las partes tienen la obligación de exponer su caso por escrito, conjuntamente con toda la documentación necesaria, lo antes posible en el procedimiento. Por tanto, el caso se decide esencialmente sobre los escritos presentados por las partes, conjuntamente con la prueba documental que los acompañe (2013, p. 37).

Frente a ello, Lew y Mistelis destacan que:

> While these characteristics are pertinent in court procedures, arbitration proceedings are more flexible. The parties and the tribunal may agree to conduct proceedings in an adversial or an inquisitorial way, or in a hybrid manner. Often a blend of inquisitorial and adversial procedure is the best solution (2003, p. 533).

Justamente las Reglas de la IBA son ese "*blend*", que combina las buenas prácticas probatorias del *Common Law* con aquellas del *Civil Law*, razón por la cual se trata de un instrumento del *soft law* que es de aplicación universal, ya que "(…) the Rules reflect a consensus on best practice as they were understood by specialists" (Kaufmann-Kohler 2010, pp. 286-288).

Sobre este punto, Mourre destaca que:

> This general acceptance can be explained by the fact that the Rules on Evidence have achieved a balanced synthesis between the civil law and common law traditions. As to written evidence, the Rules lean more to the civil law tradition by limiting the scope of documents disclosure and requiring that requests to produce refer to identified documents or to narrow and specific categories of documents. Concerning oral evidence, however, the Rules are more inspired by the Anglo-Saxon tradition by allowing wide categories of individuals to testify, permitting the preparation of witnesses and relying on cross-examination conducted by counsel. Even if imperfect, this synthesis has allowed arbitration to move away from local procedural rules and permitted the emergence of a transnational arbitral procedural law (2019, p. 97).

Cremades, por su parte, apunta que:

> La postura doctrinal mayoritaria sugiere que el arbitraje internacional ha tomado elementos

(57) El Comité de Arbitraje de la IBA también ha aprobado otras propuestas relevantes como las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional y las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, que escapan al contenido de este trabajo (Mourre, 2019, pp. 98-103).

(58) La primera versión de las Reglas de la IBA data del año 1999. La segunda, del año 2010.

tanto del sistema anglosajón como del continental a fin de crear un procedimiento con lo mejor de ambos mundos. Del sistema anglosajón, el arbitraje internacional ha adoptado el interrogatorio de los testigos y expertos presentados por la contraparte (es decir, el llamado *cross–examination*) y las solicitudes de exhibición de documentos (es decir, el llamado *discovery*). No obstante, las solicitudes de exhibición de documentos se permiten en el arbitraje internacional sin el alcance que podrían tener en los tribunales ordinarios de los EE UU Por el contrario, el arbitraje internacional no ha adoptado otros aspectos del procedimiento norteamericano, como podrían ser las deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador), la tendencia a mantener audiencias excesivamente largas ni la práctica de interponer numerosos incidentes procesales (*motion practice*) (2013, pp. 29-30).

Las Reglas de la IBA, considerada como una de las más exitosas manifestaciones del *soft law* (Mourre, 2018, p. 21), serán vinculantes para las partes y para los tribunales arbitrales, una vez pactadas o cuando el tribunal arbitral disponga su aplicación al caso en concreto[59]. Y, aun en ausencia de pacto:

Yet, practitioners know how influential the IBA Rules on the Taking of Evidence are. Even if the parties do not refer to them, the Rules have become standard practice and arbitrators routinely seek guidance from them, whether they state so or not (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 292).

Estas afirmaciones se han comprobado gracias al documento denominado "Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products", que la IBA publicó en el año 2016, a partir de una encuesta global realizada a practicantes del arbitraje.

En esta encuesta, resalta la afirmación de los encuestados de que en el 48% de los arbitrajes por ellos conocidos se hizo referencia a las Reglas de la IBA, precisándose de que en aproximadamente en el 80% de esos casos, los tribunales arbitrales si bien las consideraron como guía (*soft law*) en la toma de sus decisiones, en más del 90% de esos casos las terminaron aplicando. Mientras que en el 20% restante de casos, las Reglas de la IBA fueron vinculantes.

En primer lugar, destaca el artículo 2 que, en plena sintonía con las buenas prácticas antes referidas, se establece que el tribunal arbitral debe consultar con las partes un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba (para efectos de la adopción de la orden procesal N° 1); en particular:

2. La consulta sobre cuestiones probatorias puede referirse al ámbito, tiempo y forma de la práctica de prueba, incluyendo, en la medida en que resulte aplicable:

(a) la preparación y presentación de Declaraciones Testimoniales y de Dictámenes Periciales;
(b) las declaraciones testimoniales orales en cualquier Audiencia Probatoria;
(c) los requisitos, procedimiento y formato aplicables a la exhibición de Documentos;
(d) el grado de confidencialidad que será otorgado a la prueba en el arbitraje;
(e) el tratamiento de cualquier asunto de ciberseguridad y protección de datos; y
(f) la promoción de la eficiencia, economía y conservación de recursos en relación con la práctica de la prueba.

En lo que se refiere a la producción de documentos, destaca el artículo 3(1), el cual dispone que las partes presentarán al tribunal arbitral como a las demás partes los documentos en los que base sus pretensiones, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral. También el artículo 3(11) que autoriza a que las partes puedan presentar documentación adicional, cuando se presenten hechos nuevos o que hayan devenido en relevantes como consecuencia de cuestiones puestas de manifiesto en documentos, declaraciones testimoniales o dictámenes periciales presentados o exhibidos, previa autorización del tribunal arbitral.

Es, sin embargo, en la exhibición de documentos, donde las Reglas de la IBA destacan, sobre todo cuando alguna de las partes pertenece a algún país con raíces en el Derecho Civil o Continental, ya que mientras en esta última se suele autorizar una reducida exhibición de documentos específicos, las Reglas de la IBA autorizan a que se solicite la exhibición de concretas y específicas categorías de documentos, ampliando así significativamente la utilidad de esta herramienta probatoria.

En efecto, el artículo 3(2) y (3), dispone lo siguiente:

2. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes una Solicitud de Exhibición de Documentos.

(59) Artículo 1 Ámbito de Aplicación
1. Siempre que las Partes hayan acordado aplicar las Reglas de la IBA sobre Prueba o el Tribunal Arbitral haya resuelto aplicarlas, estas Reglas regularán la práctica de la prueba, salvo que se determine que una disposición específica de las Reglas entra en conflicto con una disposición legal imperativa que resulte aplicable al procedimiento conforme a las Partes o al Tribunal Arbitral.

3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:
(a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o
(ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen. En el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede —o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a— identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda de esos Documentos de una forma eficiente y económica.
(b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y(c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y(ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

Las Reglas de la IBA también establecen en el artículo 3(5), 3(6), 3(7) y 3(8), la manera de oponerse a cualquier solicitud de exhibición, como la forma de resolver este incidente.

Si bien no forma parte de las Reglas de IBA, aquí destaca el reconocido "Redfern Schedule" que, en palabras de Bullard y Repetto:

> Un buen ejemplo de ello [de las buenas prácticas] es el uso, muy común en el arbitraje internacional, del llamado "Redfern Schedule". Redfern diseñó un cuadro en el que registraba las solicitudes de exhibición de documentos y las oposiciones o cuestionamientos a las mismas. Al simplificar de una manera comprensible el trámite de las exhibiciones, resultó muy exitoso y es hoy usado universalmente. Y se seguirá usando hasta que surja una idea mejor (2014, p. 118).

Por otro lado, en relación a la prueba testimonial, nuevamente las Reglas de la IBA destacan, sobre todo cuando alguna de las partes es de algún país con raíces en el Derecho Civil o Continental, ya que a diferencia de esta última: (i) se autoriza la declaración testimonial de una parte, o de un directivo, empleado u otro representante (artículo 4(2)), (ii) se autoriza a que una parte entreviste a sus testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios (artículo 4(3)), y (iii) los testimonios de personas controladas por una parte, se deberán presentar por escrito (artículo 4(4)), debiendo contener:

5. Cada Declaración Testimonial deberá contener:
(a) el nombre completo y la dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción pudiera ser relevante para el conflicto o para el contenido de su declaración;
(b) una descripción completa y detallada de los hechos, así como de la fuente de información del testigo sobre tales hechos, suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los Documentos en los que los testigos se basen y que no hayan sido presentados anteriormente deberán acompañarse;
(c) una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria;
(d) una manifestación sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y
(e) la firma del testigo, así como la fecha y el lugar.

Por otro lado, en relación a la prueba pericial, los artículos 5 (acerca de los peritos de parte) y 6 (respecto a los peritos designados por el tribunal arbitral) establecen los requisitos y condiciones que se deben de observar, resultando importante destacar que, a diferencia de lo que resulta ser la experiencia de una parte proveniente de algún país con raíz en el Derecho Civil o Continental, en el que el juez suele designar al perito, la experiencia a partir de las Reglas de la IBA es que son las partes las que proponen y presentan sus pericias y el tribunal arbitral solo en contadas oportunidades hace lo propio.

A continuación, y en plena sintonía con las buenas prácticas antes referidas acerca de la preparación de la audiencia, el artículo 8 las Reglas de la IBA regula la manera y condiciones para el interrogatorio de los testigos y los peritos (Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter, 2009, pp. 405-407).

Por último, el artículo 9 de las Reglas de la IBA regula lo referente a la admisibilidad y la valoración de la prueba, destacando la posibilidad de que el tribunal arbitral infiera negativamente en contra de alguna de las partes, cuando:

6. Si una Parte no suministra, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado a su debido tiempo o no presenta un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte.
7. Si una Parte no cumple, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante, incluyendo testimonios, solicitada por una Parte frente

a la cual la Parte requerida no hubiera objetado a su debido tiempo o no cumple con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado practicar, el Tribunal Arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte (Amaral, 2018, pp. 4-8).

8. Conclusiones

La libertad procedimental es el sello distintivo del arbitraje moderno, creada por la Convención de Nueva York de 1958 y hoy expresamente prevista en más de 100 legislaciones arbitrales que la han incorporado al haber hecho suyas las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

Gracias al pleno reconocimiento de la libertad procedimental, las leyes de arbitraje no requieren ni requerirán modificación alguna, salvo que algún desubicado considere que la libertad no es buena.

Por tanto, consolidado el *hard law*, lo que debemos hacer todos los que participamos en arbitrajes (centros de arbitraje, árbitros, abogados y partes) es aprender de los líderes, quienes, a partir de sus prácticas, nos proponen las mejores prácticas del arbitraje (*soft law*) que, gracias a la libertad procedimental, podemos incorporarlas a nuestros arbitrajes hoy mismo.

Lamentablemente, en el Perú, aun cuando desde el año 1996 incorporamos la libertad procedimental, lo cierto es que la inmensa mayoría de los centros de arbitraje no siguen a los líderes (ICC/LCIA) en la implementación de sus reglamentos de arbitraje. Por su parte, la inmensa mayoría de árbitros y abogados locales simplemente desconocen el *soft law* y apelan a las normas del Código Procesal Civil, con lamentables consecuencias. Es más, leyes especiales como las últimas leyes sobre contratación pública, han incorporado disposiciones arbitrales que nada tienen que hacer con el Arbitraje y más con procesos judiciales, desnaturalizando de manera grave su práctica.

Es hora de que aprendamos a arbitrar, antes que la ignorancia destruya definitivamente una gran herramienta como es el Arbitraje.

Referencias bibliográficas

Alvarez, Henri C. (2005). La escogencia del lugar del arbitraje. *Revista Internacional de Arbitraje*, (3).

Alvarez, H. C. y Friedman, M. W. (2009). What should parties expect from arbitrators and what should arbitrators expect from parties? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *24*(1), 39-48. https://doi.org/10.1093/icsidreview/24.1.39

Amaral, G. R. (2018). Burden of proof and adverse inferences in international arbitration: Proposal for an inference chart. *Journal of International Arbitration*, *35*(1).

Bernal Gutiérrez, R. (2000). *El arbitraje en Guatemala, apoyo a la justicia*. Centro de Arbitraje y Conciliación (CENAC)

Blackaby, Niguel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martín (2009). *Redfern and Hunter on international arbitration* (6.ª ed.). Oxford University Press

Böckstiegel, Karl-Heinz (1999). Major criteria for international arbitrators in shaping an efficient procedure. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 49-53.

Born, Gary B. (1994). *International commercial arbitration in the United States*. Kluwer Law and Taxation Publishers

Born, G. B. (2001). *International commercial arbitration: Commentary and materials* (2.ª ed.). Kluwer Law International

Born, G. B. (2014). *International commercial arbitration* (2.ª ed.). Kluwer Law International

Bullard, A. y Repetto, J. L. (2014). Charles Darwin y el arbitraje. *Forseti, Revista de Derecho*, (1). https://doi.org/10.21678/forseti.v1i1.1202

Caivano, Roque J. y Bianchi, Roberto A. (2003). El exequátor de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, *2003-III*. p. 97.

Chocrón, Ana María (2000). *Los principios procesales del arbitraje*. José María Bosch

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1979a). *Informe del Secretario General: estudio sobre la aplicación e interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)* (A/CN.9/168)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1979b). *Nota de la Secretaría: nuevos trabajos relacionados con el arbitraje comercial internacional* (A/CN.9/169)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1981). *Informe del Secretario General: posibles características de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional* (A/CN.9/207)

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1982). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales sobre la labor realizada en su tercer período de sesiones (Nueva York, 16 a 26 de febrero de 1982)* (A/CN.9/216).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1982a). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su*

cuarto período de sesiones (Viena, 4-15 octubre 1982) (A/CN.9/232).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1983). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su sexto período de sesiones (Viena, 29 de agosto a 9 de septiembre de 1983)* (A/CN.9/245).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1984). *Informe del Grupo de Trabajo sobre Prácticas Contractuales Internacionales acerca de la labor realizada en su séptimo período de sesiones (Nueva York, 6 a 17 de febrero de 1984)* (A/CN.9/246).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1985). *Informe del Secretario General: compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional* (A/CN.9/263).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1985a). *Informe del Secretario General: compilación analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional. Adición* (A/CN.9/263/Add.1).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1985b). *Informe del Secretario General: comentario analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional* (A/CN.9/264).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1988). *Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, nota de la Secretaría (A/CN.9/309), Anuario*, volumen XIX.

Craig, William L. (1988). Uses and abuses of appeal from awards. *Arbitration International*, *4*(3).

Craig, W. Laurence., Park, William W. y Paulsson, Jan (1990). *International Chamber of Commerce arbitration* (2.ª ed.). ICC Publications

Cremades, Bernardo M. (2005). Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York. *Revista Peruana de Arbitraje*, (1)

Cremades, Bernardo M. (2013). ¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *6*(1)

Di Pietro, Domenico y Platte, Martin (2001). *Enforcement of international arbitration awards: The New York Convention of 1958*. Cameron May

Draetta, Ugo (2015). The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. *ASA Bulletin*, *33*(2), 327–342.

Drahozal, Christopher R. (2000). Enforcing vacated international arbitration awards: An economic approach. *The American Review of International Arbitration*, *11*.

Decreto Legislativo 1071 de 2008. Ley Peruana de Arbitraje. 1 de setiembre de 2008.

DiPublico. (2012, 21 de enero). *Convención para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Ginebra, 24 de septiembre de 1927*. https://www.dipublico.org/11396/convencion-para-la-ejecucion-de-las-sentencias-arbitrales-extranjeras-ginebra-24-de-septiembre-de-1927/

Fernández Rozas, José Carlos (1991). La primacía de los tratados internacionales en el exequatur de sentencias arbitrales extranjeras. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, *7*

Friedland, Paul D. (1998-1999). International arbitration in the US: Enforcement of awards, and non-parties. *International Commercial Litigation - United States Litigation Yearbook Supplement*.

Friedland, Paul D. (2016). Chapter 21: Soft law and power. En S. Brekoulakis y J. D. M. Lew (Eds.), *The evolution and future of international arbitration* (Vol. 37). Kluwer Law International

Gaillard, Emmanuel y Savage, John (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Gerbay, Rémy (2016). Chapter 1: Understanding the notion of arbitral institution: Definitions and typologies. En *The functions of arbitral institutions* (Vol. 38). Kluwer Law International.

Greineder, Daniel (2018). The limitations of soft law instruments and good practice protocols in international commercial arbitration. *ASA Bulletin*, *36*(4), 907-912.

Herrmann, Gerold (1984). UNCITRAL's work towards a Model Law on International Commercial Arbitration. *Pace Law Review*, *4*(3).

Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph (1989a). UNCITRAL Model Law, Chapter V, Article 18 [Equal treatment of parties]. En H. M. Holtzmann y J. Neuhaus (Eds.), *A guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: Legislative history and commentary*. Kluwer Law International.

Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph (1989b). UNCITRAL Model Law, Chapter V, Article 19 [Determination of rules of procedure]. En H. M. Holtzmann y J. Neuhaus (Eds.), *A guide to the UNCITRAL Model Law on international commercial arbitration: Legislative history and commentary*. Kluwer Law International.

Committee on International Commercial Arbitration. (1953). *Enforcement of international arbitral awards: Report and preliminary draft convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953*. https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/9/69_doc-3-1953.pdf

Kaufmann-Kohler, Gabrielle (2010). Soft law in international arbitration: Codification and normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, *1*(2), 283-299.

Leahy, Edward R. y Orentlicher, Diane F. (1985). Enforcement of arbitral awards issued by the

Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID). *Journal of International Arbitration*, *2*(3).

Lew, Julian David Matthew y Mistelis, Loukas A. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Lord Mustill, Michael (1989). Arbitration: History and background. *Journal of International Arbitration*, *6*(2).

Mantilla-Serrano, Fernando (2005). *Ley de arbitraje: una perspectiva internacional*. Iustel. p.408

Mourre, Alexis. (2018). *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional* [Conferencia]. X Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, Madrid, España.

Mourre, Alexis (2019). Arbitral institutions and professional organizations as lawmakers. En J. E. Kalicki y M. A. Raouf (Eds.), *Evolution and adaptations: The future of international arbitration* (Vol. 20). Kluwer Law International.

Nacimiento, Patricia (2010). Article V(1)(d). En H. Kronke y P. Nacimiento (Eds.), *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: A global commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International.

Nattier, Frank E. (1986). International commercial arbitration in Latin America: Enforcement of arbitral agreements and awards. *Texas International Law Journal*, *21*.

Park, W. W. (1994). Finality and fairness in tax arbitration. *Journal of International Arbitration*, *11*(2).

Park, W. W. (2003). The specificity of international arbitration: The case for FAA reform. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1241–1311. https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vjtl/vol36/iss4/6/

Park, William W. (2006). Chapter 7: The procedural soft law of international arbitration; Non-governmental instruments. En L. A. Mistelis y J. D. Mathew (Eds.), *Pervasive problems in international arbitration* (Vol. 15). Kluwer Law International.

Park, William W. (2007). Two faces of progress: Fairness and flexibility in arbitral procedure. *Arbitration International*, *23*(3), 499-503.

Park, William W. (2012). The maturing of arbitration: Continuity and change. En *Arbitration of international business disputes* (2.ª ed., pp. 3-27). Oxford University Press.

Paulsson, Marike. R. P. (2016). Chapter 6: Resisting enforcement of awards. En *The 1958 New York Convention in action*. Kluwer Law International.

Phillips, William (1984). Recognition of foreign arbitral awards: The Second Circuit provides a hospitable forum. *Brooklyn Journal of International Law*, *10*(2).

Organización de las Naciones Unidas. (12 de septiembre de 1958). *Acta resumida de la 11.ª sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional* (E/CONF.26/SR.11). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/5/1/51_e-conf-26-sr11.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (13 de junio de 1958). *Consideration of the draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (item 4 of the agenda): Text of Articles III, IV and V of the draft Convention proposed by the Working Party for adoption by the Conference* (E/CONF.26/L.43). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/9/191_e-conf-26-l43.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (4 de junio de 1958). *Texto de los artículos III, IV y V del proyecto de Convención aprobados por la Conferencia en su 17.ª sesión (E/CONF.26/L.48)*. https://docs.un.org/es/E/CONF.26/L.48

Organización de las Naciones Unidas. (28 de mayo de 1958). *France: Amendment to Article 4 as proposed by the Netherlands (E/CONF.26/L.17)* (E/CONF.26/L.32). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/7/177_e-conf-26-l32.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (28 de mayo de 1958). *Federal Republic of Germany: Amendments to articles III to V of the draft convention* (E/CONF.26/L.34). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/180_e-conf-26-l34.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (29 de mayo de 1958). *Yugoslavia: Amendment to the Netherlands amendment to Article 4 (E/CONF.26/L.17)* (E/CONF.26/L.39). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/8/186_e-conf-26-l39.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (16 de febrero de 1955). *E/AC.42/2: Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/6/7/67_doc-1-e-ac-42-2.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (28 de marzo de 1955). *Informe del Comité sobre la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* (E/2704; E/AC.42/4/Rev.1). https://www.newyorkconvention.org/media/uploads/pdf/1/2/122_doc-8-e-ac-42-4-rev-1.pdf

Redfern, Alan y Hunter, Martin (1991). *Law and practice of international commercial arbitration* (2.ª ed.). Sweet & Maxwell.

Reisman, W. Michael (1992). *Systems of control in international adjudication & arbitration: Breakdown and repair*. Duke University Press.

Salomon, Claudia (2004). The conduct of an international arbitration: Do the rules make a difference? *Journal of International Arbitration*, *21*(2), 103–141.

Scott Rau, Alan (1996). The New York Convention in American courts. *The American Review of International Arbitration*, *7*.

Shroff, Paliavi (2017). Due process in international arbitration: Balancing procedural fairness and efficiency. En A. Menaker (Ed.), *International arbitration and the rule of law: Contribution and conformity* (Vol. 19). Kluwer Law International.

Ungar, Kenneth (1987). The enforcement of arbitral awards under UNCITRAL's Model Law on

International Commercial Arbitration. *Journal of Transnational Law*, *25*(3).

Van den Berg, Albert Jan (1981). *The New York Arbitration Convention of 1958*. Interuniversity Institute for International Law and the Law of the European Communities.

Van den Berg, Albert Jan (1986). Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention. *Arbitration International*, *2*(3).

Van den Berg, Albert Jan (1987). Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *2*(2).

Van den Berg, Albert Jan (1998). Enforcement of annulled awards? *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, *9*(2).

Wang, Hui (2018). Multidimensional thinking about the “soft laws” phenomena in international commercial arbitration: A Chinese perspective. *ASA Bulletin*, *36*(3), 615-626.

Werner, Jacques (1989). Should the New York Convention be revised to provide for court intervention in arbitral proceedings? *Journal of International Arbitration*, *6*(3).

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.002

El árbitro aumentado en el Arbitraje Comercial Internacional 5.0: ¿De la *lex mercatoria* a la *lex algorítmica* en la transformación del *soft law arbitral*?(*)

The augmented arbitrator in International Commercial Arbitration 5.0: Is arbitral soft law evolving from lex mercatoria *to* lex algorithmica*?*

Marta Gonzalo Quiroga(**)
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

Resumen: Este artículo analiza la evolución del arbitraje en el marco de la transformación tecnológica impulsada por la inteligencia artificial (IA), proponiendo el concepto de *Arbitraje Comercial Internacional 5.0* como nueva fase en el desarrollo del sistema arbitral contemporáneo. A partir de un enfoque doctrinal y evolutivo, el trabajo examina la transición desde el modelo normativo tradicional basado en la *lex mercatoria*, posteriormente articulado a través del *soft law*, hacia un sistema arbitral crecientemente tecnificado en el que comienza a emerger una incipiente *lex algorítmica*. Sobre esta base, el estudio propone un modelo de gobernanza multinivel del arbitraje que origina la *Teoría de las tres capas normativas del Arbitraje Internacion*al 5.0. A partir de la cual, y tomando como referencia los Principios para el uso de la IA elaborados por diversas instituciones arbitrales (*soft law*) y los marcos regulatorios europeos en materia de IA *(hard law*) formula una propuesta de reconfiguración tecnológica de la IA en el Arbitraje 5.0. Concluye que la IA no sustituye al árbitro, sino que lo redefine como un "árbitro aumentado", planteando si el Arbitraje 5.0 es un punto de llegada o, por el contrario, el inicio de una nueva fase: la de un eventual Arbitraje 6.0, y de lo que aún está por venir.

Palabras Clave: Arbitraje Comercial Internacional - Inteligencia Artificial (IA) - Arbitraje 5.0 -*Lex Mercatoria* - *Soft Law* Arbitral - *Lex Algorítmica* - Árbitro Aumentado

Abstract: This paper examines the evolution of arbitration within the context of the technological transformation driven by artificial intelligence (AI), advancing the concept of *International Commercial Arbitration 5.0* as a new developmental stage of the arbitral system. Adopting a doctrinal and evolutionary approach, the paper analyses the transition from the traditional normative framework grounded in the *lex mercatoria*, subsequently articulated through arbitral *soft law*, towards an increasingly technologized arbitral ecosystem in which an emerging *lex algorithmica*—understood as an algorithmically mediated normative layer—begins to take shape. On this basis, the study proposes a model of multilevel governance of international arbitration structured around three interrelated normative layers—*lex mercatoria*, arbitral *soft law*, and *lex algorithmica*— thereby formulating the *Theory of the Three Normative Layers of International Commercial Arbitration 5.0*. Building upon the Principles for the

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 31 de marzo del 2026 y su publicación fue aprobada el 24 de mayo de 2026.
(**) Abogada por la Universidad de Salamanca. Profesora Titular acreditada a Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España). Mediadora profesional y Árbitra internacional. Investigadora Principal del proyecto competitivo "Inteligencia Artificial y Métodos Adecuados de Gestión de Conflictos: Desafíos Éticos, Jurídicos y Tecnológicos" (URJC, 2025/2026), al que se encuentra adscrita la presente investigación. Directora del Título Propio de Experto en Mediación URJC y de otros dos Títulos y microcredenciales en Arbitraje y MASC. Coordinadora del módulo de Arbitraje y Mediación del Máster Universitario de Abogacía y Procura URJC. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6553-3268. Correo electrónico: marta.gonzalo@urjc.es.

Use of AI developed by various arbitral institutions (soft law), as well as the European regulatory frameworks on AI (hard law), it puts forward a proposal for the technological reconfiguration of AI in Arbitration 5.0. The paper concludes that AI does not replace the arbitrator, but rather transforms them into an "augmented arbitrator," and raises the question of whether Arbitration 5.0 truly represents its final stage or merely the threshold of Arbitration 6.0—and of what is yet to come.

Keywords: International Commercial Arbitration - Artificial Intelligence - Arbitration 5.0 - *lex Mercatoria* - Arbitral *Soft Law* - *Lex Algorithmica* - Augmented Arbitrator

1. Introducción

La historia del arbitraje internacional puede leerse, en buena medida, como la historia de sus sucesivas transformaciones, articuladas en un diálogo constante entre innovación y tradición(1). A lo largo de su evolución, cada innovación institucional, procedimental o tecnológica ha suscitado, al menos inicialmente, interrogantes sobre su legitimidad, su relación con el orden público y su capacidad para garantizar estándares adecuados de justicia. En Latinoamérica, sin ir más lejos, en lo que atañe a la exigencia de garantizar estándares adecuados de justicia en el arbitraje, Cantuarias Salaverry (2004) advertía que la legitimidad del arbitraje descansa en su capacidad para ofrecer un nivel de tutela equivalente al judicial, particularmente en lo que respecta al respeto del debido proceso, la igualdad de las partes y el derecho de defensa.

En relación con la tensión entre arbitraje y orden público, es oportuno atender a la evolución de los trabajos de Gonzalo Quiroga, desde sus primeras investigaciones (2001) —en las que configura el orden público y las normas imperativas como límites estructurales del arbitraje— hasta sus aportaciones más recientes, en las que profundiza en esta función en contextos de creciente digitalización y automatización (2026)(2). A este respecto, resulta particularmente revelador que el orden público internacional configurado en la Convención de Nueva York de 1958 —cuando la inteligencia artificial (en adelante, IA) era aún inimaginable— actúe hoy como un límite infranqueable a la ejecución transfronteriza de laudos arbitrales automatizados (Peng & Yan, 2025).

De ahí que, a nuestro juicio, la recurrente caracterización de la IA como una fuerza disruptiva en el arbitraje internacional responde, en gran medida, a una retórica de la innovación que no se corresponde plenamente con la realidad jurídica del sistema arbitral. Este trabajo parte de una premisa distinta. La incorporación de la IA no desborda el marco arbitral ni compromete sus fundamentos, sino que se integra en un entramado normativo que ha demostrado una notable capacidad de adaptación. Lejos de evidenciar una ruptura, el sistema arbitral dispone ya de instrumentos suficientes para encauzar estos desarrollos tecnológicos con las debidas garantías. En este sentido, la irrupción de la IA debe entenderse como la expresión más reciente de una dinámica estructural bien conocida. Y es que cada avance dirigido a reforzar la eficiencia o la sofisticación del arbitraje reactiva, de manera recurrente, las tensiones en torno a la preservación de sus principios esenciales. Más que ante una transformación sustantiva del modelo, nos hallamos, por tanto, ante la reformulación —en clave tecnológica— de interrogantes clásicos sobre el equilibrio entre innovación y garantía.

En esta misma lógica de continuidad evolutiva, no es la primera vez que el arbitraje se enfrenta a recelos de esta naturaleza. Durante buena parte del siglo XX, tanto el arbitraje interno como el internacional fueron contemplados con escepticismo por sectores significativos de la doctrina y de la judicatura estatal, que cuestionaban la legitimidad de una justicia de naturaleza privada capaz de sustraer controversias al conocimiento de los tribunales públicos(3).

(1) *Véase* "Sobre el incesante equilibrio entre tradición jurídica e innovación normativa en el arbitraje vid. ", Verdera y Tuells, E. (2005).

(2) En este marco, la autora sostiene que la incorporación de tecnologías como la inteligencia artificial o los sistemas automatizados de resolución de conflictos no debe erosionar los principios fundamentales del arbitraje, debiendo garantizarse, en todo caso, el control humano, la transparencia y el respeto de los derechos fundamentales como elementos integrantes del orden público internacional.

(3) Como ponía de relieve Cremades (1984), la doctrina civilista española de mediados de siglo, llegó a afirmar que "ninguna cláusula […] es más peligrosa que la cláusula compromisoria", reflejando una profunda desconfianza hacia el arbitraje como mecanismo alternativo a la justicia estatal. En un sentido similar, Fouchard, Gaillard y Goldman (1999) ya advirtieron que antes de la consolidación de la Convención de Nueva York y de la *Lex Mercatoria* moderna, el arbitraje internacional se percibía a menudo como un sistema "paralelo" y potencialmente perturbador de los equilibrios jurisdiccionales estatales. En este contexto crítico, Oppetit (1998) advirtió tempranamente del riesgo de una "banalización del arbitraje" (banalisation de l'arbitrage) derivada de su uso cada vez más generalizado y, en ocasiones, acrítico, subrayando que su expansión no debía conducir a una relajación de sus exigencias jurídicas ni a una erosión de las garantías que legitiman su función jurisdiccional.

Las preocupaciones se centraban en la posible afectación del orden público, la suficiencia de las garantías procesales y la transparencia de un sistema que, precisamente por su autonomía respecto de la jurisdicción estatal, parecía suscitar dudas acerca de sus mecanismos de control(4). Reservas que se intensificaron a medida que el arbitraje fue expandiéndose en el ámbito del comercio internacional, dando lugar a un debate doctrinal particularmente intenso sobre su naturaleza, su fundamento y sus límites(5). Estas reflexiones respondían a una preocupación más amplia: la necesidad de preservar la legitimidad del arbitraje en un entorno en el que su autonomía frente a la justicia estatal continuaba siendo objeto de debate a escala global(6). Asimismo, se cuestionaba si una justicia "privada" podía ofrecer garantías suficientes de transparencia, independencia y control. Dudas que, curiosamente y de manera reveladora, resurgen hoy en el debate sobre la IA en el sistema arbitral.

En efecto, paradójicamente muchas de las inquietudes que acompañaron al desarrollo del arbitraje internacional reaparecen ahora ante la rápida incorporación de tecnologías basadas en IA en las distintas fases del procedimiento arbitral. La utilización de herramientas algorítmicas para el análisis documental masivo, la predicción de resultados, la asistencia en la redacción de laudos o incluso la eventual automatización de determinadas decisiones arbitrales ha generado nuevas preguntas acerca de la transparencia, la imparcialidad, la explicabilidad y el control de los procesos decisionales (Schultz, 2020; SVAMC, 2024)(7). Y, al igual que ocurrió con el arbitraje en sus primeras etapas de consolidación, algunos observadores temen que la creciente tecnificación del procedimiento pueda afectar a la confianza de las partes o a la percepción de legitimidad del sistema arbitral (Florentino-Galeote, 2019; Barona Vilar, 2021; Kasap, 2021). Con todo, el arbitraje ha sido históricamente un espacio especialmente receptivo a la innovación tecnológica.

En la última década, y con particular intensidad en el último lustro, la progresiva digitalización de los procedimientos arbitrales dio lugar a lo que parte de la doctrina denominó "arbitraje 2.0"(8). En este contexto, comenzó a plantearse de forma sistemática la irrupción de la IA en el ámbito arbitral, abriendo un amplio abanico de interrogantes que abarcaban desde su impacto en la práctica arbitral hasta la eventual posibilidad de admitir sistemas automatizados de decisión o "árbitros robot"(9). En esta etapa incipiente, en la que emergían los primeros interrogantes acerca de la integración de la IA en el arbitraje, el desarrollo tecnológico se concretaba en herramientas de apoyo instrumental —como el *Technology Assisted Review* (en adelante, TAR), la designación de los árbitros, la gestión electrónica de pruebas o los sistemas de analítica predictiva— orientados primordialmente a la optimización de la eficiencia del procedimiento arbitral(10). Sin embargo, la actual fase de transformación tecnológica va mucho más allá de estas aplicaciones instrumentales iniciales.

La integración de plataformas de IA, aprendizaje automático y análisis masivo de datos está impulsando la transición hacia un *Arbitraje Internacional 5.0,* que cuenta

(4) *Veáse* específicamente en América Latina, en los trabajos de Cantuarias Salaverry, F. (2005), que examina la anulación de laudos por exceso de los árbitros en la materia sometida, IUS ET VERITAS, 15(30), 203–209. Y en Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017), que revisan la aplicación de la Convención de Nueva York por cortes latinoamericanas en el reconocimiento de laudos extranjeros, IUS ET VERITAS, (55), 198–222.

(5) Gaillard (2010) desarrolló la idea de un orden jurídico arbitral autónomo que coexiste con los ordenamientos estatales.

(6) Con especial intensidad en la doctrina latinoamericana, particularmente en la peruana, Cantuarias Salaverry (2005), explica cómo la expansión del arbitraje internacional se vincula a la búsqueda de foros neutrales y técnicamente especializados fuera de la jurisdicción estatal. En el mismo sentido, Castillo Freyre, M. (2017), discute la firmeza del laudo y fases post-arbitrales, alineándose perfectamente con preocupaciones sobre banalización y legitimidad (como Oppetit), *véase*, El arbitraje después del arbitraje. IUS ET VERITAS, 54, 200–209. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.010

(7) Schultz (2020) distingue entre usos asistenciales y usos sustitutivos de IA en arbitraje, alertando de los riesgos de los segundos para el reconocimiento de laudos. Las SVAMC *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration* (1.ª ed., 2024) son un marco de principios éticos del Silicon Valley *Arbitration & Mediation* Center para el uso responsable de IA en arbitrajes, cubriendo confidencialidad, divulgación y debido proceso. Respecto al debido proceso arbitral (*Guideline* 7) los árbitros no deben usar info IA fuera del expediente ni divulgarla y prohíbe expresamente la delegación de la función decisoria en sistemas de IA.

(8) Lejos de pretender establecer una categorización evolutiva estricta, la expresión "Arbitraje 2.0", acuñada por Gonzalo Quiroga (2023), tenía por objeto identificar un punto de inflexión inicial caracterizado por la incorporación de elementos digitales y la emergencia de los primeros interrogantes en torno a la IA en el ámbito arbitral. En realidad, dicho planteamiento anticipaba ya, desde su formulación originaria, un escenario más cercano a un modelo de Arbitraje 5.0, definido por la irrupción de la IA generativa.

(9) *Véase* en este sentido, el elenco de cuestiones de investigación sobre la IA en el arbitraje, ibid., pp. 519-520.

(10) Para una visión práctica sobre la transformación de la IA en el arbitraje, *véase*, Ruiz Garrido (2023) y, en cuanto a la designación de los árbitros por IA, el reciente trabajo de Chelhod Beyloune (2026).

con nuevos modelos generativos de IA avanzada capaces de intervenir de forma sustantiva en el proceso arbitral. Desde la optimización en la designación y configuración de tribunales arbitrales, hasta la estructuración del razonamiento jurídico del tribunal; la simulación de posibles resultados de la controversia a partir de grandes bases de datos arbitrales y jurisprudenciales; la detección de inconsistencias en la prueba; la asistencia en la gestión estratégica del procedimiento, y la elaboración de borradores argumentativos complejos —incluido el propio laudo—. A la vista de estos avances, surge una cuestión inevitable: ¿hasta qué punto puede el arbitraje integrar estas capacidades sin comprometer sus garantías esenciales, cuando la tentación y los desafíos que plantea la IA son múltiples, cada vez más sofisticados y que, a un coste cada vez más accesible — por el momento—, están ya al alcance de la mano?

Sobre esta base, el presente trabajo parte de la hipótesis de que la creciente integración de la IA en el arbitraje internacional, lejos de constituir una disrupción que deba ser objeto de recelo, se inscribe en la evolución natural del propio sistema arbitral. En este sentido, dicha integración está dando lugar a una nueva fase evolutiva —el *Arbitraje Comercial Internacional 5.0*— caracterizada por la interacción entre el tradicional sistema normativo del arbitraje y una emergente capa de gobernanza tecnológica, en la que el árbitro se configura progresivamente como un "árbitro aumentado", asistido por herramientas de IA bajo condiciones de supervisión humana significativa. En este contexto, el estudio se propone examinar si la integración de la IA en el arbitraje internacional puede estar dando lugar a la emergencia de una incipiente *lex algorítmica* dentro del sistema de gobernanza del arbitraje internacional.

2. Metodología

Desde una perspectiva metodológica, la investigación se articula en torno a tres interrogantes principales. En primer lugar, cómo la incorporación progresiva de la IA en el procedimiento arbitral está influyendo en la arquitectura normativa tradicional del arbitraje comercial internacional. Se examina aquí la evolución tecnológica del arbitraje desde las primeras fases de digitalización del procedimiento arbitral hasta el denominado *Arbitraje Comercial Internacional 5.0.* En segundo lugar, si esta transformación tecnológica permite identificar una nueva dimensión regulatoria —una incipiente *lex algorítmica arbitral*— dentro del *soft law* del arbitraje. Para ello, se analiza la transformación del marco normativo del arbitraje internacional, prestando especial atención a la interacción entre la *lex mercatoria,* el *soft law* arbitral y la posible emergencia de una *lex algorítmica* vinculada al uso de IA en los procedimientos arbitrales.

Con estos objetivos, se analizará principalmente los *Principles on the Use of Artificial Intelligence in International Commercial Arbitration* del Comité Marítimo Internacional (CMI) y de la International Commission of Jurists (ICJ) (2025), junto a otras normas de *soft law* como la *Guideline on the Use of AI in Arbitration* del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2025); las *SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center* (SVAMC) (2024); y los principios y recomendaciones del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM) sobre IA en procedimientos arbitrales (2025), entre otros[(11)]. Asimismo, se tendrán en cuenta marcos normativos europeos en materia de IA -*hard law*- que, aun no estando específicamente diseñados para el arbitraje, inciden de manera relevante en el tratamiento jurídico de estas tecnologías y resultan trasladables al ámbito arbitral. En particular, el Reglamento (UE) 2022/2065, adoptado el 19 de octubre de 2022, aplicable plenamente desde 17 de febrero de 2024 (*Digital Services Act*); y el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, adoptado el 13 de junio de 2024, en vigor desde el 1 de agosto de 2024, que establece una aplicación progresiva, con primeras disposiciones aplicables desde febrero de 2025, aplicación general en agosto de 2026 y plena efectividad para determinados sistemas en 2027[(12)].

Finalmente, el estudio aborda los principales desafíos que plantea la integración de sistemas algorítmicos en el arbitraje internacional desde la perspectiva de la gobernanza normativa del sistema arbitral, proponiendo un modelo de gobernanza multinivel del Arbitraje 5.0 y una tipología de principios destinados a garantizar una integración tecnológica responsable en el

(11) *Véase infra.*, epígrafe 5: *Soft law* y regulación de la IA en el arbitraje comercial internacional 5.0.

(12) *Véase. infra.*, epígrafe 5.2. Diálogo entre los Principios CMI con otras iniciativas de *soft law* y el marco regulatorio europeo en materia de IA *(hard law*).

uso de herramientas algorítmicas en el arbitraje internacional sin comprometer las garantías fundamentales de la legitimidad y el debido proceso arbitral. El estudio concluye con una reflexión sobre el papel del árbitro aumentado en el arbitraje internacional contemporáneo y sobre las implicaciones de esta transformación para la legitimidad futura del sistema arbitral, invitando a preguntarse si el actual paradigma del Arbitraje 5.0 es realmente el punto culminante de esta evolución o si, por el contrario, el ritmo vertiginoso de la innovación tecnológica nos sitúa ya en los umbrales de un Arbitraje 6.0 —y quizá incluso más allá—.

3. Orígenes de la intersección: arbitraje, tecnología, *soft law* y marco regulatorio

Hoy en día es incuestionable que la IA forma parte del arbitraje internacional. El verdadero debate ya no es su adopción, sino afrontar el desafío de su adecuada gobernanza. En efecto, la cuestión de si el arbitraje debe o no incorporar herramientas tecnológicas ha quedado claramente superada por la propia práctica arbitral. El auténtico desafío reside ahora en cómo gobernar el uso de la IA dentro del procedimiento arbitral, de modo que contribuya a reforzar las fortalezas tradicionales del arbitraje —flexibilidad, eficiencia, especialización, confidencialidad, etc.— sin comprometer las garantías esenciales del procedimiento arbitral. De este modo, el análisis contemporáneo se desplaza desde la discusión tecnológica de sus orígenes hacia una reflexión centrada en principios, gobernanza y *soft law,* en la que instrumentos como los Principios CMI (2025) o las Directrices del CIArb (2025) comienzan a desempeñar una función normativa de referencia.

Desde una perspectiva funcional, la evolución tecnológica en el arbitraje promete una mejora sustancial en la eficiencia procedimental y en la capacidad analítica del procedimiento arbitral. Diversos autores e instituciones arbitrales han subrayado que la utilización de herramientas avanzadas de IA permite liberar al árbitro de tareas repetitivas o intensivas en procesamiento de información, facilitando que su intervención se concentre en las funciones propiamente valorativas y deliberativas que constituyen el núcleo de la decisión arbitral (Gonzalo Quiroga, 2023; Gonzalo & Suñez, 2024; Fernández Pérez, 2025; Pérez-Llorca, 2025; el Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), 2025, etc.). En otras palabras, lejos de sustituir al árbitro, la tecnología podría contribuir a reforzar su capacidad para abordar controversias cada vez más complejas en un contexto global altamente tecnificado.

No obstante, junto a estas realidades y promesas existen también riesgos estructurales que, tanto las instituciones arbitrales como la doctrina llevamos el último lustro examinando con creciente atención (Gonzalo &. Suñez, 2024). Entre ellos destacan la opacidad de los sistemas algorítmicos —el conocido fenómeno de la *black box*—, la potencial brecha tecnológica entre las partes y la eventual delegación, siquiera parcial, de aspectos de la función decisoria en sistemas automatizados. Desde una perspectiva general, en la justicia ordinaria, Scherer (2019) critica éticamente esta "caja negra", en cuanto a que los sesgos, la inexplicabilidad y la erosión del razonamiento jurídico demandan transparencia regulatoria. Tales riesgos plantean interrogantes relevantes acerca de la transparencia del proceso, la igualdad de armas entre las partes y, en última instancia, la legitimidad misma de la justicia (Pasquale, 2015 y Sourdin, 2021).

Aplicado al ámbito arbitral, parte de la doctrina ha advertido de los riesgos que los sistemas opacos de IA pueden generar para las garantías del debido proceso (Rafique, 2022). En este sentido, la doctrina latinoamericana ha señalado que la utilización de herramientas algorítmicas cuyo funcionamiento no resulta comprensible para las partes podría comprometer la exigencia de motivación suficiente de la decisión arbitral, especialmente en contextos de arbitraje internacional donde la inteligibilidad de la fundamentación constituye un elemento esencial de legitimidad.

En este sentido, Gonzalo & Suñez (2024) subrayan que la transparencia en los algoritmos y modelos empleados, junto con la supervisión humana efectiva del tribunal, son elementos clave para asegurar un uso responsable de la IA sin menoscabar el razonamiento jurídico ni la calidad del laudo. En la misma línea, el grupo CIIAM (2025), en su informe sobre IA y arbitraje internacional, recuerda que el uso de sistemas de IA no libera al tribunal de la obligación de motivar el laudo, insistiendo en la necesidad de garantizar la transparencia procesal y la comprensibilidad de la decisión[13]. En el ámbito de los arbitrajes de inversión, se ha

(13) En la misma línea, Caivano (2015) ya advertía sobre el impacto de innovaciones tecnológicas en las causales de anulación y de no reconocimiento.

señalado que determinados estándares internacionales —como las exigencias de motivación comprensible en el control de laudos bajo la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI).— podrían verse tensionados si la decisión se apoya en procesos analíticos no transparentes (Mehboob *et al.*, 2025).

A ello se añade el problema de los sesgos derivados de los datos de entrenamiento utilizados por los modelos de IA, una cuestión especialmente compleja en el arbitraje comercial internacional debido a la confidencialidad estructural que caracteriza a la mayoría de los laudos arbitrales.

Surge así una pregunta inevitable: si la mayoría de los laudos arbitrales son, por definición, confidenciales y no se publican —con excepciones como los del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) y, más recientemente, determinadas iniciativas de transparencia impulsadas en el ámbito de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y su "levantamiento parcial del velo arbitral"[14]—, ¿con qué datos se entrenan realmente los sistemas de IA aplicados al arbitraje? En la práctica, estos sistemas suelen alimentarse de fuentes indirectas y necesariamente parciales, como los laudos arbitrales publicados por algunas instituciones o recopilaciones doctrinales, las bases de datos comerciales especializadas en arbitraje y, en ocasiones, la jurisprudencia estatal relativa a la anulación o ejecución de laudos arbitrales. Sin embargo, el carácter fragmentario de estas fuentes plantea interrogantes relevantes sobre la representatividad de los datos utilizados y sobre el riesgo de reproducir sesgos en los modelos algorítmicos aplicados al análisis de controversias arbitrales (Laux & Ruschemeier, 2025).

Conscientes de estos desafíos, diversas instituciones arbitrales y organizaciones internacionales han comenzado a desarrollar instrumentos de *soft law* destinados a orientar el uso responsable de la IA en el arbitraje internacional. Como ya se ha apuntado[15], el desarrollo reciente de estándares en la materia se refleja, entre otras iniciativas, en los *Principles on the Use of Artificial Intelligence in International Commercial Arbitration* (CMI & ICJ, 2025); la *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (CIArb, 2025); las *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration* (SVAMC, 2024); y los principios y recomendaciones del CIIAM sobre el uso de la IA en los procedimientos arbitrales (2025).

A pesar de sus diferencias metodológicas, estos instrumentos convergen en una serie de ideas fundamentales: la necesidad de garantizar transparencia en el uso de herramientas algorítmicas, la preservación de una supervisión humana significativa sobre los procesos decisorios y el establecimiento de mecanismos de gobernanza adecuados respecto del uso y tratamiento de datos. En conjunto, estos desarrollos buscan legitimar un uso asistencial de la IA que refuerce la eficiencia del procedimiento sin sustituir la deliberación humana que caracteriza la función arbitral.

Paralelamente, el creciente desarrollo de marcos regulatorios en materia de IA está comenzando a proyectar sus efectos también sobre el arbitraje internacional. En particular, los Reglamentos comunitarios ya referidos sobre IA y servicios digitales: el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (en adelante, RIA, AI Act o Ley de IA, indistintamente); y el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Directiva de Servicios Digitales, en adelante, DSA), son analizados no únicamente como instrumentos de ordenación del mercado interior europeo, sino como auténticos vectores normativos que están asentando principios jurídicos de alcance transnacional, particularmente en materia de transparencia, responsabilidad algorítmica, control humano y garantías procedimentales, proyectándose más allá del ámbito estrictamente regulatorio hacia la configuración de estándares aplicables también al arbitraje internacional (Serrano Acitores, 2023).

(14) Sobre la progresiva apertura hacia la transparencia en el arbitraje administrado, desde 2019 la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ha promovido la publicación de extractos y, en determinados casos, de laudos arbitrales anonimizados, en lo que parte de la doctrina ha calificado como un "levantamiento parcial del velo arbitral". Esta tendencia responde a la creciente demanda de previsibilidad, coherencia y legitimidad en el arbitraje internacional. En este sentido, Born (2021) analiza las tensiones entre confidencialidad y transparencia en el arbitraje contemporáneo.

(15) *Véase. Supra,* Metodología.

En concreto, el RIA, introduce obligaciones relevantes para los sistemas considerados de alto riesgo, estableciendo requisitos de transparencia, trazabilidad y supervisión humana que, aunque concebidos para contextos regulatorios más amplios, pueden tener una incidencia indirecta en arbitrajes transnacionales que utilicen herramientas tecnológicas avanzadas (European Union, 2024, arts. 6-15). La doctrina ha comenzado asimismo a explorar la posible convergencia entre estos desarrollos regulatorios y los instrumentos normativos del arbitraje internacional, particularmente en relación con el marco de la CNUDMI y la gobernanza transnacional de la tecnología (Pabakhsh, 2025; Gonzalo Quiroga, 2026 y Serrano Acitores, 2026)[16]. Asimismo, el denominado "efecto Bruselas"[17] está contribuyendo a la configuración de un estándar global de carácter ético, procedimental y probatorio que redefine el diseño de la tecnología desde sus propios cimientos, subordinando la innovación al respeto del Estado de Derecho (Siegmann & Anderlung, 2022).

Ahora bien, la circunstancia de que determinados sistemas utilizados en arbitraje no queden formalmente clasificados como "de alto riesgo" conforme al Reglamento IA no excluye la necesidad de aplicar exigencias reforzadas de transparencia, supervisión humana y control de sesgos, habida cuenta de la especial incidencia que tales herramientas pueden proyectar sobre garantías estructurales del debido proceso arbitral. Desde esta perspectiva, el riesgo relevante en el ámbito arbitral no es únicamente el riesgo tecnológico definido normativamente por el AI *Act,* sino también el riesgo jurídico-funcional derivado de la eventual afectación de principios esenciales como la igualdad de armas, la motivación del laudo o el derecho de defensa[18]. En consecuencia, la gobernanza tecnológica del arbitraje internacional no puede depender exclusivamente de clasificaciones regulatorias formales, sino también de una evaluación contextual del impacto que las herramientas algorítmicas pueden proyectar sobre la legitimidad del procedimiento arbitral.

Desde esta perspectiva, la IA y las tecnologías digitales avanzadas están reconfigurando el arbitraje comercial internacional, desplazándolo hacia un arbitraje 5.0. Evolución que abre la puerta a mayores niveles de eficiencia y sofisticación analítica, pero al mismo tiempo plantea interrogantes significativos en relación con el debido proceso arbitral, la igualdad de armas entre las partes, la confidencialidad y la responsabilidad última del árbitro en la construcción de la decisión. Es en este escenario, donde se comienzan a articular marcos conceptuales para comprender este tránsito y sus implicaciones estructurales para el sistema arbitral, hacia un "árbitro aumentado", en el que la IA opera como herramienta de apoyo sofisticado bajo protocolos institucionales claros, preservando en todo caso la centralidad de la deliberación humana y los principios estructurales que han sustentado históricamente la legitimidad del arbitraje comercial internacional (Schultz, 2020; Gonzalo, 2026).

4. Evolución tecnológica del arbitraje comercial internacional: del Arbitraje 2.0 al Arbitraje 5.0

4.1 Adaptación y digitalización

Como ya se anticipó en la introducción, la evolución del arbitraje comercial internacional ha estado indisolublemente ligada a las transformaciones económicas, institucionales y tecnológicas del comercio global, de las que constituye, en buena medida, un fiel reflejo. Desde su consolidación como mecanismo privilegiado para resolver controversias transnacionales, ha demostrado una capacidad adaptativa notable, respondiendo a las demandas de eficiencia y neutralidad de los operadores económicos en un entorno dinámico y cambiante. Esta capacidad de adaptación ha sido uno de los factores que explican su progresiva expansión en las últimas décadas, hasta convertirse en uno de los instrumentos más relevantes

(16) Autor, este último, que explora muy recientemente cómo el AI Act tensiona la ejecutabilidad de laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York, al clasificar el uso de IA en ADR como alto riesgo y habilitar recursos por irregularidad procesal o contrariedad con el orden público.

(17) El "efecto Bruselas" *(Brussels effect*) alude a la capacidad de la Unión Europea de proyectar sus normas más allá de su territorio, convirtiéndolas en estándares globales gracias a su peso como mercado. Como explica Bradford (2020) las empresas adaptan sus prácticas a la regulación europea y extienden esos estándares a nivel internacional, contribuyendo así a la difusión de principios jurídicos como la transparencia, la responsabilidad o el control humano.

(18) Sobre la necesidad de articular modelos de fiabilidad y control ético incluso respecto de sistemas de IA que no queden formalmente clasificados como de alto riesgo, *véase.* Jiménez-Gómez, B. S. (2025). 'Reflexiones en torno a la ética aplicada a la IA en busca de la fiabilidad', en A. Ortega Giménez (Dir.) y L. Heredia Sánchez (Coord.), Los retos que plantea la inteligencia artificial a la administración pública, pp. 219-238.

de resolución de controversias complejas en el ámbito del comercio internacional (Born, 2021).

En este proceso evolutivo, la dimensión tecnológica ha adquirido una relevancia creciente. Tradicionalmente, el procedimiento arbitral se caracterizó por una fuerte impronta presencial y documental, en la que la gestión del proceso se desarrollaba a través de medios analógicos y en estrecha interacción física entre las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales. Sin embargo, el desarrollo de tecnologías digitales aplicadas a la gestión de información jurídica comenzó a transformar gradualmente el funcionamiento del arbitraje internacional, especialmente a partir de las primeras décadas del siglo XXI. Fenómeno que se inscribe en un contexto más amplio de digitalización de los sistemas de resolución de conflictos, impulsado por la creciente complejidad de los litigios transnacionales y por la necesidad de gestionar volúmenes cada vez mayores de información documental (Sourdin, 2018).

En torno a esta dimensión tecnológica, que ha cobrado una relevancia progresiva, en la institución arbitral, se pretende aquí conceptualizar esta trayectoria en fases — del Arbitraje 1.0 al 5.0—, donde la tecnología evoluciona desde un apoyo administrativo hacia un asistente decisorio.

4.2 Marco conceptual: fases de evolución tecnológica del arbitraje internacional

De forma esquemática —y con carácter meramente introductorio, a desarrollar en los epígrafes sucesivos—, se presenta a continuación una tabla que sintetiza la evolución del arbitraje comercial internacional desde el modelo 1.0 hasta el 5.0. Si bien el presente trabajo sitúa el punto de inflexión en la irrupción de la IA a partir del denominado arbitraje 2.0, se incluye también la fase 1.0 por razones de coherencia sistemática, aun cuando en ese estadio inicial no concurrían los riesgos tecnológicos asociados a la IA, inexistente en ese momento.

Tabla 1

La evolución del arbitraje comercial internacional 1.0 → 5.0

Estadio	Período	Tecnología dominante	Papel de la IA	Riesgos principales	Instrumentos normativos claves
1.0 Analógico	Pre-2000	Papel, correo postal	Ninguno	Ninguno tecnológico	Reglas UNCITRAL 1976
2.0 Digital	2000-2019	Email, videoconferencia básica	Incipiente, mínima	Confidencialidad básica	Reglas ICC 2012, IBA Guidelines
3.0 Híbrido	2020-2022	Plataformas gestión casos, audiencias virtuales	TAR documental	Acceso equitativo	Protocolos COVID ICC/LCIA
4.0 Asistida	2023-2024	Analítica predictiva, búsqueda inteligente	Asistencial (revisión, síntesis)	Sesgos, opacidad inicial	SVAMC Guidelines 2024
5.0 Aumentada	2025/26+	IA generativa, agentes autónomos	Cognitiva (borradores laudos, estrategias)	Delegación decisoria, alucinaciones	Principios CMI 2025, CIArb Guideline

4.1.1 De la *lex mercatoria* al arbitraje algorítmico: etapas de evolución tecnológica del sistema arbitral (1.0–5.0)

A efectos de la sistematización que aquí se plantea, la primera etapa de desarrollo del sistema arbitral respecto a la tecnología puede denominarse *Arbitraje 1.0*, correspondiente al modelo clásico del arbitraje comercial internacional. Debe precisarse, no obstante, que esta fase inicial no posee aún una dimensión tecnológica en sentido estricto, sino que responde a la configuración tradicional del arbitraje consolidado a lo largo del siglo XX. En este período, el arbitraje se caracterizó por procedimientos predominantemente presenciales, una fuerte base contractual y una notable autonomía respecto de los ordenamientos jurídicos estatales. Su fundamento normativo principal se encuentra en la denominada *lex mercatoria,* descrita por Goldman (1983) como uno de los pilares históricos del arbitraje internacional en cuanto expresión de un derecho espontáneo del comercio internacional construido a partir de la práctica arbitral y de los usos del comercio global. *Lex* que engloba, el conjunto de usos del comercio internacional, principios generales del derecho mercantil transnacional y prácticas comerciales desarrolladas por los propios operadores económicos para regir sus relaciones jurídicas.

Esta lógica normativa flexible permitió articular un sistema de resolución de controversias adaptado a la naturaleza transnacional del comercio internacional, favoreciendo la aplicación de estándares jurídicos relativamente uniformes al margen de las particularidades de los sistemas jurídicos nacionales. De este modo, el *Arbitraje 1.0* representa la fase fundacional del arbitraje comercial internacional contemporáneo, caracterizada por la centralidad de la *lex mercatoria* como fundamento sustantivo del sistema arbitral y por la consolidación del arbitraje como mecanismo autónomo de resolución de controversias en el comercio internacional.

La siguiente fase evolutiva corresponde a lo que se ha denominado *Arbitraje 2.0*, entendido como la primera etapa de incorporación significativa de herramientas tecnológicas en el procedimiento arbitral. Fase inicial de transformación tecnológica del arbitraje, que engloba en realidad, según Gonzalo (2023), un proceso evolutivo más amplio que abarca sucesivas etapas de digitalización —desde el arbitraje 2.0 hasta el 4.0— caracterizadas por la progresiva integración de tecnologías digitales en la gestión de los procedimientos arbitrales. Ahora bien, en sentido estricto, el *Arbitraje 2.0* se define por la introducción de herramientas tecnológicas orientadas principalmente a mejorar la eficiencia administrativa del procedimiento arbitral, sin alterar la estructura decisoria del proceso. Entre estas innovaciones destacan las plataformas electrónicas de nombramiento de árbitros, gestión de casos, los sistemas de intercambio digital de documentos, las bases de datos jurisprudenciales especializadas en arbitraje y las primeras aplicaciones de análisis documental asistido por tecnología, como el mencionado TAR, que permiten optimizar la organización y tratamiento de grandes volúmenes de información.

Etapa que coincide con un proceso de creciente institucionalización del arbitraje internacional y con la consolidación de un entramado normativo transnacional, articulado a través de reglamentos arbitrales, guías institucionales, directrices de buenas prácticas y otros instrumentos de *soft law* elaborados por instituciones arbitrales y organizaciones internacionales.

Una etapa ulterior en esta evolución tecnológica puede identificarse con la progresiva digitalización integral del procedimiento arbitral, característica de lo que cabe denominar Arbitraje 3.0. Etapa estrechamente vinculada al contexto de la pandemia global provocada por el virus SARS-CoV-2. En esta fase, la tecnología dejó de desempeñar un papel meramente instrumental para asumir una función estructural en la organización y administración del procedimiento arbitral, mediante la generalización de plataformas electrónicas de gestión de casos, el intercambio digital de documentos, los sistemas de gestión electrónica de la prueba y, de forma especialmente significativa, la celebración de audiencias virtuales ante la paralización generalizada de la actividad jurisdiccional presencial. En este escenario, las herramientas tecnológicas contribuyeron decisivamente a mejorar la eficiencia y flexibilidad del procedimiento, facilitando la gestión ágil de litigios complejos con participantes situados en distintas jurisdicciones, aunque sin incidir aún en el núcleo deliberativo o decisorio del proceso arbitral.

Este impulso obligó a numerosas instituciones arbitrales a adoptar soluciones digitales para garantizar la continuidad de los procedimientos arbitrales en un contexto de severas restricciones a la movilidad internacional (Kasap, 2021). Y dio lugar a la elaboración de directrices y protocolos orientados a la conducción de audiencias virtuales y a la gestión electrónica de los procedimientos, contribuyendo a la progresiva institucionalización de estas prácticas (ICC Commission on Arbitration and ADR, 2020). Como ha señalado Ali (2023) este proceso no solo consolidó la digitalización procedimental

del arbitraje, sino que sentó las bases para la posterior incorporación de tecnologías más avanzadas, incluida la IA generativa en la gestión procesal. De este modo, el *Arbitraje 3.0* representó la fase de consolidación de la digitalización procedimental del arbitraje internacional impulsada y acelerada por la pandemia.

La siguiente fase, en esta evolución tecnológica en el arbitraje, puede identificarse con la incorporación de herramientas avanzadas de analítica de datos y sistemas de apoyo al análisis jurídico, lo que permite caracterizar esta etapa como *Arbitraje 4.0.* A diferencia de la anterior, centrada fundamentalmente en la digitalización del procedimiento, el *Arbitraje 4.0* se distingue por la utilización de tecnologías capaces de asistir de forma más sofisticada en el tratamiento y análisis de información jurídica compleja. Entre estas herramientas destacan los sistemas de analítica predictiva, el perfeccionamiento de técnicas de TAR, los motores de análisis masivo de jurisprudencia arbitral y las plataformas de procesamiento automatizado de grandes volúmenes de documentación técnica y financiera. Estas tecnologías permiten optimizar la identificación de documentos relevantes, facilitar la organización de la prueba y mejorar el acceso a precedentes arbitrales y materiales jurídicos pertinentes, contribuyendo así a aumentar la eficiencia y calidad analítica del procedimiento arbitral.

En la práctica, su utilización se ha intensificado especialmente en controversias comerciales internacionales de elevada complejidad, caracterizadas por extensos registros documentales y por la necesidad de gestionar grandes cantidades de información especializada. En arbitrajes internacionales complejos, particularmente en sectores como construcción, energía o telecomunicaciones, el uso de herramientas de TAR permite gestionar millones de documentos electrónicos mediante sistemas de clasificación automatizada y aprendizaje supervisado, reduciendo significativamente tiempos y costes procesales. Partiendo del planteamiento general formulado por Sourdin (2021) en el ámbito judicial, según el cual estas herramientas potencian las capacidades analíticas de los operadores jurídicos sin alterar el núcleo deliberativo del proceso decisorio, cabe trasladar dicha premisa al arbitraje, donde ese núcleo continúa residiendo en el tribunal arbitral.

En este punto de la clasificación, conviene abrir un paréntesis para subrayar que Gonzalo (2023), en un enfoque deliberadamente no desagregado, englobó bajo la denominación unitaria de *"Arbitraje 2.0"* el conjunto de transformaciones tecnológicas que hoy pueden sistematizarse en fases diferenciadas (Arbitraje 2.0, 3.0 y 4.0), en la medida en que su análisis respondía simplemente a la irrupción de la IA en el procedimiento arbitral, sin pretensión de establecer una tipología evolutiva interna. Así, describe esta etapa como una transición hacia modelos tecnológicamente asistidos, en los que la inteligencia computacional adquiere progresiva relevancia en el análisis procesal —desde el *e-discovery* hasta las audiencias virtuales—, sin afectar al núcleo deliberativo ni a la titularidad de la función decisoria, que permanece exclusivamente en el árbitro humano. Sobre esta base, la posterior distinción entre Arbitraje 2.0, 3.0 y 4.0 constituye un desarrollo sistematizador que permite identificar distintos niveles de sofisticación tecnológica, siendo el Arbitraje 4.0 una fase de maduración en la que las herramientas digitales evolucionan hacia funciones de apoyo analítico al razonamiento jurídico arbitral, sin incidir directamente en la decisión del tribunal, con la salvedad de ciertas aplicaciones basadas en *Blockchain* (Ibáñez, 2025).

No obstante, este avance encuentra su límite en la exigencia de una intervención humana significativa en el ejercicio de la función decisoria arbitral, lo que lleva a rechazar los sistemas plenamente automatizados de resolución de controversias —particularmente aquellos basados exclusivamente en la autoejecución algorítmica de *smart contracts*— cuando eliminan toda deliberación humana efectiva. Ahora bien, conviene distinguir dichos modelos de determinadas plataformas descentralizadas de *Blockchain Dispute Resolution* (BDR), como *Kleros Court, Aragon, Jur o Jury. Online,* en las que subsiste una participación humana estructural mediante jurados o validadores distribuidos, aun cuando el procedimiento se articule tecnológicamente a través de mecanismos algorítmicos y de incentivos económicos propios de entornos *blockchain*[19]. En estos supuestos, más que ante sistemas plenamente automatizados, nos encontramos ante modelos híbridos o

(19) En esta línea, López Rodríguez (2024) ha subrayado que los mecanismos de *Blockchain Dispute Resolution* presentan naturalezas heterogéneas, oscilando entre modelos automatizados y estructuras híbridas con intervención humana, lo que condiciona tanto su calificación jurídica como la eventual ejecutabilidad internacional de sus decisiones bajo la Convención de Nueva York de 1958.

formas descentralizadas de justicia algorítmicamente mediada, cuya compatibilidad con las garantías tradicionales del debido proceso arbitral continúa siendo objeto de debate doctrinal[20].

La fase más reciente de esta evolución tecnológica corresponde a la creciente integración de sistemas de IA generativa y aprendizaje automático en el ámbito de la resolución de controversias. Estas tecnologías permiten no solo procesar grandes cantidades de información, sino también asistir en la elaboración de argumentaciones jurídicas, la síntesis de documentos complejos o la simulación de posibles escenarios decisorios. En el ámbito más amplio de los servicios jurídicos, diversos autores ya habían señalado que la IA está transformando progresivamente la forma en que se produce y se aplica el conocimiento jurídico, generando nuevas dinámicas en la práctica del derecho (Susskind, 2019). En el contexto específico del arbitraje internacional, la integración de estas tecnologías plantea la posibilidad de una nueva fase evolutiva que describimos como *Arbitraje Comercial Internacional 5.0.* En esta etapa, la tecnología deja de ser únicamente una herramienta de apoyo administrativo para convertirse en un instrumento capaz de asistir en el análisis jurídico y en la organización del razonamiento decisorio. No obstante, la doctrina coincide en que estas tecnologías no sustituyen la función decisoria del tribunal arbitral, sino que operan como herramientas de apoyo que pueden ampliar las capacidades analíticas de los árbitros en procedimientos particularmente complejos (Menon, 2024)[21].

A efectos de sistematizar esta evolución, la siguiente tabla ofrece una síntesis de las principales fases normativas y tecnológicas que han marcado el desarrollo del arbitraje comercial internacional, conforme a la clasificación aquí propuesta.

En línea con la evolución descrita, el desarrollo del arbitraje comercial internacional puede entenderse como un proceso progresivo de transformación institucional y tecnológica que transita desde un modelo tradicional, natural y analógico basado en la aplicación del derecho y de usos y costumbres de la *lex mercatoria* hacia un ecosistema arbitral crecientemente tecnificado, en el que la IA podría contribuir a configurar una emergente *lex algorítmica* dentro de un renovado sistema de *soft law* arbitral.

4.2.2 Lex Algorítmica: precisión conceptual

Llegados a este punto, se impone una primera precisión conceptual. La denominada *lex algorítmica* no debe entenderse como una mera recopilación de estándares técnicos o principios de gobernanza de la IA, sino como una nueva capa normativa emergente del arbitraje comercial internacional 5.0. Dicha capa está integrada por el conjunto de principios, protocolos técnicos, estándares de transparencia, mecanismos de supervisión humana y criterios de responsabilidad algorítmica que disciplinan la utilización de sistemas de IA dentro del ecosistema arbitral. Los instrumentos de *soft law* sobre IA constituyen, por tanto, manifestaciones o mecanismos de articulación de esta nueva dimensión regulatoria, pero no se identifican plenamente con ella. De este modo, La *lex algorítmica* lejos de identificarse con los estándares de gobernanza de IA, constituye una categoría normativa emergente más amplia, dentro de la cual dichos estándares operan como instrumentos de articulación y control.

La lex algorítmica no presupone la sustitución del árbitro humano por sistemas automatizados de decisión, sino la progresiva incorporación de infraestructuras algorítmicas capaces de condicionar, asistir o estructurar determinados procesos cognitivos y procedimentales del arbitraje, bajo exigencias permanentes de supervisión humana significativa.

4.2.3Teoría de las tres capas normativas del Arbitraje Comercial Internacional 5.0

A) Planteamiento: estratificación

La evolución normativa tecnológica del arbitraje caracterizada en el epígrafe anterior permite identificar la progresiva configuración

(20) La doctrina contemporánea distingue crecientemente entre modelos de *fully automated adjudication* y sistemas híbridos de *algorithmically mediated adjudication*, en los que la tecnología no sustituye completamente la decisión humana, sino que estructura o condiciona determinados aspectos del procedimiento o de la deliberación. En este contexto, cobra especial relevancia la noción de *human-in-the-loop adjudication,* utilizada para describir modelos en los que subsiste una supervisión humana significativa sobre sistemas algorítmicos aplicados a procesos decisorios. Sobre estas categorías y su proyección en mecanismos híbridos de resolución de controversias, *vid.,* entre otros, Sourdin (2021), Schultz (2020), y Ranchordás & Završnik (2023)

(21) En este sentido, Sundaresh Menon (Juez presidente de Singapur), en septiembre 2024, en la conferencia anual del SIAC (Mumbai), enfatizó el rol de la IA generativa para hacer arbitraje "más eficiente y económico", en dos niveles: apoyo a tareas legales tradicionales (investigación, borradores) y gestión de complejidad informativa para árbitros, sin reemplazar juicio humano.

de un sistema normativo multinivel, estructurado en torno a tres capas regulatorias que interactúan entre sí en el ecosistema arbitral global. Este modelo puede describirse como un modelo de estratificación normativa, o más taxativamente, la *teoría de las tres capas normativas del Arbitraje Comercial Internacional 5.0,* en la que confluyen elementos históricos, institucionales y tecnológicos del sistema arbitral.

Tabla 2

Evolución del arbitraje comercial internacional (1.0–5.0): fases normativas y tecnológicas

Fase evolutiva	Características del procedimiento	Tecnología predominante	Fuente normativa destacada	Rol del árbitro o tribunal
Arbitraje 1.0	Arbitraje clásico, procedimientos presenciales y fuerte autonomía respecto de las jurisdicciones estatales.	Tecnología inexistente o mínima.	***Lex mercatoria*** (usos y principios del comercio internacional).	Árbitro como decisor jurídico basado en derecho y en usos mercantiles.
Arbitraje 2.0	Institucionalización del arbitraje y consolidación de centros arbitrales.	Herramientas informáticas básicas de gestión de casos. Comienzo de las IAs.	***Soft law arbitral*** (reglamentos arbitrales, directrices institucionales, guías de buenas prácticas).	Árbitro como decisor dentro de un marco institucional transnacional.
Arbitraje 3.0	Digitalización del procedimiento arbitral y virtualización de audiencias.	Plataformas electrónicas, intercambio digital de documentos, audiencias virtuales en Pandemia.	*Soft law* arbitral + adaptación procedimental tecnológica.	Árbitro decisor y gestor de procedimientos digitalizados.
Arbitraje 4.0	Integración de analítica avanzada en el proceso arbitral.	Analítica de datos, Technology Assisted Review, análisis predictivo.	***Soft law*** tecnológico emergente y guías institucionales sobre tecnología.	Árbitro decisor asistido por herramientas tecnológicas de análisis.
Arbitraje 5.0	Integración de IA en el análisis jurídico y en la gestión avanzada del procedimiento.	IA generativa, aprendizaje automático, análisis masivo de datos.	***Soft law*** tecnológico y principios sobre IA en arbitraje: lex algorítmica.	Árbitro decisor aumentado asistido por sistemas algorítmicos.

La primera capa normativa viene constituida por la *lex mercatoria*, como fundamento sustantivo del arbitraje internacional. Se considera a la *lex mercatoria* uno de los pilares normativos del arbitraje, en la medida en que ha permitido la configuración de una lógica jurídica transnacional relativamente autónoma, proporcionando el sustrato conceptual sobre el que se ha construido el sistema arbitral moderno. La doctrina contemporánea ha profundizado en este concepto subrayando su papel en la construcción de un derecho transnacional del comercio internacional.

En particular, Berger (2015) ha destacado que la *lex mercatoria* no constituye un sistema cerrado de normas, sino un conjunto dinámico

de principios jurídicos que se desarrollan a través de la práctica arbitral, la doctrina jurídica y los instrumentos normativos elaborados por organizaciones internacionales. De ahí que, el arbitraje internacional ha desempeñado un papel fundamental en la consolidación de este derecho transnacional del comercio. Con el desarrollo del arbitraje institucional a lo largo del siglo XX, este marco normativo basado en la *lex mercatoria* comenzó a articularse de forma más sistemática mediante instrumentos de *soft law* elaborados por instituciones arbitrales y organizaciones internacionales. Entre estos instrumentos destacan reglamentos arbitrales, directrices institucionales, guías de buenas prácticas y principios destinados a orientar la conducción del procedimiento arbitral. Herramientas, todas ellas, que han contribuido a estructurar el funcionamiento del arbitraje internacional sin recurrir necesariamente a normas jurídicamente vinculantes.

La segunda capa normativa está formada por el *soft law arbitra*l (gobernanza institucional del sistema arbitral), integrado por reglamentos arbitrales, directrices institucionales, códigos de buenas prácticas y principios elaborados por instituciones arbitrales, organizaciones internacionales y asociaciones profesionales. Este conjunto de instrumentos normativos potestativos ha desempeñado un papel esencial en la estructuración del funcionamiento del arbitraje internacional, configurando un sistema flexible de gobernanza transnacional que regula aspectos fundamentales del procedimiento arbitral. La importancia del *soft law* en el arbitraje internacional ha sido ampliamente reconocida por la doctrina. Born (2021) ha señalado que el desarrollo del arbitraje internacional contemporáneo ha estado estrechamente vinculado a la proliferación de normas no vinculantes elaboradas por instituciones arbitrales que han permitido armonizar las prácticas arbitrales a nivel global. Kaufmann-Kohler (2024), actualiza su análisis sobre el *soft law* en el arbitraje comercial internacional, profundizando en su codificación y normatividad. Este fenómeno refleja una tendencia más amplia hacia formas de gobernanza jurídica flexibles en el ámbito del derecho transnacional.

En el contexto latinoamericano, la doctrina ha subrayado igualmente la relevancia del *soft law* en la evolución del arbitraje internacional. Caivano (2015) señala que el arbitraje internacional constituye uno de los ejemplos más claros de gobernanza jurídica transnacional basada en mecanismos normativos flexibles, destacando que ha contribuido al desarrollo de un sistema normativo transnacional caracterizado por la interacción entre normas estatales, tratados internacionales e instrumentos de *soft law* elaborados por instituciones arbitrales. Este proceso ha permitido consolidar estándares procedimentales relativamente uniformes en el ámbito del arbitraje internacional. Desde esta perspectiva, el desarrollo del *soft law* arbitral puede entenderse como una respuesta institucional a la necesidad de proporcionar reglas procedimentales adaptables a las particularidades de las controversias comerciales internacionales (Tawil & Zuleta, 2016).

En consecuencia, el ecosistema normativo del arbitraje comercial internacional contemporáneo puede describirse como un sistema híbrido en el que convergen distintas fuentes jurídicas: normas estatales, tratados internacionales (*Hard law*) —como la Convención de Nueva York de 1958—, junto a principios derivados de la *lex mercatoria* e instrumentos de *soft law* elaborados por instituciones arbitrales. Este entramado normativo ha permitido al arbitraje internacional desarrollar un marco regulatorio flexible capaz de adaptarse a la creciente complejidad del comercio global. En este contexto, la creciente incorporación de tecnologías digitales y sistemas de IA en el procedimiento arbitral plantea la posibilidad de una nueva etapa en la evolución normativa del arbitraje internacional. Si la *lex mercatoria* constituyó el fundamento sustantivo histórico del arbitraje y el *soft law* arbitral permitió estructurar su gobernanza institucional, la integración de herramientas algorítmicas en el procedimiento arbitral está dando lugar a la emergencia de una nueva dimensión regulatoria, la *lex algorítmica.* Esta evolución plantea interrogantes relevantes acerca de la forma en que las infraestructuras tecnológicas pueden interactuar con el sistema normativo transnacional que ha sustentado tradicionalmente el arbitraje comercial internacional.

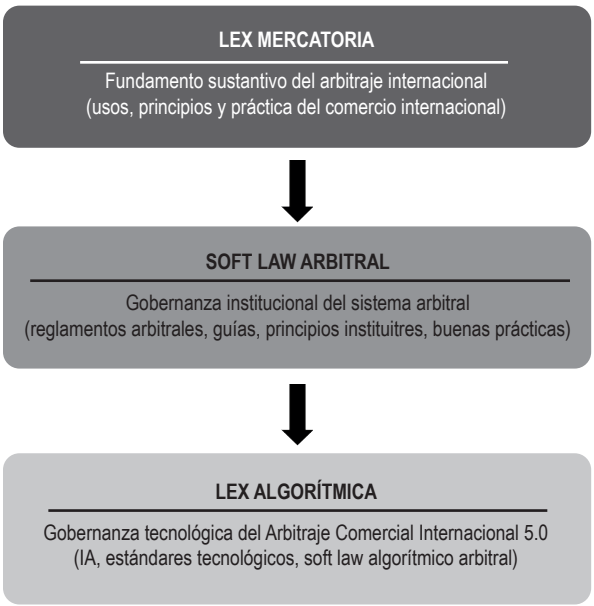
A modo de recapitulación, la creciente integración de tecnologías avanzadas de IA en el procedimiento arbitral está dando lugar a una tercera capa normativa emergente, la denominada *lex algorítmica*, propia de la gobernanza tecnológica del Arbitraje 5.0. Esta dimensión engloba el conjunto de principios, estándares técnicos y directrices orientados a regular el uso de sistemas algorítmicos, con el fin de garantizar la transparencia, la supervisión humana significativa y el respeto de las garantías procesales. Desde esta perspectiva, el *Arbitraje Comercial Internacional 5.0* se configura como un sistema de gobernanza multinivel en el que la *lex mercatoria* aporta el sustrato sustantivo, el *soft law* arbitral ordena su dimensión institucional y la *lex algorítmica* articula la

integración tecnológica, todo ello bajo la exigencia de una vigilancia constante de sus límites y mecanismos de control.

A partir de esta premisa, y como se muestra a continuación, en la Figura 1, la evolución del arbitraje comercial internacional se entiende como la progresiva superposición de tres capas normativas —*lex mercatoria*, *soft law* arbitral y *lex algorítmica*— que configuran el ecosistema regulatorio del *Arbitraje Comercial Internacional 5.0*. Este modelo permite comprender el *Arbitraje 5.0* como un sistema multinivel de gobernanza normativa, en el que las nuevas infraestructuras tecnológicas no sustituyen las capas normativas tradicionales, sino que se superponen a ellas configurando una nueva dimensión regulatoria.

Figura 1

Modelo de las tres capas normativas del Arbitraje Comercial Internacional 5.0



En síntesis, la evolución normativa del arbitraje comercial internacional puede representarse como un proceso de estratificación progresiva en el que las nuevas capas regulatorias se superponen a las existentes sin sustituirlas. Mientras que la *lex mercatoria* ha proporcionado históricamente el fundamento sustantivo del arbitraje internacional y el *soft law arbitral* ha estructurado su gobernanza institucional, la creciente incorporación de tecnologías de IA está dando lugar a una nueva dimensión normativa denominada *lex algorítmica,* orientada a regular la integración tecnológica en el procedimiento arbitral. Todas ellas configuran un sistema transnacional de gobernanza jurídica y tecnológica del arbitraje internacional.

B) Precisión normativa y clave interpretativa

Aunque en el marco evolutivo descrito se ha propuesto la teoría de las tres capas normativas "informales" del arbitraje comercial internacional —integrada por la *lex mercatoria*, el *soft law* arbitral y la emergente *lex algorítmica*, cuya interacción progresiva permite explicar la transformación del sistema arbitral hacia el paradigma del *Arbitraje Comercial Internacional 5.0*—, se impone una primera precisión. Se debe especificar que dichas capas no pretenden sustituir ni desplazar el marco jurídico formal del arbitraje internacional, sino operar sobre él y complementarlo. Funcionan como mecanismos de gobernanza sustantiva, institucional y tecnológica que se superponen al entramado jurídico estatal e internacional que continúa sustentando la validez y eficacia del arbitraje.

Este marco jurídico "formal" está constituido, en primer lugar, por las legislaciones nacionales de arbitraje, en gran medida armonizadas a partir de la *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* (UNCITRAL Model Law, 1985, revisada en 2006), adoptada total o parcialmente por más de 120 Estados en todo el mundo. Entre ellos se encuentra la práctica totalidad de los países hispanoamericanos —más de 15 ordenamientos jurídicos en América Latina—, así como España y Perú, lo que confirma su función como instrumento de armonización normativa y referente universal del moderno derecho del arbitraje. A ello se suma el sistema convencional internacional que garantiza la eficacia transfronteriza del arbitraje, encabezado por la *Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, considerada el pilar fundamental del sistema arbitral internacional, así como por otros instrumentos relevantes como el Convenio de Washington de 1965 que establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI/ICSID); el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 196; o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI *(UNCITRAL Arbitration Rules)*.

Junto a estas fuentes normativas formales, el funcionamiento práctico del arbitraje se articula también a través de los reglamentos institucionales de arbitraje, tales como los de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la London Court of International Arbitration (LCIA), el Singapore International Arbitration Centre (SIAC); la Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), etc.; que estructuran el desarrollo del procedimiento arbitral. En España destacan la *Corte Española de Arbitraje* (CEA) y la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid, con reglamentos actualizados que enfatizan eficiencia y flexibilidad en procedimientos nacionales e internacionales. En Perú, sobresalen el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Arequipa-Lima (CCLAL), junto al CEAR-CAL de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con normas adaptadas a disputas comerciales regionales. Y, a su vez en Perú, estos últimos se complementan con instituciones como la Cámara de Comercio de Lima en contextos transfronterizos.

En este escenario, procede formular una segunda precisión. La teoría de las tres capas normativas informales no pretende describir exhaustivamente el sistema jurídico del arbitraje internacional 5.0, sino ofrecer una clave interpretativa para comprender la gobernanza contemporánea del arbitraje en un entorno cada vez más complejo, transnacional y tecnológicamente mediado. Así, sobre el fundamento jurídico proporcionado por el marco normativo estatal e internacional, el trío de capas —*lex mercatoria*, *soft law arbitral* y *lex algorítmica*— operan como niveles complementarios de regulación sustantiva, institucional y tecnológica del sistema arbitral. Gráficamente, la tabla siguiente sintetiza el modelo conceptual de las tres capas normativas informales que estructuran el funcionamiento del arbitraje comercial internacional contemporáneo.

Tabla 3

Modelo conceptual de las tres capas normativas informales del Arbitraje Comercial Internacional 5.0

Capa normativa	Función dentro del sistema arbitral	Naturaleza normativa	Ejemplos característicos
Lex mercatoria	Fundamento sustantivo del arbitraje comercial internacional	Normatividad transnacional de origen consuetudinario y doctrinal	Usos del comercio internacional, principios generales del comercio, prácticas mercantiles transnacionales, Principios UNIDROIT
Soft law arbitral	Gobernanza institucional y procedimental del arbitraje	Normatividad institucional y autorregulatoria del sistema arbitral	Reglamentos arbitrales (ICC, LCIA, SIAC, HKIAC), IBA Rules on Evidence, guías y directrices institucionales
Lex algorítmica	Gobernanza tecnológica del procedimiento arbitral	Normatividad (soft law & hard law) vinculada al uso responsable de tecnologías digitales	Principios sobre el uso de IA en arbitraje y estándares de transparencia algorítmica (CIArb, ICCA, IBA, OECD AI, ALTAI), configuradores de un incipiente soft law tecnológico-arbitral; junto con los marcos normativos vinculantes en materia de gobernanza de datos y regulación digital (GDPR, RIA/AI Act, DSA, DMA), propios del hard law europeo.

En última instancia, el modelo teórico propuesto permite comprender el arbitraje comercial internacional contemporáneo como un sistema normativo multinivel, en el que la *lex mercatoria,* el *soft law* arbitral y la emergente *lex algorítmica* interactúan de manera dinámica para estructurar su gobernanza sustantiva, institucional y tecnológica. Eso sí, lejos de sustituir el marco jurídico formal del arbitraje, estas capas normativas informales complementan y amplían su funcionamiento práctico, explicando la progresiva transformación del sistema arbitral hacia el paradigma del *Arbitraje Comercial Internacional 5.0*, caracterizado por la integración de tecnologías avanzadas bajo supervisión humana significativa y por la consolidación del modelo del árbitro aumentado, que amplía sus capacidades analíticas dentro de un marco de gobernanza jurídica y tecnológica.

De esta manera, el desafío del arbitraje comercial internacional en la era digital no consiste en decidir si la IA formará parte del sistema arbitral —porque ya lo hace—, sino en construir las formas de gobernanza jurídica que permitan integrarla dentro de un ecosistema normativo multinivel en el que la *lex mercatoria*, el *soft law arbitral* y la emergente *lex algorítmica* configuren conjuntamente la arquitectura del arbitraje del futuro. Desde esta perspectiva, el *Arbitraje Comercial Internacional 5.0* puede entenderse como una fase de transición en la evolución del sistema arbitral, en la que la integración de herramientas de IA y tecnologías digitales comienza a reconfigurar la gobernanza del procedimiento arbitral.

No obstante, el ritmo acelerado de innovación tecnológica sugiere que esta etapa dista de constituir el punto final de dicha evolución. La consolidación de estándares de gobernanza algorítmica, la creciente sofisticación de los sistemas de análisis jurídico automatizado y el desarrollo de nuevos marcos de *soft law* tecnológico podrían abrir el camino hacia configuraciones futuras del sistema arbitral que algunos autores empiezan a identificar, de forma prospectiva, como *Arbitraje 6.0*, caracterizado por una interacción aún más avanzada entre inteligencia humana, IA y gobernanza normativa transnacional, anticipando así un estadio evolutivo aún en gestación y abierto a desarrollos futuros, en un horizonte de transformación que remite a lo que todavía está por venir en la evolución del arbitraje internacional.

5. *Soft law* y regulación de la IA en el arbitraje comercial internacional

5.1 Principios CMI/ICJ (2025)

5.1.1 Génesis y alcance

Los *Principles on the Use of Artificial Intelligence in International Commercial Arbitration*, aprobados en 2025 por la International Commission of Jurists (CMI/ICJ), constituyen uno de los primeros instrumentos de *soft law* específicamente dedicados a regular el uso de IA en el arbitraje comercial internacional. Su génesis responde a la constatación de que la IA ya forma parte de la práctica arbitral —desde la revisión documental hasta la generación de borradores de laudo—, pero carece de un marco normativo adaptado que preserve las garantías esenciales del procedimiento. Estructuralmente, los Principios se dividen en disposiciones generales (aplicables a todo el procedimiento); principios específicos para las partes y sus representantes; principios para los tribunales arbitrales; y principios sobre gobernanza de datos y supervisión tecnológica. Su alcance es amplio: se aplican a cualquier *"AI tool"* utilizado en arbitrajes comerciales internacionales, independientemente de la técnica subyacente, y se dirigen a partes, árbitros e instituciones, reconociendo una responsabilidad compartida por su uso responsable.

En nuestra opinión hay que valorar positivamente este enfoque transversal, que evita la fragmentación regulatoria y proporciona un estándar común de diligencia para todos los actores del procedimiento arbitral. No debe perderse de vista, sin embargo, que estos Principios carecen de carácter vinculante. Aun así, su utilidad práctica resulta indudable. Están concebidos para su incorporación en reglamentos institucionales, términos de referencia (*Terms of Reference*) y cláusulas procesales, donde operan como criterio interpretativo de nociones generales tales como el debido proceso y la buena fe.

5.1.2 Decálogo de principios rectores:

A) Autonomía de la voluntad, debido proceso y proporcionalidad tecnológica

Los *Principios CMI 2025* parten de tres pilares fundamentales que se articulan con la doctrina clásica del arbitraje comercial internacional. El primero (1), la autonomía de la voluntad. Las partes pueden pactar libremente el uso de IA en el procedimiento, siempre que no vulneren el debido proceso ni la igualdad de armas. Esta disposición se alinea con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo español (STS 14/03/2018)

y de la Corte de Apelaciones de París (*Cour d'Appe*l de Paris, 12/06/2019), sobre la validez de innovaciones procesales pactadas por las partes, siempre que no afecten derechos fundamentales.

El segundo principio (2) trata sobre el debido proceso. El uso de IA no puede menoscabar las garantías mínimas de contradicción, motivación del laudo y acceso a la prueba. Este principio remite directamente al artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York y a la jurisprudencia del Tribunal de La Haya sobre la interpretación de "due process" en contextos de innovación tecnológica (*TLC v. Nykomb Synergetics*, 2003). La proporcionalidad tecnológica configura el tercer principio (3). Sostiene que el uso de IA debe ser proporcional a la complejidad del caso, al valor en litigio y a los beneficios esperados, evitando la adopción de sistemas excesivamente complejos que generen costes desproporcionados o riesgos innecesarios. Esta noción encuentra eco en el artículo 17(5) del *Reglamento UNCITRAL de Arbitraje* y en la doctrina sobre gestión eficiente de casos complejos (Redfern & Hunter, 2023).

B) Principios sobre el uso de IA por las partes y sus representantes

Los *Principios CMI 2025* dedican una sección específica al uso de IA por las partes y sus *counsel,* reconociendo que su impacto sobre la igualdad de armas es particularmente sensible. En concreto, el cuarto principio (4) trata de la revelación. Las partes deben revelar el uso de IA que pueda influir significativamente en sus posiciones procesales, permitiendo al tribunal y a la contraparte formular observaciones críticas. Esta obligación se inspira en las *Reglas sobre technology-assisted review del US Federal Rules of Civil Procedure* (Regla 26(b)(5)) y en la práctica de tribunales arbitrales como el ICC.

El quinto principio (5) abarca la veracidad y la diligencia. Las partes deben emplear IA de fuentes fiables y verificar críticamente sus resultados, asumiendo responsabilidad por cualquier "alucinación" o error material que derive de su uso. La doctrina arbitral ha enfatizado este deber de diligencia en casos como Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia (ICSID Case No. ARB/05/24), donde se sancionó la presentación de argumentos no suficientemente verificados.

C) Principios sobre el uso de IA por los tribunales arbitrales

Los Principios establecen estándares estrictos para el uso de IA por los tribunales, con el objetivo de preservar la independencia, la imparcialidad y la responsabilidad personal del árbitro. Así, el principio seis (6) exige una supervisión humana significativa. Los tribunales deben ejercer control efectivo sobre cualquier herramienta de IA utilizada, verificando sus resultados y asumiendo plena responsabilidad por la decisión final. Este principio responde a preocupaciones doctrinales sobre la posible delegación de facto de la función decisoria (Gonzalo, 2023; Moses, 2023).

La motivación y la trazabilidad integran el séptimo principio (7). La motivación del laudo debe ser comprensible para las partes y permitir reconstruir la contribución de la IA, sin necesidad de revelar detalles técnicos propietarios. Se alinea con el artículo 31(2) del Modelo UNCITRAL y con la jurisprudencia sobre estándares de motivación razonable (Rumeli Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16). El octavo principio (8), comprende la ausencia de sesgos indebidos. Los tribunales deben adoptar medidas razonables para mitigar sesgos en los sistemas de IA, incluyendo la selección de herramientas validadas y la validación cruzada de resultados.

D) Gobernanza de datos y auditoría tecnológica

Los *Principios CMI* dedican especial atención a la gestión de datos sensibles en arbitrajes comerciales. En este sentido, el noveno principio (9), contiene la confidencialidad y la seguridad. Los datos del procedimiento no pueden introducirse en sistemas de IA sin garantías adecuadas de seguridad y anonimato. Por último, el décimo principio (10) de este decálogo engloba la auditoría y la revisión necesaria. A este respecto, los tribunales deben documentar el uso de IA de forma que permita su revisión posterior en eventuales procedimientos de anulación o reconocimiento (López & Noriega, 2023).

5.2 Diálogo entre los Principios CMI con otras iniciativas de *soft law* y el marco regulatorio europeo en materia de IA *(hard law)*

En conexión con los *Principios CMI* (2025) previamente analizados, la *Guideline on the Use of AI in Arbitration* del CIArb (2025) articula un código de conducta para los árbitros y formula recomendaciones prácticas relativas al uso de la IA. De este modo, la *Guideline CIArb* complementa los Principios CMI al enfatizar el deber de diligencia del árbitro en la selección y uso de herramientas de IA, recomendando específicamente la verificación de fuentes de datos, la calibración de modelos y la formación continua en alfabetización algorítmica. A diferencia de los *Principios CMI*, la *Guideline del CIArb* dedica una atención específica a las competencias del árbitro, proponiendo un código de

conducta que incluye obligaciones de revelación y de gestión de conflictos derivados del uso de IA. Ambos instrumentos convergen en la prohibición de delegar la decisión final en sistemas automatizados y en la exigencia de supervisión humana significativa. Además, la *Guideline CIArb* añade recomendaciones prácticas sobre *Protocols on AI use en las Terms of Reference* y sobre el rol de los expertos técnicos en procedimientos complejos.

A continuación, en relación con el diálogo de los Principios CMI con otras iniciativas de *soft law* y marcos regulatorios, el Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM) ha elaborado los "Principios y recomendaciones para el uso de sistemas de IA en los procedimientos arbitrales". Estos enfatizan la proporcionalidad, la transparencia y la responsabilidad compartida, proponiendo modelos de cláusulas procesales para regular el uso de IA desde el acuerdo arbitral. Desde otra perspectiva, las *SVAMC Guidelines* (2023) se centran en la prevención de sesgos y en la auditoría independiente de sistemas de IA utilizados en disputas comerciales de alta tecnología. Estas iniciativas, previas a los *Principios CMI 2025*, proporcionan herramientas concretas para su implementación, como *checklists* de diligencia tecnológica y formatos de revelación estandarizados.

Desde el marco regulatorio europeo en materia de IA (*hard law*), destacan dos normas fundamentales. De un lado, el legislador europeo, plenamente consciente de los riesgos disruptivos asociados al uso de la IA en funciones decisorias, ha configurado a través del *Reglamento europeo de IA* (RIA) un sistema de contención institucional de notable alcance. El RIA proyecta un impacto indirecto pero relevante sobre el arbitraje comercial internacional en IA. Aunque no regula de forma expresa el arbitraje privado, sus disposiciones relativas a los sistemas de IA de alto riesgo —en particular, las obligaciones de transparencia, gobernanza de datos y supervisión humana— resultan aplicables cuando las partes, los árbitros o las instituciones arbitrales utilicen herramientas desarrolladas en la Unión Europea o destinadas a su mercado.

En su Anexo III, punto 8, el RIA califica como sistemas de IA de alto riesgo aquellos destinados a asistir en la interpretación de los hechos, la aplicación del Derecho y la adopción de decisiones en contextos cuasi jurisdiccionales (Conde Fuentes, 2025). Esta categorización resulta especialmente relevante para el arbitraje comercial internacional, en la medida en que alcanza a los sistemas que pueden incidir en la formación del juicio arbitral o en la resolución de la controversia. Asimismo, dicha calificación se extiende a los sistemas utilizados en mecanismos de resolución alternativa de litigios (MASC) y en los *Online Dispute Resolutions* (ODR), incluido el arbitraje, cuando sus resultados produzcan efectos jurídicos vinculantes para las partes, reforzando así la exigencia de control humano significativo y de garantías equivalentes al debido proceso.

De otro lado, la *Digital Services Act* (DSA) responde a la necesidad de contener la erosión de los derechos en entornos digitales mediante la "procedimentalización" del poder privado, incorporando garantías propias del Derecho público al ámbito contractual digital (Palumbo, 2024). A tal fin, impone a las plataformas obligaciones de transparencia algorítmica, auditoría independiente y explicabilidad, orientadas a corregir la asimetría informativa estructural (Garriga Domínguez, 2023).

Este entramado normativo, lejos de limitarse al ámbito europeo, actúa como núcleo del denominado "efecto Bruselas", proyectando estándares regulatorios sobre la IA a escala global. En efecto, a través del poder de mercado y de su capacidad de influencia normativa, la Unión Europea impulsa la adopción generalizada de exigencias como la trazabilidad, el control humano y la evaluación del impacto en derechos fundamentales, tanto por incentivos económicos (efecto *de facto*) como por difusión regulatoria (efecto *de iure*), consolidando así un estándar transnacional que incorpora garantías propias del Estado de Derecho en el diseño tecnológico. En paralelo, la Unión Europea está impulsando, desde la lógica del poder de mercado, la armonización global de estándares mínimos en el desarrollo del sector *LegalTech,* incorporando exigencias de trazabilidad, control humano no delegable y evaluación ex ante del impacto en los derechos fundamentales, que se integran progresivamente en el diseño de sistemas algorítmicos a escala global (Serrano Acitores, 2026).

Trasladado al arbitraje comercial internacional, este marco normativo no solo refuerza las exigencias de transparencia, control y explicabilidad en el uso de sistemas de IA que puedan incidir en la función arbitral, sino que contribuye a configurar un estándar objetivo de diligencia tecnológica aplicable a la conducta de los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales. En particular, el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (en adelante, RIA) ofrece criterios interpretativos relevantes para concretar obligaciones generales como la buena fe, la igualdad de armas y el debido

proceso en arbitrajes con conexión europea. Y, en esta misma línea, los *Principios CMI* (2025) reflejan la lógica de riesgos graduados del RIA, incorporando la necesidad de establecer controles reforzados cuando el uso de la IA pueda afectar a los derechos fundamentales de las partes, lo que evidencia la progresiva convergencia entre regulación pública europea y *soft law* arbitral en la configuración del denominado arbitraje 5.0.

De acuerdo con el análisis precedente, los instrumentos examinados coinciden en reconocer la legitimidad del uso asistencial de la IA, al tiempo que subrayan la necesidad de supervisión humana, la exigencia de transparencia y la garantía del debido proceso. Sin embargo, presentan divergencias en el grado de obligatoriedad de la revelación y en los mecanismos de *enforcement*, siendo los *Principios CMI* los más equilibrados al combinar amplitud de alcance con flexibilidad práctica. Entre las lagunas identificadas destaca la falta de estándares uniformes para la auditoría de IA y para la formación de árbitros en IA, así como la necesidad de desarrollar jurisprudencia específica sobre la anulación de laudos por uso indebido de IA.

Se recomienda, en este sentido, que las instituciones arbitrales deben implementar programas de formación y alfabetización algorítmica: formación continua en IA para árbitros y *counsel*, como los que ofrece el CIArb y el ICC Academy. El papel de las instituciones arbitrales es aquí muy importante. Todas las cámaras arbitrales deberían adoptar reglas específicas sobre uso de IA (a imagen de las nuevas reglas JAMS sobre disputas de IA); desarrollar plataformas de IA validadas y certificadas y publicar guías de buenas prácticas y estudios de caso.

De este modo, el modelo propuesto asegura que el arbitraje comercial internacional 5.0 preserve su esencia —flexibilidad, confidencialidad, especialización— mientras aprovecha las potencialidades de la IA de forma responsable y controlada. Asimismo, se consolida una progresiva convergencia entre regulación pública europea y normativa arbitral transnacional que contribuye a la configuración de un modelo de arbitraje 5.0, caracterizado por la integración de la IA bajo parámetros estrictos de garantía, responsabilidad y control humano significativo.

6. Propuestas: bases para la reconfiguración tecnológica del arbitraje 5.0

6.1 Cinco principios de gobernanza tecnológica en el arbitraje comercial internacional 5.0

En el marco de la presente propuesta de arbitraje comercial internacional 5.0, el decálogo previamente formulado se somete a un ejercicio de depuración y síntesis, reduciéndose a cinco principios esenciales que concentran sus elementos estructurales. A tenor de lo expuesto, se ha afianzado cómo la progresiva incorporación de sistemas de IA en el arbitraje comercial internacional exige la articulación de un marco normativo capaz de garantizar que el uso de herramientas tecnológicas avanzadas sea compatible con los principios estructurales del proceso arbitral. A diferencia de las fases anteriores de digitalización del procedimiento, en las que la tecnología desempeñaba un papel esencialmente instrumental, la integración de sistemas algorítmicos en el análisis jurídico plantea interrogantes que afectan directamente a la legitimidad del proceso decisorio. En este contexto, se ha hecho necesario desarrollar principios regulatorios destinados a orientar el uso responsable de la IA en ámbitos institucionales sensibles, entre los que se incluyen los sistemas de resolución de controversia.

En el ámbito del arbitraje internacional, estos principios pueden interpretarse como la base de una gobernanza tecnológica del sistema arbitral, destinada a asegurar que la integración de IA en el procedimiento arbitral se produzca bajo condiciones compatibles con las garantías fundamentales del debido proceso. A partir del análisis realizado, es posible identificar al menos cinco principios estructurales que resultan particularmente relevantes en este contexto: transparencia algorítmica, supervisión humana significativa, explicabilidad del razonamiento decisorio, igualdad tecnológica de las partes y gobernanza responsable de los datos.

6.1.1 Principio de transparencia algorítmica

Del análisis trazado es claro que uno de los principales desafíos asociados al uso de sistemas de IA en contextos institucionales reside en la opacidad que caracteriza a muchos modelos algorítmicos avanzados. Este fenómeno ha sido ampliamente analizado en la literatura sobre regulación de tecnologías digitales bajo el concepto de *algorithmic opacity* o *black box problem* (Pasquale, 2015; Brkan & Bonnet, 2020). En el ámbito del arbitraje internacional, la utilización de herramientas algorítmicas en el análisis de información jurídica podría plantear problemas similares si los procesos de procesamiento de datos resultan inaccesibles o incomprensibles para las partes.

De ahí que, el principio de transparencia algorítmica implica la necesidad de garantizar un nivel adecuado de visibilidad respecto al uso de herramientas tecnológicas en el procedimiento arbitral. Esta transparencia no exige necesariamente la divulgación completa de los modelos algorítmicos utilizados, pero sí requiere que las partes tengan conocimiento de la utilización de herramientas tecnológicas que puedan influir en la organización o análisis de la información relevante para la decisión arbitral. En términos más generales, este principio se inscribe en las tendencias regulatorias contemporáneas orientadas a promover la transparencia en el uso de IA en contextos institucionales sensibles (Floridi *et al.*, 2018).

6.1.2. Principio de supervisión humana significativa

Un segundo principio fundamental en la gobernanza tecnológica del arbitraje internacional es el de supervisión humana significativa (*meaningful human oversight*), estrechamente vinculado al modelo de control humano significativo (*Human-in-the-Loop, HITL*). Este principio ha sido ampliamente reconocido en la literatura sobre ética de la IA como uno de los elementos esenciales para garantizar la responsabilidad en sistemas decisorios asistidos por tecnología (Floridi *et al.*, 2018).

Aplicado al arbitraje internacional, este principio implica que el tribunal arbitral debe conservar en todo momento el control efectivo sobre el proceso decisorio, en un esquema de intervención humana activa, continua y no meramente formal, propio del enfoque HITL. La supervisión humana significativa exige que el árbitro conserve en todo momento el control cognitivo, valorativo y decisorio del procedimiento arbitral, pudiendo comprender, revisar, cuestionar y eventualmente apartarse de los resultados producidos por herramientas algorítmicas. No basta, por tanto, una mera intervención formal o residual del árbitro humano, sino que debe existir una capacidad real de revisión crítica del funcionamiento y resultados del sistema tecnológico empleado.

Las herramientas tecnológicas pueden desempeñar un papel relevante en la organización y análisis de información jurídica, pero no pueden sustituir la función deliberativa del árbitro. En este sentido, es de sobra conocido que la legitimidad del arbitraje internacional descansa en la confianza de las partes en la capacidad del tribunal arbitral para adoptar decisiones jurídicas fundamentadas (Born, 2021). La introducción de sistemas automatizados que pudieran sustituir esta función deliberativa pondría en cuestión los fundamentos mismos del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (Barona, 2021; Esteban de la Rosa & Zeleznikow, 2021; Gonzalo, 2023; Gonzalo & Suñez, 2024; Serrano, 2026).

6.1.3 Principio de explicabilidad del razonamiento decisorio

El tercer principio relevante en la gobernanza tecnológica del arbitraje internacional 5.0 se refiere a la explicabilidad de las decisiones adoptadas en el procedimiento arbitral. En el contexto de los sistemas de IA es importante desarrollar modelos que permitan comprender cómo se generan determinados resultados algorítmicos, un concepto que suele denominarse *explainable AI.* Pues bien, en el arbitraje internacional 5.0, este principio adquiere una importancia particular debido a la centralidad de la motivación del laudo arbitral. La motivación constituye uno de los elementos esenciales para garantizar la legitimidad del proceso arbitral y para permitir el control judicial del laudo en los procedimientos de anulación o reconocimiento. En consecuencia, cualquier utilización de herramientas tecnológicas en el procedimiento arbitral debe ser compatible con la exigencia de que el razonamiento decisorio del tribunal arbitral sea plenamente comprensible para las partes y para las autoridades judiciales que eventualmente deban examinar el laudo.

La eventual delegación indebida de funciones decisorias a sistemas automatizados podría plantear problemas relevantes en fases posteriores de anulación o reconocimiento del laudo arbitral, particularmente cuando la utilización de herramientas algorítmicas impida identificar adecuadamente el razonamiento jurídico seguido por el tribunal arbitral. Ello podría tensionar las exigencias de motivación inherentes al artículo 31(2) de la Ley Modelo CNUDMI, así como los estándares de debido proceso y control jurisdiccional vinculados al reconocimiento y ejecución internacional de laudos arbitrales.

En este sentido, la exigencia de explicabilidad del razonamiento decisorio implica también delimitar con claridad el papel de la IA en la fase de redacción del laudo. El árbitro puede servirse de herramientas de IA para la elaboración de borradores, esquemas argumentativos o propuestas de sistematización del razonamiento jurídico. Sin embargo, la responsabilidad última sobre la construcción, formulación y expresión del razonamiento decisorio corresponde de manera exclusiva al árbitro. Ello supone que el laudo final debe ser necesariamente redactado y asumido por el propio árbitro, como garantía de autenticidad, independencia y control racional de la decisión. Solo de este

modo puede asegurarse que la motivación del laudo responde a un juicio humano plenamente consciente y verificable, compatible con las exigencias del debido proceso y con los estándares de control jurisdiccional del arbitraje internacional.

6.1.4 Principio de igualdad tecnológica de las partes

Un cuarto principio se refiere a la necesidad de garantizar la igualdad tecnológica de las partes en el procedimiento arbitral. La literatura sobre justicia digital ha advertido que la introducción de tecnologías avanzadas en los sistemas de resolución de disputas puede generar nuevas formas de desigualdad procesal si algunas partes disponen de recursos tecnológicos significativamente superiores a los de sus oponentes (Sourdin, 2021).

En el contexto del arbitraje internacional, este riesgo resulta particularmente relevante debido a la diversidad de actores que participan en este tipo de procedimientos. Empresas multinacionales con acceso a herramientas tecnológicas sofisticadas podrían beneficiarse de capacidades analíticas superiores a las de contrapartes con menor acceso a recursos tecnológicos. El principio de igualdad tecnológica exige, por tanto, que los tribunales y las instituciones arbitrales adopten medidas destinadas a evitar que el uso de herramientas tecnológicas genere desequilibrios significativos en la posición procesal de las partes.

6.1.5 Principio de gobernanza responsable de los datos

Finalmente, la integración de sistemas de IA en el arbitraje comercial internacional 5.0 plantea de forma ineludible la cuestión de la gobernanza de los datos, en la medida en que la calidad, integridad y representatividad de la información utilizada condicionan directamente la fiabilidad de los resultados generados por los sistemas algorítmicos. Como se ha enunciado, los modelos de IA requieren grandes volúmenes de datos para su entrenamiento y funcionamiento, lo que suscita interrogantes relevantes en torno a la calidad de dichas fuentes, su adecuación al contexto arbitral y las garantías de seguridad y confidencialidad de la información procesal.

El principio de gobernanza responsable de los datos se proyecta especialmente sobre: (i) los datos procesales derivados de la gestión electrónica del procedimiento arbitral; (ii) los datos probatorios incorporados al expediente; (iii) la información confidencial o estratégicamente sensible de las partes; y (iv) los conjuntos de datos empleados para el entrenamiento, ajuste o funcionamiento de herramientas algorítmicas aplicadas al arbitraje. La especial sensibilidad del arbitraje internacional deriva precisamente de la coexistencia entre confidencialidad estructural y utilización creciente de sistemas de IA alimentados mediante bases documentales potencialmente fragmentarias o sesgadas.

En este contexto, el principio de gobernanza responsable de los datos implica la necesidad de establecer estándares rigurosos en la gestión de la información empleada por herramientas tecnológicas en el procedimiento arbitral, abarcando tanto la protección de la confidencialidad —elemento estructural del arbitraje— como la verificación de la calidad y fiabilidad de los datos utilizados, así como la prevención de sesgos en los modelos algorítmicos. Esta exigencia adquiere una especial complejidad en el arbitraje comercial internacional, dado que la confidencialidad de los laudos limita el acceso a datos completos y representativos para el entrenamiento de sistemas de IA. En consecuencia, estos sistemas suelen nutrirse de fuentes indirectas y necesariamente parciales, como laudos publicados por determinadas instituciones, bases de datos especializadas o jurisprudencia estatal relativa a la anulación y ejecución de laudos, lo que plantea dudas sobre la representatividad de la información disponible y el riesgo de reproducir sesgos estructurales en el análisis de controversias arbitrales (Gonzalo 2024).

Desde la perspectiva del arbitraje 5.0, este principio exige, por tanto, una aproximación proactiva a la gestión de datos, orientada a garantizar la trazabilidad, la calidad y la integridad de la información utilizada por sistemas de IA, así como a reforzar mecanismos de control humano que permitan identificar y corregir posibles distorsiones, en coherencia con los estándares emergentes de transparencia, explicabilidad y debido proceso en entornos tecnológicos avanzados.

La gobernanza de datos en el arbitraje internacional 5.0 no puede concebirse como una responsabilidad exclusiva del árbitro, sino como una responsabilidad compartida entre los distintos actores que intervienen en el ecosistema arbitral, incluyendo instituciones arbitrales, partes, representantes, proveedores tecnológicos y plataformas digitales utilizadas durante el procedimiento. La complejidad tecnológica del arbitraje contemporáneo exige, por tanto, modelos cooperativos de responsabilidad en materia de tratamiento, almacenamiento, circulación y protección de datos procesales y probatorios (Jiménez-Gómez, B. S., 2025).

En conjunto, estos principios permiten articular un marco conceptual para la

gobernanza tecnológica del *Arbitraje Comercial Internacional 5.0.* Lejos de representar una ruptura con los fundamentos tradicionales del sistema arbitral, dichos principios pueden entenderse como una extensión de las garantías procesales que históricamente han caracterizado al arbitraje internacional. La integración de la IA en el procedimiento arbitral exige, por tanto, el desarrollo de mecanismos normativos que permitan aprovechar las ventajas analíticas de las nuevas tecnologías sin comprometer los principios que sustentan la legitimidad del sistema arbitral.

6.2. Modelo de árbitro aumentado

El modelo de "árbitro aumentado" se configura como una propuesta de evolución funcional del arbitraje comercial internacional, orientada a integrar las capacidades de la IA como herramienta de apoyo cognitivo sin desplazar el núcleo decisorio humano. Este enfoque se alinea con la distinción doctrinal entre IA asistencial o "débil" y IA sustitutiva o "fuerte", rechazando esta última por su incompatibilidad con los principios estructurales del arbitraje internacional. En particular el debido proceso, la igualdad de armas, la independencia del tribunal y la exigencia de motivación del laudo. En esta línea, los principales instrumentos de *soft law* —SVAMC (2024), CIArb (2025) y los Principios CMI/ICJ (2025), entre otros previamente analizados— coinciden en concebir la IA como un instrumento auxiliar, subordinado en todo caso al juicio crítico del árbitro, quien conserva en exclusiva la potestad de decidir la controversia. La práctica arbitral ofrece además precedentes que avalan esta integración tecnológica bajo control humano, como el caso TGC Solar v. India (ICSID, 2017), en el que se admitió el uso de herramientas tecnológicas siempre que no se comprometiera la función decisoria del tribunal.

Desde esta perspectiva, la legitimidad del árbitro aumentado descansa en la preservación de un control humano significativo *(Human-in-the-Loop),* entendido como una intervención activa, continua y crítica sobre los resultados generados por sistemas algorítmicos. Este control no se agota en una supervisión formal, sino que implica la verificación de la fiabilidad de las fuentes, la evaluación de la coherencia del razonamiento sugerido y la asunción plena de la responsabilidad sobre la decisión adoptada, garantizando que la tecnología no actúe como decisor autónomo. En consecuencia, el uso de la IA debe ser compatible con las garantías del procedimiento contradictorio, permitiendo a las partes conocer y, en su caso, cuestionar su incidencia en la formación del juicio arbitral, en línea con las exigencias de transparencia funcional que refuerzan la confianza en el sistema.

En particular, la fase de deliberación y, de manera más intensa -la redacción del laudo- constituye el núcleo indisponible de la función arbitral. Aunque la IA pueda contribuir a la estructuración del razonamiento o a la mejora de la claridad expositiva, el laudo debe ser concebido, redactado y asumido como un acto intelectual propio del árbitro, quien debe garantizar su coherencia jurídica, su adecuación al marco normativo aplicable y su conformidad con las exigencias de motivación, evitando cualquier dependencia acrítica de contenidos generados automáticamente. Esta exigencia resulta esencial para preservar la ejecutabilidad del laudo en el marco de la Convención de Nueva York de 1958 (Serrano, 2026).

La operatividad de este modelo exige, además, la incorporación de protocolos procesales específicos sobre el uso de IA en el arbitraje ya sea en las cláusulas arbitrales o en los *Terms of Reference,* incluyendo obligaciones de revelación sobre las herramientas empleadas, la eventual designación de expertos técnicos y la fijación de estándares mínimos de diligencia y verificación. En este ámbito, resultan especialmente útiles los modelos propuestos por CIIAM, que permiten adaptar contractualmente estas exigencias al procedimiento arbitral. Asimismo, el árbitro aumentado debe observar estándares reforzados de debida diligencia tecnológica, verificando la trazabilidad y fiabilidad de los datos utilizados, la ausencia de sesgos conocidos y la capacidad de explicar los resultados generados por los sistemas empleados, en línea con las *checklists* desarrolladas por CIArb.

Finalmente, la doctrina ha puesto de relieve los riesgos inherentes al uso de la IA en el arbitraje —sesgos algorítmicos, opacidad, afectación de la confidencialidad o dependencia tecnológica—, lo que refuerza la necesidad de una gobernanza responsable basada en criterios de trazabilidad, auditabilidad y selección diligente de herramientas, así como en una adecuada capacitación tecnológica de los árbitros. En este contexto, el modelo de árbitro aumentado se consolida como una solución de equilibrio que permite aprovechar las ventajas de la innovación tecnológica —eficiencia, mejora analítica y gestión de la complejidad— sin desnaturalizar la esencia del arbitraje como mecanismo basado en la confianza en el juicio humano, de modo que la IA no sustituye al árbitro, sino que amplifica sus capacidades dentro de un esquema de control humano

reforzado que garantiza la integridad, legitimidad y eficacia del proceso arbitral.

Tabla 4

Funciones tecnológicamente asistidas del árbitro aumentado

Función arbitral	Herramienta IA	Resultado
Revisión documental masiva	TAR / e-discovery	Identificación de documentos relevantes
Gestión de cronologías complejas	IA generativa	Síntesis temporal automatizada
Detección de inconsistencias	NLP / machine learning	Identificación de contradicciones probatorias
Elaboración preliminar	LLMs jurídicos	Borradores argumentativos
Gestión procesal	Asistentes IA	optimización procedural

El denominado árbitro aumentado no implica la sustitución del razonamiento jurídico humano, sino la ampliación de sus capacidades cognitivas mediante herramientas tecnológicas avanzadas que permiten gestionar procedimientos crecientemente complejos sin desplazar la responsabilidad decisoria final del tribunal arbitral.

6.3 El futuro: ¿Arbitraje 6.0?

A la luz de cuanto antecede y del vertiginoso avance tecnológico, resulta legítimo plantear la posible configuración de una nueva fase del arbitraje —un Arbitraje 6.0—. Pues bien, aunque la literatura especializada todavía no ha desarrollado una categoría doctrinal consolidada de Arbitraje 6.0, es posible anticipar que una fase ulterior del sistema arbitral podría caracterizarse por la integración más profunda de infraestructuras tecnológicas avanzadas en el marco de la resolución de disputas transnacionales. En este escenario hipotético, el arbitraje podría evolucionar hacia entornos de resolución de controversias altamente digitalizados e interoperables, en los que tecnologías como la IA avanzada, los sistemas de análisis jurídico automatizado, las plataformas de ODR de alcance global y las infraestructuras basadas en *Blockchain* y *Smart Contracts* interactúen de forma integrada con los procedimientos arbitrales. Ello permitiría, por ejemplo, la automatización parcial de determinadas fases procesales, la ejecución programada de obligaciones contractuales mediante tecnologías distribuidas o la gestión algorítmica de grandes controversias comerciales internacionales.

No obstante, incluso en este escenario de alta sofisticación tecnológica, el sistema arbitral seguiría descansando en la preservación de garantías fundamentales como la independencia del tribunal arbitral, el respeto del debido proceso arbitral y la supervisión humana significativa en la adopción de los laudos que, como es sabido, producen efectos jurídicos vinculantes. En este sentido, un eventual Arbitraje 6.0 no implicaría la sustitución del árbitro humano, sino más bien la evolución hacia entornos arbitrales tecnológicamente integrados, en los que las infraestructuras digitales amplíen las capacidades operativas del sistema arbitral manteniendo intactos sus principios estructurales. La evolución tecnológica del arbitraje comercial internacional no anuncia, pues, la sustitución del árbitro humano, sino la transformación del sistema arbitral hacia un modelo de árbitro aumentado, en el que la IA amplía las capacidades analíticas del tribunal arbitral sin desplazar su función decisoria. Es decir, desde nuestra perspectiva, por más que aumente y se desarrolle la IA, el futuro del arbitraje internacional no será un arbitraje sin árbitros, sino un arbitraje en el que los árbitros decidirán mejor gracias a la tecnología.

7. Conclusiones

El presente estudio contribuye a la literatura sobre arbitraje comercial internacional mediante la articulación de un marco conceptual que permite interpretar la transformación tecnológica del sistema arbitral desde una perspectiva evolutiva y sistemática. En particular, el trabajo propone una clasificación de las distintas fases de desarrollo del arbitraje internacional —desde el Arbitraje 1.0, basado en la centralidad de la *lex mercatoria*, hasta las formas contemporáneas de *Arbitraje Comercial Internacional 5.0*, caracterizadas por la integración de herramientas avanzadas de IA en el procedimiento arbitral— y sugiere la posible emergencia de un escenario prospectivo de Arbitraje 6.0 vinculado a entornos digitales de resolución de disputas altamente integrados.

Sobre esta base, el artículo sostiene que la evolución tecnológica del arbitraje internacional no conduce a la sustitución del árbitro humano por sistemas automatizados, sino a la consolidación de un modelo de árbitro aumentado, en el que las tecnologías algorítmicas amplían las capacidades analíticas del tribunal arbitral bajo condiciones

de supervisión humana significativa. Asimismo, el estudio introduce la noción de *lex algorítmica* como dimensión normativa emergente destinada a regular la integración de la IA en el marco del *soft law* arbitral, contribuyendo así a la comprensión de los desafíos jurídicos y regulatorios que plantea la transformación tecnológica del arbitraje internacional 5.0 en el contexto del comercio global.

De ahí que, lejos de avalar escenarios de automatización sustitutiva, el trabajo sostiene con firmeza que la evolución tecnológica del arbitraje no implica la desintermediación del árbitro, sino su transformación funcional en un árbitro aumentado, en el que la IA actúa como instrumento de amplificación cognitiva bajo condiciones estrictas de supervisión humana significativa. Este planteamiento permite preservar los fundamentos estructurales del arbitraje —debido proceso, igualdad de armas, independencia y motivación del laudo—, al tiempo que incorpora las ventajas de la innovación tecnológica en términos de eficiencia, calidad decisoria y gestión de la complejidad.

En este contexto, una de las principales aportaciones teóricas del estudio radica en la formulación de la *teoría de las tres capas normativas del arbitraje comercial internacional 5.0,* que revela la progresiva estratificación del sistema arbitral: una primera capa, de naturaleza jurídico-estatal e internacional, que proporciona el marco normativo básico; una segunda capa, integrada por el *soft law arbitral* y la *lex mercatoria,* que articula la práctica transnacional; y una tercera capa emergente, de carácter tecnológico-regulatorio, en la que se insertan los estándares de gobernanza de la IA en el arbitraje, concebidos como instrumentos de articulación de la emergente lex algorítmica. Esta última no solo complementa, sino que reconfigura las categorías tradicionales, introduciendo exigencias de trazabilidad, explicabilidad, control humano y protección de derechos fundamentales en el propio diseño de los sistemas utilizados en el arbitraje.

Desde esta perspectiva, el estudio sostiene que el arbitraje comercial internacional se encuentra en un proceso de mutación estructural que trasciende la mera adaptación tecnológica para situarse en una auténtica fase de hibridación normativa, en la que convergen normas jurídicas, estándares técnicos y principios éticos. El denominado "efecto Bruselas" y la expansión de marcos regulatorios como el RIA y la DSA actúan como vectores de esta transformación, proyectando a escala global un modelo garantista que condiciona la práctica arbitral.

En definitiva, el arbitraje 5.0 no representa una ruptura con el modelo clásico, sino su reformulación en clave tecnológica bajo parámetros reforzados de garantía. La IA no sustituye al árbitro, pero redefine su función, exigiendo nuevas formas de diligencia, control y responsabilidad. Sobre esta base, la consolidación del árbitro aumentado y de la *lex algorítmica* como nueva dimensión normativa permite afirmar que el futuro del arbitraje internacional no será ni puramente humano ni plenamente automatizado, sino necesariamente híbrido, estructurado y gobernado conforme a estándares que aseguren la primacía del Derecho y la centralidad de la persona en un entorno global digital. En este horizonte, el verdadero desafío del arbitraje no reside en la tecnología, sino en la capacidad del Derecho —en sus distintas manifestaciones, desde el *soft law* y el *hard law* hasta la *lex algorítmica*— para gobernarla sin abdicar de sus principios, preservando así la integridad y legitimidad del sistema arbitral.

Referencias bibliográficas

Ali, S. F. (2023). *The use of technology in arbitration proceedings* [Presentación en UNCITRAL Colloquium]. *United Nations Commission on International Trade Law.* https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/en/06_shahla_ali_-_drde_hk_8nov2023.pdf

Barona Vilar, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice.* Tirant lo Blanch.

Berger, K. P. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria* (2ª. ed.). Kluwer Law International. https://doi.org/10.5040/9789041131782

Born, G. B. (2021). *International commercial arbitration* (3ª ed.). Kluwer Law International.

Bradford, A. (2020). *The Brussels effect: How the European Union rules the world.* Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780190088583.001.0001

Brkan, M., y Bonnet, G. (2020). Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas. *European Journal of Risk Regulation, 11*(1), 18-50. https://doi.org/10.1017/err.2020.10

Caivano, R. J. (2015). *Arbitraje comercial internacional.* Thomson Reuters La Ley.

Cámara de Comercio de Lima. (2020). Reglamento del Centro de Arbitraje. https://cclam.org.pe/pdfs/REGLAMENTO_CENTRO_DE_ARBITRAJE_CCLAM_JULIO_2020.pdf

Cámara de Comercio Internacional. (2021). Reglamento de arbitraje ICC (versión española). https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2024/02/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version-2.pdf

Cámara de Comercio y Producción de Arequipa-La Libertad. (2019). Reglamento del Centro de Arbitraje.

https://cclam.org.pe/pdfs/REGLAMENTO_CENTRO_DE_ARBITRAJE_CCLAM_MARZO_2019.pdf

Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. (s. f.). Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid. https://www.camara.es/sites/default/files/generico/reglamento_y_estatutos_cea_esp_eng.pdf

Cantuarias Salaverry, F. (2004). Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica. *Economía y Derecho*, *1*(2), pp. 29-50.

Cantuarias Salaverry, F. (2005). La anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje. *IUS ET VERITAS*, (30), 203–209. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11800

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017). Aplicación de la Convención de Nueva York por las cortes latinoamericanas. *IUS ET VERITAS*, (55), 198–222. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.013

Castillo Freyre, M. (2017). *Arbitraje en el Perú*. Palestra Editores.

Castillo Freyre, M. (2017). El arbitraje después del arbitraje. *IUS ET VERITAS*, (54), 200–209. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201702.010

Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). (2025). *Arbitraje e inteligencia artificial: principios y recomendaciones para el uso de sistemas de IA en los procedimientos arbitrales*. Informe del Grupo de Trabajo de Economía Digital y Propiedad Intelectual, CIAM-CIAR,https://ciiam.org/wp-content/uploads/2025/09/Principios-y-Recomendaciones-de-IA.pdf

Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). (2025). *Guideline on the use of AI in arbitration*. CIArb. https://www.ciarb.org/media/bpndtcgu/guideline-on-the-use-of-ai-in-arbitration_updated-sept-2025.pdf

Chelhod Beyloune, E. L. (2026). Designación del árbitro a través de la inteligencia artificial: Ventajas y desafíos en el arbitraje comercial. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional (AVANI)*, (6), 383–399.

Comité Maritime International (CMI) & International Commission of Jurists (ICJ). (2025). *Principles on the use of artificial intelligence in international commercial arbitration.*

Conde Fuentes, J. (2025). El reglamento europeo de inteligencia artificial: sistemas de alto riesgo, respeto a los derechos fundamentales y el necesario organismo público de control. En M. L. Noya Ferreiro & M. A. Catalina Benavente (Coords.), *La inteligencia artificial y su aplicación en el sistema de justicia pena*l (pp. 47-68). Aranzadi.

Corte Española de Arbitraje (2022). Reglamento y estatutos de la Corte Española de Arbitraje. https://www.cearbitraje.com/sites/default/files/2022-10/RCEA-2022.pdf

Cour d'Appel de Paris. Décision n.º 17/22485; 12 de junio de 2019.

Cremades, B. M. (1984). *El arbitraje en el comercio internacional*. Tecnos.

Unión Europea. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Digital Services Act). Diario Oficial de la Unión Europea, L 277; 19 de octubre de 2022. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj

De la Rosa, F. & Zeleznikow, John. (2019). Making Intelligent Online Dispute Resolution Tools available to Self-Represented Litigants in the Public Justice System: Towards and Ethical Use of the AI Technology in the Administration of Justice. *Artificial Intelligence and Law*, 143-167.

Expediente N.° 01234-2018-PHC/TC (2020, 24 de agosto). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01234-2018-AA%20Interlocutoria.pdf

Fernández Pérez, A. (2025). *La inteligencia artificial en la gestión del arbitraje*. La Ley. Mediación y arbitraje, (23). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=10251379

Scherer, M. (2019). Artificial intelligence and legal decision-making: The wide open? *Journal of International Arbitration*, *36*(5), 539–573.

Floridi, L., Cowls, J., Beltrametti, M., Chatila, R.,Chazerand, P., Dignum, V., Luetge, C., Madelin, R., Pagallo, U., Rossi, F., Schafer, B., Valcke, P. & Vayena, E. (2018). AI4People—*An ethical framework for a good AI society: Opportunities, risks, principles, and recommendations*. *Minds and Machines*, *28*, 689–707. https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5

Savage, S. & Gaillard, E. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Gaillard, E. (2010). *Legal theory of international arbitration*. Martinus Nijhoff Publishers.

Garriga Domínguez, A. (2023). Las exigencias de transparencia para los sistemas algorítmicos de recomendación, selección de contenidos y publicidad en línea en el nuevo Reglamento Europeo de Servicios Digitales. *Revista Española de la Transparencia, 17*(Extra 2023), 137-164.

Goldman, B. (1964). Frontières du droit et «lex mercatoria». *Archives de philosophie du droit*, *9*, 177–192.

Gonzalo Quiroga, M. (2004). *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Dialnet.

Gonzalo Quiroga, M. (2023). La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *15*(2), 516–550. https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067

Gonzalo Quiroga, M. (2025). Blockchain Dispute Resolutions (BDR): Planteamiento y cuestiones

jurídicas. En J. W. Ibáñez Jiménez (Dir.), *Tratado de Derecho de la Sociedad Digital* (pp. 343–398). Reus Editorial.

Gonzalo Quiroga, M. (2026). Gobernanza algorítmica y garantías procesales en los MASC ante el nuevo paradigma de la LO 1/2025 y el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial. En M. G. Quiroga (Dir.) y M. C. Cazorla González-Serrano (Coord.), *¿Justicia algorítmica? Inteligencia artificial y métodos adecuados de gestión de conflictos tras la LO 1/2025* (preprint). Editorial Aranzadi.

Gonzalo Quiroga, M., Suñez Tejera, Y., Navarro González, M. Á., & Mendoza Díaz, J. (2024). Innovación y resolución de conflictos: La intersección entre las nuevas tecnologías y la inteligencia artificial. *Tratado de Derecho de la Sociedad Digital*, *1*.

Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia. Caso N.° ARB/05/24. Laudo arbitral. 17 de diciembre de 2008.

Ibáñez Jiménez, J. W. (Dir.). (2025). *Sistemas digitales de solución de conflictos*. Tirant lo Blanch.

International Chamber of Commerce (ICC). (2019). *Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of arbitration under the ICC Rules of Arbitration*. https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/practice-notes/

International Chamber of Commerce (ICC). (2020). *Guidance note on possible measures aimed at mitigating the effects of the COVID-19 pandemic on international commercial arbitration*.

International Chamber of Commerce (ICC). (2021). ICC Arbitration Rules. https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/

International Chamber of Commerce (ICC). (2023). *Dispute Resolution Bulletin 2023/1*. ICC Publishing.

International Commission of Jurists. (2025). Principles on the use of artificial intelligence...https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/cmi_ai_arbitration_principles_2025.pdf

JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services). (2024). Artificial Intelligence Disputes Clause and Rules. https://www.jamsadr.com/artificial-intelligence-disputes-clause-and-rules

Jiménez-Gómez, B. S. (2025). Reflexiones en torno a la ética aplicada a la IA en busca de la fiabilidad. En A. Ortega Giménez (Dir.) y L. Heredia Sánchez (Coord.), *Los retos que plantea la inteligencia artificial a la administración pública* (pp. 219-238).

Kasap, G. H. (2021). Can artificial intelligence replace human arbitrators? *Journal of Dispute Resolution*, (2), 1–46.

Katsh, E., & Rabinovich-Einy, O. (2020). *Digital justice: Technology and the Internet of disputes*. Oxford University Press.

Kaufmann-Kohler, G. (2010). *Soft Law in International Commercial Arbitration: Codification and Normativity*. Journal of International Dispute Settlement, *1*(2) 1-17.

Kluwer Arbitration Blog. (2024). *2023 year in review: Technology*. https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/2023-year-in-review-technology/

Kluwer Arbitration Blog. (2025). *2024 in review: Technology*. https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/2024-in-review-technology/

Laux, J., & Ruschemeier, H. (2025). Automation Bias in the AI Act: On the Legal Implications of Attempting to De-Bias Human Oversight of AI. *European Journal of Risk Regulation, 16*(4), 1519-1534. https://doi.org/10.1017/err.2025.10033

London Court of International Arbitration (LCIA) (2024). LCIA´s 2024 Annual Casework. https://www.lcia.org/News/lcias-2024-annual-casework-report.aspx

López Montreuil, U., & Noriega Chuquiray, M. (2023). ¿Por qué reparar lo que no está roto? Sobre la regulación del uso de la inteligencia artificial en el arbitraje. *Bullard Falla Ezcurra*. https://bullardfallaezcurra.com/publicaciones/2023/11/15/por-que-reparar-lo-que-no-esta-roto-sobre-la-regulacion-del-uso-de-la-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje/

López Rodríguez, A. M. (2024). Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el metaverso. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *16*(1), 319-343

Mehboob, M., Zakir, S., Usman, H., & Rehman, A. (2025). AI, transparency, and fairness in international arbitration. *ACADEMIA International Journal for Social Sciences*, *4*(2), 1287–1303. https://doi.org/10.63056/ACAD.004.02.0255

Sahyaja, M. (2024, septiembre 9). AI can make arbitration efficient and cost-effective [Discurso en SIAC Annual Conference]. https://www.barandbench.com/news/ai-can-make-arbitration-efficient-and-cost-effective-singapore-chief-justice-sundaresh-menon

Moses, M. L. (2019). Public Policy under the New York Convention: National, International and Transnational. En K. Fach Gómez & A. M. López Rodriguez (Eds.), *60 years of the New York Convention: Key issues and future challenges* (pp.169-184). Wolters Kluwer.

Pabakhsh, E. (2025). AI in arbitration: Will the EU AI Act stand in the way of enforcement? *Conflict of Laws*. https://conflictoflaws.net/2025/ai-in-arbitration-will-the-eu-ai-act-stand-in-the-way-of-enforcement/

Palumbo, A. (2024). A Medley of Public and Private Power in DSA Content Moderation for Harmful but Legal Content: An Account of Transparency, Accountability and Redress Challenges. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, 15*(3), 246-268.

Pasquale, F. (2015). *The black box society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Harvard University Press.

Peng, Y. y Yan, W. (2025). Embracing AI in Arbitration: Chinese Prospect – Navigating Challenges and Forging Pathways. *International*

*Journal of Digital Law and Governance, 2(*2), 339-371.

Pérez-Llorca. (2025). IA reduce 70% los tiempos en arbitraje internacional. Pérez-Llorca.

Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020). Reglamento procesal de arbitraje del CEAR-CAL. https://www.cal.org.pe/v1/wp-content/uploads/2021/06/REGLAMENTO-PROCESAL-DE-ARBITRAJE-CEAR-CAL-17.02.2020.pdf

Rafique, M. de. (2022). Why artificial intelligence is a compatible match for arbitration. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management.* Kluwer Law.

Redfern, A., & Hunter, M. (2023). *Law and practice of international commercial arbitration* (7th ed.). Oxford University Press.

Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA o AI Act). Unión Europea. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act). 13 de junio de 2024. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1689. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

Ruiz Garrido, C. (2023). Artificial intelligence and international arbitration: Uses and challenges. https://www.uria.com/en/publicaciones/8501-artificial-intelligence-and-international-arbitration-uses-and-challenge

Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan. (2008). Award. ICSID Case No. ARB/05/16.

Scherer, M. (2019). Artificial intelligence and legal decision-making. *Journal of International Arbitration*, *36*(5), 539–574.

Schultz, T. (2020). The potential and pitfalls of artificial intelligence in international arbitration. *Journal of International Arbitration*, 37(6), 635–654.

Sentencia 2018/1234 (2018, 14 de marzo). Tribunal Supremo de España. https://vlex.es/vid/733095485

Serrano Acitores, A. (2026). La automatización de la justicia digital: ODRs, Inteligencia Artificial y la redefinición transnacional de las garantías procesales (2026), En M. Gonzalo Quiroga (Dir.), M.C. Cazorla González-Serrano (Coord.) *¿Justicia algorítmica? Inteligencia Artificial y Métodos Adecuados de gestión de conflictos tras la LO 1/2025.* (Preprint.) Editorial Aranzadi.

Siegmann, C. & Anderljung, M. (2022). *The Brussels Effect and Artificial Intelligence: How EU regulation will impact the global AI market*. Centre for the Governance of AI.

Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC). (2024). Guidelines on the use of artificial intelligence in arbitration (1st ed.). https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf

Singapore International Arbitration Centre (SIAC). (2026). Newsletter Q1 2026. https://siac.org.sg/newsletters

Sourdin, T. (2021). *Judge v robot? Artificial intelligence and judicial decision-making*. Edward Elgar Publishing.

Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.

Tawil, G., & Zuleta, E. (2016). *Arbitraje comercial internacional*. Tirant Lo Blanch.

TLC d.d. vs. Nykomb Synergetics Technology Holding AB. Laudo arbitral. Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) (2003).

TGC Solar International GmbH vs. Republic of India. Caso CIADI No. ARB/14/20. Decisión sobre jurisdicción (2017).

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). (2025). Colloquium on the use of artificial intelligence (AI) in dispute settlement. https://uncitral.un.org/es/colloquium_aidisputeresolution

Verdera y Tuells, E. (2005). *La Ley 60/2003 de arbitraje: entre la tradición y la innovación*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.003

Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law* como bases del arbitraje comercial internacional: ¿Triángulo isósceles, escalenos o equilátero?(*)(**)

Substantive law, lex mercatoria and soft law as the foundations of international commercial arbitration: Is it an isosceles, scalene or equilateral triangle?

Alfredo Ferrante(***)
Università di Pavia (Pavia, Italia)

Resumen: El artículo reflexiona sobre las diferentes interacciones entre Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law* a la hora de elegir la normativa aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. Destaca que la modernización del derecho uniforme en materia arbitraje ofrece más márgenes de acción al árbitro quien debe cuidosamente ponderar la elección del instrumento aplicable analizando técnicamente la normativa mediante los oportunos criterios, entre los cuales el derecho comparado, y siempre dentro de los límites de la autonomía de las partes, de los instrumentos aplicables y de los patrones técnicos-jurídicos adecuados.

Palabras Claves: Derecho Sustantivo - Lex Mercatoria - Soft Law - Arbitraje Comercial Internacional - Arbitraje - Derecho Comparado

Abstract: The paper examines the various interactions between substantive law, *lex mercatoria* and soft law when determining the applicable law governing the merits of a dispute in international commercial arbitration. It highlights that the modernisation of uniform law in the field of arbitration affords greater scope for action to the arbitrator, who must carefully weigh up the election of the instrument to apply by conducting a technical analysis of the law using the relevant tools and criteria, including comparative law, and always within the limits of the parties' autonomy, the applicable instruments and the properly technical-legal standards.

Keywords: Substantive Law - Lex Mercatoria - Soft Law - International Commercial Arbitration - Arbitration - Comparative Law

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 8 de abril de 2026 y su publicación fue aprobada el 15 de junio de 2026.

(**) El trabajo se enmarca en el Proyecto HCLEU (*Harmonising Contract Law in the European Union*) *Jean Monnet Module* -Erasmus-JMO-2024-2027-*Project* ID 101176519.

(***) Abogado por la *Università di Pisa* y por la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo. *Professore* ordinario de Derecho Privado Comparado en la *Università di Pavia*. Actualmente es miembro del Grupo de Trabajo y del Comité de Redacción del proyecto de modernización del Código Civil en Luxemburgo en lo que respecta a la reforma del derecho contractual y de obligaciones. Miembro de la Académica Internacional de Derecho Comparado. Miembro del Tribunal Supremo de la Cámara Nacional de Comercio en Chile. Árbitro Independiente. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4086-0163. Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

1. Introducción

Tomada conciencia que son varias las leyes que entran en juego en el arbitraje, como lo son la rectora, la procesal y la sobre el fondo (Heiskanen 1993, pp. 98 y ss; Fernández Arroyo & Cordero Moss, 2023), debe entenderse cómo esta última debe coordinarse con la libertad de los árbitros de elegir la ley aplicable (Gaillard, 2014, p. 453 y ss). En este sentido, se debe reflexionar sobre cuál es el rol y cuáles son las libertades que tiene el árbitro en este contexto (Gaillard, 2014, pp. 437 y ss).

Bajo una primera perspectiva, la doctrina que se ha dedicado especificadamente a estudiar la temática (Gaillard, 2014, pp. 455 y ss) hace referencia a tres métodos para determinar la ley aplicable que define "aparentemente distintos"(Gaillard, 2014, p. 455) y que identifica como (i) Método de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (en adelante CNUDMI): aplicación de una regla de elección de ley identificada por los árbitros; (ii) Método suizo: aplicación de una regla de elección de ley específica, pero flexible, de la sede del arbitraje y; (iii) Método de elección directa.

En el momento en que esta doctrina redacta esa postura[1] la asociación entre el "Método de la CNUDMI" y los contenidos expresados es correcta[2]; sin embargo, hoy ya no es así. De hecho, hoy en día podría hablarse de "métodos" de la CNUDMI, debido a que las reformas sustanciales del Reglamento de Arbitraje han creado una cierta divergencia con la Ley Modelo.

Al margen de que la clasificación recién citada no puede asociarse automáticamente con lo que la CNUDMI exprime en sus textos, la clasificación sigue válida en sus términos generales. En esta línea, los patrones que identifica esa clasificación, por un lado, se relacionan con la *voie indirecte*[3], las primeras dos tipologías identificadas, y, por otro lado, con la *voie directe*, la tercera. Teniendo en cuenta también la progresiva pérdida de relevancia de la equiparación entre *lex arbitri* y *lex loci arbitri*[4], este artículo analizará especialmente esta temática desde una perspectiva dinámica y sistematizadora constatando que se ha producido una evolución de varios instrumentos internacionales.

Bajo una segunda perspectiva, la anterior doctrina citada considera[5] que, en la práctica, los árbitros tienden a aplicar (i) los principios transnacionales de derecho internacional privado, (ii) los principios sustantivos de derecho transnacional y (iii) los principios de orden público transnacional. Por ello, si bien es cierto que el árbitro debe respetar las intenciones de las partes, aunque la autonomía de las partes puede encontrar límites (Cordero Moss, 1999), este tiene una elasticidad mayor en la determinación de la normativa aplicable. En concreto, dicha elasticidad viene otorgada progresivamente gracias a la evolución y modernización del derecho uniforme del arbitraje.

Este artículo quiere sistematizar el derecho aplicable mediante una nueva clasificación y enfoque. Considerado que[6] "los únicos requisitos que pueden limitar la libertad de los árbitros son los de interés público internacional genuino"[7], la elección de los árbitros puede recaer bajo estas tres vertientes fundamentales: (i) el derecho sustantivo, (ii) la *lex mercatoria* y (iii) el *soft law*, puesto que, aunque estas últimas dos se encuentran indudablemente relacionadas, no coinciden en su totalidad[8].

Además, se ha observado que el sistema normativo internacional sufre, en un cierto modo, de alguna forma de patología (Weil, 1983, pp. 413 y ss). Ello ha conducido a la doctrina a utilizar expresiones como la de "*(quasi) codified lex mercatoria*" (Torsello,

---

(1) Esto es el año 2004. La razón es que si bien reproducido en la tercera edición, esta parte del artículo no está actualizada respecto a la primera edición de 2004 (p. 185 y ss) y de segunda de 2008 (p. 171 y ss).

(2) El autor hacía referencia no al art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sino también al art. 33 del Reglamento CNUDMI de 1976. El art. 28 la Ley Modelo seguí en lo que aquí interesa el art. IV de la Convención de Ginebra de 1961.

(3) Para las varias tipologías *véase* Ferrari & Rosenfeld (2023, p. 494 y ss), para un sintético paralelismo entre *voie directe* e *indirecte véase* Jones (2018, p. 303 y ss).

(4) En este sentido la tesis originaria de Mann ha ido perdiendo vigor: Gaillard (2014, p. 443-444) y Franco Ferrari & Rosenfeld (2023, p. 484). *véase* Mann (1967, 157 y ss).

(5) *Véase*. Gaillard (2014, p. 455 y ss). Expresamente habla de *Transnational Principles of Private International Law*, *Substantive Principles of Transnational Law*, *Transnational Public Policy Principles*.

(6) Allá donde los árbitros puedan libremente elegir la ley aplicable.

(7) Efectivamente se comparte la postura de Gaillard (2014, p. 467).

(8) Así parte de la doctrina afirma por ejemplo que: "la influencia de la *soft law* en el derecho mercantil internacional tiene una larga historia basada en un amplio conjunto de costumbres y usos comerciales internacionales históricos que se remontan a cientos de años. Esto es lo que hoy se conoce comúnmente como *lex mercatoria*", para luego afirmar que mucha de las fuentes de *soft law* son instrumentos emanados de la CNUDMI, UNIDROIT y CCI: Gabriel (2019, p. 414).

2021, pp. 51-52 y ss), confirmando que "si bien *lex mercatoria* y *soft law* a menudo juegan un mismo papel, no son expresión del mismo fenómeno"[9].

Esta diferencia se ve corroborada por la existencia, en diversos textos, de distintas soluciones y matices jurídicos y conceptuales al momento de identificar los remedios contractuales u otras situaciones patológicas[10]. Si bien todos estos convergen hacia una armonización, en algunos casos no ofrecen soluciones unívocas. Ello no impide que, dependiendo del caso[11], puedan ser analizados conjuntamente para interpretarse o integrarse entre sí.

Así ocurre, por ejemplo, con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (en adelante, CISG), que, para algunos[12], puede a veces operar incluso como *lex mercatoria* o, a la inversa, ser integrada y completada con instrumento de *soft law*. Recuérdese finalmente que, la propia definición de "ley" oscila entre una definición y un concepto, lo que ofrece un amplio margen de discrecionalidad interpretativa[13].

Incide sobre la nebulosidad de estos factores el hecho que el mismo instrumento interpretativo pueda ser considerado o auto considerarse tanto como *lex mercatoria* o como *soft law*. Sin embargo, los dos términos no necesariamente pueden verse como contenido y continente. Así, por ejemplo, los Principios UNIDROIT, se identifican expresamente como *lex mercatoria* y al mismo tiempo como *soft law"*[14]. Si el preámbulo de los mismo principios deja expresamente clara la primera equiparación[15], la segunda pueda observarse en el comentario oficial relativo a las cláusulas modelos[16] donde la *soft law* se concibe como una *rule of law* [17].

La borrosidad de estos aspectos no es solo terminológica, sino también conceptual. Asimismo, puede relacionarse de una manera diferente dependiendo del concepto de armonización y unificación que se adopte; dependiendo de si ambos términos se interpretan o no como sinónimo. Así, por ejemplo, los Principios UNIDROIT, cuyo acrónimo se refiere a la "unificación", tienen como principal objetivo "la armonización" para llegar a un derecho "uniforme"[18]. En esta línea, pareciera partirse del presupuesto de que estas expresiones sean sinónimas[19], cuando, para un comparatista, no lo son necesariamente[20].

---

(9) Esta es la expresión de Torsello quien destaca que "si la *lex mercatoria* tradicional se basaría principalmente en el derecho consuetudinario supranacional no codificado, la tendencia actual parece favorecer el uso de instrumentos de *soft law* (cuasi) codificados, producidos por diversos actores y en distintos formatos": Torsello (2021, p. 87).

(10) Para mayor información, *véase* la referencia por ejemplo a los textos de los Principios UNIDROIT, PECL, OHADAC, GADAL, PLACL o más en general también al DCFR. Aspectos que aquí no pueden analizarse.

(11) Así por ejemplo se considera que los Principios UNIDROIT cumplen con el requisito para que los usos sean aceptados como fuente de derecho conforme al artículo 9 de la CISG, pero con matices: *véase* Muñoz (2014, pp. 1 y ss). Para un análisis de la cláusula rebus sic stantibus en la CISG y en los instrumentos de *soft law véase* Pilares Viscasillas, Mª. P. (2021, pp. 189 y ss).

(12) Autores como Vásquez Palma & Vidal Olivares (2018, p. 233 y ss). Esto sin embargo es tema de debate como se evidencia en Comité Jurídico Interamericano (2019, p. 62).

(13) *Véase* Fassó, G. (1973, pp. 783 y ss). En los años setenta del siglo pasado se evidencia que "*legge* en el lenguaje jurídico moderno es una palabra que designa técnicamente una norma de derecho público; en lengua latina, la parola *Lex* tiene un sentido más amplio y no técnico ya que se utiliza , tanto por los juristas como por los escritores literarios, para indicar cualquier tipo de norma, de cualquier valor y contenido, cualquiera regla que procede de una persona física o jurídica y dirigida a cualquiera para caracterizar las determinación de la conducta oral, o referirse a las modalidades o a las cláusulas convencionales" Longo (1968, p. 787).

(14) Sobre la relación entre *lex mercatoria*, la *soft law* y los Principios UNIDROIT *véase* Bucur (2018, pp. 292 y ss).

(15) Para mayor información *véase* los Principios UNIDROIT (1994, p. 4); (2004, p. 4); (2010, p. 4); (2016, p. 4).

(16) Aquí se afirma que "Los Principios UNIDROIT, al ser un instrumento de *soft law*, ofrecen un abanico más amplio de posibilidades que las partes no siempre conocen en su totalidad.": UNIDROIT (2013, p. 1).

(17) "Actualmente, las partes suelen tener la opción de elegir instrumentos de "soft law como los Principios UNIDROIT, como *rule of law* en las que los árbitros deben basar sus decisiones": UNIDROIT (2013, pp. 5-6).
La versión inglesa de la guía tripartida los define como "Being a "soft-law" instrument": CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT (2021, p. 6); sin embargo, la versión española prefiere traducir esta expresión con "instrumento jurídico no vinculante", del mismo modo aquella italiana: "strumento giuridico non vincolante".

(18) Esto conforme a su Estatuto: Art. 1 Estatuto orgánico Unidroit: "El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme".

(19) Así parece hacerlo Bonell justo antes la aprobación de la primera edición de los Principios UNIDROIT cuando afirma que por "unificazione internazionale del diritto si deve intendere qualsiasi iniziativa diretta al superamento delle diversità esistenti tra due o piú diritti nazionali tramite l'elaborazione di una disciplina uniforme, destinata a sostituirsi in tutto o in parte ai primi nella regolamentazione della materia interessata": Bonell (1992a, p. 720).

(20) Para unos matices *véase* Ferrante (2016a, pp. 611 y ss).

En este sentido, además, hay quien destaca que "la naturaleza etérea de la *soft law* parece inadecuada para la estructura rígida de un 'código'" (Torsello, 2019, p. 101), por lo que intentar codificarla sería como "almacenar las nubes en un frasco"[21]. Por ello, el árbitro no solo desempeña un importante rol en la determinación de la ley aplicable al caso (Gaillard, 2014, pp. 437 y ss), sino también debe dirimirla con propiedad y eficaciaEn este contexto, el Derecho sustantivo, la *lex mercatoria* y la *soft law* constituyen tres factores clave para la resolución de la controversia arbitral. La dificultad radica en que estas categorías presentan contornos cada vez más difusos.

El intrínseco valor polisémico y policonceptual de estos tres pilares ofrece ventajas y desventajas para el tribunal arbitral. Por un lado, le proporciona una mayor libertad de acción; por otro lado, le exige un mayor cuidado en el criterio aplicativo, dado que conceptos amplios e indeterminados pueden conllevar no solo algunas patologías, sino que pueden estar relacionados "con el difícil equilibrio entre seguridad y justicia" (García Delgado, 2003, p. 114).

Es indudable el mayor margen de acción que el Tribunal Arbitral posee en un arbitraje no de derecho. Sin embargo, dicho margen se ha ampliado progresivamente también al arbitraje de derecho. Esto se debe a que la autonomía de las partes ha venido a jugar un rol cada vez más protagónico tanto dentro del Derecho Internacional Privado[22] como en el arbitraje internacional, en lo que respecta al fondo de la controversia[23].

En la fase dinámica de este escenario se verifican dos fenómenos. Por un lado, se abandona progresivamente el sistema de las normas de conflictos (Ferrari & Rosenfeld, 2023, pp. 484 y ss), cuya identificación resulta difícil o compleja[24] para árbitros extranjeros que no necesariamente dominan la normativa del derecho internacional del país de referencia. En su lugar, se transita hacia un modelo arbitral que privilegia la *voie directe* a la *voie indirecte* (Ferrari & Rosenfeld, 2023, pp. 494 y ss), si bien ambas no llegan a difuminarse. Ello favorece la labor del árbitro internacional quien, en ausencia de acuerdo de las partes o cuando este último resulte ineficaz en los supuestos expresamente establecidos, podrá identificar, elegir y aplicar las normas *ad hoc*.

Por otro lado, se abre paso a un concepto más amplio y elástico del Derecho aplicable, así como al fortalecimiento de un derecho uniforme internacional en el ámbito arbitral. Este último puede asumir varias formas, cuyos emblemas principales son la *lex mercatoria* y los instrumentos de *soft law*, entre los que pueden mencionarse, por ejemplo, los Principios UNIDROIT.

Por ello, debe comprenderse cómo el árbitro debería enfrentarse a estas situaciones, más aún cuando el Derecho sustantivo, la *lex mercatoria* y el *soft law* pueden moverse e interaccionar debido a su intrínseco valor polisémico y a la modernización conceptual del arbitraje comercial internacional. Por ello, estos aspectos no constituyen una cuestión baladí ni un mero ejercicio académico[25].

Los objetivos de este trabajo son los siguientes. En primer lugar, a partir de las secciones 2 y 3, se constatará que el Derecho sustantivo, la *lex mercatoria* y la *soft law* son conceptos dinámicos, generales y que, según alguna interpretación, pueden incluso solaparse entre sí. Asimismo, en la sección 4, se identificarán los diversos enfoques desde los cuales el jurista puede aproximarse a ellos.

Por otro lado, se identificarán las fuentes de legitimación mediante las cuales estos conceptos se desarrollan o aplican: la autonomía de las partes y el instrumento internacional. Además, se identificarán los parámetros aplicativos. A falta de un adecuado acuerdo entre las partes, estos se encuentran contenidos en los instrumentos internacionales o en la actividad necesaria del árbitro, la cual debe ser altamente técnica.

---

(21) Apropiada es la expresión que usa Torsello quién destaca que "la capacidad de la *soft law* para resolver problemas reside en su sinuosidad, como las nubes que se mueven libremente en el ámbito del derecho mercantil transnacional": Torsello (2019, p. 101).

(22) *Véase* los arts. 9 y 10 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (convenio de Mexico de 1994); el art. 3 de los Principios la Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en Materia de Contratos Comerciales Internacionales de 2015. Sobre uno de los primeros comentarios del art. 3 *véase* Saumier, G. (2014, p. 1 y ss), sobre una panorámica en los varios estados *véase* Harris & Dickinson, A. (2021).

(23) Para una panorámica sistematizadas sobre las *aplicable laws* en el arbitraje internacional *véase* Ferrari & Rosenfeld (2023, pp. 482 y ss). Blackaby, Partasides & Redfern (2022, pp. 129 y ss, con particular referencia al fondo pp. 162 y ss) En relación con el fondo también en particular *véase* Lando (1991, pp. 129 y ss).

(24) *Véase*, como dificultad de criterios, el art. 4 Reglamento Roma I: Reglamento UE sobre la Ley Aplicable a las obligaciones Contractuales de Nº 593, 17 de junio de 2008, *Diario Oficial de la Unión Europea* el 4 de julio de 2008.

(25) Esta es la expresión de Gaillard quien afirma que "el debate en torno a la aplicación de normas transnacionales por parte de árbitros comerciales internacionales no es un mero ejercicio académico": Gaillard (1995, p. 212).

Finalmente, se comprobará que la actividad interpretativa del árbitro resulta necesaria porque, a pesar de que los instrumentos internacionales de elección del fondo sean parecidos y tendencialmente convergentes, pueden sustancialmente ser distintos. El artículo, mediante el análisis realizado en la sección 5 hasta la 10, demostrará que esto puede también estar relacionado con los problemas interpretativos de las diferentes traducciones de las fuentes oficiales al idioma castellano.

Una vez verificado lo anteriormente expuesto, podrá validarse que el árbitro cuenta con cierta flexibilidad para aplicar los tres factores, siempre dentro de los límites impuestos por (i) la autonomía de las partes, (ii) los instrumentos aplicables y (iii) los patrones técnicos jurídicos oportunos conforme a lo planteado en la sección 11.

2. ¿La *soft law* existe?

Indudablemente, la respuesta es afirmativa. Sin embargo, dos premisas resultan fundamentales: (i) el término puede referirse a diversos ámbitos del Derecho[26] y del arbitraje[27] ; y (ii) la variedad y proliferación[28] de los instrumentos que se han generado vuelve el término en uno "engañoso" y "simplista"[29], con el riesgo de provocar una desfragmentación excesiva del fenómeno[30]. Esto genera incluso una cierta competencia entre los diferentes instrumentos codificados (Torsello, 2015, p. 52). Ante ello, cabe preguntarse entonces: ¿es al fin al cabo una simple metáfora engañosa? (Blutman, 2010, pp. 605 y ss).

La *American Society of International Law* dedicó un panel específico al *soft* law durante su 82º meeting anual[31], celebrado en 1988. En dicha oportunidad, ya se afirmaba que "la *soft law* significa cosas diferentes para personas diferentes"[32], siendo un "término paradójico para definir un fenómeno ambiguo" (Dupoy en Handl et al, 1988, p. 381). En ese contexto, se observaba que su expansión respondía a la rápida expansión del mundo económico tras la Segunda Guerra Mundial, impulsado fundamentalmente por la "*United Nation Family*" (Dupoy en Handl et al, 1988, p. 382).

El objetivo era facilitar el desarrollo del nuevo orden económico internacional (Chinkin en Handl et al, 1988, p. 387)[33], lo que condujo a un impulso, mediante su conjunto de organizaciones, hacia una negociación constante con los Estados miembros en el ámbito jurídico, junto con los ámbitos social y económico (Dupoy en Handl et al, 1988, 382). Esta aptitud se justifica también porque los instrumentos jurídicos resultaban inadecuados frente a los nuevos estándares económicos (Chinkin en Handl et al, 1988, p. 389)[34]. Por ello, la *soft law* viene a asumir un indudable rol en el panorama jurídico y económico, configurándose como un nuevo andamiaje jurídico-conceptual en este escenario.

Sin embargo, cabe preguntarse si la utilización de este término es conveniente (Zemanek, 1998, pp. 843 y ss) y si su dicotomía con la *hard law* es necesaria (Crawford Lichtenstein, 2001, pp. 1433 y ss), ya que incluso existen posturas extremas según las cuales la *soft law* no debería aplicarse en los arbitrajes internacionales [35].

---

(26) Por lo atañe el arbitraje comercial internacional en particular *véase*. Dasser (2021) Newman, Dugga, Radine (2014).

(27) En este sentido se habla de *soft law* como requisito del debido proceso en el arbitraje internacional se ha sostenido que "debido proceso" y "algunas normas imperativas locales" son esencialmente "el único requisito que, a nivel nacional, a nivel de normas institucionales, y a nivel de ejecución, que debe cumplir un arbitraje" Picanyol Roig (2015, p. 68). Sobre la soft law como fuente aplicable también al derecho procesal *véase* Park (2005, p. 141 y ss), Ali & Neuhaus (2023, pp. 537 y ss).

(28) Hablan de "auge" de estos instrumentos: González Martín & Albornoz (2019, pp. 227 y ss).

(29) Se comparte el razonamiento y las expresiones utilizadas por Chinkin (1989, p. 850).

(30) Habla del demasiado frecuente fenómeno del "*me too*"" en relación con alguna iniciativa de la Asociación Suiza de Arbitraje y las regulaciones sobre ética de los abogados en el arbitraje internacional: Geisinger, E. (2015, p. 25).

(31) El panel titulado "a Hard Look at Soft Law" era presidido por Günther Handl: *véase* Handl, Reisman, Simma, Dupoy, Chinkin (1988, pp. 371 y ss).

(32) Handl en Handl et al. (1988, p. 371). Para este autor sería paradójico por la concepción poca elástica de lo que es obligatorio, este sentido "la *soft law* es problemática porque aún no es ley, ¡o no es la única ley!"; y ambiguo porque la realidad a menudo no es fácil de identificar con claridad.

(33) Para mayor referencia, *véase* Naciones Unidas (1974, pp. 798 y ss).

(34) Para algunas reflexiones sobre Derecho económico internacional *véase* Chinkin (1989, pp. 850 y ss).

(35) Esto porque introduciría incertidumbre que conllevaría desincentivo para la actividad económica: Reismann (2011, pp. 25 y ss). Sobre el interrogante si la *soft law* contribuye a la pérdida de flexibilidad y una falta de legitimidad democrática *véase* Kaufmann-Kohler (2010, pp. 1 y ss). Sin embargo, a la hora de introducir los Principios UNIDROIT, hay quien justifica que los "Principios" como forma de instrumento escrito sería de preferir a la *lex mercatoria* porque "su exacto contenido podrá determinarse solo en fase contenciosa y dependería de los antecedentes culturales de los árbitros": Bonell (1992a, p. 727).

Al fin y al cabo, su contraparte (*hard law*) constituye una simple creación funcionalista y dicha dicotomía no necesariamente se cumple, dado que la *soft law* puede resultar una norma coercible cuando no ha sido elegida. Además, como se ha señalado "el carácter *hard* o *soft* de una determinada norma no está directamente relacionado con el grado de su cumplimiento" (Toro, 2006, p. 533). Por ello, resulta limitante una "simple distinción binaria" (Shaffer & Pollack, 2010, p. 712) entre los dos conceptos (Bonell, 1998, p. 9 y ss).

En definitiva, la *soft law* no es un elemento contrapuesto al Derecho sustantivo, sino una diferente perspectiva para comprender cómo una norma pueda resultar obligatoria. En este sentido, también se ha planteado la posibilidad de considerarla un tercer ordenamiento jurídico, situado entre el derecho interno y el derecho público nacional, haciendo alusión al "*legal system*" (Berger, 1999, p. 2). Lo cierto es que la denominada *soft law* ha seguido una evolución dinámica y que, progresivamente, se ha transformado en determinados contextos en *hard law*[36].

3. *Lex mercatoria* y principios

Hay quien habla del paso de una *lex mercatoria* medieval (Galgano, 2001; Epstein, 2004, pp. 1 y ss), a una "nueva *lex mercatoria"* (Mustill, 1988, pp. 86 y ss.; Marella, 2013), e incluso a una "nueva nueva *lex mercatoria*" (Michaels, 2007, p. 456). Estas son clasificaciones que no necesariamente conducen a una identidad de contenidos, sino que, como muchas clasificaciones doctrinales o funcionales, tienen a menudo un afán sistematizador o proto-modernizador[37].

Aparte de la reconstrucción histórica,[38] cabe preguntarse si el Derecho mercantil transaccional coincide con la *lex mercatoria*, tema que siempre ha fascinado a la doctrina[39]. Lo cierto es que el debate sobre la *lex mercatoria* "parece interminable"[40], lo que tiene diversas implicaciones según la perspectiva desde la cual se analice: desde el Estado, desde el comercio internacional o desde el punto de vista jurídico (Michaels, 2007, p. 460 y ss).

Cabe recordar aquella doctrina que analizaba la posibilidad de un Derecho sin Estado, en la que la sociedad asume un rol clave.[41] La propia Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas aprobada por el Comité Jurídico Interamericano (en adelante CJI) de la OEA confirma que "prosigue el debate sobre la *lex mercatoria*, con grandes controversias con respecto a la terminología, sus fuentes y si se trata de un orden jurídico autónomo independiente del ordenamiento jurídico interno" (Comité Jurídico Interamericano, 2019, p. 107). Los propios instrumentos internacionales dan constancia que "el concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman".[42] En ese sentido hay quien se ha preguntado si la *lex mercatoria* puede ser un desafío para la en los arbitrajes comerciales internacionales (Manriruzzaman, 2019, p. 657 y ss).

Ya se ha observado previamente la borrosidad y la posible interacción entre la *soft law* y la *lex mercatoria*. Este aspecto se

---

(36) Para mayor referencia, *véase* Chinkin (1989, pp. 856-857). La autora analiza también la afirmación por la cual se considera que la soft law habría llegado a representar el derecho internacional consuetudinario. Atentamente el autor observa que "estas afirmaciones tan contundentes deben tratarse con cautela: o bien implican que la forma blanda se ha endurecido hasta convertirse en normas jurídicas, o bien suponen que las propias fuentes del derecho internacional han sufrido cambios". Asimismo, *véase* también Caballero Hellión (2021, pp. 59 y ss).

(37) Así que retomando la idea y terminología del "Digesto" la doctrina italiana reelaboró una serie de publicaciones después de la elaboración del primer código civil italiano de 1865 - *Digesto italiano* (publicado entre 1880 y 1906 por Utet y dirigido por L. Lucchini), inmediatamente antes de la aprobación del *codice* de 1942 - *Nuovo Digesto Italiano* (publicado entre el 1937 y el 1940 por Utet, dirigido por M. D'Amelio y A. Azara)- y posteriormente a su aprobación (*Novissimo Digesto Italiano*, publicado por Utet entre 1957 y 1975 y dirigido por A. Azara y E. Eula).

(38) No debe descuidarse la estructura económica con ella relacionada; para algunas reflexiones históricas *véase* Epstein (2004, pp. 1 y ss).

(39) Para mayor información, *véase* Goode (1997, pp. 1 y ss). La expresión inglés utilizada por el autor en contraposición con la *lex mercatoria* es la de "Transnational Commercial Law".

(40) Michaels (2007, p. 447 y ss). Con referencias bibliográficas de las décadas anteriores *véase* Gaillard (1995, p. 208 y ss) partiendo de la progresiva importancia que ha tenido en la doctrina la temática desde los artículos de Goldman (1965, p. 177 y ss) y Schmitthoff (1964).

(41) Con las reflexiones sobre el pensamiento de Eugen Ehrlich y entre la contraposición entre un derecho viviente y un derecho estatal y una reconstrucción histórica: Teubner (1997, p. 3 y ss).

(42) Principios UNIDROIT (1994, p. 4); (2004, p. 4); (2010, p. 4); (2016, p. 4).

complica aún más si se considera que la *lex mercatoria* se asocia a los principios generales del Derecho. Esto porque muchos instrumentos de *soft law* se denominan ellos mismos como "Principios", como en el caso de los Principios UNIDROIT. Si en el primer caso puede entenderse por "Principio" "un uso que ha adquirido una aceptación general" (Comité Jurídico Interamericano, 2019, p. 104), en el segundo más bien éstos parecerían significar "reglas que no tienen fuerza de ley" (Comité Jurídico Interamericano, 2019, p. 106).

Así que, si bien en varios de los textos de *soft law* se utiliza esta expresión, y por ello parecería comúnmente aceptada, la afirmación de ilustre doctrina por la cual "el enigmático término 'Principios' debe evitarse" (Zimmermann, 2018, p. 4) se convierte en un *fulmine a ciel sereno*. Por esto, siguiendo esta constatación, este escrito no utiliza dicha expresión y hace referencia únicamente a la *soft law* y a la *lex mercatoria*.

4. *Soft law, lex mercatoria* y su percepción en el jurista

Como han observado Shaffer & Pollack (2010, p. 712) el concepto de *soft law* puede variar dependiendo de la concepción del jurista de referencia.[43] Se ha matizado afirmando que si el jurista positivista propondría negar el mismo concepto de *soft law*, el institucionalista con orientación racionalista sostendría que, a pesar de que el término *binding agreement* es relevante, esta es una "hipérbole engañosa" (Shaffer & Pollack, 2010, p. 712). El constructivista, en cambio, daría más importancia a su implementación abordando la brecha entre el derecho escrito y el derecho en la práctica[44].

En este sentido, Hart, como positivista, reconocería como Derecho aquel que ha sido reconocido y establecido mediante determinados procedimientos, más que centrarse en su asociación con el ideal de la justicia (Hart, 1958, pp. 593 y ss). Por su parte, Dworkin (1978) respondería desde una perspectiva más constructivista, sosteniendo que el juez dispone de un cierto margen de maniobra, especialmente en los *Hard Cases*, que le permiten acudir a determinados principios que necesariamente deben ponderarse entre sí. Quien adopta el nuevo institucionalismo de la elección racional buscaría la importancia de la estructura de las normas en la vida organizacional (Powell, & Di Maggio, 1991). Por ello, parte de la doctrina se ha preguntado cómo la concepción del Derecho y de la *lex mercatoria* puede variar en estos casos[45], cuestionándose si debería crearse un Derecho de forma constructivista mediante un orden espontáneo o debería prevalecer el positivismo de Kelsen en el derecho mercantil (Nuñez Del Prado, 2019, pp. 423 y ss), y afirmando que la globalización y la (nueva) *lex mercatoria* siempre han presupuesto el sistema de los Estados soberanos (Carrino, 2022, p. 9).

¿Y el comparatista? No se limita a lo qué dice la Ley (Sacco, 1991a, pp. 1 y ss; Sacco 1991b, pp. 343 y ss); le interesa cómo esta se aplica realmente (Pound, 1910, pp. 12 y ss) y analiza, además, la dimensión histórica del Derecho (Sacco, 1991a, pp. 1 y ss; Sacco, 1991b, pp. 343 y ss). El comparatista, más bien, se acercará al institucionalismo y, en parte, al constructivismo, probablemente alejándose del positivismo puro[46]. Asimismo, su percepción podría variar dependiendo del enfoque funcional o estructuralista[47] que aplique.

Sin embargo, hay que ir más allá dado que la doctrina, especialmente Gaillard, ha sostenido que las normas transnacionales *"Transnational rules"* (Gaillard, 1995, p. 212) y el derecho transnacional *"Transnational Law"* (Gaillard, 2001, p. 59) no deben identificarse como un listado de principios[48], sino que,

(43) Así se afirma que no existe un consenso de definición de *soft law:* Shaffer & Pollack (2010, p. 712).

(44) Siguiendo siempre el razonamiento de Shaffer & Pollack (2010, p. 712). Los autores realizan críticas a las tres posturas debiéndose pensar a *hard* y *soft law* más que en contraposición más bien en alternativa.

(45) Para mayor información, *véase*, sin carácter de exhaustividad por ejemplo Manriruzzaman (2019, pp. 699 y ss).

(46) En este sentido las nociones "fluidas" pueden percibirse como un límite a la concepción positivista: Mackaay (1979, p. 34).

(47) Sobre una breve panorámica sobre la diferencia *véase* en idioma castellano Ferrante (2021, pp. 177 y ss). Para el método funcional Michaels, R. (2019, pp. 345 y ss), para el método estructural Graziadei, M. (2019, pp. 442 y ss), Watson, A. (1983), Sacco (1991a, pp. 1 y ss) y Sacco (1991b, pp. 343 y ss).

(48) La referencia era al listado identificativo elaborado en su momento por Ole Lando (1985, p. 749 y ss) y retomada por Mustill (1988, p. 86 y ss). Ole Lando en ese momento las indentificaba relativamente con *Public International Law*, *Uniform Laws*, *The General Principles of Law*, *The Rules of International Organisations*, *Customs and usages*, *Standard Form Contracts*, *Reporting of Arbitral Awards*: si bien ambos autores coinciden que este listado no es exaustivo, Mustil añade la *public policy of the country*: Mustill (1988, p. 109). Si bien ambos coinciden que son listados no exhaustivos Ole Lando confirma su original listado en una publicación posterior: (Ole Lando, 1991, p. 144 y ss). Por lo que atiene los principios aferentes, estos también no son exustivos. Llamativo por ejemplo y como ha identificado ya Pryles (2008, p. 321 y ss) que, si Mustill indicaba unos veinte y cinco, otros muchos más, como Berger que indicaba setenta y tres: Berger (1999, p. 210-211).

si bien este sistema[49] puede desarrollar en la práctica "una función sorprendentemente similar a la de un sistema jurídico genuino",[50] puede concebirse como un método, siendo un método relacionado estrictamente con el derecho comparado[51]. ¿Y la *lex mercatoria*, en este contexto, dónde se enmarcaría? Esta doctrina si bien no la concibe como sinónimo de la primera expresión, la considera prácticamente sinónimo de la segunda[52].

Para Gaillard el primer paso consiste en determinar si las partes han indicado cómo deben aplicarse las normas (Gaillard, 1995, p. 224) prestando máxima atención a sus intenciones o instrucciones para eventualmente interpretarlas (Gaillard, 2001, p. 63); para luego realizar un análisis de derecho comparado para establecer la regla o reglas pertinentes (Gaillard 1995, p. 226; Gaillard, 2001, p. 63).

Otra parte de la doctrina si bien no excluye la aplicación del método funcionalista matiza que esto debería conllevar una oportuna aplicación de aquellos instrumentos de *soft law* codificados que garanticen mejor los criterios de imparcialidad (Torsello, 2021, pp. 51 y ss).

Al fin al cabo el operador del Derecho tanto en el ámbito académico como profesional debe ser un atento ejecutor e interprete. Esto se complica aún más cuando hay disfasias lexicales o de traduccion en los textos de *soft law*. En esta función de traductor-intérprete (Picard, 1999, p. 894)[53], también el idioma juega un rol fundamental (Sacco, 1998, pp. 1 y ss), no solamente como instrumento sino como mecanismo de comprensión para el análisis sustancial del Derecho o de la norma aplicable. En los casos de aplicación e interpretación de conceptos indeterminados o amplios, como *lex mercatoria* y *soft law*, esta tarea resulta aún más gravosa y necesaria.

5. La modernización del derecho uniforme y la progresiva proliferación y consolidación de instrumentos internacionales y modelos en América

Intentar comprender qué es el Derecho[54] no siempre es una tarea fácil, de allí la idea de catalogarlo en áreas, sectores o varias sistematizaciones, clasificaciones que se diferencian de aspectos culturales, históricos y sociales[55]. No es solo una cuestión de macro clasificaciones como la que subdivide las culturas jurídicas en sistemas de *common law* o de derecho continental, sino que es más profunda: penetrando incluso dentro de los mismos sistemas de derecho continental. Así que estos últimos, aunque tengan raíz común difieren en muchos aspectos, a pesar de que se hayan influenciado recíprocamente[56]. Un claro ejemplo es el rol, la función y la concepción del Derecho comparado, aspecto que se inserta en la cultura jurídica y en la formación del jurista[57] de manera totalmente diferente dependiendo del país de referencia, pudiendo o no adquirir un concepto y autonomía independiente respecto a las otras áreas del Derecho.

Ahora bien, en un sistema siempre más globalizado, que parece propender

---

(49) Se ha utilizado "sistema" porque debe observarse que esta doctrina al afirmar esto utiliza la expresión *transational rules* cuando en dicho artículo ha utilizado como sinónimo de *lex mercatoria* la expresión *transnational law*: Gaillard (2001, p. 71).

(50) Gaillard (2001, p. 71). En este caso el autor asume que lo sería poseyendo estas cuatro características: exhaustividad, ser estructurado, su capacidad de evolución y su previsibilidad, *véase*. Gaillard (2001, pp. 65 y ss).

(51) Ya Gaillard (1995, pp. 224 y ss) y Gaillard (2001, pp. 62 y ss). Para una breve sistematización de los dos enfoques de la contraposición de los dos enfoques (listado y de método) *véase* Pryles (2008, p. 321-324) y Cuniberti (2014, p. 380-384).

(52) Si esta doctrina no parece identificar la *lex mercatoria* con las *Transational Rules* si parece hacerlo con la *Transnational Law*: *véase* (Gaillard 1995, en particular p. 59 y 62) en comparación con (Gaillard 2001, 2012). En esta última obra, después de haber afirmado que "la noción de *lex mercatoria* es ambigua" afirma que: "a diferencia de las nociones de normas transnacionales (*Transnational rules*) o principios generales del derecho mercantil internacional, la noción de *lex mercatoria* enfatiza el contenido de las normas en lugar de la forma en que dichas normas": Gaillard (1995, p. 212).

(53) Para mayor referencia, *véase* a Ferrante (2016a, pp.605 y ss).

(54) Así "la historia de la definición del término Derecho es la historia de una larga controversia": *véase* Rebuffa (1990, pp. 1 y ss).

(55) Aquí a título ejemplificativo se observa la diferenciación entre Derecho Público y Privado si bien la autorizada doctrina habla de una exigencia de clasificación, al mismo tiempo se evidencian perplejidades doctrinales, incertidumbres y pluralidad de criterios discrecionales: *véase* Pugliatti (1964, pp. 697 y ss).

(56) Se contribuye a pasar de un sistema de familias de Derechos o sistemas más híbridos creando familias jurídicas recompuestas: *véase* Ferrante (2021, p. 188 y ss).

(57) En algunos casos este resulta ser un requisito fundamental en la formación del jurista estando incluso en la malla curricular universitaria, como en Italia, mientras en otros no: Ferrante (2016a, p. 604).

hacia una armonización progresiva incluso jurídica, cabe plantearse cuál es la aplicación oportuna del Derecho en determinados contextos, uno de los cuales es el arbitraje comercial internacional. El arbitraje comercial internacional es uno de los sectores más interesantes para analizar dicho fenómeno.

Ello se debe también a los diversos procedimientos que, progresivamente, se han manifestado a lo largo de las últimas décadas y que han querido modernizar y reestructurar el Derecho de Obligaciones y Contratos, no solo mediante profundas reformas dentro los propios códigos nacionales, sino intentando crear una armonización o uniformización plena en fenómenos de carácter internacional, cuyos máximos ejemplos son la CISG o los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. En este contexto por lo tanto se ha asistido a una proliferación de instrumentos en ámbito europeo, y latinoamericano[58] que han intentado condensar los principales aspectos de las relativas realidades jurídicas.

Piénsese en el fenómeno que ha interesado paulatinamente a América Central y del Sur, conduciendo a la creación a los principios sobre los contratos internacionales elaborados por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (en adelante, OHADAC) en 2015[59], a los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos (en adelante PLACL)[60] en 2018[61], y por último la creación, este año, de un Código Modelo de Obligaciones para América Latina[62] elaborado por el grupo GADAL[63].

Ahora bien, es oportuno observar como algunos de estos textos se auto perciben y auto proyectan como posibles instrumentos aplicables en sede arbitral o como fuente de inspiración para nuevos modelos, mientras otros se ciñen exclusivamente, al menos en principio, al ámbito académico.

Los tres textos recién citados se proyectan de manera diferente. Por un lado, el reciente Código modelo de GADAL, ofrece silencio y, por el momento, parece responder a un mero ejercicio académico, ya que todavía, no cuenta con un comentario oficial ni con un preámbulo que lo esclarezca. Por otro lado, el preámbulo de los Principios OHADAC afirma que "los presentes Principios no impiden la aplicación de normas imperativas o de orden público internacional, tanto de origen estatal como internacional, que resulten de aplicación conforme a las normas de Derecho internacional privado", que "no impiden la aplicación de los usos comerciales internacionales" y "serán objeto de interpretación uniforme, teniendo en cuenta su carácter internacional".

Sin embargo, aspecto importante es que el mismo comentario oficial aclara: "los Principios OHADAC, a diferencia de otros sistemas jurídicos contractuales no estatales, como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Preámbulo) o los PECL (art. 1:101), no pretenden representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*" [64]. Así que los Principios OHADAC si bien se auto identifican como un modelo de *soft law*"[65] quieren expresamente autoexcluirse de otro eventual rol protagónico[66] e integrativo en otros supuestos de los en que no estén expresamente evocados[67].

---

[58] Sobre una reconstrucción del recorrido en ámbito europeo *véase* Ferrante (2016b, pp. 107 y ss).

[59] La OHADAC es la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe. El texto y una bibliografía de referencia puede verse en la página web oficial de OHADAC: https://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html.

[60] Para mayor información *véase* Momberg, R. & Vogenauer, S. (2017), De La Maza, Pizarro & Vidal (2018); Ferrante (2020, pp. 259 y ss).

[61] Aquí se ha terminado un proyecto nacido en 2010 y que ha tenido el soporte de la Fundación pour le Droit Continental y de la fundación Fueyo Laneri. Sobre cómo nació el proyecto *véase* la Presentación del Prof. Carlos Pizarro (Pizarro en Aavv, 2012, p. 15-17).

[62] Para el texto, *véase* GADAL (2026), GADAL (2022).

[63] GADAL, el Grupo para la armonización del derecho en América Latina, inició su labor en 2013 y tiene como fuente armonizadora de inspiración esencialmente en la matriz romana. Vid. Aavv (2020), Gadal (2026); San Martín Neira, L., Salgado Ramírez, C. & Esborraz, D. F. (2024, p. 275 y ss).

[64] Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, p. 30.

[65] El comentario oficial afirma que "Los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales responden a un modelo de soft law": Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, p. 19.

[66] En este sentido se afirmar que "su aplicación, consecuentemente, solo está indicada cuando las partes han sometido su contrato de forma expresa a los Principios OHADAC o los han incorporado como ley aplicable de manera inequívoca (punto I del Preámbulo). En otro caso, jueces o árbitros deberán determinar la ley aplicable al contrato conforme a las reglas de Derecho internacional privado previstas en sus respectivas legislaciones o regulaciones arbitrales aplicables al caso": Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, p. 30.

Finalmente, los PLACL, nacido también de una matriz académica, si que quieren proyectarse como *lex mercatoria*. Su preámbulo fija su finalidad estableciendo: "reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales", "las cuales pueden ser utilizadas para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme" y "pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes". La referencia a la *lex mercatoria* y a este último aspecto se establece expresamente también en el art. 1 que fija el ámbito de aplicación[68].

Este modelo retoma *mutatis mutandis* la visión de instrumentos que habían abierto camino en Europa en términos similares y cuyo ejemplo son los Principios Europeos de Derecho de Contratos (en adelante PECL). Estos no solo expresamente[69] establecen que "tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea" sino se autoelevan a un carácter más amplio en cuanto dicen que "también podrán aplicarse cuando las partes: hayan convenido que su contrato se rija por los "principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o hayan utilizado expresiones similares" e incluso "pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o la normativa legal aplicable".

Si bien "los PECL buscaban convertirse en reglas neutras a las que pudieran someterse voluntariamente las partes contratantes, así como constituirse en *lex mercatoria*" (Salvador Coderch, García-Micó & Herrerías Castro, 2022, p. 39); debe sin embargo observarse[70] que el Reglamento Roma I, modificando la impostación prevista en su borrador, permite solamente la incorporación por referencia y no permite elegir un derecho no estatal.

6. Los Principios UNIDROIT como ejemplo de referencia y efectividad

Un estímulo armonizador en materia de comercio internacional encuentra su fuente inspiradora en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado desde finales de la década de 1920 (Rabel, 1929, pp. 1 y ss.), es decir, pocos años después de la creación del Instituto[71]. Sin embargo, es desde los años setenta que UNIDROIT se puso manos a la obra para "proceder al estudio de las perspectivas de una codificación progresiva del derecho del comercio internacional" (Secretaria General UNIDROIT, 1970). Si bien los trabajos preparatorios se remontan al año 1971 (Bonell, 1992a, p. 618)[72], y fueron precedidos por la labor de un comité directivo (Bonell, 1992b, p. 727), fue recién entre los años 1979 y 1980 cuando se constituyó un grupo de trabajo *ad hoc* encargado de elaborar la primera edición de los Principios, publicada en 1994. Posteriormente, esta obra fue objeto de nuevas ediciones en 2004, 2010 y 2016.

Aquí es interesante ver como a lo largo de las ediciones hayan evolucionados algunos aspectos sobre la colocación y comprensión de estos Principios sobre los contratos comerciales internacionales. Es interesante destacar tres aspectos.

a) Desde la segunda edición, se realiza una ampliación del margen de acción de los Principios, modificándose su preámbulo. Por un lado, como ya se indicaba desde su inicial edición, se establece[73] que estos principios "establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales", "pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes" [74] o que "pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho

(67) Así se afirma que "los Principios OHADAC son, pues, una normativa esencialmente opcional. Y dicha opción debe resultar de un acuerdo inequívoco de las partes.": Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales, p. 31.

(68) Art. 1(2) letra b PLACL: "Estos principios se aplican cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes"

(69) Art. 1: 101 PECL. Asimismo, *véase* Díez-Picazo Ponce de León, Morales Moreno & Roca Trias, E. (2002).

(70) Como ya destaca el Comité Jurídico Interamericano (2019, pp. 108-109). *Véase* los Considerandos 13 y 14 del Reglamento Roma I.

(71) Este año precisamente se celebra su aniversario, celebrándose sus 100 años. Este se crea en 1926 después de que Vittorio Scialoja, en su calidad de senador, propuso su creación a la Asamblea General de las Sociedad de Naciones: *véase* Righetti (1938, pp. 267 y ss), Salle (1973, pp. 58 y ss).

(72) Más en general *véase* también en idioma inglés Bonell (1992b, pp. 617 y ss).

(73) El preámbulo indica también que los principios "deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos".

(74) Esta visión progresivamente se expande desde un punto de vista conceptual. A pesar de que el párrafo quede invariado en las 4 ediciones, se ofrece un rol más protagónico e identificativo entre los Principios UNIDROIT y no solo la *lex mercatoria*. De hecho, el comentario oficial de este párrafo de preámbulo (en la relativa sección), desde su segunda edición, no ha referencia sólo a "*Los*

uniforme" o "servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales"[75].

Por otro lado, desde la segunda edición, se quiere expresar dos nuevas funciones, tareas o más bien roles que los Principios pueden cumplir. En este sentido, se elimina el párrafo 4º de la primera edición por el cual "estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato"[76]. Este inciso viene sustituido por "estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato"[77]. Se introduce además un nuevo párrafo que quiere aclarar que los principios "pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.[78]". Resulta clara la alineación del texto a los otros instrumentos internacionales relativos al arbitraje internacional que abren progresivamente la puerta a una mayor flexibilidad aplicativa.

Además, los comentarios oficiales dejan claro que "no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales"[79], con la limitación de las normas imperativas. Además, es útil observar como la Guía Tripartita elaborada conjuntamente por la CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, el cual es otro instrumento interpretativo de *soft law*, valida este aspecto al recordar que los modelos paraguayos y uruguayos son pioneros al permitir expresamente a las partes elegir normas jurídicas no estatales para que sean aplicables a sus contratos[80]. Un importante efecto propulsor viene dado en Panamá con la introducción del nuevo Código de Derecho Internacional Privado que los reconoce expresamente como posible regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional[81]. Desde su primera edición los Principios tienen claro el afán para que puedan aplicarse a los contratos entre particulares, por reenvío expreso de las partes o, desde su segunda edición incluso si las partes no se hayan remitido a ellos.

b) Interesante es observar el dinamismo oculto de la expresión por la cual se considera que "los principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos". Efectivamente esta evoluciona a pesar de que su texto haya quedado inalterado en sus ediciones[82]. La expresión y la amplitud y vigor de este dictado se ha progresivamente consolidado con la aprobación, desde el 2013, de las cláusulas modelos para el uso de los Principios Unidroit (UNIDROIT, 2013).

Así que las genéricas sugerencias que aparecieron desde la segunda y tercera edición hoy en día se han trasformado[83] en cuatros explícitos modelos estandarizados que pueden guiar a los sujetos que quieren que los Principios sean (i) la ley aplicable, en vía exclusiva o complementándose con el derecho nacional y otros principios del derecho comercial internacional; (ii) se incorporen como cláusulas contractuales (y prevalecerán sobre las normas dispositivas nacionales y no las imperativas), (iii) interpreten

---

Principios aplicados como '*lex mercatoria*'", como en su primera edición, sino hace expresa referencia también a los principios generales del derecho y la referencia a "*expresiones semejantes en el contrato"*: Principios UNIDROIT (1994, p. 4); (2004, p. 4); (2010, p. 4); (2016, p. 4).

(75) En este sentido se concibe los Principios incluso como fuente de inspiración para la elaboración de futuros textos normativos: "A nivel internacional, los Principios podrían convertirse en un punto de referencia para la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo": aspecto que queda invariado en todas las ediciones: Asimismo, *véase* Principios UNIDROIT (1994, p. 6); (2004, p. 6); (2010, p. 6); (2016, p. 6). *Véase* Faria, E. (2016, pp. 238 y ss).

(76) "They may provide a solution to an issue raised when it proves impossible to establish the relevant rule of the applicable law". Los comentarios oficiales de UNIDROIT aquí se referían también a la aplicación de los Principios en lugar del derecho nacional. *Véase* Principios UNIDROIT (1994, p. 4).

(77) "They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract".

(78) Mediante la introducción, desde la segunda edición, del actual párrafo sexto del preámbulo.

(79) Para más información *véase* Principios UNIDROIT (1994, p. 2); (2004, p. 3); (2010, p. 3); (2016, p. 3)

(80) Esto tomando como inspiración del art. 3 los Principios de La Haya. La referencia es en Paraguay al art. 5 Ley núm. 5393, de 15 de enero de 2015, sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, y en Uruguay a la Ley General de Derecho Internacional Privado, núm. 19.920, de 27 de noviembre de 2020): CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT (2021, p. 18, nota n. 31, 24, 90).

(81) Art. 79 de la Ley Nº 61 de 7 de octubre de 2015: "las partes podrán utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho Comercial Internacional".

o complemente la Convención de Viena allá donde aplicable; (iv) interpreten el derecho nacional o, de existir, sus lagunas (UNIDROIT, 2013).

c) Finalmente, los Principios UNIDROIT quieren reivindicar, desde la segunda edición, que su preámbulo no indica un listado exhaustivo. En este sentido, se introduce en los comentarios oficiales que estos estos puedan tener "otros usos posibles", y no solo se proponen expresamente como guía en la redacción de los contratos o como sustituto del derecho nacional aplicable[84] sino que desde la tercera edición se indica además su importante papel didáctico como fuente de enseñanza[85].

Estos pasos conducen a cumplir una clara reivindicación del derecho uniforme como fuente autónoma del derecho bajo una vertiente normativa, sustancial y científica (Vallindas, 1995, p. 8 y ss).

7. La modernización arbitral del derecho uniforme y la expansión e interacción conceptual de los conceptos indeterminados

El derecho internacional privado siempre ha tenido afán de unificarse[86], hablándose así tanto de una "unificación internacional del derecho privado" (Matteucci, 1975, pp. 8 y ss) como también de una "unificación internacional de derecho" (Bonell, 1992a, pp. 720 y ss). Estas unificaciones se han concebidos conjuntamente a la necesidad de un adecuado comercio internacional, de allí la creación de la CNUDMI en el año 1966[87]. Esta viene a jugar un importante rol propulsor al coordinar estos aspectos con el arbitraje, instituyendo un Reglamento de Arbitraje internacional que ha sido modificado a lo largo de los años.

Contextualmente los intereses en estos campos se han desarrollado por organizaciones no gubernamentales y centro privados que se ha preocupado de desarrollar un modelo parecido o, posiblemente, de mejora de los preexistentes, sin embargo, no necesariamente lográndolo. A lo largo de este proceso han jugado un papel protagónico también otras instituciones como, por ejemplo, la Cámara de Comercio de Arbitraje de Paris (en adelante, CCI) y su Reglamento de Arbitraje modificado, una y otra vez, en estas décadas.

La relación entre comercio internacional, derecho internacional y arbitraje también tiene sus puntos de fuerzas en la Convención Europea sobre Arbitraje Internacional de 1961 que, bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, abre las puertas con su art. VII al moderno sistema (Lando, 1991, pp. 129 y ss); complementándose con el art. 39 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

Frente a este escenario, por lo tanto, se ha intentado lograrse una unificación, mediante una uniformación paulatina; lo que se ha generado mediante la progresiva creación de textos de *soft law*[88]. Seguidamente se analizarán algunos aspectos y evoluciones de estos instrumentos evidenciando algunos puntos críticos o claves que sirvan para la comprensión de cómo los árbitros puedan o no puedan y en qué medida aplicar el Derecho sustantivo, la lex mercatoria u otros instrumentos de *soft law*.

8. Norma jurídica, norma de derecho y ley aplicable

El reglamento CCI al referirse al acuerdo de las partes sobre el fondo de la controversia, hace referencia, en todas sus ediciones, a las "*rules*

---

(82) Segundo párrafo del preámbulo.

(83) Desde las ediciones en de 2004 y 2010 se introduce una nota (*) con la que se sugiera una fórmula. Desde la actual edición se opera un expreso reenvío a las cláusulas modelos.

(84) Para mayor información *véase* Principios UNIDROIT (1994, p. 6); (2004, p. 7); (2010, p. 7); (2016, p. 7).

(85) Desde la tercera edición se considera que "además, los Principios pueden ser utilizados como material didáctico en universidades y facultades de derecho, promoviendo de esta forma la enseñanza del derecho contractual sobre una base genuinamente comparada": *véase* Principios UNIDROIT (1994, p. 6); (2004, p. 7); (2010, p. 7); (2016, p. 7).

(86) Desde una perspectiva *histórica véase* Demogue (1927, pp. 21 y ss).

(87) Se recuerde aquí también la declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional *véase* Naciones Unidas (1974, pp. 798 y ss).

(88) Así autorizada doctrina afirmaba que "por unificación internacional del derecho debe entenderse cualquier iniciativa encaminada a superar las diferencias existentes entre dos o más leyes nacionales mediante el desarrollo de una disciplina uniforme, destinada a sustituir total o parcialmente a la anterior en la regulación de la materia en cuestión": Bonell (1992a, p. 720)

of law". Esta expresión viene traducida en la versión española oficial como "normas jurídicas"[89]. En la análoga circunstancia también el Reglamento CNUDMI se refiere expresamente también a *rules of law*. Sin embargo, en su traducción española oficial esto viene traducido como "normas de Derecho"[90].

Frente a esta circunstancia podría llegarse a concluir que "normas jurídicas" y "normas de derecho" coinciden. ¿Son la misma manifestación del "derecho aplicable"? ¿Es realmente así? Atender a la identidad de la traducción de un idéntico término, que se observa en las versiones españolas de los dos instrumentos, no es razón suficiente. Se observa aquí la importancia y necesidad de delinear y perfilar traducciones coordinadas, sistematizadas y homologadas para no incurrir en degeneraciones del sistema sobre todo en contextos internacionales donde el derecho uniforme o la *soft law* puede jugar un papel clave y donde, quizás, expresiones que en contextos nacionales[91] suenan como sinónimos, no lo sean necesariamente en otros.

De hecho, la posibilidad de que las partes eligieran no solamente la "Ley" ("*Law*") sino un sistema más amplio[92] ya se había observado en la modificación del Reglamento CNUDMI cuando desde la versión del Reglamento CNDMNI 2010 se quiso sustituir la referencia a "*law*", presente en el reglamento de 1976, justamente con la de "*rules of law*" [92]. En este sentido, se procede a modernizar el derecho uniforme en materia arbitral, modificando la postura vigente desde la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa de 1966[93].

También la versión española de Ley Modelo CNUDMI traduce la expresión con "normas de derecho" [94] y la elección aquí por *rules of law* confirma la óptica expansiva hacia instrumentos de *soft law*. El comentario oficial confirma este aspecto aclarando que el texto "brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio. Por ejemplo, podrán elegir de común acuerdo por normas de Derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional"[95]. La disfasia de traducciones en los dos textos españoles evidenciadas al inicio de esta sección puede crear algunas incomprensiones o diferentes aplicaciones, por ello es necesario tener en consideración también el texto inglés.

Sin embargo, debe observarse que los problemas interpretativos y de fondo siguen también en el texto, con independencia del idioma en el que esté redactado. Efectivamente, si bien el Reglamento CNUDMI, innovando su postura, otorgando la posibilidad de que las partes elijan las "rules of law", sigue afirmando[96] que, en caso de que las partes no la indiquen, el tribunal deberá aplicar la "*law*"[97] que estime apropiada. Las

---

(89) "*The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied*…", expresión traducida como "normas jurídicas": Art. 17.1 Reglamento CCI de 1998, Art. 21.1 Reglamento CCI (2012), Art. 21.1 Reglamento CCI (2017), Art. 21.1 Reglamento CCI (2021). La disposición viene confirmada también en el art. 22.1 Reglamento CCI (2026) cuya edición española todavía no está disponible.

(90) "The arbitral Tribunal shall apply the rules of law designed by the parties.": Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2021.

(91) En lo que aquí concierne es interesante observar como el título (*rubrica*) de la norma correspondiente italiana (art. 822 Cpc) ha utilizado una expresión neutra: *Norme per la deliberazione",* esto tanto cuando se refería, en su versión originaria, solo al arbitraje nacional, como, en su versión actual, que comprende también el arbitraje internacional. Sin embargo, es oportuno relevar que, en presencia del sistema dualista, el contenido del texto en su versión originaria habla *de "norme di diritto"* cuando en cambio la norma relativa al arbitraje internacional hablaba solamente de *"norme"* (derogado art. 834 cpc). Ahora, en el sistema monista la disposición dependiendo del contexto habla *de "norme di diritto",* solo *"norme" o "legge straniera".*

(92) Como explican los trabajos preparatorios como ya se ha destacado: Paulsson & Petrochilos (2006, pp. 138-139).

(92) Inicialmente se afirmaba que "The arbitral tribunal shall apply the law designed by the parties.": Art. 33.1 Reglamento CNUDMI 1976. Aquí se habría debatido si en el término Law podría o no comprenderse la *lex mercatoria*: Caron &, Caplan (2013, p. 114).

(93) El art. VII de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 y el 39 de Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa de 1966 también utilizaban la expresión Law, traducida en las respectivas versiones oficiales con "Ley".

(94) Tanto en su versión de 1985 como en su versión enmendaba de 2006 el texto utiliza la referencia a "*rules of law*".

(95) Nota Explicativa sobre la Ley Modelo de la secretaría de la CNUDMI: CNUDMI (2006, p. 36).

(96) En este sentido podría no parecer irrelevante que el título del art. 35 siga refiriéndose a la "ley aplicable" ("*applicable Law*"), cuando el Reglamento CCI (en sus anteriores versiones del art. 21 y en el actual art. 22 del Reglamento de 2026 cuya versión oficial española todavía no está disponible) se refiere, en cambio y coherentemente, a las "normas jurídicas aplicables al fondo" ("*applicable Rules of Law*"). La Ley modelo CNUDMI aquí en cambio, en ausencia de acuerdo opera un reenvío al conflicto de leyes, y por eso utiliza, en su título una expresión más amplia: la de "normas aplicables al fondo del litigio" ("*rules applicable to substance of dispute*").

(97) "The arbitral tribunal shall apply the Law which it determines to be appropriate" Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2021.

cosas se complicarían más si se recuerda, como ya se ha evidenciado[98], que el Tribunal pudiera aplicar la *lex mercatoria*; la expresión *rules of law* no necesariamente garantizaría que las partes la puedan elegir puesto que los redactores no han aclarado expresamente este aspecto. Aquí serán los árbitros que darán aplicación de una u otra manera.

A este modelo, se opone el del Reglamento de la CCI que muestra total coherencia en su tejido estructural al hacer referencia a la *rules of law*[99] también en la hipótesis de no acuerdo por las partes. Una vez más puede ser el legislador nacional que aclara algunos de estos aspectos. Así puede verse como, a pesar de la existencia y utilización de un mismo idioma, en este caso el castellano, la solución puede tener matices relevantes o utilizar estas argumentaciones para poder o no poder interpretar las expresiones del proprio ordenamiento de referencia.

Efectivamente, en ausencia de acuerdo de las partes sobre el fondo, el legislador español decide expresamente de huir de la expresión "derecho aplicable" y utilizar expresamente la expresión "normas jurídicas aplicables", como el numeral 2 del artículo 34 de la Ley española N° 60/2003. La interpretación auténtica del legislador demuestra que esta es una elección deliberada y razonada debido a que esta expresión ofrecería una mayor amplitud de miradas respecto a la primera.[100] Se observe como también el numeral 2 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1071 utiliza la misma expresión.

Ahora bien, debe advertirse que, en algunos contextos, la expresión "normas de Derecho" podría incluso tener un diferente alcance dependiendo del contexto en que este ubicada. Así, en los Principios de la Haya, se ha observado que el alcance de "normas de Derecho" es menor de lo que se había propuesto el grupo de trabajo, para esta expresión hubiera tenido que abarcar el derecho no estatal. Sin embargo, el alcance del artículo 3 al final quedó reducido ya que se estableció que estas "debe ser generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como conjunto de normas neutrales y equilibradas" (Comité Jurídico Interamericano, 2019, pp. 109-110). Sin perjuicio de ello, esta disposición conlleva a dar un alcance amplio a la expresión "normas de Derecho" alejándose del concepto clásico de Derecho sustantivo y abarcando la *soft law*. Así la Guía Tripartita aclara que el concepto de "normas de Derecho" del artículo 3 de los principios de la Haya incluye instrumentos que hayan sido elaboradas por órganos no legislativos por ejemplo los Principios UNIDROIT (CNUDMI, Conferencia de La Haya y UNIDROIT, 2021, p. 17-18).

Una vez más la heterogeneidad y plasticidad de las expresiones pueden dar pie y permitir interpretaciones y flexibilizaciones, ¿no es quizás por eso que la "Mercatoria" se ha percibido como "*lex*"? ¿Es esta una verdadera Ley? ¿Entraría aquí en juego la aplicación de los Principios?

Estos aspectos no son baladís: lo prueba la elección del SIAC (Centro Internacional de Arbitraje de Singapur) que en su última edición de 2025 opta para utilizar, en caso de no elección de las partes, al afirmar en su artículo 35 que el Tribunal aplicará las "*Law or Rules of Law"* que considere apropiadas (art. 35 del Reglamento SIAC, 2025). Así se decide abandonar la sola referencia a la "*Law*" presente en la últimas ediciones anteriores que en su contenido recalcaban el art. 35 CNUDMI (arts. 27 del Reglamento SIAC, 2013, y 31 del Reglamento SIAC, 2016). Estos matices son relevantes ya que son frutos de decisiones y modificaciones a lo largo de las ediciones.

Finalmente, debiera analizarse también si las expresiones "considerar" y "estimar" son sinónimas ya que también en este caso los Reglamentos CNUDMI y CCI difieren puesto en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre el fondo. Lo cierto es que ambos reglamentos optan por referirse a un idéntico patrón de referencia: "lo apropiado" por parte del tribunal. Sin embargo, si el Reglamento CCI impone "considerar"[101]

---

[98] Para mayor referencia *véase* Caron &, Caplan (2013, p. 114-115): el autor luego muestra una postura favorable a que las partes también puedan elegirlas. Si cuanto expresado atañe al art. 35 del Reglamento CNUDMNI debe observarse otra doctrina el art. 28 de la Ley Modelo CNUDMI llega a la conclusión contraria, es decir que la expresión rules of law legitimaría a que las partes puedan elegir la *lex mercatoria* pero los árbitros no la podrían aplicar si las partes no lo hubieran decidido: *Véase* Lando (1991, p. 148 y ss).

[99] "The tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate": Art. 21.1 Reglamento CCI (2012), Art. 21.1 Reglamento CCI (2017), Art. 21.1 Reglamento CCI (2021), Art. 22.1 Reglamento CCI (2026).

[100] Así expresamente el punto VII de la Exposición de la Ley de arbitraje española afirma que: "la ley prefiere la expresión "normas jurídicas aplicables" a la de "derecho aplicable", en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional".

[101] "*The tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate*": Art. 21.1 Reglamento CCI (2012), Art. 21.1 Reglamento CCI (2017), Art. 21.1 Reglamento CCI (2021). Todas estas versiones traducen la expresión "determines to be appropriate" con "considere apropiadas".

lo que es apropiado, el Reglamento CNUDMI lo quiere "estimar"[102]. ¿esto es solo un espejismo? ¿son sinónimos? Podrían afirmarse que son sinónimos porque si se coteja la versión inglesa de ambos reglamentos una vez más se utiliza la misma terminología utilizando el verbo "*determine*"[103]. Pero lo que es cierto es que sí que podría haber diferencia entre "considerar" y "estimar" en el idioma castellano.

9. Amigable componedor, arbitraje ex aequo y bono, en (de) equidad, en conciencia

Es también útil volver a hacer alusión al Reglamento SIAC, ya que esto presenta una evolución del título de la disposición utilizada al referirse al arbitraje no de Derecho. Si en la edición de 2013, la disposición de referencia del Reglamento se titula "*applicable law, amiable compositeur*" (art. 27 del Reglamento SIAC, 2013), la de 2016 decide expresamente matizar la diferencia entre *amiable compositeur* y arbitraje *ex aequo y bono* al decidir introducir en el título expresamente esta referencia en el título del artículo 31 del Reglamento SIAC (2016) ("*applicable Law, amiable compositeur and ex aequo et Bono*"); distinción que en cambio viene totalmente eliminada en la actual edición donde desaparece cualquier referencia hablándose exclusivamente de "*applicable law*" (art. 35 del Reglamento SIAC, 2025). Esto hace percibir que algunas aristas ligadas a esta tipología de arbitraje[104].

En definitiva, no pueden descuidarse los matices entre arbitraje *ex aequo et bono y amiable compositeur* como lo demuestra la historia. Aquí es oportuno un reenvío a aquella autorizada doctrina[105] que reconstruye detalladamente todos los pasajes y la evolución y matices entre *amiable compositeur*, arbitraje *ex aequo et bono* para entender la comprensión de la utilización en Italia de la expresión arbitraje *secondo equità*[106]. Todas las versiones del Reglamento se refieren a la "autorización" de las partes al arbitraje como amigable componedor o *ex aequo y bono*[107], desde el punto de vista italiano esta expresión ha significado mucho. En Italia la referencia a la expresión relativa a la "autorización", en el contexto de la normativa italiana, había abierto un debate antes de la reforma de 2006[108].

Parte de la doctrina[109] sostenía que la expresión "autorizar" a pronunciarse según *equità*, en ese momento es válida solo para los arbitrajes nacionales, permitía a los árbitros elegir si dirimir según *equità* o según derecho; en ese sentido había más margen de acción de la normativa relativa al arbitraje internacional, en la que se utilizaba otra expresión, más bien hablándose es una "facultad" para las partes de "disponer" esa tipología del arbitraje. Esta última expresión hubiera obligado, a diferencia de la primera, a dirimir necesariamente por *equità*[110]. Después de la reforma de 2006, se unifican los sistemas y se utiliza la expresión "disponer" abandonando la referencia a autorización[111].

---

(102) "*The arbitral tribunal shall apply the LAW which it determines to be appropriate*" Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35.1 Reglamento CNUDMI 2021.

(103) En ambas versiones inglesas efectivamente se utiliza la expresión "which it is determines appropriate"; sin embargo, la versión española del reglamento CCI de 2021 traduce la expresión con "que considere", mientras el reglamento CNUDMI dispone "que estime". Esta segunda expresión mantiene coherencia con la traducción de la edición del primer reglamento CNUDMI de 1976 aunque aquí no se utilizaba la *voie directe* haciéndose referencia a la norma de conflicto ("el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable" siendo la versión inglesa "*which it considers applicable*", art. 33.1). Se recuerde que desde el Reglamento CNUDMI de 2010 se abandona la estricta referencia al conflicto de leyes que sí sigue en el art. 28.2 la ley modelo CNUDMI. Del art. 21.1 Reglamento CCI (2026), que mantiene el mismo texto del Reglamento de 2021, no hay todavía traducción oficial el español.

(104) Para mayor información *véase*. Croft, Kee & Waincymer (2013, pp. 400-402); Caron &, Caplan (2013, pp. 119-121); Blackaby, Partasides & Redfern (2022, pp. 191-193).

(105) Para mayor información *véase*. Tenella (2021, pp. 131 y ss, en particular 193-194), más ampliamente *véase* en Tenella (2006, pp. 20 y ss), Tenella (2019, pp. 17 y ss).

(106) Tenella (2021, p. 131 y ss, en particular 193-194), más ampliamente *véase* Tenella (2006, pp. 20 y ss), Tenella (2019, pp. 10 y ss).

(107) Para mayor referencia véase las respectivas traducciones de Art. 33 Reglamento CNUDMI 1976; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2021.

(108) D.lg. 2 de febrero de 2006, n. 40, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale* de 15 de febrero de 2006, n. 38 - Suppl. Ordinario n. 40.

(109) Por todos con referencias bibliográficas *véase* Borghesi, D., (2001), Art. 822, en *Arbitrato* (F. Carpi, dir.), 2ª ed., Zanichelli, Bologna, p. 576.

(110) Antes de la reforma la norma relativa al arbitraje nacional era el (originario) art. 822 CPC italiano, mientras el primer párrafo (derogado) art. 834 CPC italiano se refería al arbitraje internacional disponiendo que "*Le parti hanno facoltà di stabilire d'accordo tra loro le norme che gli arbitri debbono applicare al merito della controversia oppure di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità*". Para una sistematización, con nota bibliográfica, *véase* Tenella Sillani (2021, p. 115 y 116, nota n.1).

(111) Art. 822 CPC italiano "*Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità".* El nuevo panorama legislativo para alguno no cerraría el originario debate: Marinucci, (2014, p. 264).

Por lo tanto, es fundamental la cuidadosa utilización de la terminología sobre todo en los contextos internacionales. Sin embargo, a veces estos matices pueden pasar desapercibidos o descuidarse. Un ejemplo nuevamente se da en la trasposición a otro texto de algunas traducciones oficiales. La versión inglesa y francesa del Reglamento CNUDMI disponen que "el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o ex aequo et bono" intercalando las dos figuras con una "o"[112]. Sin embargo, en la versión oficial española, esta viene omitida.

La versión española no deja margen de duda[113] sobre la posibilidad de si la "o" sea o no sea una conjunción disyuntiva y anula la posible diferencia entre las dos figuras, ya que pone entre paréntesis la segunda. Así se dispone que "el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) ". Evidentemente la evolución dentro de las ediciones del reglamento del SIAC y cuanto recién visto amerita una reflexión. Por ello es oportuno reflexionar si un convenio arbitral, en el cual las partes indiquen expresamente una u otra expresión, pudiera conducir a diferentes aspectos aplicativos.

Un ulterior análisis amerita valorar cómo debe asociarse la dupla internacional "amigable componedor" "*ex aequo et bono*" dentro del ordenamiento peruano que tradicionalmente ha utilizado expresiones como el arbitraje "en equidad" y "en conciencia". Se afirma esto, ya que el ordenamiento peruano, al inspirarse a la normativa internacional y al referirse al arbitraje internacional, inicialmente había fusionado la "dupla peruana" para luego volver a separarla. Así las anteriores leyes de arbitraje peruano de 1992 y 1996, las fusionan con una "y", afirmando que "el tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así" (art. 117 de la Ley Nº 26572 y art. 103 de la Ley Nº 25935).

En ese contexto, la influencia del arbitraje internacional introducía una referencia a la equidad que en el contexto del arbitraje nacional no existía, ya que para esta última tipología se hablaba solo de arbitraje "en conciencia"[114]. La actual normativa cambia de perspectiva y se refiere indistintamente para el arbitraje nacional e internacional disponiéndose que así "el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia" (artículo 55.3, Decreto Legislativo N° 1071). Aquí se vuelve a separar las dos expresiones pareciendo llegarse a una identificación entre ellas.

Si ello fuera así ¿significaría que el arbitraje en equidad y en conciencia corresponderían a los amigables componedores y *ex aequo y bono*? Lo cierto es que el concepto del arbitraje en conciencia ha cambiado. Si inicialmente este expresamente se refería a los conocimientos y al leal saber y entender[115] de los árbitros, quienes además debían "tener presente los usos aplicables"[116], posteriormente se inició un proceso de erosión de contenidos. En una primera fase se eliminó esta segunda referencia[117] y, finalmente, también la primera, quedando la expresión despojada de cualquier referencia en la actualidad[118]. Ello confirmaría que, bajo el ordenamiento peruano, ambas expresiones son sinónimas y la "o" no cumple una función conjuntiva o disyuntiva ¿Es así también para las expresiones utilizadas en la normativa internacional u en otros sistemas nacionales?

La respuesta se complica incluso para el ordenamiento peruano si se recuerda que en determinados casos hay contextos, como los contratos con las Asociaciones Públicos Privadas (en adelante, APP) donde existe expresamente la figura de amigable

(112) *Véase* las respectivas traducciones de Art. 33 Reglamento CNUDMI 1976; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2021.

(113) La duda pudiera venir también desde una reconstrucción histórica puesto que el art. 33 del Reglamento CNUDMI de 1976 prefiere utilizar deliberadamente la expresión "amiable compositeur or ex aequo et bono" cuando en cambio su borrador trataba las dos figuras en conjunto: así el art. 27 del borrador hacía referencia a "arbitraje aequo et bono (as amiable compositeur").

(114) Así expresamente y sin alusión a la equidad el art. Art. 3 Ley Nº 25935 y el Art. 3 Ley N° 26572. Sin embargo, la Ley de arbitraje de 1996 podrían deducirse que arbitraje en conciencia y equidad sean sinónimos. Esto podría hacerse mediante la interpretación del art. 3 con el art. 20 de la Ley Nº 25935 dado que esta última disposición hace alusión a la equidad y no la conciencia: afirmando que "el nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras". Asumiendo que el art. 3 disponía que "el arbitraje puede ser de derecho o de conciencia" y que ambas disposiciones se refieren al arbitraje nacional se llegaría para el legislador coincidirían. Esta reconstrucción no se podría dar en la Ley Nº 25935 ya que la formulación de disposición análoga no hacía alusión a este aspecto, no nombrando el arbitraje de equidad *(véase.* art. 20).

(115) Recuérdese aquí que la doctrina había ya constatado que la relación entre "el leal saber y entender" y la "equidad" puede conducir a un "circulo vicioso": De Trazegnies (1996, p. 116).

(116) Como indicaba la Ley general de Arbitraje Peruana de 1992: Art. 3 Ley Nº 25935.

(117) Así la Ley de Arbitraje Peruana de 1996 asocia el arbitraje en conciencia solo a "sus conocimientos y al leal saber y entender": art. 3 Ley N° 26572.

(118) El DL 1071 hace referencia solamente al arbitraje en conciencia o ex aequo y bono sin más.

componedor; figura que no coincide con la de árbitros, si bien pueda tratar las mismas controversias sometibles a arbitraje a tenor del art 2 del DL 1071[119]. Es cierto que el amigable componedor es un tercer sujeto neutral, imparcial e independiente. No obstante, tiene una función diferente del árbitro que es la de proponer una solución y llegar a una transacción. En este sentido, los efectos no coinciden con los que derivan del laudo arbitral y además se desarrollan en una etapa previa. En el caso de un contrato internacional en que las partes se remitieran al amigable componedor en Perú podría dar pie a problemas interpretativos.

Es llamativa la heterogeneidad que puede observarse en el contexto peruano ya que el numeral 2 del artículo 29 del Reglamento AMCHAM utiliza la expresión "en equidad o en conciencia"; el numeral 2 del artículo 12 del Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima (2008) emplea igualmente la expresión "en equidad o en conciencia"; mientras que el numeral 3 del artículo 21 de los Reglamentos de la Cámara de Comercio de Lima de 2017 y 2025 sustituyen dicha referencia por la de "arbitraje de equidad". Por su parte, CARC-PUCP decide mantener la expresión "en conciencia" en el artículo 55, literal b), de su Reglamento de 2025, al igual que en el artículo 54, literal b), del Reglamento de 2024 y el artículo 66, literal c), del Reglamento de 2012.

En definitiva, si bien es cierto que en ámbito internacional y con carácter general la figura de "amigable componedor" y la de arbitraje "*ex aequo y bono*" sustancialmente coinciden y se siguen utilizando en las realidades internacionales para abarcar el espectro cultural y normativo de los varios países. Sin embargo, también es cierto que la aprobación en algunos países de normativas complementarias[120] o especificas puede volver a distinguir las figuras del amigable componedor, arbitrador y arbitro como en sus origines romanas y medioevales (Tenella, 2019, pp. 17 y ss.; Tenella Sillani, 2021, pp. 115 y ss.) . Esto podría crear una metamorfosis de las normas que en futuro podría darse e incluso crearse debido a un excesivo desarrollo de las normativas sobre ADR u otros aspectos (Loquin, 2023, pp. 927 y ss). Lo que es cierto es que, sin embargo, no quedarán dudas de identidad entre las varias figuras allá donde el legislador lo haya expresamente aclarado[121].

Así que, en definitiva, aunque si la inicial decisión en ámbito internacional, y que se ha mantenido en el tiempo, ha sido la de incluir ambas referencias (UNCITRAL, 1976), la de amigables componedores y *ex aequo y bono*, para permitir elegir más libremente el término que resultaría más congenial al proprio ordenamiento, esto ha conducido a crear problemas interpretativos y a veces sustanciales.

10. Usos mercantiles

El tradicional art. 21 del Reglamento CCI desde la segunda edición queda inalterado; y queda confirmado en la nueva edición de 2026 que ahora pasa a ser el art. 22. Inicialmente la disposición difería ya que en la versión de 1998 de la CCI aparecía el *incipit* "in all cases" y la referencia a "*the relevant trade usages*" (artículo 17 del Reglamento CCI, 1998), luego desapareció[122].

Tanto Reglamento CCI como CNUDMI prevén una norma por la cual los árbitros deben tener en cuenta los usos comerciales. [123] En el artículo 35 del reglamento CNUDMI de 1975 se pasa de la referencia a "los usos mercantiles aplicables al caso" ("*The usages of the trade applicable to the transaction*"), a "cualquier uso mercantil aplicable al

---

(119) Art. 120.3 Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362 (APP), Decreto Supremo Nº 240-2018-EF.

(120) Parte de la doctrina ha propuesto su incorporación en la Ley de Contrataciones del Estado: Talavera Cano, A. & Olórtegui Huamán, J. (2015), Talavera Cano, A. & Olórtegui Huamán, J. (2015, pp. 271 y ss).

(121) Como ocurre por ejemplo en el Ordenamiento español donde el punto VII de la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje expresamente indica las figuras del arbitraje en conciencia, ex aequo y bono y la de amigable componedor: "El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la "equidad", o a términos similares como decisión "en conciencia", "ex aequo et bono", o que el árbitro actuará como "amigable componedor": Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE Nº 309, de 26 de diciembre). Se recuerde que si la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 predisponía un juicio arbitral y otro de amigables componedores distinto (art. 790 y ss) en que estos últimos decidían "sin sujeción a formas legales y según su saber y entender (art. 833.1). La posterior Ley de arbitraje de 1988 en cambio había introducido la expresión "arbitraje de equidad" si bien ligaba los árbitros en este caso también a "su saber y entender" (art. 4 Ley 36/1988, de 5 de diciembre, BOE, 293/1088, de 7 de diciembre).

(122) Art. 22(2) Reglamento CCI (2026), Art. 21(2) Reglamento CCI (2021), Art. 21(2) Reglamento CCI (2017); Art. 21(2) Reglamento CCI (2012). Se introduce el inciso "*if any*" sobre la posibilidad de que exista, aunque no necesariamente, un contrato entre las partes.

(123) Para una panorámica sobre los usos con particular referencia a los Principios UNIDROIT y CISG *véase* Schwenzer, Hachem & Kee (2012, pp. 310 y ss); Schwenzer & Muñoz (2026, pp. 104 y ss), en relación al Reglamento CDUMNI por ejemplo *véase* Caron &, Caplan (2013, pp. 121-123).

caso"[124], mientras en el artículo 17 del Reglamento de CCI se pasa de "los usos comerciales pertinentes" ("The relevant trade usages") a "cualquiera uso comercial pertinente"[125].

Desde su versión inicial, ambos han tenido un íncipit en la norma que afirma que esto debe realizarse "en todos los casos". Sin embargo, si bien en el Reglamento CNUDMI esto está presente en todas las ediciones[126], la CCI lo ha abandonado desde el año 2012[127]. Dado que la norma está colocada en el artículo 35 relativo a (i) la ley aplicable, cuando las partes hayan alcanzado o no un acuerdo sobre esta; y (ii) el arbitraje no de Derecho, debe valorarse si se refiere a ambas hipótesis.

La expresión "en todos los casos" debería entenderse referida únicamente a su primera hipótesis, en su dúplice vertiente. Los "casos", por tanto, serían aquellos en los que las partes han llegado a un acuerdo y aquellos en los que no lo han hecho. Esta interpretación se sustenta en una reconstrucción considerando su norma inspiradora y viendo que ésta efectivamente hacía referencia a ambos supuestos. Más aun, el artículo VII.1 de la Convención Europea sobre Arbitraje Internacional de 1961, utilizaba la expresión "en ambos casos[128]" y no "*in all cases*", reuniendo todas las disposiciones lexicales en un único numeral. Además, al dejar la regulación de los amigables componedores en un segundo y sucesivo numeral (art. VII.2 de la Convención Europea sobre Arbitraje Internacional, 1961) no hubiera podido referirse a estos.

Sin embargo, el hecho de que los reglamentos CNUDMI, por un lado, sustituyen la expresión en "ambos casos" con "en todos los casos" y, por otro, colocan contextualmente colocan el párrafo de los amigables componedores y el arbitraje ex aequo y bono con anterioridad a la disposición[129], podría hacer pensar lo contrario. En efecto, ello podría hacer pensar que la expresión "en todos los casos" se refiere ahora a ambos supuestos: a las dos hipótesis relativas a la ley aplicable, cuando las partes han llegado o no a un acuerdo, y por otro, al arbitraje no de Derecho.

Se afirma esto, ya que la elección operada por los reglamentos CNUDMI, más que referirse al artículo VII.1 de la Convención de Ginebra de 1961, utiliza la estructura de su borrador[130] cuyo comentario oficial aclaraba expresamente que "en cualquier caso" se refiere tanto a los árbitros decidan de acuerdo con las *rules of law* o como "amigables componedores" (UNCITRAL, 1975, p. 178). Por lo tanto, el reglamento CNUDMI, con su forma de redacción, decide también aplicarlo también a estos casos[131].

Interesante es observar la decisión de la Cámara de Comercio de Lima de eliminar la referencia "en todos los casos" del numeral 4 del artículo 12 del Reglamento (2008) disponiendo una redacción más neutral en el numeral 2 del artículo 21 de sus Reglamentos del 2017 y 2025. De esta forma, se aleja del esquema del Decreto Legislativo N° 1071[132], postura que también adopta el Reglamento AMCHAM (2021) en el numeral 3 de su artículo 29. La normativa nacional peruana, además, habla expresamente de "usos y prácticas aplicables" (art. 57.4, Decreto Legislativo N° 1071). Esta misma expresión es utilizada también por el Reglamento del CARC-PUCP[133] y por el artículo 29, numeral 3, del Reglamento AMCHAM (2021). Por su

(124) "*Any usages of trade applicable to the transaction*" Art. 35 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2021. Para una panoramica sobre los trabajos preparatorios *véase* Caron &, Caplan (2013, p. 123).

(125) "Any relevant trade usages": Art. 22(2) Reglamento CCI (2026), Art. 21(2) Reglamento CCI (2021), Art. 21(2) Reglamento CCI (2017); Art. 21(2) Reglamento CCI (2012).

(126) Art. 35 Reglamento CNUDMI 1975; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2010; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2013; Art. 35 Reglamento CNUDMI 2021; Art. 17 Reglamento CCI (1998).

(127) Presente en el Art. 17 Reglamento CCI (1998), desaparece en los Art. 22(1) Reglamento CCI (2026), Art. 21(1) Reglamento CCI (2012), Art. 21(1) Reglamento CCI (2017), Art. 21(1) Reglamento CCI (2021).

(128) "*In both cases*": Art. VII.1 Convención Europea sobre Arbitraje Internacional de 1961. Aquí se hace referencia a "*trade usages*" sin mas

(129) En este sentido estando la disposición colocada en el numeral n. 3, al utilizar la expresión "en todos los casos" podría parecer referirse tanto al numeral nº 1 (relativo al acuerdo/no acuerdo de las partes) como al numeral Nº 2 (relativo al arbitraje no de derecho) del art. 35 Reglamento CNUDMI.

(130) Lo que era originariamente el Art. 27 del borrador: *véase* UNCITRAL (1975, p. 178).

(131) Al tener una estructura similar art. 35 Reglamento CNUDMI, pueden repetirse los mismos razonamientos en el caso del art. 28.4 de la Ley Modelo CNUDMI y del art. 57.4 DL 1071.

(132) Aquí se habla de "usos y prácticas aplicables": Art. 57.3 DL 1071. Se recuerde que la norma se refiere solo a usos por aplicarse también a arbitraje no necesariamente mercantiles y también nacionales.

(133) Art. 55 letra b) Reglamento CARC-PUCP (2025); ya art. 54 letra b) Reglamento CARC-PUCP (2024) y art. 66 letra c) Reglamento CARC-PUCP (2012).

parte, la Cámara de Comercio de Lima prefiere referirse a "cualquier uso y prácticas aplicables"[134], dejando expresamente un espectro aplicativo más amplio.

Cuanto recién planteado, sin embargo, hace destacar cuatro aspectos. El primero aspecto es establecer cuál es la relación que la aplicación de los usos comerciales puede tener dentro del arbitraje no de Derecho. Los márgenes para el tribunal en el arbitraje de equidad[135] son indudablemente muy amplios, sin embargo, hay que preguntarse si esta expresa alusión a los usos comerciales que el tribunal "debe tener en cuenta" puede o debe interpretarse como una especie de limitación indirecta en el reglamento CNUDMI o en las hipótesis parecidas.

Debe recordarse aquí que la posibilidad de vincular el arbitraje de equidad con otras normas se permite gracias a la autonomía de la voluntad. Un claro ejemplo de esta posibilidad es ofrecido por la Ley de Arbitraje española que dispone que "si las partes autorizan la decisión en equidad y al tiempo señalan normas jurídicas aplicables, los árbitros no pueden ignorar esta última indicación" [136]. Por lo tanto, si el artículo 35 del Reglamento CNUDMI efectivamente comprende los casos de los amigables componedores y del arbitraje ex aequo y bono; el modelo descrito en el numeral 3 artículo 35 del Reglamento CNUDMI y el modelo del numeral 2 del artículo 22 del Reglamento CCI, aunque presenten una regulación tendencialmente similar, serían sustancialmente diferentes. Ello se debe a que, en el segundo caso, el tribunal no estaría obligado, por expresa disposición, a tener en cuenta los usos comerciales pertinentes.

Un segundo aspecto deriva de una diferencia entre la Convención de Ginebra de 1961 (y su borrador) y el Reglamento CNUDMI. Mientras que las dos primeras no prevén la *voie directe*, el Reglamento CNUDMI si la incorpora. Repitiendo un razonamiento análogo al expuesto anteriormente, cabe preguntarse: ¿la previsión de que el tribunal arbitral tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso, opera como anclaje a la libertad dispositiva de los árbitros? El hecho de que exista una disposición, aceptada por las partes, que expresamente dispone este aspecto parece dar respuesta positiva a la interrogante. Además, el hecho de que el Reglamento CNUDMI refiera expresamente a cualquier uso mercantil "aplicable al caso" *a fortiori* significaría que, de existir un uso mercantil, en el caso concreto no se podría hacer caso omiso de este.

Un tercer aspecto interesante es aclarar si existe una diferencia entre un uso "apropiado", "aplicable" o "pertinente". Como premisa, aquí es menester observar que, nuevamente, las traducciones oficiales al idioma castellano ofrecen matices diferentes, a pesar de que la versión inglesa utiliza la misma terminología *appropriate*. Efectivamente, en el Reglamento CNUDMI se ha traducido "aplicable" o "apropiado"[137]. El hecho de que un uso comercial "pertinente" y un uso "apropiado" son diferentes lo demuestra la evolución que la terminología ha tenido en la CCI[138] y que ha incorporado también la Cámara de comercio de Lima. En efecto, desde el año 2017, esta última ha establecido que el tribunal ya no aplicará más las normas jurídicas "que estime apropiadas", previstas en el numeral 2 del artículo 12 del Reglamento del 2008, sino las "pertinentes", conforme a las formulaciones establecidas en el numeral 3 del artículo 21 de los Reglamentos del 2017 y 2025.

Hay un aspecto más. Dado que "en todos los casos" vincularía el tribunal también con arreglo a las estipulaciones del contrato, una parte de la doctrina se ha preguntado si esto podría ser un ulterior límite a la aplicación de la *lex mercatoria*[139]. En definitiva, el rol que pueden tener los usos mercantiles/

---

(134) Desde el 2017, se pasa, de la expresión "usos y prácticas aplicables" del Reglamento de 2008, a la de "cualesquiera usos y prácticas aplicable": cf. Art. 12.2 Reglamento Cámara Comercio de Lima (2008); Art. 21.2 Reglamento Cámara Comercio de Lima (2025); Art. 21.2 Reglamento Cámara Comercio de Lima (2017).

(135) En este momento en este contexto se está utilizando la expresión como sinónimo de todos los arbitrajes no de Derecho.

(136) Punto VII de la Exposición de motivos de Ley de Arbitraje española: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE Nº 309, de 26 de diciembre).

(137) El término "to be appropiate" en el art. 35.1: y "*applicable to the transaction*" se traducen respectivamente con "que estime apropiada" en el art. 35.1: y "aplicable al caso" 35.3 Reglamento CNUDMI (2010) (2013) (2021). En el reglamento de 1976 en cambio *applicable* en ambos casos se había traducido de la misma manera (aplicable/s).

(138) Por ello si para la *voie directe* el reglamento CCI habla de "appropiate", para los usos decide utilizar no dicha expresión sino la de "relevant". Así que si el Reglamento CCI traduce "appropiate" con "apropiado" en relación con la *voie directe*, habla en el segundo caso de usos comerciales "pertinentes" (art. 21(1) Reglamento CCI 2021, 2017, 2012). Del art. 22(1) del Reglamento CCI de 2026, idéntico en redacción, no existe todavía traducción oficial al español.

(139) Con referencia también a más limitaciones *véase* Caron &, Caplan (2013, p. 117 y 121-122).

comerciales puede depender del contexto y de la normativa de referencia aplicable y puede recibir diferente interpretación aplicativa a pesar de que tenga una idéntica percepción conceptual.

11. Conclusiones. ¿Triángulo isósceles, escalenos o equilátero?

El estudio realizado en las secciones anteriores ha conseguido verificar algunos aspectos.

a) Si bien son factores claves a la hora de resolver el fondo de la controversia en el ámbito del arbitraje comercial internacional, la *lex mercatoria* y la *soft law*, son conceptos amplios y genéricos que no reciben un consenso único en él contexto jurídico. Ambos parecen recibir progresivamente el mismo peso específico del Derecho sustantivo. El mismo Derecho sustantivo, en el ámbito internacional, ha asumido gradualmente un concepto menos rígido y más flexible, en la medida en que, por ejemplo, por normas de Derecho o Ley se vienen a entender también textos no necesariamente procedentes del Derecho sustantivo *stricto sensu*. Por ejemplo, los Principios de la Haya incluyen en el concepto de norma de Derecho los instrumentos que hayan sido elaboradas por órganos no legislativos o gubernamentales. En este sentido los tres conceptos en el ámbito del derecho internacional y del arbitraje resultan aún más borrosos de lo que lo serían conceptualmente. A esto se añadan la interacción de estos tres con los "Principios" generales del Derechos.

b) La disfasia y la posible diferente interacción entre los tres elementos se debe también a las diferentes perspectivas aplicables: (i) la mayor o menor libertad para las partes de qué instrumento puedan elegir sobre el fondo de la controversia mediante su autonomía de voluntad; (ii) los diferentes escenarios que se pueden proyectar dependiendo de la aplicación de la *voie directe* o *indirecte* en caso de que la elección resulte ineficaz o ausente; (iii) los matices, entre las varias tipologías de los arbitrajes que no son de Derecho (por ejemplo, amigable componedor ex aequo y bono) y que, tal vez pueden, convertirse en sustanciales. Todo esto influye sobre los diferentes márgenes interpretativos, de acción y de libertad al árbitro para poder operar en la aplicación del Derecho sustantivo, de la *lex mercatoria* y de la *soft law*.

c) A esto debe añadirse un factor más que incide sobre la posible diferente aplicación de Derecho sustantivo, *soft law* y *lex mercatoria*: la heterogeneidad de criterios que los varios y diferentes textos o instrumentos internacionales tienen a la hora de regular las perspectivas recién analizadas. Si bien se ha asistido a una progresiva modernización y armonización dentro del arbitraje internacional comercial, la aplicación de uno u otro instrumento conlleva una diferente utilización del Derecho sustantivo, *soft law* y *lex mercatoria* y conduce a efectos prácticos diferentes. También aquí el árbitro tiene un rol fundamental y debe cuidosamente realizar una actividad interpretativa. El conocimiento técnico de los reglamentos de arbitrajes de los varios Centros resulta fundamental también en fase de redacción del convenio arbitral o en fase de elegir el Centro, ya que en algunos casos los reglamentos difieren y esto convertirse en diferencias sustanciales en el momento de la resolución de la controversia.

d) Problemas de heterogeneidad pueden incluso proyectarse en la aplicación del mismo texto de referencia. Esto se debe a las posibles disfasias que genera la traducción jurídica sobre todo si es la oficial. El problema interpretativo puede convertirse, en algunos casos, en problema sustancial, si no se considera la panorámica en todo su conjunto. Por ello, el árbitro debe cuidosamente tener presente estos aspectos. Aquí el rol del derecho comparado asume un papel clave[140]. Estos problemas se amplifican si se consideran que, muchas veces, las traducciones de los varios textos internacionales no son coordinadas entre sí y, por lo tanto, no necesariamente pudiera haber exacta coincidencia de sentido en una terminología, aunque literalmente sea idéntica en uno u otro texto. Esto se verifica aún más en el caso de las traducciones al castellano.

e) El margen de acción del árbitro viene sustentado también por la posible integración y complementariedad entre Derecho sustantivo, *soft law* y *lex mercatoria*. Piénsese al rol que puede tener en este contexto la CISG o los Principios UNIDROIT y su interacción. Un ulterior problema interpretativo/aplicativo podría darse no solo cuando las partes prevén expresamente algunos de estos aspectos sino también cuando las partes hayan elegido el Derecho nacional. Esto porque, en algunos casos, esto puede, debe o no debe integrarse o interpretarse a la luz de los Principios del derecho. Recuérdese, además, que dependiendo del supuesto analizado, los árbitros son tenidos a tener en cuenta "en cualquier

caso" de las estipulaciones del contrato ya que el caso específico tendrá sus precisas peculiaridades.

f) Diferentes márgenes interpretativos no se deben, por lo tanto, solo a la diferencia posible entre los instrumentos aplicables sino también a la posible diferente interpretación doctrinal que de esto se hace. Así que si bien la modernización del derecho uniforme internacional y arbitral tiene tendencialmente raíces comunes persisten matices que hacen interaccionar diferentemente Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law*.

En definitiva, Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law* son tres instrumentos que pueden constituir las principales referencias metodológicas del arbitraje comercial internacional cuando concurren en el caso concreto. Dado que el número tres ha sido tradicionalmente asociado, en la geometría clásica, a la figura del triángulo como forma de equilibrio, definido por la relación entre tres puntos en el espacio, estos tres instrumentos pueden representarse metafóricamente como tal.

El triángulo puede aparecer más simétrico o desigual dependiendo de los distintos grados de ponderación que se atribuyen a estos tres instrumentos. En su tarea el árbitro actúa como operador metodológico encargado de su ponderación y, en este sentido, determina la configuración del triángulo a partir del caso concreto; es el constructor del triángulo.

Ahora bien, a lo largo de esta tarea el árbitro no dispone de plena libertad configurativa, sino que debe siempre operar dentro de límites definidos: estos son, lo establecido por la autonomía de las partes, los instrumentos realmente aplicables y los condicionantes técnicos jurídicos del caso, como la interpretación del convenio arbitral. Éstos contribuyen a atribuir la ponderación jurídica a cada elemento y a configurar las longitudes geométricas de los lados.

Según la ponderación y el peso de Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law* puede hablarse de triángulos equiláteros, isósceles o escalenos. Un triángulo equilátero reflejaría la perfecta igualdad o equilibrio entre los tres instrumentos, el isósceles una igual ponderación entre dos de ellos (por ejemplo, *soft law* y *lex mercatoria*) y una distinta intensidad con el tercero. Finalmente, el triángulo escaleno representaría tres magnitudes distintas (sin necesariamente haber una jerarquía entre ellos). En este sentido los lados del triángulo representan la intensidad de cada uno de los instrumentos y el triángulo será el resultado de su ponderación recíproca.

No obstante, ello no significa que Derecho sustantivo, *lex mercatoria* y *soft law* deban intervenir siempre conjuntamente en el arbitraje, sino cuando efectivamente concurran en la decisión. Por lo tanto, los tres factores no necesariamente integran el razonamiento arbitral. En algunos casos, uno o más de los factores puede carecer de relevancia y entonces el modelo triangular pierde operatividad, dando paso a configuraciones más simples, como la lineal o la puntual.

Frente a este escenario se comprende como sea clave no solo el *background* científico del árbitro sino también cultural y la tipología del supuesto arbitral en el caso concreto. Particular releve asumirá el rol del jurista comparatista que podrá percibir todos estos aspectos con particular cuidado. El comparatista aquí puede jugar un rol fundamental: de hecho, debe recordarse aquí que el comité directivo que dio pie a la redacción de los principios UNIDROIT fue dirigido por René David (Bonell, 1992a, p. 727), ilustre jurista comparatista.

Así que es indudable que el derecho comparado desarrolla un rol clave en el arbitraje internacional desarrollando en estas múltiples funciones[141], teniendo también un papel clave en los dictámenes periciales (Gaillard, 2020, p. 27). Lo afirmado valdrá aún más si se aceptara el principio *jura novit arbiter*[142] por el cual el árbitro puede utilizar su conocimiento del derecho comparado para determinar el contenido de dichos instrumentos sin basarse únicamente en los elementos directamente alegados por las partes (Gaillard, 2020, pp. 30-31).

Referencias bibliográficas

Momberg, R. & Vogenauer, S. (Eds.). (2017). *The future of Contract Law in Latin America. The Principles of Latin American Contract Law*. Hart Publishing.

(140) Se recuerda aquí aquella doctrina que afirmaba que el contenido de las normas transnacionales "solo puede analizarse en profundidad mediante extensos estudios de derecho comparado": Gaillard (1995, p. 212).

(141) Importante aquí es el estudio de Gaillard quien destaca estas cuatro funciones: (i) su papel innato como instrumento para los árbitros, (ii) su inspiración para los legisladores, (iii) su utilidad táctica para las partes litigantes y (iv) su carácter de fuente autónoma de derecho: Gaillard (2020, pp. 1 y ss).

(142) Desde una perspectiva comparada de cómo aplica este principio en los varios ordenamientos *véase* Ferrari. & Cordero-Moss (2018), un capítulo ad hoc sobre el derecho internacional en esa obra es el de Friedrich Rosenfeld.

Saccoccio, A & Cacace, S. (Eds.). (2020). *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*. (Vol. 2), Giappichelli, Tirant Lo Blanch.

Ali, A. & Neuhaus, S. K. (2023). The Emergence of Soft Law as an Applicable Source of Procedural and Substantive Law. En S. Kröll, A. Bjorklund & F. Ferrari (Direct.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*. (pp. 537-562). Cambridge University Press, Cambridge

Berger, K. P. (1999). *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International.

Blackaby N., Partasides, C.& Redfern, A., (2022). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (7.ª ed.), Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780192869906.001.0001

Blutman, L. (2010). In the Trap of a Legal Metaphor: International Soft Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, *59* (3), 605-624. https://www.jstor.org/stable/40835426

Bonell, M. J. (1992a). Unificazione internazionale del Diritto. *Enciclopedia del Diritto* (Tomo XLV), Giuffré, Milano, 720-734.

Bonell, M. J. (1992b). Unification of law by non-legislative means: the UNIDROIT draft principles for International Commercial Contracts. *American Journal of Comparative Law*, *40*(3), 617-633. https://doi.org/10.2307/840588

Bonell, M. J. (1998). The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law. *The Hague Academy Collected Courses Online*, Brill, 9-48. https://doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789004361201_01

Bucur, L. I. (2018). Lex mercatoria, soft law and a closer aproach of unidroit principles. *Union of Jurist of Romania Law Review, 8*(2), 292-312.

Caballero Hellión, K. L. (2021). Incidencia del soft law para la aplicación de normas. *Legal magazine. Research in legal and social sciences, 2*(11), 59-73. https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/215

Calderón Marenco, E. A. & Castro, Marcenaro, D. (2018). ¿Uniformidad o armonización del derecho del comercio internacional? *Revista de Derecho*, (25), 22-43. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i25.7420

Caron, D. D. &, Caplan, L. M., (2013). Applicable Law, Amiable Compositeur en D. D. Caron & L. M.Caplan (Eds.), *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2.ª ed., pp. 110-144). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780199696307.003.0003

Carrino, A. (2022). Legalità, sovranità, politica en G. Acocella (Ed.), *Materiali per una cultura della legalità* (pp. 1-24). Giappichelli.

Chinkin, C.M. (1989). The Challenge of soft Law: Development and change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, *38*(4), 850-866. https://www.jstor.org/stable/759917

CNUDMI, Conferencia de La Haya y Unidroit (2021). *Guía jurídica sobre instrumentos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, con énfasis en la compraventa*, Viena.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2006). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*, Roma.

Comité Jurídico Interamericano (CJI) (2019). *Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Americas* (rapporteur José Antonio Moreno Rodríguez), Organización de los Estados Americanos (OEA).

Cordero Moss, G. (1999). *International Commercial Arbitration-Party Autonomy and Mandatory Rules*, Tano Scheloug.

Crawford Lichtenstein, C. (2001). Hard Law v. Soft Law: Unnecessary Dichotomy?. *The International Lawyer*, *35*(4), 1433-1441. https://www.jstor.org/stable/40707627

Croft, C., Kee, C. & Waincymer, J. (2013). Art. 35. Applicable Law, Amiable Compositeur en C. Croft, C, Kee & J. Waincymer (Eds.), *A guide to the UNCITRAL Arbitration Rules* (pp. 393-403). Cambridge University Press.

Cuniberti, G. (2014). Three Theories of Lex Mercatoria. *Columbia Journal of Transnational Law, 52*(1), 369-434. https://ssrn.com/abstract=2244349

Dasser, F. (2021). *Soft Law in International Commercial Arbitration* (Vol. 44), Brill.

De la Maza Gazmuri, I., Pizarro Wilson, C, and Vidal Olivares, A. (2018). *Los Principios Latino Americanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Boletín Oficial Del Estado.

De Trazegnies Granda, F. (1996). Arbitraje de conciencia y de derecho, *Ius et Veritas, 7*(12), 115-124. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541

Demogue, R. (1927). *L'unification international du droit privé*, Rosseau & C Editeurs.

Díez-Picazo, L., Morales Moreno, A. M. & Roca Trias, E. (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas.

Dworkin R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press

Epstein, R. A. (2004). Reflections on the Historical Origins of Economic Structure of the Law Merchant. *Chicago Journal of International Law, 5*(1), 1-20.

Fassó, G. (1973). Legge (Teoria Generale). *Enciclopedia del Diritto* (Tomo XXIII, pp. 783-794.)., Giuffré

Fernández Arroyo, D. P. & Cordero-Moss, G. (Eds.) (2023). *Applicable Law Issues in International Arbitration / Questions de droit applicable dans l'arbitrage international* (Vol. 25), Brill.

Ferrante, A. (2016a). Entre el Derecho comparado y Derecho Extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica. *Revista chilena de Derecho,43* (2), 601-618.

Ferrante, A. (2016b). ¿Quimera o Fénix? El recorrido Europeo y Latinoamericano hacia un Derecho Común de Contratos. *Revista de derecho privado*, (30), 107-127. https://doi.org/10.18601/01234366.n30.05

Ferrante, A. (2020). An approach to the Principles of Latin American Contract Laws development and their contract remedies. *International Journal of Private Law, 9*(4), 259-271.

Ferrante, A. (2021). Trasplante y formante: hermanos, pero no gemelos. Hacia una mejor comprensión de la metodología en la comparación jurídica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (14), 168-207.

Ferrari, F. & Cordero-Moss G. (Eds.) (2018), *Iura Novit Curia in International Arbitration*. Juris.

Franco Ferrari, F. & Rosenfeld, F. (2023). Applicable Law in Commercial Arbitration en S. Kröll, A. K. Bjorklund & F. Ferrari (Eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment* (pp. 482–511). Cambridge University Press.

Gabriel, H. D. (2019). The Use of Soft Law in The Creation Of Legal Norms In International Commercial Law: How Successful Has It Been?. *Michigan Journal of International Law*, *40*(3), 413-432.

Gaillard, E. (1995). Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational Rules. *ICSID Review*, 10, 208-231.

Gaillard, E. (2001). Transnational Law. A legal system or a method of decision making?. *Arbitration International, 17*(1), 59-71.

Gaillard, E. (2011). General Principles of Law in International Commercial Arbitration – Challenging the Myths.*The World Arbitration & Mediation Review*, *5*(2), 161-172.

Gaillard, E. (2014). The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law en L. W. Newman & R.D. Hill (Eds.). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (3.ª Ed., pp. 437-467). Juris Publishing. ya publicado en la primera edición de 2004 (desde p. 185) y en la segunda edición de 2008 (desde p. 171 y ss).

Gaillard, E. (2020). "Comparative Law in International Arbitration". *Ius Comparatum* (A. Senegacnik ed.). International Academy of Comparative Law, 2020), 1, 1-35.

Galgano, F. (2001). *Lex Mercatoria. Storia del Diritto commerciale*, il Mulino.

García Salgado, M. J. (2003). Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean. *Anuario de Filosofia del Derecho*, 20, 105-149.

Geisinger, E. (2015). "Soft Law" and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics en D. Favalli (Ed.), *The sense and non-sense of guidelines, rules and other para-regulatory texts in international arbitration* (pp. 17-32). Juris Publishing.

Goldman, B. (1964). *Frontières du droit et lex mercatoria (Tomo IX, pp. 177-192)*. Archives de Philosophie du Droit.

González Martín, N. & Albornoz, M. M. (2019). El auge de las fuentes soft en el comercio internacional en tiempo de globalización en M. Becerra Ramírez (Ed.), *Fuentes del derecho internacional. Una visión latinoamericana* (pp. 227-243). Unam.

Goode, R. (1997). Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law. *International & Comparative Law Quaterly*, *46*(1), 1-36.

Graziadei, M. (2019). Comparative Law, Legal Transplant and reception en M. Reinmann & R. Zimmermann (Eds.). *The Oxford Handbook of comparative Law* (2.ª ed., pp. 442-473). Oxford University Press.

Grupo para la armonización del derecho en América Latina- GADAL (2026). *Código Modelo de Obligaciones para América Latina*, Libromar, Santiago del Chile.

Grupo para la armonización del derecho en América Latina- GADAL (2022). Informe Legal-Quito 2022, *Revista De La Facultad De Jurisprudencia*, 2(11), 177-184.

Handl G. F., et al.(1988). A Hard Look at Soft Law*, Cambridge University Press, 82*, 371-395.

Harris J. & Dickinson, A., (Eds.) (2021), *Choice of Law in International Commercial Contracts Global Perspectives on the Hague Principles*, Oxford University Press.

Hart. H. L. A. (1958), Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, *71*(4), 593-629.

Heiskanen, V. (1993). Theory and Meaning of the Law Applicable in International Commercial Arbitration. *Finnish Yearbook of International Law*, 4, 98-111.

Jansen, N. & Zimmermann, R. (2018). *Commentaries on European Contract Law*, Oxford University Press.

Jones, D. (2018). The Substantive Rights of Parties in Arbitration: Voie Directe and Voie Indirecte en N. Kaplan & M. Moser (Eds). *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles (pp. 303-322)*. Wolters Kluwer

Kaufmann-Kohler, G. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity'. *Journal of International Dispute Settlement*, 1, 1-17.

Newman, L. W., Duggal, K. & Radine M. J. (dir.); S. J. Lang (eds.) (2024). *Soft Law in International Arbitration*, 2ª Ed., Juris.

Labariega Villanueva, P. A. (1998). El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. *Revista de Derecho Privado*, 27, 115-128

Lando, O. (1985). The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, *34*(4), 747-768.

Lando, O. (1991). The Law Applicable to the Merits of the Dispute en P. Sarcevic (Ed.), *Essays on International Commercial Arbitration* (pp. 129-160) Boston, London

Longo, G. (1968). Lex. *Novissimo Digesto Italiano* (Tomo IX, pp. 786-795)., Utet.

Mackaay, E. (1979). Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision. *Langages*, (53), 33-50.

Loquin, E. (2023), À la recherche d'un mystère non encore éclairci: l'interdiction de modifier l'économie du contrat, limite ultime aux pouvoirs des arbitres amiables compositeurs à l'égard du contrat. *Mélanges en l'honneur du professeur Loïc Cadiet (*pp. 927-940*)*, LexisNexis.

Mann, F. A. (1967). Lex Facit Arbitrum. *International Arbitration-Liber Amicorum for Martin Domke* (P. Sanders ed.). Martinus Nijhoff p. 157 y ss, reimpreso en el año 1986 en *Arbitration International*, *2*(3), 241-261.

Manriruzzaman, A. F.M. (2019). The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?. *American University International Law Review*, *14*(3), p. 657-734.

Marella, F. (2013). *La nuova Lex Mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Cedam.

Marinucci, E. (2014). *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la reforma. Motivi ed esiti*, Giuffrè.

Matteucci, M. (1975). *Unificazione internazionale del Diritto Privato*. *Novissimo Digesto Italiano* (Tomo XX). Utet, Torino, 8-14

Michaels, R. (2007). The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *14*(2), 447-468.

Michaels, R. (2019). The Functional Method of Comparative Law en M. Reinmann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford Handbook of comparative Law* (2.ª ed, pp. 345-389). Oxford University Press, Oxford.

Moreno Rodríguez, J. A. (2021a). La nueva guía de la Organización de Estados Americanos y el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Parte I). *Revista española de Derecho Internacional*, *73*(1), 187-206.

Moreno Rodríguez, J. A. (2021b).La nueva guía de la Organización de Estados Americanos y el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Parte II). *Revista española de Derecho Internacional*, *73*(2), 261-283.

Muñoz, E. (2014). Soft Law Instruments as Usages of Trade in CISG Contracts and International Commercial Arbitration. *UCC Law Journal*, *50*(1), 1-39.

Mustill, M. (1988). The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*, *4*(2), 86-119.

Naciones Unidas (1974). General Assembly Declaration on the Establishment of a New International Economic. The American Journal of International Law, 68(4). 798-801

Nuñez Del Prado, F. (2019). The Fatal Leviathan: A Hayekian Perspective of Lex Mercatoria in Civil Law Countries. *Pace International Law Review*, *31(*2), 423-498.

Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe-Ohadac (2015). *Principios Ohadac sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, disponible en https://www.ohadac.com/textes/2/principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html.

Park, W.W. (2005). The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments en L. A. Mistelis & J. D: M. Lew (Eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration* (pp. 141-154). Boston University.

Paulsson, J. & Petrochilos, G. (2006). *Revision of the UNCITRAL rules: a Report*, Freshfields Bruckhaus Deringer.

Pilares Viscasillas, Mª. P. (2021). La rebus sic stantibus en el marco de la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías y en instrumentos del soft law. *La "rebus sic stantibus" en tiempos de pandemia: análisis general e impacto por sectores económicos* (S. Izaguirre Gómez, Mª. P. Perales Viscasillas (dir) (J. Mª. E. De Tejada Casanova & P. López Martínez Acacio coord..), Tirant Lo Blanch, 89-126.

Picanyol Roig, E. (2015). Due Process and Soft Law in International Arbitration. *Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje*, 24, 35-68.

Picard, E. (1999). L'état du droit comparé en France en 1999. *Revue internationale de Droit Comparé, 51*(4), 885-915.

Pizarro Wilson C. (coord.) (2012). *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica. Bases para unos Principios de Derecho de los Contratos*, Fundación pour le Droit Continental, Fundación Fernando Fueyo.

Pound, R. (1910). Law in Books and law in Action. *American Law Review*, *44(*12), 12-36.

Powell, W., Di Maggio, P. (1991). *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, University of Chicago.

Pryles, M. (2008). Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *University of New South Wales Law Journal*, *31*(1), 319-329.

Pugliatti, S. (1964). Diritto pubblico e privato. En *Enciclopedia del Diritto* (Tomo XXI). Giuffré. 697-746.

Rabel, E. (1929), Observations sur l'útilité d'une unification du droit au point de vue des besoins du commerce international, S.d.N.-U.D.P 1929-Etude IV-Vente-Doc. 1, 1-13.

Rebuffa, G. (1990). Diritto. *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile* (Tomo VI).4ª ed., Utet, Torino, p. 1-8.

Reismann, W. M. (2011). Soft Law and Law Jobs. *Journal of International Dispute Settlement, 2*(1), 25-30. https://doi.org/10.1093/jnlids/idq014

Righetti, G. (1938). Istituto Internazionale di Roma per l'unificazione del diritto Privato. *Nuovo Digesto Italiano* (tomo VII), Utet, 267-

Sacco, R. (1991a). Legal formants: A dynamic approach to comparative law. *American Journal of Comparative Law* (Installment 1 of 2), 39(1) 1-34.

Sacco, R. (1991b). Legal formants: A dynamic approach to comparative law. *American Journal of Comparative Law* (Installment 2 of 2), 39(1) 343-401.

Sacco, R. (1998). Langue et droit, VVAA, *Rapports nationaux italiens au XV Congrès International de Droit Comparé. Bristol*, 1998, Giuffrè, 1-43.

Salle, M. R. (1973), Istituto nazionale per l'unificazione del diritto Privato, *Enciclopedia del Diritto* (tomo XXIII), 58-64.

San Martín Neira, L., Salgado Ramírez, C. & Esborraz, D. F. (2024). ¿Por qué obligaciones y no contratos? El trabajo del GADAL en M. P. Gatica, A. Gutiérrez, M. J. Ithurria, M. E. Morales & A. Wegmann (Eds.). *Estudios de derecho comparado* (pp. 275-302). Tirant lo Blanch

Saumier, G. (2014). The Hague Principles and The Choice of Non-State Rules of Law to Govern an international contract. *Brooklyn Journal of International Law, 40*(1), 1-29.

Schmitthoff, C. (1964). The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation. *Sources of International Trade with special reference East-West Trade*, Stevens & Sons, 3-38.

Schwenzer I. & Muñoz, E. (2026). *Global Sales and Contract Law* (2nd ed.), Oxford University Press.

Schwenzer I., Hachem, P. & Kee, C. (2012). *Global Sales and Contract*, Oxford University Press

Secretario General del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) (1970). Circular M.308/IV-A44, 4 de diciembre de 1970.

Shaffer, G. C. & Pollack, M. A. (2010). Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance". *Minnesota Law Review, 94*, 706-799.

Talavera Cano, A. & Olórtegui Huamán, J. (2015). ¿El Sistema del Amigable Componedor Podría Ser el Respaldo que Necesita el Procurador para Poder Transar las Controversias y No Someterlas a Arbitraje?. *Derecho & Sociedad, 44*, 271-278.

Tenella Sillani, C., (2006). *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*. Giuffrè, Milano.

Tenella Sillani, C., (2019). L'arbitrato nel panorama della storia: dal diritto romano agli albori del XX secolo en D. Mantucci, D (Dir.). *Trattato di Diritto dell'Arbitrato, I. Profili generali* (pp. 17-82). ESI.

Tenella Sillani, C., (2021). Decisione secondo diritto e secondo equità en D. Mantucci, D (Dir.). *Trattato di Diritto dell'Arbitrato, V. Il Lodo* (pp. 115-185). ESI.

Teubner, G. (1997), Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society en G. Teubner (Ed.), *Global Law Without a State* (pp. 3-22), Brookfield

Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 513-549.

Torsello, M. (2019). Storing Clouds in a Jar: Lex Mercatoria, Soft Law and Codification. *Transnational Commercial Law, 7*, 101-126.

Torsello, M. (2021). A new (quasi-)codified lex mercatoria based on soft law regulatory competition and the use of comparative law methodology in international commercial arbitration. *Diritto del Commercio internazionale*, n.1, 51-89 *idem* en *Ius Comparatum*, I, 2020, 211-253.

UNCITRAL (1975). Report of the Secretary-General on the Preliminary Draft set of Arbitration Rules, Uncitral, 8th session UN doc A/CN.9/97 (1974), VI *UNCITRAL Yearbook* 163-183.

UNCITRAL (1976). Summary Record of the 14th Meeting of the Committee of the Whole (II), UNCITRAL, 9th session, UN Doc A/CN.9/9/C.2/SR.14.

Unidroit (2013). *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome.

Vallindas, P. G. (1955). Autonomy of International Uniform Law. *Revue Hellènique de Droit International*, 8-14.

Vásquez Palma, M. F. & Vidal Olivares, A. (2018), Diálogos entre la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria. *Revista de Derecho Privado, 34*, 233-275.

Watson, A. (1983). *Legal Transplants: An Approach to comparative Law. University of Georgia Press* (2.ª ed.), Athens & London, 1993.

Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International Law?. *The American Journal of International Law*, *77*(3), 413-442.

Zemanek, K. (1998), "Is the term 'Soft law' convenient?", en G. Hafner, G. Loibl, A. Rest, L. Sucharipa-Behrmann, K. Zemanek, Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern, Kluwer, p. 843-862.

Zimmermann, R. (2018), Introduction. Before Art. 1:101. *Commentaries on European Contract Law* (N. Jansen, N. & R. Zimmermann dir.) Oxford University Press, 20-26.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.004

Régimen de responsabilidad civil generada con ocasión de la inteligencia artificial en el arbitraje(*)

Civil liability regime arising from the use of artificial intelligence in arbitration

Diana Correa Ángel(**)
Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia)

Resumen: El presente artículo analiza la reconfiguración del régimen de responsabilidad civil frente al uso de la inteligencia artificial (IA) en el arbitraje internacional. A partir de la distinción dogmática entre la IA empleada como herramienta de soporte profesional y los sistemas de IA autónoma (como el denominado árbitro robot), se evalúa la aplicabilidad de los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva. En este escrito se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad (hecho generador, daño reparable y nexo causal) en la actuación de los principales actores del arbitraje, en particular, de los árbitros y abogados, con especial énfasis en la observancia de las reglas de *soft law* y *hard law*, los deberes de transparencia, la confidencialidad y el principio de no delegación de la función jurisdiccional decisoria. Se concluye que, mientras el uso asistencial de la IA se rige por la responsabilidad subjetiva basada en la culpa o negligencia que ejerce el control humano de quien la usa, la IA autónoma, por su parte, exige modelos objetivos o híbridos de atribución de la responsabilidad. Finalmente, se advierte sobre los riesgos de anulación o inejecución de laudos por vulneración del debido proceso y del orden público, cuestionando si se llegará a requerir la reinterpretación de principios procesales tradicionales como el *iura novit curia*.

Palabras clave: Inteligencia artificial - Arbitraje Internacional - Responsabilidad Civil - Responsabilidad Subjetiva – Responsabilidad Objetiva - Árbitro Robot – Daño - Nexo de causalidad – Atribución – Imputación – Colombia

Abstract: This article examines the reconfiguration of the civil liability regime governing the use and integration of artificial intelligence (AI) in international arbitration. Based on a dogmatic distinction between AI used as a professional support tool, on the one hand, and autonomous AI systems (such as the so-called “AI arbitrator”), on the other hand, this article evaluates the applicability of both fault-based (subjective) and strict (objective) liability regimes. The study analyzes the core elements of civil liability (generating act or wrong, compensable damage, and causal link) within the conduct of the main arbitration actors, particularly arbitrators and counsel, with particular emphasis on compliance with soft law and hard law frameworks, duties of transparency, confidentiality, and the fundamental principle prohibiting the delegation of adjudicative functions. The article concludes that while the assistive use of AI is governed by a fault-based liability centered on human oversight and professional diligence of the person using it, autonomous AI requires strict or hybrid liability models. Finally, it cautions against the risks of setting

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el día 4 de mayo del 2026 y su publicación fue autorizada el día 19 de julio del 2026.

(**) Abogada por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctora en Derecho Internacional Público y Magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Panthéon-Assas, Paris II (París, Francia). Profesora titular de la Universidad Externado de Colombia en Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje Internacional Comercial. Profesora adjunta del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad Panthéon, Paris II. Especialista en derecho internacional, arbitraje internacional comercial y de inversión y resolución de conflictos internacionales. Miembro de la Comisión Global de Arbitraje y ADR de la CC, de la Comisión de buenas prácticas del CIIAM, del Comité Científico del CEIA y de CIAC-Mujeres. Socia fundadora de Diana Correa Internacional S.A.S. ORCID: 0009-0009-5020-9412. Correo electrónico: dc@dianacorreainternational.com.

aside or refusing recognition of arbitral awards due to due process and public policy violations, wondering about a possible reinterpretation of traditional procedural principles such as *iura novit curia*.

Keywords: Artificial Intelligence – International Arbitration – Civil Liability – Cult-based Liability – Strict Liability – Damage – Causation – Attribution - Colombia

1. Introducción

Muchas veces he pensado si, Alan Turing, científico británico que por la mitad del siglo XX se preguntó "¿las máquinas pueden pensar?" (Turing, 1950, p.1), pudo haber visionado todo lo que se generaría después de su pregunta y sus investigaciones tal que lo estamos presenciando hoy en día con la inteligencia artificial (la "IA"). Algo parecido nos puede ocurrir ahora si nos preguntamos ¿hasta dónde llegaremos con el desarrollo de la IA? La respuesta evidente es que no sabemos concretamente cuáles son los límites de la evolución tecnológica. Pareciera que no los hay, o que por lo menos no los podemos verdaderamente estimar, lo que tal vez nos lleve a vivir el presente como si ya estuviéramos viviendo el futuro y, en todo caso, no esperar a que el avance llegue a un fin o un estadio final para empezar a usar la IA porque seguramente, ese fin, nunca llegue y lo único que se logre es estar en un estado de relegación por no estar usando la IA en, al menos, algunas actividades cotidianas razonables.

El predicado actual podría ser, inclusive y para ya ir introduciendo las palabras del título de esta contribución, que sería irresponsable hoy en día no conocer sobre la IA y no saber cómo usarla, cada uno en su justa medida. En efecto, el debate actual no es si deberíamos o no usar la IA, sino cómo nos formamos, cómo nos educamos y cómo la usamos responsablemente.

En efecto, sobre esta última reflexión, y bajo el riesgo de que se me acuse de autopromoción, aunque lejos esté mi intenc ión, con un ánimo científico y académico llamo la atención sobre el hecho de que esta introducción que elaboro para este artículo coincide con ser la conclusión con la que cerré mi primer estudio sobre IA y arbitraje hace ya tres (3) años:

> En conclusión, estando ya rodeados de usos en inteligencia artificial en el dominio legal y, en particular, en el AI [arbitraje internacional], lo mejor es hacer de esta inteligencia una aliada y para ello la formación, más no la especulación, es el único camino sensato para seguir, pues solo así se podrá hacer un uso razonable, responsable y ético de la misma. (Correa, 2024, p. 486)

Esta segunda contribución en materia de arbitraje internacional e IA se inscribe entonces en una secuencia lógica que pretende, ahora, proyectar el discurso sobre el uso de la IA en el arbitraje internacional al terreno de la responsabilidad civil que se puede generar por su uso indebido. Además, y a diferencia del primer estudio sobre la IA en el AI, este estudio se centra, de manera prioritaria, en la responsabilidad del árbitro y del abogado, dejando en un plano secundario las referencias a las instituciones arbitrales, o a los productores que, a pesar de su gran utilidad para el estudio, no constituyen el eje del trabajo. Finalmente, esta contribución hace un estudio de derecho comparado, examinando particularmente la legislación de la Unión Europea, así como la de diversos países de las Américas y de Asia, con el propósito de identificar los deberes esenciales que pueden verse comprometidos y engendrar la responsabilidad de usuarios y prestadores de servicios de IA aplicada al arbitraje.

En efecto, admitiendo ya los impactos de la IA en el arbitraje como en todos los aspectos de la vida cotidiana y profesional de la humanidad, puede decirse que la IA ha evolucionado desde herramientas de soporte —como la gestión documental, las traducciones, la búsqueda jurídica o la organización de expedientes— hacia sistemas que inciden materialmente en la toma de decisiones, tales como la valoración probatoria algorítmica, el *scoring* de credibilidad de testigos y la analítica predictiva de laudos, sin hablar de la inteligencia artificial que de manera autónoma puede generar contenidos de todo tipo (Gonzalo Quiroga, 2023). Esta transición, documentada tanto en la doctrina como en la práctica arbitral, ha intensificado la tensión entre la promesa de eficiencia, reducción de costes y rapidez, con las garantías esenciales del debido proceso, la igualdad de armas y el derecho a ser oído por un tribunal que, a la postre, ha sido escogido por las cualidades intrínsecas de sus miembros (González de Cossío, s.f.).

En este escenario, cada vez más presenciamos el desarrollo de inteligencias artificiales especializadas por sectores, gremios, llegando a micro sectores e, inclusive, en función del rol que se ejerza en el desempeño profesional. En pocas palabras, hay IA para todos los gustos, necesidades, materias, roles y propósitos.

La pregunta es entonces ¿cómo estamos los operadores del arbitraje usando la IA? De su uso, abuso o mal uso pueden desprenderse muchas situaciones en las que ya se puede entrar a hacer cuestionamientos desde el plano de la responsabilidad civil. En otras palabras, la IA está implicando una transformación que desafía los cimientos tradicionales del proceso arbitral y obliga a cuestionarse si es necesario o no repensar las categorías clásicas de responsabilidad civil.

Ahora bien, para determinar cómo estamos usando la IA, lo primero que habrá de plantearse es sobre la manera cómo se está regulando esta materia. Tener reglas básicas permite adecuar el comportamiento a las mismas. Aunque el avance normativo a 2026, tanto internacional como domésticamente, ha sido significativo, aún muchas jurisdicciones e instituciones siguen trabajando en cómo regular mejor el impacto y el uso de la IA.

A título de ilustración, globalmente existen ya varios cuerpos normativos a nivel regional e internacional, algunos de naturaleza *soft l*aw y otros vinculantes según el caso, como el Reglamento 2024/1689 (2024) de Inteligencia Artificial de la Unión Europea y las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, 2025) para el uso de sistemas de IA en cortes y tribunales.

Localmente, habrán de destacarse los esfuerzos normativos desplegados en Ecuador que recientemente profirió la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual y l a Superintendencia de Protección de Datos Personales emitió una regla general sobre el uso de IA que obliga a los responsables (incluyendo centros de arbitraje o tribunales que usen IA) a informar si se toman decisiones automatizadas con impacto legal y a realizar auditorías de riesgo (Bustamante Fabara, 2026). También se encuentra Singapur que ha optado por incorporar una Guía para el uso de IA generativa en el sector legal, que exige que los abogados y árbitros declaren el uso de IA cuando sea "sustancial" en el producto legal (Chong, 2024).

Ahora bien, en materia específica de arbitraje son de destacar la Guía sobre el uso de la Inteligencia Artificial del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC, 2024) así como los Principios y Directrices para la IA en la Resolución Alternativa de Disputas del Centro Internacional para la resolución de disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (CIRD-AAA, 2025), así como se debe considerar la Guía sobre el uso de la IA en el Arbitraje de la *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb, 2025) pueden ser una referencia. Por su parte, la Cámara de Comercio Internacional (CCI, 2024) ha conformado un Grupo de Trabajo dedicado exclusivamente a la elaboración de recomendaciones sobre el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional, cuyos resultados se esperan próximamente sean adoptados por la Comisión Global de Arbitraje y ADR para beneficio de los usuarios de este tipo de arbitrajes.

Estos instrumentos no se limitan a aspectos técnicos, sino que construyen estándares de conducta orientados a la transparencia, la supervisión humana significativa, la diligencia en la selección y auditoría de sistemas, la justificación de los resultados, la gestión de riesgos y la protección de la confidencialidad.

En un escenario donde el avance constante de los fabricantes de IA para reducir errores, sesgos, desigualdades, asimetrías o abusos sigue en pleno desarrollo y enfrentando aún retos, estas reglas aquí arriba mencionadas, más cualquier otra aplicable, permiten determinar el régimen de responsabilidad que se puede generar por su no cumplimiento, cuando a los riesgos inherentes de la IA se suma el indebido uso del usuario. En el arbitraje internacional, esto se traduce en riesgos concretos de sesgos algorítmicos, opacidad en la toma de decisiones, indebido uso por parte de los abogados de los resultados que obtienen de la IA, y desplazamiento de la decisión del árbitro humano hacia proveedores tecnológicos opacos, o con poco control y diligencia, todo lo cual conlleva implicaciones directas para la legitimidad del laudo y la confianza en el sistema (Baudin y Bhatty, 2018).

Así las cosas, en este artículo los esfuerzos serán encaminados a indagar sobre los regímenes de responsabilidad existentes en torno a la IA (A) y el análisis concreto de la responsabilidad civil generado en razón a la intervención de la IA (B), aplicado al arbitraje. Las conclusiones de esta contribución no se harán esperar, aunque desde ya se pueda avanzar que el dilema de la responsabilidad civil en la era de la inteligencia artificial requiere un análisis crítico que permita contribuir a la construcción de un arbitraje internacional más eficaz, transparente y confiable.

2. Regímenes de responsabilidad aplicables a las cuestiones derivadas de la inteligencia artificial

En aras de abordar los distintos regímenes de responsabilidad derivados de la IA que

podrían ser aplicables, esto es, un régimen objetivo basado en la mera causación de un daño al ser considerada la IA como algo peligroso, para lo cual el modelo europeo puede ilustrar sobre su aplicación, así como sus dificultades inherentes (2), un régimen subjetivo que se predica más del uso culposo o doloso que se haga de la IA, como ocurre hoy en día mayoritariamente en arbitraje (3), o de un régimen híbrido basado en una situación multi-causal que generaría un daño en razón a la IA, en particular a la luz de los desarrollos recientes y crecientes sobre el árbitro robot (4), conviene primero que todo formular un planteamiento general de cómo se presentaría la cuestión de la responsabilidad en la IA, con un particular foco en la profesión jurídica y, consecuentemente, en el arbitraje (1).

2.1. Planteamiento del quid de la responsabilidad para tratar los daños generados por la inteligencia artificial

La responsabilidad, simplificada, es la obligación de reparar un daño jurídicamente relevante causado a otro, o como dirían los tratadistas internacionalistas, es reemplazar una obligación principal que fue incumplida por otra de reparar (Viney, Jourdain, 2017, p. 7). Fernando Hinestrosa (2007) ubica la responsabilidad dentro de la estructura de la obligación y explica que en ella se distingue entre débito y responsabilidad, es decir, entre el deber originario de prestación y la sujeción patrimonial derivada del incumplimiento. Según la definición recogida en el Diccionario Arbitral de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB, 2024, p. 6), la responsabilidad civil es "la obligación de reparar el daño causado a otro, ya sea por incumplimiento de una obligación o por la comisión de un hecho ilícito".

A menudo se habla de responsabilidad contractual que surge del incumplimiento de una obligación asumida en un contrato entre partes determinadas (Silva Romero, 2021, párr. 170), mientras que la responsabilidad extracontractual se origina en la violación de un deber general de no dañar, fuera de una relación contractual (Mainguy, 2019, párr. 688).

Ahora bien, cuando se examina la cuestión de la responsabilidad generada por IA se piensa, seguido, al tipo de responsabilidad extracontractual de manera general, dado que es una manera más global de abordar la cuestión cuando se produce un daño cuando no hay lazo contractual. Sin embargo, ello no obsta para que contractualmente, los cocontratantes puedan disponer de obligaciones concretas sobre la IA, siendo este escenario de su entera voluntad desde que no se violen normas imperativas o de orden público.

Además, la responsabilidad puede ser objetiva y subjetiva según el comportamiento culposo o doloso tenga un impacto relevante en el daño que se genere. Así las cosas, se habla de responsabilidad objetiva cuando el sujeto responde por el daño causado, aunque haya actuado de buena fe y con la diligencia debida, siempre que se acredite el hecho, el daño y el nexo causal, siendo este tipo de responsabilidad aplicable en actividades peligrosas, daños ambientales, productos defectuosos (Crawford, 2019, párr. 541). Se habla de responsabilidad subjetiva cuando se exige la existencia de culpa o dolo en la conducta del agente por lo que, para exonerarse la víctima debe probar la negligencia o dolo del agente (Crawford, 2019, p. 541).

Con esto dicho, el artículo 1969 del Código civil peruano dispone que "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo […]". Como esta norma existen muchas similares en varias jurisdicciones. Por ejemplo, en Colombia el artículo 2341 del Código Civil establece "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o culpa", mientras que en Francia el artículo 1240 del código civil establece "Todo acto de una persona que cause daño a otra obliga a aquel por cuya culpa se produjo el daño a repararlo". Es la denominada responsabilidad subjetiva donde las nociones de dolo y de culpa son inherentes al nacimiento de la responsabilidad.

Aunque resulta evidente que el régimen de responsabilidad civil derivado por el uso humano de la IA en el arbitraje internacional no puede ser otro que el subjetivo basado en el comportamiento humano culposo, poco diligente o doloso al hacer un uso indebido o abusivo de la IA, esto no parece tan claro a la luz de los avances de tecnologías como las de aprendizaje automático (*machine learning*) y aprendizaje profundo (*deep learning*) que funcionan de manera autónoma, con poco o nada de control humano, toda vez que la pregunta necesaria que viene a instaurarse es ¿cómo predicar un dolo o una culpa de una máquina que ha llegado a un nivel de autoaprendizaje y de avance tan significativo, que produce un resultado sin la intervención humana? (Vallespín Pérez, 2020; Quesada Páez, 2026).

Esta pregunta es la clave de la responsabilidad dirigida directamente a la IA que no deriva de su uso humano, sino del propio sistema artificial porque una cosa es que la máquina, como lo decía Alan Turing, pueda pensar como si fuera un humano, pero otra es que pueda sentir como un humano. Ahora bien, las nociones de culpa y de dolo

son puramente comportamentales y, perdonen la simplicidad, humanas. En efecto, el estándar culposo o doloso, según el caso, busca medir no sólo la previsibilidad de un daño que se produciría si se actúa de una manera culposa (imprudencia o falta de diligencia) o dolosa (volitiva e intencionalmente), sino también su evitabilidad, es decir que desplegando un comportamiento adecuado (ni culposo ni doloso) el daño no tendría por qué producirse.

En este contexto, a menos que la máquina haya sido programada para comportarse dolosamente o para no desplegar debida diligencia o incurrir en comportamientos culposos, y ante tal escenario los cuestionamientos éticos no dan espera, resulta muy difícil ubicarse en el plano de la responsabilidad subjetiva cuando se trata de determinar la responsabilidad derivada de la IA que, en autonomía, produce un resultado. Algo similar ocurre con el fabricante o desarrollador de la IA.

Para estos últimos planteamientos, al no poder predicarse una responsabilidad subjetiva, la única que queda es la objetiva, de suerte que sólo el daño generado por el hecho cuente para declarar la responsabilidad. No obstante, esto no viene sin dificultades también, pues, de una parte, los fabricantes de IA pueden sentirse desestimulados a seguir generando avances si su responsabilidad será objetivamente determinada, independientemente de toda la diligencia, prudencia y cautela con la que actúen para producirla. El análisis aquí es más de oportunidad, de desarrollo y hasta de política pública, para lo cual cuestionarnos sobre ¿hasta dónde queremos llegar? y ¿cómo queremos llegar a ese "hasta dónde"? resulta fundamental. Este análisis, sin embargo, sale del ámbito de mi contribución académica, pero no por ello es menos importante dejarlo planteado.

Queda, sin embargo, cierto espacio para el análisis de la responsabilidad generada por el daño que la IA, en autonomía, pueda crear, sobre todo en el escenario de un árbitro robot que, entre otras, ya se está promocionando en algunas instituciones como la AAA. Y la pregunta que vendrá a plantearse sería entonces si ¿el régimen de responsabilidad objetiva es satisfactoriamente aplicable a la IA autónoma?, o tal vez, por incoherente que pueda parecer, ¿un régimen híbrido de responsabilidad podrá aplicarse? La cuestión no es simple y, en esta sección se espera seguir abordando algunos elementos que permitan elaborar respuestas.

2.2. El modelo europeo de responsabilidad según el nivel de riesgo y los vaivenes de la responsabilidad objetiva vis-à-vis la inteligencia artificial

El régimen sobre IA de la Unión Europea parece ser uno de los más evolucionados, no sólo porque el Parlamento Europeo fue uno de los pioneros en ofrecer debates regulatorios en materia de IA, sino por la reagrupación de los diferentes Estados que le componen que aporta multiculturalismo y diferentes perspectivas de concebir temas novedosos como la IA, y por ser uno muy completo a pesar de la naturaleza cambiante de la IA.

Bajo este régimen europeo, la IA ha sido altamente tratada, aunque no de manera rigurosa desde el punto de la responsabilidad, en donde los intentos de regulación han sido fallidos y, aunque se ha intentado establecer un régimen de responsabilidad objetiva para el fabricante de IA, esto no ha estado exento de discusiones y oponentes.

Sin el ánimo de ser exhaustivo, por ejemplo, en la Resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017, se buscó crear la persona electrónica, precisamente, para efectos de atribución de la responsabilidad, pero esto fue altamente criticado (Parlamento Europeo, 2017, considerando 59, letra f).

Tras esta iniciativa, llegó el Reglamento de la Unión Europea, proferida por el Parlamento Europeo (2024), con su "Ley de Inteligencia Artificial" (Reglamento 2024/1689) que, aunque no comporta un régimen de responsabilidad civil en estricto sentido, sí propone indirectamente un enfoque de responsabilidad basado en riesgos, sobre el cual algunos comentarios seguirán más adelante.

No obstante, aparte de este Reglamento sobre IA, en 2022 dos proyectos legislativos sobre (i) una Directiva europea 2024/2853 sobre responsabilidad por productos defectuosos (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024) y (ii) una Directiva 2022/0303 sobre Responsabilidad civil aplicable a los sistemas de IA (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, 2024) fueron iniciados, pero sólo el primero de ellos logró ver la luz y el otro fue desistido en 2025. Sin embargo, la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos comporta varias disposiciones sobre responsabilidad derivada de la IA que serán analizadas enseguida.

Ahora bien, la Ley de Inteligencia Artificial del Parlamento Europeo, como anunciado justo arriba, propone un enfoque basado en riesgos clasificados en (i) Prohibidos para referirse a aquellos que alteran el comportamiento o explotan vulnerabilidades,

como ocurre con aquellas inteligencias de clasificación social o identificación biométrica en tiempo real; (i i) De alto riesgo para aquellos que requieren altos estándares de conformidad por ser riesgosos para la seguridad y la protección de los derechos fundamentales, tal que ocurre con los vehículos autónomos, las inteligencias artificiales en los sectores de la salud, de la educación y del empleo, así como en la aplicación de la ley; y, (iii) De riesgo mínimo y limitado que requieren códigos de conducta y requisitos mínimos de transparencia, como por ejemplo los sistemas que generan imágenes, videos, investigaciones, resúmenes, organización de información, entre otros.

Sobre los riesgos prohibidos, simplemente, al estar prohibidos, la responsabilidad sería inclusive de tipo penal. En cuanto al segundo tipo de riesgo, dada su gravedad y alto impacto, el régimen de responsabilidad sería de orden objetivo. Finalmente, la última clasificación de riesgos, al ser mínimos, se regirían por un régimen subjetivo de responsabilidad basado en culpa, ausencia de buena fe o dolo, según corresponda.

Dado que el régimen de responsabilidad subjetiva será altamente explorado en esta contribución, al ser aquel que aplica a los operadores del arbitraje internacional, salvo por los recientes avances del árbitro robot que merecen unas reflexiones específicas más adelante, en lo que sigue en esta sub-sección se harán algunas precisiones sobre la responsabilidad objetiva generada por la IA para comprenderla mejor.

La aplicación de la responsabilidad objetiva, que no requiere la prueba de la culpa o del dolo, se basa en dos premisas principales: (i) supuestos de IA peligrosos que, al ser altamente riesgosos, al causar un daño deben ser sancionado, y (ii) supuestos de IA que pueden ser tratados bajo el régimen de responsabilidad de los productos defectuosos.

En este contexto, la Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos prevé la responsabilidad objetiva de los fabricantes con la que se busca proporcionar seguridad jurídica a los consumidores y empresas, pero ha generado debates sobre su viabilidad en sistemas de IA de alta complejidad (Flórez Acero, 2025). Aunque el preámbulo de dicha Directiva se refiera con detalle en dos ocasiones en los Considerandos 3 y 13 a la IA, ésta no es mencionada específicamente en ningún lugar de sus artículos.

No obstante, ello no impide que se pueda inferir el siguiente análisis a partir de lo existente. De una parte, esta Directiva amplia el ámbito de aplicación material de la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, incluyendo expresamente como productos los siguientes: el software, entendido como cualquier sistema operativo, programa informático, aplicación o sistema de IA, los archivos digitales de fabricación y los servicios digitales relacionados. De otra parte, la Directiva introduce algunos criterios adicionales o aclaratorios para determinar el carácter defectuoso de un producto, teniendo en cuenta determinadas circunstancias, como el efecto sobre la seguridad del producto de cualquier capacidad de aprendizaje o de adquisición de nuevas características después de ser puesto en el mercado o puesto en servicio, como puede ocurrir con el software o los sistemas de IA.

Ahora bien, el proyecto de Directiva específica sobre responsabilidad civil aplicable a los sistemas de IA, que no logró culminarse exitosamente, pretendía establecer normas uniformes sobre el acceso a la información y la reducción de la carga de la prueba en casos de daños provocados por sistemas de IA. Sin embargo, en un movimiento crucial en 2025, la UE retiró esta directiva como parte de su estrategia de simplificación normativa y mejora de la competitividad.

Uno de sus elementos más innovadores era la propuesta de inversión de la carga de la prueba consignada en el considerando 14 y en el artículo 1 en casos de daños relacionados con el uso de IA. En el régimen actual, un demandante, como un consumidor o un usuario, debe demostrar que un producto o sistema defectuoso causó el daño. Sin embargo, debido a la complejidad técnica de los sistemas de IA, la Comisión Europea proponía que, en ciertos casos, la carga recayera sobre el proveedor o desarrollador de la IA para demostrar que no hubo negligencia o que el sistema no presentó un fallo que causara el daño. Lo anterior a fin de mitigar las dificultades frente a obtener pruebas por la opacidad del sistema de IA (conocido como «caja negra»).

El proyecto de Directiva también introducía la institución de la responsabilidad objetiva en su artículo 5 para sistemas de IA considerados de alto riesgo, según lo establecido en el Reglamento europeo de IA. Esto significaba que los desarrolladores y operadores de estos sistemas serian responsables por los daños causados, independientemente de que haya o no haya habido negligencia de su parte.

Con todo, este proyecto no vio la luz y el régimen objetivo de responsabilidad derivado de la IA no se concretó puntualmente, pero los cuestionamientos no han cesado, por lo

que es probable que, en algún momento estas discusiones sean retomadas.

Cierto, las incertidumbres de la IA autónoma no dejan de preocupar a los doctrinantes que ven, en la opacidad, uno de los mayores desafíos en la determinación de un régimen de responsabilidad civil derivado de la IA, abogando por régimen objetivo. En efecto, algunos de ellos como Paéz (Quesada Páez, 2026, p. 200; Eidenmüller, 2023, p. 231), explican con claridad que:

> El sistema no es obra de un único agente, sino el resultado de la contribución de múltiples intervinientes: empresas que generan los datos de entrenamiento, programadores que diseñan los algoritmos, compañías que integran el sistema en productos, operadores que lo despliegan en el mercado y usuarios que lo aplican en entornos concretos. Esta pluralidad de actores genera una causalidad fragmentada, difícil de reconstruir con los esquemas clásicos del Derecho civil. De ahí la utilidad de hablar de "responsabilidad distribuida" o de "causalidad en red", categorías que reflejan mejor la realidad técnica y que permiten, en términos normativos, una asignación funcional de la responsabilidad en función de los roles desempeñados.

Pero la opacidad no es la única fuente de preocupación. El clásico sesgo que se predica de los sistemas de IA, incluyendo los autónomos, genera cuestionamientos que hace que los doctrinantes se inclinen por favorecer una responsabilidad objetiva, de suerte que "quien diseña, comercializa o explota sistemas susceptibles de generar decisiones sesgadas debe responder objetivamente por los daños que ocasionen." (Quesada Páez, 2026, p. 202).

De lo anterior se desprende que, ciertamente, la responsabilidad subjetiva no responde a las necesidades de la determinación de la responsabilidad por el hecho directo de la IA, mientras que la responsabilidad objetiva podría aportar mejores soluciones, aunque se deban repensar ciertas situaciones puntuales. Con todo, más planteamientos serán presentados en la sub-sección 4) siguiente, con ocasión del árbitro robot que la AAA está proponiendo.

A pesar de que, inclusive, bajo el régimen europeo que aparece como uno de los más evolucionados actualmente en materia de IA, el tema de la responsabilidad generada por la IA no está aún esclarecido, s í conviene, al menos, cerrar esta sub-sección con una advertencia que resulta útil en la práctica del arbitraje. En efecto, dado que la normatividad europea tiene un alcance extraterritorial, ello supone que sus disposiciones se aplican a cualquier sistema de IA que afecte a individuos dentro de la Unión Europea, independientemente de dónde se haya desarrollado o utilizado, lo que comporta un efecto concreto en el arbitraje, ya que si en un arbitraje con sede en Perú, un tribunal arbitral, utiliza una herramienta de IA que no cumple con los requisitos de la Ley de IA de la Unión Europea, y el laudo debe ser ejecutado en un Estado miembro de dicha Unión, la parte perdedora podría objetar su reconocimiento por contrariedad al orden público europeo. Ahora, si la sede del arbitraje es una de los Estados miembro de la Unión Europea, d icho laudo podría ser objeto de una anulación bajo los causales de "irregularidad procesal" o "violación del orden público", ya que el uso de una IA no conforme podría considerarse una desviación de los procedimientos acordados o una violación de los derechos fundamentales al debido proceso.

2.3. Responsabilidad subjetiva por el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje

La responsabilidad subjetiva, reconocida como el régimen general en los sistemas de derecho civil, se fundamenta en la imputación de un daño a una persona por la comisión de una conducta reprochable —culpa o dolo— que infringe un deber jurídico de cuidado y causa un perjuicio a otro. Según la responsabilidad subjetiva la culpa o el dolo constituye el criterio central de imputación, y el daño, definido como la lesión de un interés, es el presupuesto indispensable para la función compensatoria de la responsabilidad (Chiussi Curzi, 2021).

El análisis específico de la responsabilidad en materia arbitral generado por la IA, de la manera más común como se está usando actualmente, es decir como una herramienta de trabajo para mejorar las actuaciones de abogados y árbitros, principalmente, pero también de testigos, expertos, financiadores de arbitrajes e instituciones arbitrales, desplaza el discurso necesariamente sobre la debida diligencia y la necesaria ausencia de comportamientos culposos o dolosos en su uso.

Este enfoque mete en valor el hecho de que el profesional del derecho, ya sea un abogado o un árbitro para no ir más lejos, es un agente humano que ejerce el control final sobre cualquier tipo de resultado que la IA llegue a producir bajo su control y, por lo tanto, debe ser responsable de un posible uso negligente que incluye una falla en cualquier parte del proceso de uso de la IA que comprende (i) lo que le consulta, (ii) la manera como lo consulta, (iii) la herramienta que usa para la consulta, (iv) la supervisión del resultado (revisión, verificación, corrección y/o adaptación, según corresponda) y (v) su uso final.

Contrariamente a la responsabilidad objetiva, la responsabilidad subjetiva basada en la culpa o el dolo no se predica del disfuncionamiento de la máquina o del error de la IA directamente, sino de la propia conducta indebida del operador humano que produce un resultado determinado con la asistencia de la IA en escenarios de impericia al manipular el sistema, omisión de supervisión, falta de actualización del sistema o quebrantamiento de cualquier norma de conducta que le sea aplicable, como falta de revelación en el uso de la IA o cualquier otra. Para poner un ejemplo concreto, el error generado en un laudo por un resultado producido con asistencia de IA no será de responsabilidad de la IA o de su fabricante, sino del árbitro usuario que no desplegó la diligencia debida para usarla y controlarla.

Llegados a este punto, es evidente que un análisis de responsabilidad subjetiva requiere una serie de normas de conducta que le sean aplicables al operador jurídico cuando usa la IA para llevar a cabo su trabajo, comenzando por la simple determinación de si puede o no usarla para las labores que desea hacerse asistir por IA, pasando por las acabadas de mencionar.

Sin perjuicio de los desarrollos que siguen, donde estas cuestiones serán desarrolladas con más detalle, desde ya valga la pena mencionar que la mayoría de las normas sobre IA en materia de arbitraje han sido desarrolladas en términos de deber de revelación, no suplantación de la función arbitral y una serie de comportamientos dirigidos a usar adecuadamente la IA.

2.4. Responsabilidad generada por el AI Arbitrator o el árbitro robot

Tal que quedó enunciado en la sub-sección 2) de más arriba, pareciera que los desarrollos en IA y su impacto en arbitraje superan la clásica responsabilidad subjetiva basada en la culpa o en el dolo del usuario cuando la usa, con la aparición de una IA autónoma, sin intervención humana directa, al menos durante el proceso que lleva a una decisión, con un autoaprendizaje tan desarrollado que ya no se pueda determinar ni cómo ni de qué manera está produciendo un resultado determinado.

Esto es lo que ocurre con las plataformas de resolución de disputas en línea (RDL) en el ámbito de consumo o en modelos experimentales del árbitro robot. Dada la novedad de lo que aquí será analizado, el foco seguirá puesto en la responsabilidad subjetiva por el uso de la IA en el AI, mientras que algunas ideas de análisis sobre el potencial tipo de responsabilidad que genere una institución que ofrezca los servicios de resolución de conflictos a través de sistema de IA, las plataformas RDL y los sistemas de árbitro/juez robot serán analizadas en contextos de consumo, comercio electrónico y servicios digitales (Raghuvanshi & Keshan, 2019). Ejemplos paradigmáticos son eBay/PayPal y Modria, donde hasta el 90% de las disputas se resuelven exclusivamente mediante software, sin revisión humana directa, salvo en casos excepcionales, que también son aplicables al ámbito del blockchain en el que plataformas como Kleros y Aragon Court permiten resoluciones vinculantes automatizadas, dependiendo del diseño contractual y la aceptación previa de las partes (Drori & Shachar, 2023; Costa e Silva, 2021).

Hasta hace muy poco, una de las instituciones arbitrales más importantes en el mundo, la AAA, lanzó el árbitro robot o el *AI Arbitrator* (American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution [AAA-ICDR], 2025), el cual ha sido descrito de la siguiente manera:

> Initially available for two-party, documents-only construction cases, the AI arbitrator was trained on AAA construction awards and further refined using expert-labeled examples to prepare it for use in real-world proceedings. Starting with this narrowly defined use case allowed the AAA-ICDR to effectively test and validate the system's accuracy, oversight, and transparency. Beyond the pilot, the AI arbitrator will launch into additional industries, case types and higher value claims. The AAA-ICDR expects to address additional features, such as multi-party proceedings, cross-border elements, and cultural nuances, in future phases of development. These capabilities will be introduced progressively, with thoughtful design and testing to make sure the AI arbitrator continues to meet the AAA-ICDR's standards of fairness, transparency, and due process across diverse contexts.

El *AI Arbitrator* está concebido, en su origen, para arribar a un laudo a partir de una combinación de una elevada tecnología autónoma en materia de IA con el ulterior razonamiento humano para respaldar la resolución de la disputa así ofrecida, buscando llegar a resultados más rápidos y rentables. El proceso arbitral se desplegaría en tres momentos: (i) las partes suben los documentos del caso y validan la comprensión que la IA tiene de sus alegaciones, (ii) la IA aplica un razonamiento jurídico para el que fue entrenada con base simultáneos casos preexistentes, de suerte que pueda redactar una propuesta de laudo y, (iii) un árbitro humano capacitado revisa, perfecciona y emite la decisión final (Meinhardt et al., 2025).

Este tipo de arbitraje, definitivamente, replantea la clásica atribución de responsabilidad por el uso de la IA por el simple hecho de que, bajo este escenario, la IA no interviene como una herramienta de trabajo más bajo el control humano del abogado, árbitro, experto, testigo, institución o financiador que la usa, sino como un ente autónomo cuyo resultado arrojado es nada más que un laudo que, al día de hoy, en la propuesta de la AAA es controlado, en últimas, por un árbitro humando. Pero recordemos que la IA autónoma, como fue analizada más arriba bajo la sub-sección 2), comporta riesgos inherentes de opacidad y de sesgo, exacerbados por el hecho de que varios son los agentes que intervienen para que ella logre su nivel de producción, entre generadores de datos de entrenamiento, programadores de algoritmos, integradores del producto, operadores que lo ofrecen y usuarios, lo que hace que cualquier ejercicio de atribución de responsabilidad individualizada termine siendo un imposible jurídico.

Esto lleva a que, al tratarse de poner en el mercado una IA con tales características y conllevando un riesgo inherente, la conducta individual que resulta tan difícil de identificar venga a ser reemplazada por grupos estructurales u organizacionales, de suerte que ese riesgo que genera un daño objetivamente pueda distribuirse de manera objetiva entre los agentes propios al proceso de funcionamiento del sistema y de manera subjetiva entre los agentes de los cuales se desprende el cumplimiento de deberes de diligencia, como si se tratara de un sistema híbrido de responsabilidad que no deja de ser complejo cuando se trata de determinar la responsabilidad y reparar un daño causado (Gómez Ligüerre, 2025, p. 6).

Tal vez ello conduzca a que una idea más simple basada en el hecho de que quien introduzca en el mercado y tráfico jurídico una IA susceptible de comportar un riesgo inherente de opacidad y de sesgo, por no decir lo menos, esté consecuentemente en capacidad de soportar las concretizaciones dañosas de dicho riesgo. Esto implicaría la instauración de un régimen objetivo de responsabilidad que, según la doctrina, no puede ser entendido de manera ilimitada, pues razones de "fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o uso manifiestamente anómalo del sistema", por ejemplo, deben ser atendida s, tanto como aquellos relativos al "incumplimiento de deberes normativos de diligencia en el diseño, despliegue o uso del sistema." (Quesada Páez, 2026, p. 205).

Este régimen se inspira de normas propias al derecho continental como las contenidas en el artículo 1905 del Código Civil español que prevé que: "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido." (Normas similares pueden encontrarse en los códigos civiles de Colombia (artículo 2353) y Perú (artículo 1979), por ejemplo).

Analógicamente, la IA autónoma, al no poder atribuírsele un régimen de responsabilidad subjetiva y con la gracia de reducir el rigor de un régimen de responsabilidad puramente objetivo, puede ser comparada con la responsabilidad que se genera al poseedor de un animal por el riesgo inherente al animal, independientemente de su buena diligencia en la guarda del animal, sólo exonerándole la fuerza mayor o el hecho de la víctima. Consecuentemente, quien ofrezca u opere un sistema de IA, sea persona natural o jurídica, respondería por un potencial daño que se concretice como producto del riesgo que le es inherente, en igualdad de condiciones que el poseedor del animal que causa un daño (Quesada Páez, 2026, p. 205).

El robot árbitro podría funcionar perfectamente bajo esta premisa de responsabilidad. Sin embargo, la intervención humana que entraría al final del resultado para supervisarlo, controlarlo y avalarlo, tal que previsto bajo el *IA Arbitrator* de la AAA, haría que un régimen puro como el establecido bajo el artículo 1905 del código civil español, y otros artículos similares en distintas jurisdicciones, ceda la plaza a un régimen ya sea híbrido de responsabilidad con distribución de responsabilidad según los distintos agentes intervinientes, o al retorno de la responsabilidad subjetiva del árbitro humano que ejerce la función de revisión del laudo propuesto por el árbitro robot y que subsumiría, en razón a su control y revisión, la responsabilidad objetiva de la IA.

En razón a la novedad de estas materias, sólo el tiempo y la práctica determinarán cómo la responsabilidad por un daño generado bajo este tipo de arbitraje termina planteándose. No obstante, desde ya puede ser avanzado que en situaciones como las que afrontaremos, vale la pena traer a la discusión la importancia de las reglas de conflicto de ley propias al derecho internacional en la determinación de normas de IA que serán aplicables para resolver cuestiones de responsabilidad, tales como la ley del operador o de quien ofrece la IA, la ley del fabricante, la ley del árbitro humano supervisor, la ley del lugar del arbitraje, la ley de la ejecución de un tal laudo, entre varias otras que puedan ser aplicables.

Si bien, este no es un estudio de derecho internacional privado, incluyendo las reglas de conflicto y el derecho material, resulta pertinente advertir que una buena comprensión de este último será de utilidad para manejar las posibles situaciones que deriven de la responsabilidad por el uso de la IA en el AI, como se plantean en algunos arbitrajes para otras cuestiones. En este sentido, el lugar de la sede arbitral, siendo el mismo de la anulación para los arbitrajes internacionales, seguirá siendo de gran utilidad para regir las cuestiones derivadas de la IA en los arbitrajes, pero también y según lo que se busque, el derecho aplicable al pacto arbitral o inclusive a la capacidad de los signatarios al pacto arbitral, el derecho del lugar del reconocimiento y ejecución de laudos.

Pero, además, importante resulta recordar que, al estudiar el régimen de responsabilidad, los árbitros y abogados siguen un régimen de responsabilidad civil derivado del lugar dónde estén registrados para ejercer su profesión, por lo que habrá un régimen jurídico que derive de esta situación, el cual será, seguramente, de orden local. A todo esto, se suman los reglamentos de arbitraje que regulen la materia. Finalmente, no hay que olvidar que buena parte del *soft* o *hard law* en materia de IA busca ofrecer soluciones materiales a estos problemas, por lo que este derecho material podrá usarse para escapar a las incertezas propias de la norma de conflicto.

Todo esto será objeto de un mayor detalle en la sección B(b) de más abajo.

3. Análisis concreto de la responsabilidad que se genera a partir de la injerencia y del uso de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional

El análisis que será ofrecido no puede ser otro que el clásico de la responsabilidad civil comportando sus tres elementos (1) el hecho generador, (2) el daño que se cause y (3) el nexo de causalidad entre los dos primeros elementos, todo, desde la perspectiva del uso de la inteligencia artificial, por lo que el foco estará en el régimen subjetivo de responsabilidad basado en la culpa y el dolo. No obsta lo anterior, sin embargo, a que algunas menciones sean hechas desde la perspectiva del régimen objetivo de responsabilidad como fue analizado en las sub-secciones A(2) y (4) de más arriba. En este análisis, el foco será puesto en la responsabilidad del árbitro principalmente y algunas veces los abogados.

3.1. Hecho generador en razón a la intervención de la IA

El hecho generador constituye el elemento fáctico o jurídico que da origen a la responsabilidad civil, entendido como el acontecimiento que produce el daño y que, conforme a la ley, puede dar lugar a la obligación de reparar. El hecho generador puede derivar tanto de una relación contractual (incumplimiento de una obligación) como de un hecho ilícito extracontractual (acto antijurídico que causa daño a otro), así como de otras fuentes como el ejercicio de actividades riesgosas o la responsabilidad por hechos ajenos (Gutiérrez García de Cortázar, 2021), tal que ya fue planteado en la Sección A) de justo arriba.

El hecho generador, que puede ser omisivo o activo, es el primer elemento de la responsabilidad al ser lo que desencadena su análisis. No obstante, antes de examinar el hecho en sí, conviene analizar el lazo que mantienen los abogados y los árbitros con las partes, de suerte que se pueda determinar la naturaleza de las obligaciones cuya violación generaría un impacto sobre la responsabilidad (a). También, para que haya hecho generador, en los supuestos de responsabilidad subjetiva, que en arbitraje son la mayoría, es necesario que sea contrario a un patrón normativo de conducta. En otras palabras, se requiere primero estar obligado a comportarse de una manera determinada (b) para, enseguida, desplegar un comportamiento contrario al esperado (c). En los casos de responsabilidad objetiva, el simple hecho que cause el daño importa sin que sea necesario a entrar a hacer un análisis sobre la conducta y la imputación de quien genera el hecho dañino.

3.1.1. El vínculo entre abogados y árbitros con las partes, y el régimen de responsabilidad que resulta

Valga la pena aclarar que esta sub-sección se ha preparado pensando en términos de un proceso arbitral donde quien sufriría un potencial daño serían las partes por el indebido uso de la IA que hagan abogados o árbitros. Para efectos de determinar la responsabilidad de estos últimos actores, es indispensable indagar primero el lazo que les une con las partes procesales.

En este sentido, en lo que respecta a los abogados, es evidente que el lazo que les une con las partes es uno puramente contractual derivado de la relación cliente – profesional, la cual se concretiza a través de un contrato de prestación de servicios o del que se llegue a pactar. Valga la pena recordar que las obligaciones del abogado con su cliente, por regla general, son de medios y no de resultado. Ahora bien, en su contrato, las partes pueden convenir reglas generales sobre la representación sin ningún vínculo

directo con el uso de IA, como pueden haberse pactado reglas precisas sobre la IA ya sea por reenvío a reglas especializadas o por especificaciones precisas.

Ahora bien, los abogados ejercen una profesión liberal seguido regulada por normas de ética y de deontología nacionales que, a su turno, vienen a completar los compromisos contractuales que hayan asumido con sus clientes, de suerte que si alguna de dichas reglas generales prevé el uso de la IA, evidentemente le serán aplicables al abogado en su relación con el cliente. En ausencia de reglas específicas, las normas de comportamiento ético general pueden también contribuir al establecimiento de la responsabilidad por el uso indebido de la IA.

En lo que concierne a los árbitros, el vínculo con las partes no es tan claro y, básicamente, dos son las teorías que se plantean: (i) los árbitros y las partes mantienen un vínculo contractual por el cual los árbitros prestan a las partes sus servicios de solución de la controversia a cambio de un honorario, (ii) los árbitros y las partes tienen una relación de origen legal por la cual los primeros ejercen una función jurisdiccional para resolver el caso de los segundos (Mullerat, 2006).

La doctrina distingue entonces dos regímenes de responsabilidad distintos, donde uno depende de la actuación jurisdiccional (sin ato contractual) y el otro de la actuación no jurisdiccional (con lazo contractual) del árbitro.

De acuerdo con esta postura contractualista, la responsabilidad tiene naturaleza contractual porque entre los árbitros y las partes existiría un contrato en virtud del cual los primeros se comprometen a resolver determinadas cuestiones litigiosas a cambio de un precio, salvo pacto en contrario, a través del procedimiento arbitral y en un plazo establecido. Esta línea es la más aceptada en los países de tradición civilista (Alonso Puig, 2018; Castillo Freyre, 2020). La postura jurisdiccional se enfoca más en la función propiamente jurisdiccional que ejercen los árbitros, comparándola a la de los jueces, de la cual sólo podría desprenderse una responsabilidad extracontractual acompañada de un régimen de inmunidades (Redfern et al., 2023).

Algunos sugieren que ambas teorías coexisten, desprendiéndose un régimen de responsabilidad mixto. En este sentido, de un lado, la actuación jurisdiccional del árbitro consistiría en el proceso de deliberación, evaluación de pruebas y emisión del laudo, gozando de un régimen de responsabilidad limitado sujeto a ciertas inmunidades, dado que refleja el rol de juzgador. Por otro lado, la actuación no jurisdiccional muchas veces derivadas del pacto contractual o de las funciones inherentes de los árbitros, incluiría las tareas administrativas, el manejo de comunicaciones, la organización del expediente, así como la conducción general del proceso, de la cual se desprendería un régimen general de responsabilidad civil con inmunidades. Esta distinción, aunque necesaria para delimitar la responsabilidad, se complica significativamente con el uso de la IA (Arenas García, 2013).

Corolario, pueden existir diferentes tipos de demandas por responsabilidad, según la naturaleza de la responsabilidad. En el caso de los árbitros, las partes insatisfechas suelen invocar la responsabilidad civil interponiendo una demanda civil ante los tribunales estatales contra el árbitro que haya incumplido sus obligaciones civiles, como ocurre con una renuncia injustificada, no cumplimiento de sus obligaciones inherentes a la función arbitral (i.e. independencia, imparcialidad, disponibilidad, no delegación en la toma de decisiones) y laudo inejecutable, principalmente. Varias de estas obligaciones pueden estar contenidas en pactos arbitrales, reglamentos de arbitraje o leyes arbitrales, incluyendo también normas precisas sobre IA aplicables a los árbitros.

En Perú, por ejemplo, el artículo 32 del Decreto Legislativo 1071 dispone que:

> "Artículo 32.- Responsabilidad. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable."

En España también existe un régimen de responsabilidad civil del árbitro consagrada en el artículo 21 de la Ley 60 de 2003, cuando el árbitro (i) no cumple con su encargo, (ii) con una actuación dolosa, de mala fe o temeraria (iii) causando perjuicios a una parte con el procedimiento arbitral. La doctrina ha calificado esta norma como el triple test del régimen de responsabilidad civil del árbitro (Rodríguez, 2020, p. 225).

Por su parte, en Honduras, el artículo 47 de la Ley de conciliación y arbitraje (Decreto 161-2000) dispone que la aceptación obliga a los árbitros a cumplir su función con esmero y dedicación, por lo que serán responsables de "reparar los daños y perjuicios que por su culpa y negligencia llegaren a causar" a las partes o a terceros (Alonso Puig, 2018).

En algunas jurisdicciones, los árbitros pueden, además, afrontar responsabilidad penal derivada de una denuncia penal ya

sea por fraude, corrupción, violación del secreto arbitral, falsificación y uso de falsificación. Finalmente, los árbitros pueden afrontar responsabilidades deontológicas y éticas, así como responsabilidad disciplinaria, sancionadas por instituciones arbitrales u otros organismos profesionales del derecho (Jijón Letort y Moncayo Grijalva, 2025).

Ahora bien, la responsabilidad del árbitro humano, al día de hoy, no se activa por el error de la IA, sino por su propia culpa o negligencia al no detectarlo y corregirlo. El mandato del árbitro es *intuito personae*, lo que significa que el cargo no es delegable. Ilustraciones de esta perspectiva se encuentran en el artículo 6 del Código de conducta para árbitros de la CNUDMI y en el canon V(c) de las reglas de la AAA. Si bien se admite la asistencia administrativa o técnica (por ejemplo, secretarios o asistentes), cualquier delegación de la función decisoria, la redacción sustantiva del laudo o la deliberación está prohibida.

Por lo tanto, el uso de la IA para la redacción de un laudo o de una orden procesal o cualquier otra comunicación que contenga alucinaciones o errores de hecho podría ser interpretado como un incumplimiento del deber de cumplir con el encargo con debida diligencia. La falta de supervisión adecuada sobre un resultado de IA podría ser vista como una negligencia que, de ser grave, podría constituir una base para la anulación del laudo, lo que a su vez activaría la responsabilidad civil del árbitro (Castillo Freyre, 2020).

Ahora bien, con independencia de si la relación árbitro-parte es contractual o jurisdiccional, la noción de inmunidad encuentra aplicación en arbitraje también, aunque ésta se encuentra, sin duda, más asociada a la función jurisdiccional del árbitro.

Efectivamente, la inmunidad plena es ampliamente aplicable en los sistemas de derecho anglosajón y a algunos ordenamientos europeos, en los cuales los jueces, con el propósito de ser protegidos frente a demandas frívolas interpuestas por quienes se muestran inconformes con las decisiones adoptadas, gozan de inmunidad frente a cualquier reclamación de daños. En dichos sistemas, esta prerrogativa ha prevalecido incluso frente a alegaciones de dolo o corrupción, bajo el entendido de que la inmunidad constituye un elemento esencial de la independencia y autonomía judicial. La lógica subyacente es que la función jurisdiccional debe ejercerse sin temor a represalias personales, y que la garantía institucional de imparcialidad resulta más relevante que la eventual indemnización en favor de la víctima de una decisión errónea o malintencionada, la cual se relega a un segundo plano en aras de preservar la integridad del sistema de justicia, siendo esto aplicable *mutatis mutandis* al árbitro (González García, 2021, p. 80).

En el ámbito arbitral, la inmunidad de los árbitros presenta dos factores diferenciales que justifican su reconocimiento. En primer lugar, el régimen de inmunidad busca que el recurso de anulación se configure como la única vía legítima para censurar un laudo y sus efectos, evitando que se multipliquen acciones paralelas de responsabilidad civil que desnaturalicen la finalidad del arbitraje. En segundo lugar, se encuentra el factor voluntarista y reclutador de árbitros, en virtud del cual el árbitro conserva la facultad de aceptar o rechazar el encargo de resolver una controversia. Si la inmunidad no se extendiera a los árbitros, el número de profesionales dispuestos a asumir esta función se vería drásticamente reducido, ante la posibilidad latente de tener que defenderse de demandas por daños formuladas por los litigantes inconformes.

De esta manera, la inmunidad arbitral no solo protege la independencia y la imparcialidad del árbitro, sino que también asegura la viabilidad del sistema arbitral como mecanismo de solución de controversias. Sin ella, el arbitraje perdería legitimidad y eficacia, pues los árbitros se verían expuestos a riesgos personales que desincentivarían su participación, debilitando la confianza en el sistema y afectando la seguridad jurídica de las partes (Jiménez-García, 2017).

En los Estados Unidos, el Derecho federal y estatal reconoce que los árbitros no son responsables por los errores o irregularidades de sus decisiones. Así, por ejemplo, el artículo 682.051 del Código de Arbitraje de Florida dispone:

> Un árbitro o una institución arbitral que actúe como tal está exento de responsabilidad civil en la misma medida que un juez de un tribunal de este Estado cuando actúa en calidad de juez.

Tribunales de varias jurisdicciones han apoyado la inmunidad de los árbitros. A título de ilustración, el Tribunal Su perior de Hong Kong (Song c. Que 2023, ¶10) abordó de manera explícita la cuestión de la inmunidad de los árbitros, afirmando que éstos ejercen una función jurisdiccional equiparable a la de los jueces. El tribunal razonó que la inmunidad es necesaria para proteger el juicio independiente y discrecional del árbitro, así como para salvaguardar la autonomía del proceso arbitral. En palabras del tribunal:

> It is accordingly widely recognized that arbitrators perform and exercise a judicial or quasi-judicial function, and that arbitrators'

> decision-making and judgments are comparable in nature and process to those of judges, such that there is a need to protect the course of their independent judgment from threats of suit as well as from collateral attacks.

Otros Tribunales asumen una postura mixta, por la cual reconocen cierta inmunidad a los árbitros, sin desconocer completamente que éstos están ligados por deberes inherentes a su función arbitral. En Suiza, por ejemplo, el Tribunal Federal (Decisión 4A_76/2018) abordó la naturaleza mixta del contrato de árbitro, calificándolo como un mandato *sui generis*. El Tribunal reconoció que, aunque existe una cierta inmunidad derivada de la función jurisdiccional del árbitro, la responsabilidad contractual subsiste y puede activarse en caso de violación culposa del deber de diligencia.

En un sentido similar, la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia T-069 de 2022, ¶84) estableció que:

> De esta manera, si bien no puede adjudicarse responsabilidad civil de naturaleza contractual a los árbitros, sí están compelidos a una serie de obligaciones que los comprometen con las partes tales como arbitrar personalmente (encargo *intuitu personae*), fallar en un término establecido, ser imparcial, cumplir el deber de información, garantizar el debido proceso, proceder en forma diligente y eficiente para cumplir con la tarea encomendada, entre otros.

La Corte de Apelaciones del Estado de California (Baar c. Tigerman, 1983) sostuvo que era posible predicar responsabilidad de los árbitros, pues aunque administran justicia de manera semejante a los jueces, su poder no proviene de la Constitución, sino de un contrato privado. Por ello, no están obligados a seguir precedentes, no constituyen un pilar del sistema democrático y no celebran juicios públicos, lo que llevó a la Corte a afirmar que, si bien debe protegerse al árbitro en su función cuasi judicial, no puede eximírsele de cumplir lo acordado con las partes.

Es así como en esta postura intermediaria, una parte de la doctrina, de la jurisdicción y de la normativa en diversas jurisdicciones reconocen cierta inmunidad, limitando la responsabilidad de los árbitros a escenarios de especial gravedad, activándose únicamente en casos de fraude o negligencia grave y exige la existencia de un error de carácter manifiesto para que se configure la responsabilidad. Con todo, el régimen de responsabilidad civil del árbitro se caracteriza por su excepcionalidad y subsidiariedad. Su propósito principal no es facilitar las demandas contra el árbitro, sino proteger la integridad y la finalidad del proceso arbitral, cuya esencia es la de un procedimiento de instancia única sin revisión de fondo. Por esta razón, el árbitro goza de una amplia inmunidad de responsabilidad civil, similar a la de un funcionario judicial (Falla Ezcurra, 2023).

En materia de reglamentos de arbitraje también es común ofrecer inmunidad a los árbitros, así como a los actores arbitrales, incluyendo las instituciones. Por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – CCI dispone que:

> ARTÍCULO 41 Limitación de responsabilidad Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos de la CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad esté prohibida por la ley aplicable.

El artículo 47 del Centro de Arbitraje Internacional de Viena dispone:

> Se excluye, en cuanto sea permitido legalmente, la responsabilidad de los árbitros, del secretario general, del representante del secretario general, del Consejo y de sus miembros, de la Cámara de Comercio de Austria y de sus empleados por cualquier acto u omisión relacionad (o/a) con el procedimiento arbitral.

Asimismo, el artículo 38 del reglamento del CIRD señala:

> Los miembros del tribunal arbitral [...] no serán responsables ante ninguna parte por cualesquiera actos u omisiones relacionados con cualquier arbitraje conforme a este Reglamento, salvo que dicha exclusión esté prohibida por la ley aplicable.

También el artículo 31.1 del Reglamento LCIA establece:

> None of the LCIA (including its officers, members and employees), the LCIA Court (including its President, Vice Presidents, Honorary Vice Presidents, former Vice Presidents and members), the LCIA Board (including any board member), the Registrar (including any deputy Registrar), any arbitrator, any Emergency Arbitrator, any tribunal secretary and any expert to the Arbitral Tribunal shall be liable to any party howsoever for any act or omission in connection with any arbitration, save: (i) where the act or omission is shown by that party to constitute conscious and deliberate wrongdoing committed by the body or person alleged to be liable to that party; or (ii) to the extent that any part of this provision is shown to be prohibited by any applicable law.

Bajo el régimen del arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI, por ejemplo, se han previsto reglas de inmunidad para los árbitros. Los redactores del Convenio

del CIADI han decidido dar a los árbitros una denominada "inmunidad general" frente a procesos legales con respecto a los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones arbitrales . Según el Artículo 21 (a) del Convenio del CIADI, los árbitros "gozarán de inmunidad frente a procesos legales con respecto a los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, excepto cuando el Centro renuncie a esta inmunidad". Esta inmunidad puede ser renunciada según las Reglas administrativas y financieras del CIADI y específicamente en la Regla 31, bajo el título "Renuncia a las inmunidades ", según el cual "el Secretario General podrá renunciar a la inmunidad del Centro; […] y el Presidente *podrá renunciar a la inmunidad del Tribunal*", cuando la inmunidad impida la causa de la justicia y que dicha renuncia no perjudique los intereses del Centro. Bajo este régimen, si bien los árbitros gozan de inmunidad, ésta no es absoluta al ser renunciable.

3.1.2. Fuentes de las obligaciones relativas a la IA

La responsabilidad por el uso de la IA en el arbitraje no surge de una única fuente, sino de un entramado de normas de distinta fuente y naturaleza que van desde las *soft law* (i), hasta las hard law (ii), pasando por las contractuales (iii), las reglamentarias (iv) y las de lugares esenciales para el arbitraje, como el de la sede y el del reconocimiento del laudo (v). Para que las normas sobre el uso de IA sean aplicables a los operadores del arbitraje, en particular al árbitro o al abogado, es necesario que exista una fuente que las prevea de manera obligatoria. En ausencia de disposiciones específicas, debe acudirse a un régimen general de responsabilidad, para lo cual será necesario identificar si hay un vínculo contractual o no, del cual se pueda desprender el régimen de responsabilidad, tal que fue explorado en la sub-sección 2(a) de más arriba.

A). Obligaciones específicas sobre IA de tipo normativo no vinculante o soft law

En materia de IA, dada su dificultad innata relacionada con la rapidez de los avances tecnológicos, es natural que el soft law haya emergido como una fuente normativa de gran relevancia para empezar a regularla. La Guía de la SVAMC fue pionera en proponer un cuerpo normativo básico sobre el uso de la IA en el arbitraje internacional. Esta Guía, aunque no vinculantes, salvo que las partes así lo acuerden, establecen un estándar de diligencia profesional que el mercado empezó prontamente a adoptar.

Los grandes pilares para el uso de la IA se basaron en la buena fe y la debida diligencia profesional de las que se desprenden muchos o todos los patrones de comportamiento deseados en el uso de la IA. No seguir esta Guía, incluyendo la esencial en materia de arbitraje de no delegación en la toma de decisiones, podría ser interpretado como un acto de negligencia, incluso sin una ley que lo prohíba expresamente (Jijón Letort y Moncayo Grijalva, 2025). Los principales contenidos obligacionales establecidos en la Guía SVAMC se ven reflejados en al menos cuatro aspectos.

El primero de ellos se refiere al principio de no delegación contenido en la norma 6 que, contundentemente dispone:

> "An arbitrator shall not delegate any part of their2 personal mandate to any AI tool. This principle shall particularly apply to the arbitrator's decision-making process. The use of AI tools by arbitrators shall not replace their independent analysis of the facts, the law, and the evidence".

Esto se aplica de manera particular al proceso de toma de decisiones, enfatizando que la IA sólo debe ser una herramienta de apoyo, no un sustituto del análisis independiente del árbitro.

El segundo atañe al deber de diligencia que, a la luz de la norma 1 dispone:

> "All participants involved in arbitration proceedings who use AI tools in preparation for or during an arbitration are responsible for familiarising themselves with the AI tool's intended uses and should adapt their use accordingly. All participants using AI tools in connection with an arbitration should make reasonable efforts to understand each AI tool's relevant limitations, biases, and risks and, to the extent possible, mitigate them".

Las directrices señalan que los participantes del arbitraje que usen IA son responsables de familiarizarse con las herramientas de IA, sus limitaciones y sesgos. Se les responsabiliza por cualquier error o imprecisión no corregido en los resultados producidos por la IA. Esto subraya la idea de que la responsabilidad última recae siempre en el ser humano que opera la tecnología.

El tercero se pone en evidencia con el deber de divulgación consagrado en la norma 3 que prevé:

> "Disclosure that AI tools were used in connection with an arbitration is not necessary as a general matter. Decisions regarding disclosure of the use of AI tools shall be made on a case-by-case basis taking account of the relevant circumstances, including due process and any applicable privilege. Where appropriate, the following details may help reproduce and evaluate the output of an AI tool: the name, version, and relevant settings of the tool used; a short description of how the tool was used; and the complete prompt (including any template, additional context, and conversation thread) and associated output".

Informar sobre el uso de la IA no pareciera ser un requisito general para las partes y sus abogados, sino que debe decidirse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias pertinentes, como el debido proceso y cualquier privilegio aplicable. Sin embargo, para los árbitros, es evidente que su potencial uso debe ser previamente consultado con las partes, en particular, cuando se asocia al deber de no delegación.

Finalmente, el cuarto, la integridad de los procedimientos referido a la prohibición explícita del uso de la IA para falsificar pruebas, comprometer su autenticidad o engañar al tribunal. Este es un deber consagrado en la directriz 5 que establece:

> "Parties, party representatives, and experts shall not use any forms of AI in ways that affect the integrity of the arbitration or otherwise disrupt the conduct of the proceedings. Parties, party representatives and experts shall not use any form of AI to falsify evidence, compromise the authenticity of evidence, or otherwise mislead the arbitral tribunal and/or opposing party(ies).".

Como las pautas de la Guía SVAMC, la Guía del CIArb sobre el uso de IA en el arbitraje (2025):

> "Seeks to give guidance on the use of AI in a manner that allows dispute resolvers, parties, their representatives, and other participants to take advantage of the benefits of AI, while supporting practical efforts to mitigate some of the risk to the integrity of the process, any party's procedural rights, and the enforceability of any ensuing award or settlement agreement".

La parte IV de la Guía CIArb aborda el uso de la IA por los árbitros en una línea similar pero con más discrecionalidad a la establecida en la Guía SVAMC. El artículo 8, titulado "Discreción sobre el uso de IA por los árbitros", prevé que los árbitros pueden considerar el uso de herramientas de IA para mejorar el desempeño de su función, incluyendo tanto la eficiencia del procedimiento como la calidad de la toma de decisiones del árbitro, sin que ello implique la renuncia del árbitro a sus poderes relativos a la toma de decisiones para delegarlos a la IA. Si al delegar cualquier tarea a las herramientas de IA, el árbitro puede verse influenciado en el ejercicio de sus decisiones procesales y sustanciales, también debería abstenerse entonces de usarla. Con todo, los árbitros asumirán la responsabilidad de todos los aspectos del laudo, con o sin asistencia de la IA.

Por su parte, el artículo 9 de la Guía CIArb sobre "Transparencia sobre el uso de IA por los árbitros" alienta a los árbitros a consultar con las partes, así como otros árbitros en el mismo tribunal, sobre si las herramientas de IA pueden ser utilizadas por ellos a lo largo de los procedimientos arbitral. Ahora bien, más allá del mundo arbitral, pero no por tanto menos inspiradoras, las Reglas UNESCO, a través de quince principios, busca orientar la adopción, gobernanza y supervisión de estas tecnologías en el poder judicial, entre los que se encuentran la seguridad, la proporcionalidad, la auditabilidad, la justicia, la supervisión humana, la transparencia y la protección de los derechos humanos, ofreciendo un marco ético global pionero para integrar la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y tribunales de manera responsable e instruida. El objetivo central de estas Reglas es que la IA funcione como un instrumento de apoyo que optimice la gestión de casos sin reemplazar jamás el juicio crítico de los profesionales legales.

B) Obligaciones específicas sobre IA de tipo normativo vinculante o hard law

Como quedó establecido en la sub-sección A(2) de más arriba, el cuerpo normativo vinculante o *hard law* con impacto internacional más evolucionado al día de hoy en materia de IA es el Reglamento de la Unión Europea, por lo que se reenvía a los análisis ofrecidos más arriba.

Ahora bien, fuera de un contexto comunitario o de integración, algunas jurisdicciones nacionales han venido regulando el tema de la IA.

En Ecuador, por ejemplo, fue proferida la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual (2023), sumado a que la Superintendencia de Protección de Datos Personales emitió una regla general sobre el uso de IA, mediante la Resolución No. SPDP-SPDP-2024-001 que obliga a los responsables, incluyendo centros de arbitraje o tribunales que usen IA, a informar si se toman decisiones automatizadas con impacto legal y a realizar auditorías de riesgo.

Algunas de estas normativas internas se dirigen precisamente a la función jurisdiccional. A título de ilustración, el 12 de diciembre de 2023 la Oficina Judicial del Reino Unido profirió las Orientaciones judiciales sobre el uso de la inteligencia artificial, en las que autorizó el uso de ChatGPT y herramientas de IA para autorizar a los jueces a redactar sus sentencias, mediante la adopción de una guía legal, en la que se identifica los riesgos de la IA como la precisión, la responsabilidad, el sesgo y la seguridad, sugiriendo minimizarlos a través de un uso responsable. Asimismo, se destaca la necesidad de utilizar la IA sin descuidar la obligación de proteger la integridad de la administración de justicia.

Algunos Estados han optado por aportar aclaraciones e ilustraciones sobre el uso de

la IA vía jurisprudencial. Es el caso de Colombia, cuya Ley 1563 de 2012 o Estatuto arbitral es silencioso sobre la IA, pero la jurisprudencia de las altas Cortes ha venido a jugar un rol importante. En efecto, la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-323 de 2024) estableció que el uso de la IA por parte de un juez no constituye una violación del debido proceso, siempre y cuando la herramienta no reemplace la función jurisdiccional. Esto significa que la IA puede ser utilizada para tareas complementarias como la investigación o la fundamentación de decisiones que ya han sido tomadas por el juez humano.

Esta decisión marca un precedente que distingue claramente entre la IA como un asistente valioso y la IA como un sustituto del juicio humano, proporcionando un marco de seguridad legal para su uso en el país, lo que se inserta en las guías arbitrales de soft law analizadas justo en la sub-sección i) de más arriba.

C) Obligaciones derivadas del pacto arbitral

El pacto arbitral es un acuerdo únicamente entre las partes en el que el árbitro es un sujeto pasivo o parte del contenido obligacional del pacto, por lo que la fuente principal sobre lo que se espera del árbitro y su comportamiento proviene del pacto arbitral, el cual, además, puede incluir disposiciones que rijan el uso de la tecnología y de la IA (Jiménez Mahecha, 2025).

En el pacto arbitral, muchas veces, puede haber acuerdos específicos o por reenvío a reglamentos de arbitraje institucionales tendientes a regular la actividad arbitral. Si bien los pactos arbitrales no vienen acompañados del nombre específico de un árbitro, si pueden venir acompañados con ciertas características que los árbitros deben comportar, como también pueden asumir una redacción neutra. Con todo, dado que el arbitraje es una jurisdicción, en el término literal de la palabra *iurisdictio* o capacidad para decidir o decir el derecho, que nace con la voluntad de las partes y tiene una naturaleza claramente consensualista y especial, se espera que la función de los árbitros sea una que se ejerza sobre una base *intuito personae*, lo cual implica que no delegue su actividad.

En este sentido, mucho se ha dicho sobre el principio de no delegación de la función arbitral, principalmente la deliberatoria y decisoria, lo cual entraría en el corazón del compromiso de los árbitros que nace desde el pacto arbitral mismo cuando las partes se someten voluntariamente a la función arbitral. Sobre esto volveremos más adelante cuando se establezcan las normas específicas sobre IA. De la función arbitral se desprenden también los deberes de independencia e imparcialidad, disponibilidad, confidencialidad, transparencia hacia las partes, celeridad y, globalmente, responsabilidad en el ejercicio de la función arbitral que deben ser garantizados en la era de la IA.

D) Obligaciones derivadas de las reglas de arbitraje

Las reglas de arbitraje pueden estar contenidas en el pacto arbitral por voluntad directa y específica de las partes, como pueden estar diferidas, también por voluntad, a un reglamento de arbitraje de la institución que administrará el arbitraje o a un reglamento *ad-hoc* y, también, terminan siendo acordadas por las partes con el tribunal en la orden procesal que regule las cuestiones procesales para la conducción del arbitraje, así como en las ulteriores órdenes que, en la adecuada conducción del arbitraje y en respeto de las garantías procesales, el tribunal termine dictando (Correa, 2026).

Puesto que las reglas contenidas en los pactos arbitrales y en las órdenes procesales son, por su propia naturaleza, específicas, conviene explorar los Reglamentos de arbitraje que ofrecen soluciones generales. En efecto, los Reglamentos, por lo general, reflejan disposiciones globales de comportamiento de los árbitros, como los deberes de independencia e imparcialidad, disponibilidad, confidencialidad, transparencia hacia las partes y celeridad, principalmente.

Por ejemplo, bajo el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI 2021) y el artículo 11 del Reglamento de Arbitraje Administrado del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC 2024), se exige una declaración formal de independencia e imparcialidad que no es un acto único, sino un compromiso permanente durante todo el proceso. Asimismo, la disponibilidad se ha consolidado como un requisito procedimental crítico, tal como se observa en el artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA 2020) y el artículo 18 de las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC 2023), donde el árbitro debe manifestar expresamente que cuenta con el tiempo necesario para resolver el litigio con celeridad. Finalmente, el deber de confidencialidad se articula de forma específica en normativas como la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC

2025), asegurando que la integridad de la información sensible del arbitraje se mantenga protegida frente a terceros.

Ahora bien, específicamente, algunos Reglamentos han comenzado a ofrecer normas en materia de IA. Un buen ejemplo lo ofrece la AAA-CIRD, que ha adoptado una de las posturas más proactivas y detalladas sobre el uso de la IA en el arbitraje, anclando su guía en el Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales. La guía fomenta el uso de la IA para tareas como la verificación de hechos, el resumen de documentos y la verificación de citas, siempre y cuando se cumplan los principios de (i) competencia, que requiere que los profesionales entiendan los riesgos y beneficios de la tecnología, de (ii) confidencialidad, que exige el uso de herramientas seguras que no comprometan los datos sensibles del caso e, (iii) independencia, que subraya que la IA debe apoyar, y no reemplazar, el juicio y la experiencia del árbitro humano.

La guía AAA-CIRD también insta a la transparencia, requiriendo que los árbitros divulguen el uso de herramientas de IA generativa si dicho uso "impacta materialmente el proceso arbitral o el razonamiento subyacente de sus decisiones". Al basar su enfoque en principios éticos preexistentes, el ICDR busca reducir la incertidumbre y proporcionar una hoja de ruta clara para el uso responsable de la IA en los arbitrajes (Mulcahy, 2024).

La relevancia de reglas arbitrales específicas en materia de IA es más que evidente. Pero ¿puede decirse lo mismo de las reglas arbitrales generales? La respuesta afirmativa se impone, dado que, al ponerlas en el contexto de la IA, su importancia deviene evidente, en particular para aquellas sobre la confidencialidad y la transparencia.

En efecto, como analizado más arriba, los árbitros deben informar a las partes si pretenden usar alguna IA y cómo la usarán, lo cual impone un claro refuerzo del deber de transparencia hacia las partes en el contexto de la IA. Pero también, los árbitros se obligan a usar con extrema prudencia y confidencialidad la información del caso, deber que se incrementa con el uso de la IA, de suerte que sea garantizado el uso de una herramienta confiable, seria y con un adecuado estándar de seguridad. Claramente, principios como la eficacia también pueden verse impactados por la IA, toda vez que el gran éxito de la IA es el alto nivel de eficacia con el que permite trabajar y llegar a resultados.

¿Podrían verse los clásicos principios de independencia e imparcialidad comprometidos con el uso de la IA? *A priori*, resulta difícil encontrar un escenario en el que una respuesta afirmativa se imponga. Sin embargo, podría pensarse en un escenario hipotético, en el que el árbitro, en abierta contrariedad a sus deberes de no delegación, de control y de supervisión, decide acudir a la IA para redactar el laudo total o parcialmente. Al actuar de esta manera, el árbitro estaría haciendo suyo el resultado en su integridad, incluyendo los sesgos que la decisión contenga, que no son otra cosa que visiones parcializadas de las partes o del caso, violando así sus deberes de independencia e imparcialidad.

En este contexto, la independencia e imparcialidad estarían siendo comprometidas de una manera distinta a la que clásicamente se les ha entendido, pero no por tanto, dejan de verse afectadas, toda vez que el árbitro que delegue su deber de decisión, no está cumpliendo con su obligación de producir un laudo en independencia e imparcialidad intelectual, según su verdadero raciocinio y experiencia. En otras palabras, el árbitro sería dependiente de la IA y los resultados que ésta arroje, perdiendo, por defecto, su imparcialidad.

Ahora bien, con la proliferación de las herramientas de IA, es recomendable que el tribunal no pierda la oportunidad de discutir con las partes abiertamente sobre si las partes quieren usar IA, qué tipo de herramienta usarían, para qué la usarían, cómo la usarían. Igualmente, el tribunal debería hacer las consultas necesarias con las partes en caso de que pretenda usar alguna IA. Esto ayuda a garantizar la transparencia, la confidencialidad, el adecuado uso de la IA y el debido proceso al establecer reglas claras para todos sobre el uso de la IA en el proceso arbitral.

E) Obligaciones derivadas de las reglas de la sede arbitral (anulación) y del reconocimiento (ejecución)

Finalmente, la ley en materia de IA de la sede arbitral, para efectos de la anulación del laudo, así como de la ley del lugar del reconocimiento del laudo, para efectos de su ejecución, deben ser atendidas para que el laudo tenga plena validez y eficacia, respectivamente.

Toda vez que en las sub-secciones A (2) y B(1) (b)(ii) de más arriba ya se exploraron algunos ejemplos de normativa vinculante en materia de IA, tanto nacional como regional, que permite determinar el contenido de dicha normativa, en esta sub-sección no se hará más alusión a estas cuestiones, por lo que conviene simplemente hacer el reenvío respectivo. Sin embargo, sí conviene analizar

en esta sub-sección el impacto de dicha normativa sobre IA en la anulación y en la ejecución del laudo.

Cierto, de ser consideradas de estricta aplicación territorial, como ocurre con las normas del Reglamento de la Unión Europea sobre IA, o de ser consideradas normas imperativas o de orden público, es evidente que las leyes o reglamentaciones sobre IA, (i) de ser las de la sede arbitral, deben ser respetadas tanto por los árbitros como por las partes y sus abogados, así como los otros participantes del proceso arbitral, con la intención de evitar una posible anulación del laudo o, (ii) de ser las del lugar del reconocimiento y posterior ejecución del laudo, igualmente, deben ser tenidas en cuenta a título de orden público o de respeto del debido proceso por el juez del reconocimiento.

De no ser así, la violación de normas obligatorias sobre IA puede comportar la anulación del laudo o impedir su reconocimiento y ejecución, al concretarse en violaciones al debido proceso, al orden público, o las reglas procesales o a la voluntad de las partes expresada en su pacto arbitral.

3.1.3. Comportamiento contrario a la obligación sobre la IA
Ahora bien, para cerrar el análisis del hecho generador, la evidente infracción o incumplimiento de la obligación sobre IA no puede hacerse esperar más. Bajo el régimen de responsabilidad subjetiva, como se ha venido analizando, los hechos que configuran la infracción se relacionan con el incumplimiento de deberes esenciales del árbitro.

Algunos de ellos serían la omisión del árbitro de informar a las partes sobre el uso de IA en el proceso, pese a tener la obligación de hacerlo; la indebida delegación de la decisión a la herramienta de IA, cuando su deber era mantener la función indelegable de decidir; o, incluso, habiendo sido facultado por las partes para usar herramientas de IA, su falta de diligencia en supervisar, revisar y controlar los resultados arrojados por la máquina para evitar así las famosas alucinaciones; la falta de control y diligencia entregando data confidencial a sistemas de IA de acceso público, sin anonimizar o proteger la información del arbitraje en aras de garantizar la confidencialidad; la falta de transparencia hacia las partes tendiente a informar sobre resultados concretos obtenidos de la IA, como textos, imágenes, diseños, videos, etc, (Jiménez Mahecha, 2025).

Estos hechos generadores enfocándose en la actividad del árbitro, de concretarse y por sí mismos, demuestran una falta de transparencia o de diligencia, así como un abuso de sus facultades, lo cual podría conducir, como mínimo a una anulación del laudo como será analizado más adelante.

Ahora bien, muchos de estos hechos generadores son predicados también de los abogados que representan partes en el arbitraje, en particular cuando presentan contenidos generados por la IA sin verificación alguna o, inclusive, en un escenario de producción probatoria falsa, ampliándose el espectro de la responsabilidad de una simple falta de diligencia hasta, inclusive, un dolo. Estos hechos pueden comprometer el laudo de alguna manera, pero, sin duda, podrán generar responsabilidad del abogado hacia su cliente.

3.2. Daño reparable ocurrido por la intervención de la IA
El daño es el menoscabo patrimonial o extrapatrimonial sufrido por la víctima, y constituye un elemento esencial para la procedencia de la reparación (De Armenteras Cabot, 2021). Para que un daño sea jurídicamente reparable, se requiere que cumpla con ciertos criterios fundamentales, como la certeza del daño y su cuantificación (Breton, 2025).

El daño, como bien se sabe, puede ser patrimonial o extrapatrimonial, también puede ser futuro, pero en todo caso deberá ser cierto (Müller & Breton, 2025). En este contexto, conviene cuestionarse sobre el daño que puede ocasionar el hecho generador con ocasión de la IA en el arbitraje internacional, desde la perspectiva de un daño material (a) y de otro de tipo moral (b).

3.2.1. Daño material o de orden patrimonial
El daño material que ocurriría a una parte en arbitraje, por la intervención de la IA, se vería necesariamente reflejado en el procedimiento arbitral y en las resultas del proceso concretadas en el laudo. Para ello, el hecho generador debe tener un impacto tal que ocasione un daño real, como el que ocurriría con una alucinación no verificada ni corregida que hubiera hecho que la motivación del laudo fuera en un sentido y no en otro, o que información confidencial de las partes se encontrara revelada en el dominio público por el uso indebido de la IA, por ejemplo.

Ante un tal escenario, vale la pena cuestionarse sobre dos situaciones concretas. Primero, es importante determinar si se requiere que el laudo resulte anulado para poder reclamar dicho daño en un escenario de responsabilidad. Segundo, es importante determinar cuál sería el contenido preciso del daño a ser reparado. Ambas preguntas pueden guardar cierta correlación, dependiendo de si el daño afecta el procedimiento y el laudo

arbitral, o si afecta derechos de las partes sin que las resultas del proceso o el procedimiento se vean directamente afectados.

En efecto, cuando el daño impacta el procedimiento arbitral y el laudo en sí mismo, parece razonable que la declaratoria de nulidad del laudo se de en un primer momento para efectos de probar, aún más fehacientemente, que el daño se dio, hasta el punto de desembocar en su anulación . Aquí es importante comprender que la anulación del laudo es un eslabón más en la concretización del daño o una parte del daño, si se quiere, pero no el daño en sí mismo.

Uno de los casos más paradigmáticos que podría demostrar este tipo de daño sería el que podría resultar del caso LaPaglia c. Valve (laudo final del 7 de enero de 2025), un arbitraje administrado por la AAA, en el que el demandante, John LaPaglia, impugnó un laudo arbitral ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California debido a una presunta delegación indebida de la función jurisdiccional, donde un árbitro habría utilizado ChatGPT para redactar el laudo, resultando en un documento con errores fácticos, alucinaciones consistentes en hechos no presentados y deficiencias estilísticas propias de la IA generativa.

El demandante solicitó la anulación del laudo invocando las causales previstas en la Ley Federal de Arbitraje, artículos 10(a)(3) y (a)(4), es decir, por "*misconduct by an arbitrator prejudicing the rights of a party to the arbitration proceeding*" y por "*arbitrators exceeding their powers"*. El fundamento fue que el árbitro había delegado parte de su análisis a una IA generativa sin haberlo divulgado, lo que resultó en un laudo con hechos falsos y no presentados por las partes en el arbitraje, acompañado de ciertas señales estilísticas propias de IA, lo que sugería una autoría, a l menos, parcial de IA. Aunque el 9 de diciembre de 2025 la Corte decidió que concedía la moción para desestimar la primera petición enmendada para anular el laudo arbitral por falta de jurisdicción, el caso ilustra los riesgos y las líneas rojas identificadas por la doctrina: el árbitro no puede delegar su función decisoria en IA, y la revisión humana es indispensable (consultado en iusmundi 2026).

En este contexto, el daño que se genere por el hecho del indebido uso de la IA, al tener un impacto directo en el proceso arbitral y su laudo, podría consistir en lo que costó el arbitraje a la parte, incluyendo su anulación, es decir un daño emergente, eventualmente un daño futuro por los costos de un nuevo proceso arbitral o judicial y, si la parte logra probarlo, un potencial lucro cesante o pérdida de oportunidad, según corresponda, por ciertas ganancias no percibidas con el dinero de los costos y gastos arbitrales, llegando inclusive a imaginarse el monto compensatorio de unas resultas favorables de un laudo, aunque todo esto último resulte sumamente complicado.

En efecto, reclamar por una posible pérdida de oportunidad, como habría sido ejecutar un posible laudo a favor, equivaldría a reclamar por la totalidad del monto en disputa del arbitraje que termina en anulación por el hecho dañino generado con ocasión de la IA, lo cual sería desproporcional y lógicamente insostenible. El laudo adverso puede haber sido el resultado de múltiples factores, como la debilidad de los méritos del caso, con mucha, poca o ninguna relación con el uso de la IA. Para que tal reclamación prosperara, la parte perjudicada tendría que probar con certeza que, de no haber sido por la negligencia en el uso de la IA, el resultado del arbitraje habría sido una victoria completa, o al menos parcial por el monto estimado, y no hay que olvidar que un tal estudio llevaría a analizar los méritos del caso, lo que complicaría las cosas, pues más allá del recurso de anulación por las causales estrictas, no hay revisión del fondo o apelación de laudos, inclusive bajo un análisis de responsabilidad civil del tribunal arbitral.

Con todo, la finalidad de la indemnización es reparar el daño causado por la negligencia, no compensar por el resultado hipotético de un caso real. Por lo tanto, la reclamación lógica debe centrarse en los daños directos y probables, como los costos adicionales del litigio, los honorarios de un nuevo procedimiento, sin que se produzcan dobles condenas ni pérdidas económicas directamente atribuibles al error de la IA, y no al fondo de la controversia. Con todo, la cuantificación del daño es un ejercicio complejo que a menudo requiere la intervención de peritos y la valoración discrecional del tribunal arbitral (Ferrando, 2024).

Por otra parte, la carga de la prueba recae en la parte que demanda en responsabilidad al árbitro que así haya actuado, quien debe demostrar la existencia del perjuicio y los demás elementos de la responsabilidad.

Ahora bien, puede iniciarse un proceso de responsabilidad civil contra el árbitro que hace un indebido uso de la IA así no haya aún anulación de laudo, pues son dos cosas distintas. No obstante, como dicho más arriba, obtener la anulación del laudo por la negligencia o el error en el uso de la IA deja en una situación mucho más ventajosa a la parte reclamante.

Para cerrar el análisis del daño desde la perspectiva de la responsabilidad civil subjetiva generada por el hecho del árbitro que indebidamente usa la IA, el análisis parece ser uno distinto cuando el daño no afecta en sí mismo el proceso arbitral o el laudo, sino ciertos derechos de las partes como lo que ocurriría con la violación de la confidencialidad que podría ocurrir cuando el árbitro, imprudente y sin ningún cuidado, revela información confidencial del arbitraje al usar herramientas de IA. La parte que pretenda reclamar este tipo de daño, primero que todo, no requiere anular el laudo antes de iniciar cualquier proceso de responsabilidad contra el árbitro, a menos que lo dese hacer por otras razones y, segundo, podrá reclamar directamente por los daños que considere ciertos y directos de dicha negligencia en el uso de la IA por parte del árbitro.

En cuanto a la responsabilidad de los abogados por un indebido uso de la inteligencia artificial, esto es algo que no necesariamente pondría el laudo en peligro, o la actuación global del arbitraje como cuando el error proviene del árbitro, aunque debería analizarse caso por caso. En estos eventos, los tribunales deben ejercer un control mayor sobre las actuaciones que ejercen los abogados para que el error de estos últimos trascienda al procedimiento completo.

En el caso de la conducta de los abogados, en el caso Zhang c. Chen, (2024) de la Corte Suprema de Columbia Británica un abogado presentó jurisprudencia inexistente generada por ChatGPT. El tribunal consideró que esto constituía abuso de procedimiento y una declaración falsa, enfatizando la obligación de verificación y era probable que pusiera en tela de juicio la integridad del sistema de justicia, estableciendo que:

> [29] Citing fake cases in court filings and other materials handed up to the court is an abuse of process and is tantamount to making a false statement to the court. Unchecked, it can lead to a miscarriage of justice.
> […]
> [46] As this case has unfortunately made clear, generative AI is still no substitute for the professional expertise that the justice system requires of lawyers. Competence in the selection and use of any technology tools, including those powered by AI, is critical. The integrity of the justice system requires no les.

En el caso, Lloyd's Register Canada Ltd. c. Choi (2025), la Corte Federal de Canadá rechazó una solicitud procesal contaminada por referencias alucinadas generadas por IA. La sanción fue la eliminación del escrito abusivo del expediente.

Finalmente, vale la pena recordar los términos del análisis sobre responsabilidad objetiva o híbrida de la primera sección A) para recordar que en esos eventos el daño que se produce del hecho de la IA, al implicar unos riesgos, es lo único que cuenta en el análisis de responsabilidad.

3.2.2. Daño moral o extrapatrimonial

El daño moral se refiere al sufrimiento psicológico, la pérdida de reputación, la ansiedad o la humillación que experimenta una persona o, en casos excepcionales, una persona jurídica (Müller & Breton, 2025).

¿Cómo se podría generar este tipo de daño en las partes de un arbitraje por el indebido uso de la IA por parte de los árbitros? ¿Podría ser el hecho de sentirse ofendidas por un árbitro que usó IA sin decirlo o, que, en lugar de decidir por sí mismo, delegó en la IA la decisión? ¿La defraudación de la confianza podría ser un daño reparable?

La confianza es el pilar sobre el que descansa el arbitraje internacional , dado que a arbitraje no se llega por defecto ni por imposición, sino por voluntad que, en últimas, es una señal de confianza en el sistema arbitral. La pérdida de credibilidad y la erosión de la confianza de las partes en el proceso, como consecuencia de un uso indebido de la IA por parte de los árbitros, son riesgos que potencialmente pueden ser reales.

Si bien la defraudación de la confianza, en abstracto, no es un daño en sí mismo, sí podría ser uno de los fundamentos de una reclamación por daño moral. Para que é sta prospe re, la parte perjudicada, ya sea una persona física o jurídica, debería demostrar que esa violación de la confianza resultó en un daño tangible, como un deterioro de la salud, estrés grave o una pérdida significativa de reputación, por ejemplo. También, esta situación de daño moral se puede ver bien ilustrada con la vulneración de la confidencialidad a la que se accede a través del arbitraje por hacerla accesible al dominio público través de una herramienta de IA sin ningún tipo de seguridad, lo que podría implicar un daño moral reputacional. Basar una decisión en un resultado con sesgo, también podría vulnerar moralmente a la persona.

Con todo, la jurisprudencia arbitral ha reconocido la posibilidad de que personas jurídicas reclamen por daño moral relacionado con la pérdida de reputación o crédito. Por lo tanto, la responsabilidad civil no solo actúa como un mecanismo de reparación individual, sino también como una herramienta de gobernanza del sistema arbitral, incentivando prácticas responsables con la IA y disuadiendo conductas que puedan dañar la integridad de la industria en su conjunto (Colombo, 2024).

4. Nexo de causalidad entre el hecho generador y el daño en el contexto de la IA en el arbitraje

Por obvio que pueda parecer, el nexo de causalidad no es otra cosa que el vínculo inquebrantable entre el hecho generador y el daño, de suerte que no haya equívoco en la imputación de la responsabilidad al autor del hecho omisivo o activo (Jarrett, 2026).

Cuando el análisis de la responsabilidad se enfoca en el hecho directo de la IA, sin intervención human a, como fue establecido en la sección A demás arriba, probar el nexo de causalidad entre el error de la IA autónoma y el daño sufrido por una parte es el mayor desafío en este campo. La complejidad de los algoritmos, los sesgos y la opacidad de los sistemas, conocida como el problema de la caja negra, hace casi imposible que una víctima demuestre que un fallo específico en el algoritmo o en los datos de entrenamiento fue la causa directa de un laudo desfavorable (Delgado, 2024).

A pesar de que un perito informático o un experto en IA podría analizar la IA, su diseño, el funcionamiento del algoritmo, los datos de entrada y el proceso de decisión para identificar el error, tal vez no siempre se pueda llegar a un resultado preciso, más cuando a esto se suma la difícil determinación de en qué momento del proceso ocurrió el error, sino que varios de esos componentes para que funcione la IA provienen de diferentes actores, como diseñadores, fabricantes, operadores y usuarios.

La evidente multicausalidad se impone bajo la idea de la dificultad de determinar la fuente exacta del error, lo que ha llevado a muchos a hablar de una responsabilidad no individual sino funcional, de un régimen de responsabilidad objetiva por producto defectuoso como se destila bajo el régimen europeo y de la analogía con el régimen de responsabilidad que se genera para el dueño de un animal que al no estar controlado genera un daño (Quesada Páez, 2026) la idea detrás es la generación de un riesgo que, al ser puesto en funcionamiento en el mercado, genera una responsabilidad que se desprende de su control y garantía de funcionamiento.

Este tipo de responsabilidad hace que cualquier estudio sobre el nexo de causalidad desaparezca y la imputación a quien ofrece la IA se haga de manera inmediata a que se sufre el daño. De alguna manera, esto es lo que ocurriría con un *AI Robot* que, autónomamente y sin ningún tipo de intervención humana, resuelva un litigio. Quien lo ofrezca o controle, ya sea una persona jurídica o natural, debería responder ante el usuario víctima, sujeto a estrictas situaciones de limitación que fueron analizadas más arriba en la sección A.

Pero al tratarse de la responsabilidad subjetiva, el nexo de causalidad sí deviene importantísimo para entrar a determinar ese vínculo inquebrantable entre el daño alegado y el hecho generador. En otras palabras, se tratará de determinar que el árbitro que infringió sus obligaciones derivadas del uso de IA fue quien, con su actuar omisivo o activo, generó el daño que la parte alega. El mismo análisis sería aplicable al abogado.

En este sentido, si la parte alega que el daño producido consiste en que se haya divulgado información confidencial como secretos profesionales, industriales, o simplemente reputacionales y su consecuente impacto económico, como consecuencia del actuar negligente del árbitro que expuso dicha información a una IA con poca o ninguna seguridad, el nexo debe ser probado por quien lo alega en el sentido de que el hecho del árbitro en el uso de la IA fue el único que generó la divulgación de la información.

Tomando el ejemplo del laudo arbitral elaborado parcial o totalmente con IA sin control del árbitro humano y usuario de la IA, la parte debe probar que ese hecho fue el que provocó el daño consistente tanto en la falta de transparencia del árbitro de no informar sobre el uso de IA y/o, según el caso, de no haber sido diligente al ejercer control, supervisión y revisión humana sobre el resultado de la máquina.

Sobre lo primero, es decir la falta de transparencia, la lógica detrás es que el laudo debe ser un documento transparente, con un razonamiento comprensible y lógicamente trazable. Si el árbitro utiliza una herramienta de IA para generar el razonamiento y no puede explicar su lógica interna, se compromete la posibilidad de control posterior y se rompe el equilibrio procesal entre las partes, ya que la decisión se vuelve opaca en lugar de estar debidamente razonada. Aquí el lazo causal puede ser más fácilmente demostrable.

Sobre lo segundo, es decir la falta de control sobre el resultado, el lazo causal puede ser más difícilmente demostrable porque la parte que lo pretenda alegar debe probar que el resultado del laudo habría sido otro completamente distinto al que el árbitro hubiera llegado si lo hubiera hecho por sus propios medios derivados de su propia inteligencia humana. En esta hipótesis, las alusiones extremas y comprobadas derivadas de la máquina tienen que ser tan

fundamentales y esenciales al criterio decisorio que, de no haber existido, el resultado habría sido otro, y así lograr facilitar la comprobación del nexo de causalidad entre la alucinación no controlada y el daño causado. No obstante, siempre será casi imposible demostrar que el árbitro no habría podido llegar a la misma conclusión de la herramienta de IA porque eso ya hace parte del proceso interior cognitivo objetivo y subjetivo sobre cómo el árbitro habría decidido.

Estos ejemplos han demostrado que, definitivamente, el elemento más difícil de comprobar termine siendo el del nexo de causalidad, por lo que es probable que tratándose de este tipo de responsabilidad subjetiva por el uso de la IA, se esté en presencia de un escenario multicausal que podría generar ya sea un rompimiento total o uno parcial de la causalidad directa que debería existir entre el hecho generador del árbitro que usa indebidamente la IA y el daño, por típicas co-causalidades como el hecho de la víctima, el hecho de un tercero, de una fuerza mayor, u otro factor que tenga la capacidad de romper la responsabilidad. Seguramente, no todos estos factores pueden ocurrir en arbitraje, como la fuerza mayor, por ejemplo, pero algunos de ellos sí pueden tener un impacto mayor.

Si se toma el ejemplo de un posible rompimiento del nexo de causalidad o atenuación del a responsabilidad por el hecho de la víctima que también usó IA puede resultar de cierto interés en arbitraje. En efecto, el contexto del arbitraje, tanto el árbitro como los abogados de las partes son profesionales que tienen el deber de actuar con diligencia, por lo que si una parte, por ella misma o por sus abogados, utiliza un sistema de IA para preparar su caso, ya sea procesando pruebas, redactando argumentos de los memoriales, analizando precedentes sin la debida diligencia de verificación y control sobre dichos resultados que termina incluyendo en sus memoriales y alegaciones orales, todo lo cual terminará siendo usado por el árbitro en su laudo, lo mínimo que puede obrar es o una atenuación de responsabilidad, pudiendo ir hasta un rompimiento de causalidad, porque el error original proviene del abogado de parte, reduciendo el impacto de cualquier negligencia del árbitro en la comprobación de veracidad e idoneidad de la información dada por los abogados.

En el estado actual del arbitraje internacional, caracterizado por una visón adversarial que reposa en que cada parte presente su caso (Vercauteren, 2013) existe una presunción de buena fe sobre los argumentos y pruebas que las partes presentan en el arbitraje, por lo que salvo que existan tachas u objeciones formuladas por la otra parte, los árbitros tienden a creer en lo presentado por cada parte, por lo que sería difícil y hasta incómodo trasladar la falta del abogado negligente que entrega pruebas y memoriales con errores de resultados obtenidos con una herramienta de IA que no fueron corregidos ni verificados al árbitro. En este escenario se estaría en un evento de rompimiento del nexo causal por el hecho de la víctima. Sin embargo, en sistemas donde los árbitros estén invitados a hacer *iura novit curia* y a tener un rol más inquisitivo y controlador, el hecho de la víctima podría llevar a un posible escenario de co-causalidad con un rompimiento puro del nexo de causalidad que conlleve a una culpa compartida o atenuación de la responsabilidad.

El resto de hechos, como el de tercero o el de la fuerza mayor, al pasar necesariamente por el control y revisión que deben ejercer árbitros y abogados, son más complejos que puedan derivar en un rompimiento del nexo de causalidad, por lo que salvo en circunstancias particulares, debidamente comprobadas de un producto defectuoso o con fallas de diseño o de actualización que no permitieron al abogado o al árbitro, inclusive con un actuar diligente, tener la oportunidad razonable de detectar el fallo a través de una supervisión diligente, se podrían liberar la responsabilidad del árbitro o del abogado por rompimiento de causalidad (Ferrando, 2024).

5. Conclusiones

Del análisis anterior queda establecido que el hecho generado por la IA directamente o el que se genera por su uso y, ulteriormente, causa un daño, no requiere un régimen particular o especial de responsabilidad. Con ciertas adaptaciones o muestras de flexibilidad, las categorías de responsabilidad objetiva y subjetiva sirven para hacer un análisis de reparación, igualmente clásico, compuesto de (i) un hecho generador, (ii) un daño y (iii) un nexo de causalidad entre los dos primeros.

La IA es un fenómeno que no admite marcha hacia atrás, por lo que es mejor explorar los diferentes escenarios que se pueden presentar en caso de que su injerencia o uso cause un daño particular. En este sentido, regímenes de responsabilidad objetiva puros o atenuados, sirven a tratar la IA en sus aspectos que le son inherentes o en aquellos escenarios de IA autónoma que funciona sin la intervención humana, toda vez que por más parecida a la inteligencia humana que parezca, a la IA no puede predicársele culpa o dolo alguno, a menos que haya sido programada para comportarse de mala fe,

con dolo o con culpa. Si esto último fuera así, los evidentes reproches éticos no harían esperarse. Por el contrario, cuando se trata de su uso y, en particular, de su abuso o uso indebido, la responsabilidad no puede ser otra que la subjetiva basada en un régimen de culpa o dolo, según sea el caso.

En efecto, en los casos en que la IA sea ofrecida de manera independiente y autónoma para resolver litigios como lo hace un árbitro humano, a través de un árbitro robot, es muy posible que el régimen de responsabilidad que mejor atienda a cualquier daño que así se provoque sea uno objetivo. Sin embargo, cuando se trata del uso de la IA como una herramienta de trabajo, tal que se hace en la mayoría de casos hoy en día, tanto por abogados como por árbitros, la responsabilidad se genera de manera subjetiva por un uso negligente, imprudente, indebido o incorrecto.

En este sentido, los errores por un indebido uso de la IA del abogado para con su cliente serán resueltos, en buena parte de los casos, según el acuerdo de representación que tengan, así como por reglas de deontología de la profesión. Los errores del árbitro, por un uso negligente de la IA, serán arreglados ya sea por vía contractual o extracontractual, según los compromisos infringidos se encuentren de una manera o de otra.

Llama la atención el desarrollo de cuestionamientos novedosos, como el de los errores que aparezcan en un laudo originados en el uso de la IA que cometa un abogado de parte quien, actuando de manera negligente o, incluso, de mala fe, presenta falsas pruebas o argumentos con sesgos o con alucinaciones, y no son descubiertos por el tribunal arbitral quien basa su laudo en dichas pruebas. ¿Debería haber un nivel más elevado de vigilancia por parte de los árbitros, independientemente de si se está bajo un régimen arbitral inquisitivo o bajo un régimen adversarial de arbitraje? Si esto último se llegara a desarrollar de esta manera ¿estaríamos *ad portas* de una nueva interpretación del *principio iura novit curia*, de suerte que el tribunal arbitral se vea en la nueva obligación de verificar todos los argumentos y pruebas que las partes le sometan?

Algunos dirán que un laudo con error, basado en pruebas de hecho o de derecho falsas creadas con la asistencia de la IA aportadas por un abogado de parte, no debería extenderse al árbitro quien no debería tener una mayor vigilancia de la que actualmente tiene sobre las pruebas, sobre todo en un sistema adversarial de arbitraje, mientras que otros dirán que el árbitro debe estar seguro de la existencia y veracidad de las pruebas de hecho o de derecho sobre las que basa su laudo.

En todo caso, de volcarse todo hacia un mayor nivel de exigencia por parte del árbitro que le permita ejercer más ampliamente el principio de *iura novit curia*, independientemente del régimen arbitral, para así corregir el derecho independientemente de cómo se lo han presentado las partes porque para eso el adjudicador conoce el derecho, pondría una carga muy pesada en los árbitros quienes, además de interpretar adecuadamente el derecho, ahora deberían verificar la veracidad y existencia de los argumentos y pruebas de las partes que pueden ser presentadas con sesgos, alucinaciones y errores propios de la IA que no fueron controlados ni verificados por los abogados.

Con todo, es evidente que los principios del árbitro de imparcialidad e independencia, de flexibilidad, de eficacia, de no delegación o decidir el caso *intuito personae*, de confidencialidad hacia los terceros y de transparencia hacia las partes se incrementan de una manera muy considerable con el uso de la IA en el arbitraje internacional.

Ahora bien, puesto que algunos usos indebidos de la IA por parte del árbitro pueden conducir a un laudo obtenido de manera irregular en irrespeto del pacto arbitral, de los deberes inherentes del árbitro como el de decidir sin delegar, o de cualquier otro deber consignado en reglamentos de arbitraje, en derechos de la sede arbitral o en cualquier otro derecho *soft o hard* aplicable, dicho laudo puede terminar siendo anulado, abriendo más fácilmente las puertas al establecimiento de la responsabilidad del árbitro por el indebido uso de la IA.

Sin embargo, es pertinente advertir que, ya sea que se presente en un escenario de anulación, de reconocimiento o ejecución de laudos o, incluso, de responsabilidad, los errores por alucinaciones o sesgos, si bien entran en casillas de debido proceso y de orden público que, a la postre ya existen, pueden potencialmente llevar más lejos el análisis sustancial del laudo en sede judicial que, al día de hoy, no es posible bajo las causales previstas de anulación y de rechazo de reconocimiento de laudos. Es importante, desde ya, levantar banderas rojas a este nivel para evitar que esto ocurra o, en un hipotético caso, repensarse las categorías existentes para ir permitiendo, de manera generalizada y tratándose del involucramiento de la IA, la revisión sobre el fondo del laudo.

Si bien, los regímenes tradicionales de responsabilidad pueden adaptarse a los análisis que se deriven de la intervención y del uso de la IA en el arbitraje, no es menos cierto

que algunas situaciones como los acabados de mencionar a propósito de un posible mayor ejercicio del principio de *iura novit curia* y de una posible ampliación de las causales de anulación o de rechazo de reconocimiento de laudos, sí pueden verse alteradas con ocasión del estudio de la responsabilidad civil por el hecho y por el indebido uso de la IA, quedando así una invitación abierta a seguir repensando este régimen de responsabilidad propio al arbitraje en el contexto de la IA.

Referencias bibliográficas

Alonso Puig, J. M. (2018). El arbitraje: un ejercicio de responsabilidad. Otrosí, (1), 10–12. https://web.icam.es/wp-content/uploads/2018/06/Otros%C3%AD-1-2018.pdf

American Arbitration Association, & International Centre for Dispute Resolution. (s. f.). Principles and guidelines on the use of generative AI in ADR. https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/2025_AAA-ICDR%20Guidance%20on%20Arbitrators%20Use%20of%20AI%20Tools.pdf

American Arbitration Association, & International Centre for Dispute Resolution. (2025, 3 de noviembre). AAA-ICDR AI arbitrator now available for documents-only construction cases [Comunicado de prensa]. https://www.adr.org/press-releases/aaa-icdr-ai-arbitrator-now-available/

American Arbitration Association, & International Centre for Dispute Resolution. (2025). AAA-ICDR guidance on arbitrators' use of AI tools. https://go.adr.org/rs/294-SFS-516/images/2025_AAA-ICDR%20Guidance%20on%20Arbitrators%20Use%20of%20AI%20Tools.pdf

Arenas García, R. (2013). La responsabilidad civil del árbitro: cuestiones de derecho internacional privado. Cuadernos de Derecho Transnacional, 5(2), 131–155. https://doi.org/10.20318/cdt.2013.1820

Asociación Latinoamericana de Arbitraje. (2024). Diccionario arbitral ALARB: Guía de equivalencias de términos en arbitraje internacional. ALARB.

Baar v. Tigerman, 140 Cal. App. 3d 979 (Cal. Ct. App. 1983). https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/140/979.html

Baudin, A., & Bhatty, S. (2018). From the Stone Age to Black Mirror: Memory-retrieving technology in international arbitration. World Arbitration and Mediation Review, 12(2), 137–156.

Berasategui Zabalza, L. (2023). La responsabilidad civil en la era de la inteligencia artificial: ¿Un reto para el Derecho? [Trabajo de fin de grado, Universidad Pública de Navarra]. Repositorio Academica-e. https://academica-e.unavarra.es/handle/2454/45145

Breton, C. (2025, 12 de diciembre). Damages: General concept. En Jus Mundi Wiki Notes. Jus Mundi. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-damages-general-concept

Bustamante Fabara. (2026, febrero). General regulation for guaranteeing the right to personal data protection in the use of Artificial Intelligence systems. Legal Bulletin. https://bustamantefabara.com/en/wp-content/uploads/2026/02/LEGAL-BULLETIN-General-Regulation-for-Guaranteeing-the-Right-to-Personal-Data-Protection-in-the-Use-of-Artificial-Intelligence-Systems.pdf

Cámara de Comercio Internacional. (2024a). ICC overarching narrative on Artificial Intelligence. https://iccwbo.org/global-insights/digital-economy/icc-overarching-narrative-on-artificial-intelligence/

Cámara de Comercio Internacional. (2024b). Working Group on the use of information technology in international arbitration. Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI.

Castillo Freyre, M. (2020). La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje. *THEMIS Revista De Derecho*, (78), 149–166. https://doi.org/10.18800/themis.202002.008

Chartered Institute of Arbitrators. (2025). Ciarb guideline on the use of AI in arbitration.

Chiussi Curzi, L. (2021). Part IV - A general principle on corporate liability in international law. En General principles for business and human rights in international law. Brill Nijhoff. pp. 279–346. https://doi.org/10.1163/9789004440036_012

Colombo, M. C. (2024, 29 de octubre). Justificación del factor de atribución objetivo en la responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial. SAIJ. http://www.saij.gob.ar/dacf240112

Comisión Europea. (2022, 28 de septiembre). Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA) [COM (2022) 496 final]. https://delegacionue.camara.es/sites/default/files/202306/Propuesta%20de%20Directiva%20relativa%20a%20IA_0.pdf

Correa, D. X. (2024). De lo imaginario, de lo real, del uso, del abuso y de otros demonios sobre la inteligencia artificial en el arbitraje. En L. A. Gómez Domínguez (Ed.), Tendencias en la innovación legal: Derecho internacional de los negocios (Tomo X). Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2022, 24 de febrero). Sentencia T-069/22 (M. P. Jorge Enrique Ibáñez Najar). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-069-22.htm

Costa e Silva, P. (2021). Palestra de abertura - Transformação digital e resolução de disputas. En Comitê Brasileiro de Arbitragem (Ed.), Trabalhos do XIX Congresso Internacional de Arbitragem do CBAr: Arbitragem e Transformação Digital (pp. 57–68). CBAr.

Courts and Tribunals Judiciary. (2025, octubre). Artificial Intelligence (AI): Judicial Guidance. https://www.judiciary.uk/guidance-and-resources/artificial-intelligence-ai-judicial-guidance-october-2025/

Crawford, J. (2019). Brownlie's principles of public international law (9.ª ed.). Oxford University Press.

De Armenteras Cabot, M. (2021). El arbitraje ante el desafío de la inteligencia artificial. E-Mercatoria, 20(2), 31–59. https://doi.org/10.18601/16923960.v20n2.02

Delgado, R. (2024, 15 de marzo). El uso de la inteligencia artificial en el arbitraje y el problema de la caja negra: ¿Puede mantenerse el principio de debida motivación del laudo? Enfoque Derecho. https://enfoquederecho.com/el-uso-de-la-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje-y-el-problema-de-la-caja-negra-puede-mantenerse-el-principio-de-debida-motivacion-del-laudo/

Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo. (2024). Diario Oficial de la Unión Europea, L 2024/2853.

Drori, Y., & Shachar, R. (2023). An arbitrator's toolkit: Blockchain, cryptocurrency, and smart contract dispute resolution. Dispute Resolution Journal, 77(1), 1–18.

Eidenmüller, H. (2023). Liability for AI: Distributed agency and civil responsibility. European Review of Private Law, 31(1), 231–254.

Ferrando, J. (2024, 31 de mayo). Inteligencia artificial (II): Tipos de responsabilidad. ICA Blog. https://icablog.icab.cat/es/inteligencia-artificial-ii-tipos-de-responsabilidad/

Flórez Acero, G. D. (2025). El uso de la inteligencia artificial en el arbitraje: amigos con derechos. Vniversitas, 74. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj74.uaia

Gómez Ligüerre, C. (2025). Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial. InDret, (1), 6–32.

González de Cossío, F. (s. f.). IA para AI - Inteligencia Artificial para Arbitraje. Del Ludismo al Futurismo (Iurgium). González de Cossío Abogados, S.C. https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/IAparaAI.pdf

González García, L. A. (2021). La inmunidad de los árbitros en Latinoamérica: lo que hay y lo que falta. Revista ALARB, (2), 75–95.

Gonzalo Quiroga, M. (2023). La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente. Cuadernos de Derecho Transnacional, 15(2), 516–550. https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067

Gutiérrez García de Cortázar, E. (2021). Responsabilidad de los árbitros en España. Revista ALARB, (2), 96–112.

Hinestrosa, F. (2002). Tratado de las obligaciones: Concepto, estructura, vicisitudes (Tomo I). Universidad Externado de Colombia.

Jarrett, M. (2026, 23 de abril). Causation in international investment law. En Jus Mundi Wiki Notes. Jus Mundi. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-causation-in-international-investment-law

Jijón Letort, R., & Moncayo Grijalva, G. (2025). Inteligencia artificial en el arbitraje: avances, implicaciones y rol en la toma de decisiones. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, (15), 15–75. https://doi.org/10.18272/rea.i15.3787

Jiménez Mahecha, L. F. (2025). La responsabilidad contractual y extracontractual en el laberinto de la inteligencia artificial: perspectiva colombiana. Revista de Derecho Privado, 24(2), 194–220. https://doi.org/10.18601/16923960.v24n2.07

Lloyd's Register Canada Ltd. v. Choi, 2025 FC 1233 (Canadá).

Mainguy, D. (2019). Action extracontractuelle et arbitrage. Revue de l'Arbitrage, 2019(3), 685–718.

Martín-Casals, M. (2023, mayo). Inteligencia artificial y responsabilidad civil: propuestas de directivas de la Comisión Europea. Consorseguros Digital, (18).

Meinhardt, M., Frick, J., & Schramm, D. (2025, 13 de noviembre). The AAA-ICDR AI arbitrator: A new chapter in dispute resolution. Homburger; HSF Kramer.

Mulcahy, K. J. (2024, 15 de mayo). AAA-ICDR Principles Supporting the Use of AI in Alternative Dispute Resolution. Arbitrate.com. https://arbitrate.com/aaa-icdr-principles-supporting-the-use-of-ai-in-alternative-dispute-resolution/

Müller, D., & Breton, C. (2025, 12 de diciembre). Damages: General concept. En Jus Mundi Wiki Notes. Jus Mundi. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-damages-general-concept

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2025). Guidelines for the use of AI systems in courts and tribunals. UNESCO.

Quesada Páez, A. (2026). La atribución de responsabilidad civil por actos de sistemas autónomos de inteligencia artificial: desafíos para el derecho privado. InDret: Revista para el Análisis del Derecho, (1), 1–35. https://indret.com/wp-content/uploads/2026/01/2000-1.pdf

Raghuvanshi, A., & Keshan, V. (2019). Maneuvering through the digital labyrinth: Contemporary realities and prospective challenges in e-arbitration. World Arbitration and Mediation Review, 13(2), 155–174.

Redfern, A., Partasides, C., & Blackaby, N. A. (2023). Powers, duties, and jurisdiction of an arbitral tribunal. En Redfern and Hunter on international arbitration (7.ª ed., p. 281). Oxford University Press.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). (2024). Diario Oficial de la Unión Europea, L 2024/1689.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). (2017). Diario Oficial de la Unión Europea.

Rodríguez, M. (2020). Una mirada crítica del invisible del arbitraje: la responsabilidad civil y penal de los árbitros. En Psicoanálisis del arbitraje:

¿Solución o problema en el actual paradigma de justicia? (pp. 215–240). Tirant lo Blanch.

Silicon Valley Arbitration & Mediation Center. (2024). AI guidelines: Guidelines on the use of Artificial Intelligence in international arbitration. https://svamc.org/ai-guidelines/

Silva Romero, E. (2021). La responsabilidad civil y penal de los árbitros en el derecho francés. Revista ALARB, (2), 161–182.

Song Lihua v. Lee Chen Hon & Que Wenbin, HKCFI 1954 (Court of First Instance of the High Court of Hong Kong 2023).

Swiss Company v. French Company, 4A_76/2018 (Tribunal Fédéral [TF] 2018).

Turing, A. M. (1950). Computing machinery and intelligence. Mind, 59(236), 433–460. https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433

Vallespín Pérez, D. (2020). Responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial. Editorial Reus.

Vercauteren, L. (2013). The taking of documentary evidence in international arbitration. The American Review of International Arbitration, 23(2), 341–362. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-the-taking-of-documentary-evidence-in-international-arbitration

Zhang v. Chen, 2024 BCSC 285 (Canadá). https://www.bccourts.ca/jdb-txt/sc/24/02/2024BCSC0285.htm

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.005

El futuro del arbitraje deportivo en Europa, después del caso Seraing(*)

The Future of Sports Arbitration in Europe after the Seraing Case

Roque J. Caivano(**)
Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina)

Resumen: La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) el 1 de agosto de 2025 en el caso R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) volvió a poner en primer plano el debate acerca de la compatibilidad del arbitraje deportivo con las exigencias del derecho de la Unión Europea, en particular con el principio de tutela judicial efectiva. El pronunciamiento cuestiona la suficiencia del control judicial ejercido sobre los laudos del Tribunal Arbitral du Sport cuando dicho control es realizado por tribunales de Estados no miembros de la Unión, respecto de controversias relacionadas a la práctica del deporte como actividad económica desarrollada en territorio de la Unión. El trabajo examina los fundamentos del fallo, la opinión de la abogada general del TJUE, su inserción en la línea jurisprudencial del Tribunal en materia de arbitraje deportivo y las consecuencias de la sentencia para el sistema de resolución de disputas deportivas. Se sostiene que el Tribunal no deslegitima el arbitraje deportivo ni impone un control judicial amplio sobre los laudos, sino que exige la existencia de un control limitado, circunscripto a las cuestiones de orden público europeo, como condición para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Arbitraje Deportivo - Tribunal Arbitral du Sport (TAS) - Tutela Judicial Efectiva - Orden Público Europeo – FIFA - Derecho de la Unión Europea – Unión Europea

Abstract: The judgment delivered by the Court of Justice of the European Union (hereinafter, CJEU) on 1 August 2025 in the case R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) once again brought back to the forefront the debate on the compatibility of sports arbitration with the requirements of European Union law, particularly with the principle of effective judicial protection. The ruling calls into question the adequacy of judicial review exercised over the awards rendered by the Tribunal Arbitral du Sport when such review is carried out by courts of States that are not members of the Union, in relation to disputes concerning the practice of sport as an economic activity carried out within the territory of the Union. The article examines the reasoning of the decision, the opinion of the Advocate General of the CJEU, its place within the Court's jurisprudential line on sports arbitration, and the consequences of the judgment for the system of sports dispute resolution. It is argued that the Court neither undermines sports arbitration nor imposes a broad judicial review of arbitral awards but rather requires the existence of a limited form of review, confined to matters of EU public policy, as a condition for ensuring the effectiveness of the rights recognized by European Union law.

Keywords: Sports Arbitration - Tribunal Arbitral du Sport - Effective Judicial Protection - EU Public Policy – FIFA - European Union Law – European Union

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 3 de febrero de 2026 y su publicación fue aprobada el 19 de mayo de 2026.

(**) Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina) y doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador (San Salvador, El Salvador). Profesor de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Austral, Universidad Empresarial Siglo 21, Universidad Torcuato Di Tella, Universidad de San Carlos de Guatemala, Universidad de Palermo y Universität Heidelberg. Especialista en arbitraje. Director de la Diplomatura en Arbitraje de la Universidad Austral y de la Revista Argentina de Arbitraje. Presidente del Comité Organizador de la Competencia Internacional de Arbitraje. Autor de siete libros y aproximadamente 300 trabajos de doctrina. ORCID: https://orcid.org/0009-0005-6421-0095. Correo electrónico: roque.caivano@cabc.com.ar.

1. Introducción

Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE] encendió las alarmas sobre el futuro del arbitraje deportivo en Europa. El 1 de agosto de 2025, en el caso R.F.C. Seraing v. FIFA (C-600/23), el TJUE resolvió que la tutela judicial efectiva, una garantía esencial derivada del derecho europeo, requiere que exista una instancia de revisión ante los tribunales judiciales de un país miembro de la Unión Europea que pueda controlar si un laudo del Tribunal Arbitral du Sport (en adelante, TAS) es compatible con el orden público europeo; no siendo suficiente el control que pueda efectuar el Tribunal Federal suizo.

Sin embargo, como veremos, sus consecuencias son menos problemáticas de lo que *prima facie* aparentan.

2. El caso Seraing

Para mejor comprensión de los antecedentes del caso, narraremos brevemente su sustrato fáctico y jurídico, la opinión de la abogada general del TJUE y los principales aspectos del fallo del TJUE.

2.1. Antecedentes fácticos y procesales

En 2015, la Fédération Internationale de Football Association [FIFA] modificó sus reglas para la transferencia de jugadores, prohibiendo que terceros que no sean clubes de fútbol puedan tener la propiedad de jugadores. El Royal Football Club Seraing [Seraing], un club de la segunda división belga, con sede en la provincia de Lieja, había firmado acuerdos con Doyen Sports Investment Limited [Doyen Sports], un fondo financiero constituido en Malta, que invertía en jugadores de fútbol. Esos acuerdos, a través de los cuales Doyen Sports financiaba la compra de jugadores que fichaba Seraing y se quedaba con un porcentaje de la futura transferencia de los derechos económicos, implicaban que Doyen Sports sería propietaria de una parte del valor económico derivado de los derechos federativos de esos jugadores.

En septiembre de 2015, la Comisión Disciplinaria de la FIFA consideró que estos acuerdos infringían su reglamento y sancionó a Seraing, prohibiéndole registrar jugadores durante cuatro períodos consecutivos de inscripción e imponiéndole una multa de 150.000 francos suizos. La decisión de la Comisión Disciplinaria fue confirmada por el Comité de Apelaciones de la FIFA. Contra esta última resolución, Seraing apeló ante el TAS en virtud de lo que prevén los Estatutos de la FIFA. El 9 de marzo de 2017, el tribunal arbitral constituido bajo las reglas del TAS confirmó sustancialmente las decisiones de los órganos de la FIFA(1) y, en particular, consideró que las disposiciones de la FIFA no contravenían el derecho de la Unión Europea, una de las defensas de Seraing.

En paralelo, Seraing siguió dos cursos de acción: interpuso recurso de nulidad contra el laudo del TAS ante el Tribunal Federal suizo(2) y se sumó a la demanda judicial en la que Doyen Sports estaba impugnando ante los tribunales judiciales de Bruselas la prohibición de la FIFA(3). El recurso de anulación contra el laudo no prosperó, pues el 20 de febrero de 2018 el Tribunal Federal suizo desestimó el recurso de nulidad y confirmó el laudo del TAS.

En la instancia judicial ante los tribunales belgas, Seraing y Doyen Sports solicitaron la declaración de ilegalidad de las normas del nuevo reglamento de la FIFA, a la luz del derecho de la Unión Europea, el cual garantiza la libre circulación de capitales y trabajadores, la libre prestación de servicios y el derecho de la competencia. Además, argumentaron que la decisión del Tribunal Federal suizo sobre la compatibilidad del laudo con el derecho europeo no podía considerarse firme en la Unión Europea, porque, al no ser Suiza parte de la Unión, sus tribunales no pueden solicitar una decisión prejudicial al TJUE sobre cuestiones de derecho de la Unión Europea.

En las instancias ordinarias, los tribunales judiciales belgas rechazaron las pretensiones de Seraing y Doyen Sports, con fundamento en que el planteamiento ya había sido resuelto tanto por el TAS como por el Tribunal Federal suizo y, por lo tanto, estaba alcanzado por el efecto de la cosa juzgada, lo que impedía cualquier otra impugnación. Contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Bruselas, Seraing interpuso un recurso ante el Tribunal de Casación belga.

(1) Confirmó la multa y redujo el plazo para la prohibición de registrar jugadores a tres períodos consecutivos.
(2) Dado que la sede del TAS es la ciudad de Lausana, en Suiza.
(3) En los procesos judiciales, además de la FIFA, fueron parte demandada la Asociación Belga de Fútbol (Union Royale Belge des Sociétés de Football Association) y la Unión Europea de Fútbol (Union Européenne des Sociétés de Football Association, UEFA).

El máximo tribunal belga decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE, como cuestión prejudicial, si en función del derecho europeo los tribunales nacionales pueden reconocer el efecto de cosa juzgada a un laudo del TAS; es decir, un laudo emitido por un tribunal arbitral con sede fuera de la Unión Europea, que fue revisado por un tribunal judicial que carece de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE. Lo que subyacía en la consulta al TJUE era determinar si era conforme al derecho de la Unión Europea la decisión de la Corte de Apelaciones de Bruselas de rechazar la demanda de Seraing y Doyen Sports reconociendo efecto de cosa juzgada al laudo arbitral, o si era necesaria una revisión efectuada por un tribunal judicial de un país miembro de la Unión Europea. En el fondo, la duda sometida a consulta del TJUE era si la revisión judicial efectuada por el Tribunal Federal suizo respecto de la compatibilidad del laudo con el derecho europeo era suficiente, o si ese control debía ser realizado necesariamente por un tribunal judicial nacional de la Unión Europea que, de ser el caso, pudiera elevar la consulta al TJUE.

2.2. El dictamen de la abogada general del TJUE

El 16 de enero de 2025 la abogada general del TJUE[4], Tamara Capeta, emitió su opinión. En ella, entre otras consideraciones, explicó que en casos anteriores el TJUE había considerado que las normas nacionales que limitan el control judicial de los laudos arbitrales no vulneran las garantías del derecho de la Unión Europea (especialmente la de la tutela efectiva)[5]. Pero consideró que tales precedentes no son de aplicación a los laudos dictados por el TAS en virtud de los Estatutos de la FIFA, porque esas conclusiones son legítimas cuando se trata de un arbitraje estrictamente voluntario, en el cual la ejecución del laudo requiere en última instancia de la intervención judicial que podría efectuar el control de compatibilidad del laudo con el derecho de la Unión Europea. Sin embargo, esas condiciones no se dan respecto de los laudos dictados en virtud de las normas de la FIFA: la elección de la vía arbitral no es enteramente voluntaria, porque los jugadores y los clubes se ven forzados a someterse a esos procedimientos como condición para poder participar de las competencias deportivas organizadas por la FIFA, y los laudos son autoejecutables, en tanto la FIFA puede hacer cumplir lo decidido sin necesidad de intervención de ningún órgano jurisdiccional[6].

Por lo tanto, si el control de la compatibilidad del laudo con el derecho de la Unión Europea no puede hacerse en la etapa de revisión (esencialmente, el recurso de anulación) y tampoco en la etapa de ejecución, ninguna de esas vías es suficiente para garantizar la tutela judicial efectiva y la uniformidad del derecho de la Unión Europea. En otras palabras, sostuvo que el arbitraje deportivo, dadas esas dos características, requiere normas que ofrezcan un acceso "más generoso" a los órganos judiciales y un control "más amplio" para satisfacer las exigencias de la tutela judicial efectiva, en línea con lo que ya había resuelto el TJUE en casos anteriores[7].

En su opinión, el principio de tutela judicial efectiva exige una vía judicial directa a través de la cual se pueda juzgar, y en su caso impedir, la aplicación de normas contrarias al derecho de la Unión Europea[8]. Un tribunal judicial nacional debe poder controlar esa conformidad y, en su caso, plantear la cuestión de interpretación del derecho europeo al TJUE. De ello se deriva que no es posible atribuir fuerza de cosa juzgada a un laudo arbitral que decidió que no se había violado el derecho de la Unión Europea, ni es conforme a este último una norma de un derecho nacional que lo permita, porque siempre debe ser posible que un órgano judicial de un Estado parte de la Unión ejerza su facultad de control sobre la conformidad de las normas de la FIFA con el derecho de la Unión Europea.

Por ello, en lo que es materia de análisis en este trabajo, la abogada general recomendó contestar la consulta a la Corte de Casación belga declarando que son incompatibles con el derecho de la Unión Europea las normas de derecho belga que permiten reconocer el

(4) El equivalente al Procurador General de la Nación en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
(5) Para mayor detalle, *véase* las sentencias del TJUE en los casos Nordsee (23/03/1982, 102/81) y Eco Swiss (1/06/1999, C-126/97).
(6) En el caso, ello era evidente desde que la FIFA hizo cumplir por sí misma la prohibición de inscribir jugadores.
(7) En la sentencia del TJUE sobre el caso International Skating Union v.s. European Commission del 21/12/2023 (C-124/21), el TJUE había resuelto que las normas de la International Skating Union que requerían autorización previa para la realización de las competiciones de patinaje sobre hielo (y que permitían imponer sanciones a los deportistas que participaran en competiciones no autorizadas previamente por la entidad) vulneraban el derecho de la Unión Europea al restringir la libre competencia, y que el procedimiento de resolución de litigios disponible para los patinadores sancionados (el arbitraje ante el TAS) no hacía posible un efectivo control judicial sobre la eventual violación de ese derecho.
(8) Esta conclusión es consistente con el criterio del TJUE, explicado en la citada sentencia en el caso "Eco Swiss", según el cual las exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos tenga carácter limitado, lo que equivale a decir que si bien limitado, el control judicial del laudo es posible (Gómez, 2018, p. 430).

efecto de cosa juzgada a un laudo cuya conformidad con el derecho de la Unión Europea fue controlada por un tribunal judicial de un Estado que no pertenece a la Unión.

2.3. La sentencia del TJUE

El 1 de agosto de 2025 el TJUE dictó sentencia. En términos generales, acogió la opinión de la abogada general, aunque limitando el alcance. Por un lado, ella había propuesto que la revisión judicial debería ser para verificar la conformidad del laudo con "las leyes de la Unión Europea"; en cambio, el TJUE entendió que lo que debía estar garantizado es el control de aquellas cuestiones de "orden público de la Unión Europea".

Luego de reseñar las normas y principios en que se basa la intervención del TJUE, y de destacar la importancia que tiene, para el derecho europeo, el principio de tutela judicial efectiva, el tribunal subrayó que ello no significa que los justiciables deban disponer de una vía de recurso directa al TJUE para impugnar una medida determinada; la observancia de los derechos y libertadores que el derecho de la Unión reconoce a los particulares puede ser controlada por los tribunales judiciales de cada país miembro de la Unión, pero el sistema debe asegurar que esos tribunales nacionales puedan solicitar al TJUE que se pronuncie, con carácter prejudicial, sobre cualquier cuestión relativa a la interpretación del derecho de la Unión Europea. Sin esta última condición, el control no puede ser efectivo, porque ese sistema de remisión prejudicial al TJUE es "la piedra angular" del sistema jurisdiccional previsto en las normas de organización de la Unión Europea, cuyo propósito es garantizar la unidad en la interpretación y aplicación del derecho europeo. En otras palabras, el sistema de consulta y remisión al TJUE es un componente "esencial" para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que las normas comunitarias reconocen a los particulares.

El TJUE aclaró que el ordenamiento jurídico europeo no se opone a que los particulares sometan a arbitraje las controversias que puedan tener aun en el ejercicio de las actividades económicas que se desarrollan en el territorio de la Unión. Pero cuando el arbitraje se lleve a cabo en ese territorio, el mecanismo debe concebirse y aplicarse de modo tal que garantice su compatibilidad con los principios del derecho de la Unión Europea y el respeto al orden público de la Unión Europea. Para ello, los laudos deben poder ser objeto de un control judicial apto para garantizar la tutela efectiva. Ello, aclaró el TJUE, no significa que necesariamente deba existir órganos judiciales que puedan examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho involucradas, porque los particulares pueden convenir que la decisión de los árbitros esté sujeta a un control limitado. Pero sí es necesario que ese control sea hecho por un órgano judicial que pueda determinar si los laudos son compatibles con los principios y disposiciones del orden público de la Unión Europea, lo cual exige que puedan efectuar, de ser el caso, la consulta prejudicial al TJUE. No es admisible que, por recurrir al arbitraje, los particulares puedan eludir principios y disposiciones del derecho europeo que sean esenciales para el ordenamiento o para el cumplimiento de los objetivos de la Unión.

La libre circulación de los trabajadores y de los capitales, la libre prestación de servicios y la libre competencia forman parte del orden público europeo. Y, si las controversias están relacionadas con la práctica de un deporte como actividad económica en el territorio de la Unión Europea, es fundamental que los particulares puedan obtener un control judicial acerca de la compatibilidad de los laudos con esos principios. Máxime cuando las normas de organización de las asociaciones deportivas imponen unilateralmente a los particulares el sometimiento a arbitraje. Porque si bien formalmente el particular celebra un convenio en el que se incluye el recurso al arbitraje, ello es una imposición para la práctica del deporte. Esa "obligatoriedad" puede justificarse por la autonomía jurídica que disponen las asociaciones deportivas, por las responsabilidades que les competen y por los legítimos objetivos que persiguen, como garantizar el tratamiento uniforme de las controversias vinculadas a una disciplina deportiva que entra dentro de su competencia. Pero nada de ello puede justificar que, a través de ello, se permita a los particulares que vean limitada la posibilidad de invocar los derechos y libertades que les confiere el derecho de la Unión Europea y que forman parte del orden público europeo. Lo que, a su turno, exige que la observancia de esos derechos y libertades pueda ser sometida a control judicial efectivo.

Por ello, aunque no sea necesario que exista en el territorio de la Unión Europea un recurso directo para que los particulares puedan impugnar el laudo, en todos los casos en que el laudo haya sido dictado en el contexto de una controversia relacionada con la práctica de un deporte como actividad económica, y dicho recurso no esté previsto o sea efectuado por un tribunal judicial no perteneciente a la Unión Europea, los particulares deben tener la posibilidad de someter el laudo al control de un órgano jurisdiccional de un Estado

miembro respecto de su conformidad con el orden público europeo. Ese órgano jurisdiccional, además, debe poder aplicar todas las consecuencias jurídicas derivadas de una eventual incompatibilidad. De otro modo, la tutela judicial que exige el derecho europeo no será realmente efectiva.

Aplicando ese razonamiento al caso, el TJUE determinó que el laudo del TAS se refiere a una controversia sobre sanciones disciplinarias impuestas por la FIFA con motivo de contratos celebrados en la Unión Europea. Y si bien ese laudo puede ser objeto de control judicial, no lo es ante un tribunal de un Estado miembro que podría, de ser necesario, ser asistido por el TJUE. Lo que conlleva que no existe control efectivo de la observancia de los principios y disposiciones que forman parte del orden público de la Unión. Y las normas del derecho belga que reconocen el efecto de cosa juzgada a los laudos privan a Seraing y a Doyen Sports de la posibilidad de obtener un control efectivo acerca de si el laudo es compatible con el orden público europeo, porque no permiten que esa compatibilidad sea comprobada por un tribunal judicial de un país de la Unión.

En consecuencia, el TJUE coincidió sustancialmente con la opinión de la abogada general y respondió la consulta prejudicial, indicando que son inaplicables las normas del derecho belga que atribuyen cosa juzgada al laudo del TAS, sin que la conformidad del laudo con el orden público europeo haya podido ser verificada por un órgano judicial de un Estado miembro.

3. Conclusiones y consecuencias

Una vez más, el fútbol belga produjo un dolor de cabeza para la FIFA. Ya lo había hecho en el casos Bosman[9] y Diarra[10]. El primero, que significó la eliminación de los cupos de extranjeros para los jugadores europeos y cambió el régimen de contratación[11], representó una "notable transformación" en el mundo del fútbol[12]; el segundo[13], cuyas consecuencias no terminan de producirse, como mínimo obligará a la FIFA a buscar una nueva forma de calcular (y de pagar) la indemnización que los jugadores deben a los clubes por la rescisión anticipada del contrato[14], aunque es posible también que produzca una "erosión" del poder sancionatorio de la FIFA[15]. Las consecuencias del caso Seraing quizá tengan menos impacto.

(9) Para mayor detalle, *véase* el caso "Union Royale Belge des Sociétés de Football Association v. Bosman, Jean-Marc et autres (C-415/93)", de Court of Justice of the European Union (1995).

(10) Para mayor detalle, *véase* el caso "Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. BZ, (C-650/22)", de Court of Justice of the European Union (2024).

(11) Jean-Marc Bosman, jugador del Royal Football Club de Liège [Lieja], no quiso renovar su contrato debido a la reducción salarial que le ofrecían. En el ínterin, recibió una propuesta de la Union Sportive du Littoral de Dunkerque [Dunkerque], un club de segunda división de la liga francesa. La compensación que le exigía el Lieja para admitir la transferencia era de once millones de francos. Ante la negativa del jugador, Bosman demandó al Lieja y a la Federación Belga alegando la violación a la libre circulación, un principio esencial del derecho de la Unión Europe. El TJUE finalmente le dio la razón. Decidió, sustancialmente, que los futbolistas profesionales son trabajadores a los que aplica el derecho a la libre circulación dentro de la Unión Europea, que los futbolistas pueden negociar libremente con otros clubes al finalizar su contrato, y que los nacionales de un país miembro de la Unión Europea no califican como extranjeros en a los fines de los cupos para extranjeros.

(12) Para mayor información, *véase* "The Bosman case: The relationship between European Union Law and the transfer system in European football" de Omer Amikam (1999).

(13) El Futbolny Klub Lokomotiv de Moscú [Lokomotiv] rescindió el contrato laboral de Lassana Diarra, un jugador francés, por presuntos incumplimientos contractuales. La indemnización que fijó el Comité de Resolución de Disputas de la FIFA a favor del Lokomotiv fue de € 10,5 millones. Mientras tanto, el jugador consiguió una oferta del Sporting du Pays de Charleroi S.A. [Royal Charleroi], un club de la primera división belga, que sin embargo condicionó su contratación a que Diarra pudiese inscribirse como jugador del club y a que se mantuviese indemne al club por el pago de la compensación al Lokomotiv (las reglas de la FIFA establecen la responsabilidad solidaria del nuevo club por las deudas mantenidas por el jugador con su anterior club). Esas condiciones no se cumplieron porque la FIFA y la Federación Belga se negaron a darle la autorización y a expedir el Certificado de Transferencia Internacional, y Diarra perdió la oportunidad de jugar para el Royal Charleroi. Diarra demandó ante la justicia belga una indemnización por la pérdida de chance. Los tribunales belgas plantearon al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación del derecho de la Unión Europea. Finalmente, el TJUE concluyó que son incompatibles con las norma comunitarias que garantizan la libre circulación de los trabajadores y protegen la libre competencia económica, las normas de la FIFA que prevén: (i) la responsabilidad solidaria del nuevo club por la indemnización que debe el jugador a su club anterior por la ruptura injustificada del contrato; (ii) la posibilidad de que esa indemnización se fije con criterios imprecisos o discrecionales; y (iii) la prohibición al nuevo club de inscribir al jugador que mantiene un conflicto con el anterior.

(14) De hecho, ya ha iniciado consultas para ello, *véase* "Una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambia el negocio del fútbol mundial" de María del Rosario de la Fuente (2024).

(15) Para mayor profundización, *véase* "El caso 'Lassana Diarra' y sus posibles implicaciones para el sistema de control establecido por la FIFA", de Rui Botica Santos y Tiago Patrão Silva (2024).

Las normas de la FIFA exigen que las disputas con las asociaciones miembro, los clubes, los jugadores y otros participantes, se resuelvan a través de los propios órganos de la FIFA y eventualmente del TAS(16). Las entidades y sujetos vinculados al fútbol consienten ese esquema reglamentario, como condición para poder participar en actividades organizadas por la FIFA. Dicho esquema implica aceptar la jurisdicción del TAS como tribunal arbitral, en ocasiones de instancia única y en otras como órgano de apelación de las decisiones de órganos de las distintas organizaciones deportivas(17).

En el caso Seraing, el TJUE no cuestionó la legalidad del arbitraje deportivo. Más bien reconoció que el arbitraje "obligatorio" que surge de las normas de la FIFA (y, en general, de las asociaciones deportivas), es legítimo porque está basado en la autonomía jurídica de la que gozan esas asociaciones y persigue objetivos legítimos, como la resolución uniforme de las controversias y la aplicación uniforme de las normas que regulan y organizan la práctica de una disciplina deportiva(18). Lo que juzgó, puntualmente, es que a través de ese medio no puede limitarse la posibilidad de que los particulares invoquen los derechos y libertades que forman parte del orden público de la Unión Europea, ni la facultad de los órganos judiciales de países de la Unión de controlar si esos derechos y libertades han sido conculcados.

En otras palabras, lo que sostuvo es que, si bien el recurso al arbitraje puede perseguir objetivos legítimos, no puede ir en detrimento de la capacidad de los tribunales nacionales de la Unión Europea para examinar si se han respetado los derechos fundamentales del derecho de la Unión Europea, en cuyo caso las normas de los Estados miembros deben asegurar que exista al menos una instancia de control a través de sus propios órganos judiciales que, de ser el caso, pueden efectuar la consulta prejudicial al TJUE. No es efectiva la tutela si el control lo realiza un tribunal judicial extracomunitario, porque no podría efectuar la consulta prejudicial al TJUE. Además, la tutela efectiva que exigen las normas comunitarias no requiere una reevaluación completa de los laudos del TAS conforme al derecho de la Unión, ni implica que los tribunales nacionales de los Estados miembros deban reconsiderar todas las cuestiones de hecho o de derecho. Es posible que esa revisión sea limitada, centrándose específicamente en verificar si el laudo se ajusta al orden público europeo.

De ello se desprende que, como consecuencia de esta sentencia, no se ven afectados todos los laudos del TAS, pues los que se relacionen con cuestiones puramente deportivas no están sujetos a revisión judicial ulterior ante los tribunales nacionales de los Estados miembros de la Unión. En todo caso, el carácter definitivo del laudo estará limitado cuando afecte a principios y disposiciones que forman parte del orden público europeo.

El TJUE fue más restrictivo que la abogada general, pero amplió el alcance de su propia decisión en el caso International Skating Union v. European Commission(19): por un lado, limitó la garantía al control de la compatibilidad del laudo con el orden público europeo, no con el derecho europeo, como había recomendado la abogada general(20), ni a la revisión de los hechos y del derecho aplicados por el tribunal arbitral; por el otro, no se circunscribió a reclamar el control sobre el derecho de la competencia, como lo había hecho en International Skating Union v. European Commission, sino más genéricamente sobre el difuso concepto de orden público, que incluye –por ser el tema vinculado al caso concreto– la libertad de circulación de trabajadores, servicios y capitales.

(16) El estatuto de la FIFA también exige que las asociaciones nacionales que son parte de ella incorporen reglas similares en sus propios Estatutos, de modo que en términos generales cualquier relación jurídica vinculada con el fútbol queda sometida a arbitraje. Recientemente hemos comentado una decisión judicial de los tribunales ingleses que mandó a resolver por arbitraje un reclamo de un agente de fútbol contra un club por la comisión que, según alegaba, le correspondía por la intermediación en el pase de un jugador, no obstante que no existía un acuerdo arbitral en el vínculo entre el club y el agente, sino que el reglamento de la Federación Inglesa de Fútbol, a la que ambos pertenecían, establecía el arbitraje como modo de resolver las controversias que existieran entre dos participantes. Para mayor desarrollo, ***véase*** "Efectos y alcance del acuerdo arbitral estatutario" de Roque Caivano (2025).

(17) Una descripción de las distintas vías a través de las cuales se puede acceder al TAS puede verse en "El arbitraje en materia deportiva (a propósito de una sentencia judicial que se declaró incompetente frente a una cláusula arbitral contenida en los estatutos de la FIFA)" de Gustavo Abreu y Roque Caivano (2025). (18) El caso está referido a las decisiones de los "árbitros deportivos", no a las de los "árbitros de campo". Sobre la distinción entre unos y otros, ***véase*** "Los límites de la jurisdicción arbitral en materia deportiva" de Roque Caivano (2025b).

(19) Para mayor detalle, ***véase*** la sentencia del TJUE en el caso International Skating Union v. European Commission, 21/12/2023, C-124/21.

(20) En opinión de la abogada general, el ámbito de revisión no debe limitarse al orden público, sino que debe incluir todas las disposiciones pertinentes del derecho de la Unión Europea.

Esta sentencia tampoco afecta necesariamente a los arbitrajes comerciales, ni sus conclusiones son extrapolables a ellos. El TJUE se centró específicamente en el arbitraje deportivo, y se ocupó de distinguirlo particularmente del arbitraje comercial. La conclusión general, según la cual el arbitraje no puede ser una vía para eludir principios de orden público de la Unión Europea, en todo caso, podría tener algún impacto más allá del marco de esa sentencia, pero no parece que pueda afectar de manera directa el *status quo* del arbitraje comercial en Europa.

Una de las posibles consecuencias de esta sentencia es que los organismos deportivos evalúen mudar la sede de los arbitrajes a algún país de la Unión Europea, lo que significaría que estarían directamente sujetos a revisión de los tribunales nacionales de un Estado miembro de la Unión. Con ello, al menos se evitarían procedimientos judiciales paralelos dentro y fuera de la Unión Europea(21).

A modo de balance final, si bien es cierto que, en una primera aproximación, la sentencia podría generar ciertas dudas sobre el futuro del arbitraje en Europa, ya "castigado" por la deriva de la sentencia del propio TJUE en el caso Achmea en materia de arbitraje de inversión(22), su efecto es bastante más limitado: (i) no afecta en modo alguno los arbitrajes comerciales, en tanto se circunscribe a los deportivos que se originen en normas reglamentarias de las asociaciones organizadoras de los deportes; (ii) convalida el sistema general, al reputarlo como legítimo, no obstante considerarlo obligatorio y unilateralmente impuesto; (iii) no exige el control de la compatibilidad del laudo con el derecho de la Unión Europea por los tribunales europeos, sino más restringidamente con los principios de orden público de la Unión. Y, en última instancia, es posible evitar la multiplicación de instancias judiciales con el relativamente sencillo expediente de establecer la sede de los arbitrajes a un país de la Unión Europea, lo que asegura que el mismo tribunal que controla la validez del laudo puede controlar simultáneamente la conformidad de la decisión arbitral con el orden público europeo.

Referencias bibliográficas

Abreu, G. y Caivano, R. (2025). El arbitraje en materia deportiva (a propósito de una sentencia judicial que se declaró incompetente frente a una cláusula arbitral contenida en los estatutos de la FIFA). *Revista Argentina de Arbitraje,* (14).

Advocate General Ćapeta, T. (2025, January 16). *Opinion of Advocate General Ćapeta in R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* (C-600/23). Court of Justice of the European Union.

Botica, R., & Patrão, T. (2024). El caso "Lassana Diarra" y sus posibles implicaciones para el sistema de control establecido por la FIFA. *Revista Principia*, (11), 93–110.

Caivano, R. J. (2025). Efectos y alcance del acuerdo arbitral estatutario. *Revista Argentina de Arbitraje*, (15). https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7092b7dcc0d67aa4b165849ae41b2b7b

Caivano, R. J. (2025b). Los límites de la jurisdicción arbitral en materia deportiva. *El Derecho*, 314.

Court of Justice of the European Union. (1982, March 23). *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG* (Case 102/81).

Court of Justice of the European Union. (1995, December 15). *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Bosman, Jean-Marc* (C-415/93).

Court of Justice of the European Union. (1999, June 1). *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV* (C-126/97).

Court of Justice of the European Union. (2018, March 6). *Slovak Republic v. Achmea BV* (C-284/16).

Court of Justice of the European Union. (2023, December 21). *International Skating Union v. European Commission* (C-124/21).

Court of Justice of the European Union. (2024, October 4). *Fédération Internationale de Football Association (FIFA) v. BZ* (C-650/22).

Court of Justice of the European Union. (2025, August 1). *R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* (C-600/23).

De la Fuente, M. del R. (2024, December 30). Una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambia el negocio del fútbol mundial. *El Derecho.*

Fédération Internationale de Football Association. (2015). *Regulations on the Status and Transfer of Players* (2015 ed.).

(21) De hecho, en 2024, la UEFA introdujo la posibilidad de que los arbitrajes del TAS tengan sede en Dublín, como alternativa Lausana, a de modo que la revisión judicial pueda ser llevada a cabo ante los tribunales de Irlanda.

(22) En el caso Achmea con la sentencia del 6 de marzo de 2018, dictada en Slovak Republic v. Achmea BV, C-284/16, el TJUE declaró que las cláusulas de arbitraje de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros de la Unión Europea son incompatibles con el derecho de la Unión Europea, porque menoscaban la independencia y la competencia de los tribunales de los Estados miembros, un principio fundamental del derecho de la Unión Europea. En términos prácticos esta decisión impide el arbitraje de inversiones "intra-Unión", poniendo en crisis el sistema, a punto que muchos Estados miembros están poniendo fin a los tratados. Sobre el tema, *véase* "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra–UE en la Unión Europea (y algo más)" de Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga (2018).

Gómez Jene, M. (2018). *Arbitraje Comercial Internacional*. Civitas-Thomson Reuters.

Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. (2018). La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más). *La Ley Unión Europea,* (60).

Kranz, A. O. (1999). The Bosman case: The relationship between European Union law and the transfer system in European football. *Columbia Journal of European Law*, 5, 431–459.

Swiss Federal Tribunal. (2018, February 20). *R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* (Decision on annulment of CAS award).

Tribunal Arbitral du Sport. (2017, March 9). *R.F.C. Seraing v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)* (CAS arbitral award).

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.006

La influencia de la Ley peruana de Arbitraje en la nueva Ley paraguaya de Arbitraje(*)

The Influence of the Peruvian Arbitration Act on Paraguay's New Arbitration Law

Natalia M. Ceballos Ríos(**)
Pontificia Universidad Católica del Peru (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo analiza la influencia de la Ley peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) en la nueva Ley paraguaya de Arbitraje (Ley 7561), promulgada en diciembre de 2025. A partir de un enfoque de derecho comparado, identifica las disposiciones de la nueva legislación paraguaya que, aun estructuradas sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI, incorporan principios e instituciones previamente desarrollados por el legislador peruano. El estudio examina, entre otros aspectos, la autonomía del arbitraje y la limitación de la intervención judicial, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el régimen de medidas cautelares, las facultades del tribunal arbitral con posterioridad al laudo y las reglas sobre el control judicial y las consecuencias de la anulación. El trabajo demuestra que la influencia de la Ley peruana trasciende la recepción de soluciones normativas aisladas y alcanza la concepción misma del arbitraje adoptada por la reforma paraguaya. Se concluye que la Ley peruana de Arbitraje se ha consolidado como un referente legislativo en América Latina, contribuyendo a la armonización y fortalecimiento de un modelo arbitral moderno, eficiente y favorable al arbitraje en la región.

Palabras clave: Arbitraje - Derecho Comparado - Ley Peruana de Arbitraje - Ley Paraguaya de Arbitraje - Ley Modelo de la CNUDMI - Armonización Legislativa - Paraguay

Abstract: This article examines the influence of the Peruvian Arbitration Act (Legislative Decree 1071) on Paraguay's new Arbitration Law (Law 7561), enacted in December 2025. Adopting a comparative law approach, it identifies the provisions of the Paraguayan legislation that, while primarily structured upon the UNCITRAL Model Law, incorporate principles and legal institutions previously developed by the Peruvian legislator. The study focuses on arbitral autonomy and the limitation of judicial intervention, the extension of arbitration agreements to non-signatories, the regime governing interim measures, the powers of arbitral tribunals following the issuance of the award, and the rules governing judicial review and the effects of annulment. It argues that the influence of the Peruvian Arbitration Act extends beyond the adoption of isolated legal solutions and reaches the very conception of arbitration embodied in the Paraguayan reform. The article concludes that the Peruvian Arbitration Act has become a regional legislative reference, contributing to the harmonization and consolidation of a modern, efficient, and arbitration-friendly legal framework throughout Latin America.

Keywords: Arbitration - Comparative Law - Peruvian Arbitration Law - Paraguayan Arbitration Law - UNCITRAL Model Law - Legislative Harmonization - Paraguay

---

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 3 de febrero de 2026 y su publicación fue aprobada el 14 de junio de 2026.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Magíster en Administración de Empresas por la Universidad Americana de Asunción- Paraguay y Derecho Ambiental por la Universidad Católica Argentina. Actualmente, es directora institucional de la Competencia Internacional de Arbitraje y subdirectora de la Revista Argentina de Arbitraje. ORCID: 0009-0000-3119-3886. Correo electrónico: natceballosrios@gmail.com.

1. Aclaraciones previas

En vísperas de la navidad, la Gaceta Oficial de Paraguay del 23 de diciembre de 2025 trajo una noticia importante para el ámbito arbitral latinoamericano: la publicación de la Ley N° 7561, que modifica íntegramente a la Ley N° 1879 de 2002(1).

La ley paraguaya de 2002 había significado un importante avance para la región, y receptado la mayoría de los principios y reglas contenidas en la Ley Modelo de UNCITRAL. Debe recordarse que, en ese momento, muchos países de América Latina todavía conservaban legislaciones anticuadas, sin haber incorporado la moderna concepción del arbitraje: por entonces, en América del Sur, Argentina, Chile y Uruguay ni siquiera tenían una ley de arbitraje y seguían teniendo disposiciones parciales (y obsoletas) en sus códigos de procedimiento(2). Y aun aquellos países que habían logrado independizar de los códigos las normas sobre arbitraje(3), eran todavía insatisfactorias(4). De hecho, la misma Ley Modelo seguía siendo la originaria de 1985, sin las modificaciones sustanciales que introdujo la actualización de 2006(5). La Ley N. 7561/2025 "pretende corregir las dificultades interpretativas y prácticas que presentó la Ley N.º 1879/2002, especialmente en materia de intervención judicial, competencia y ejecución de laudos, buscando volver a alinearse con la versión 2006 de la Ley Modelo de la CNUDMI" (Moreno Rodríguez et al., 2026).

Para entonces, el Perú había recorrido un importante camino en la modernización de su legislación arbitral. La aprobación de la Ley General de Arbitraje, bajo el Decreto Ley N° 25935 en 1992, sustituyó las disposiciones sobre arbitraje contenidas en el Código Procesal Civil y, cuatro años después, la Ley N° 26572 perfeccionó ese régimen, sentando las bases para la profunda reforma introducida por el Decreto Legislativo N.º 1071 de 2008(6). Sin embargo, aun esta última conservaba bastantes ineficiencias, que recién se solucionaron en 2008 mediante la sanción del Decreto Legislativo N° 1071/2008. Esta norma (en adelante, "LAPE") en su momento fue calificada como "un salto a la modernidad" (Cantuarias & Caivano, 2008) y significó poner al Perú entre los países, ya no de la región sino del mundo, que tenía un régimen moderno, completo, autosuficiente y eficiente para el arbitraje comercial. En palabras de Bullard:

> Las reformas por las que ha atravesado el Perú —país particularmente exitoso en implementar el arbitraje— en los últimos años—desde la derogación de los artículos que regulaban en arbitraje en el Código Civil hasta la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071— se han destinado todas —y principalmente— en reforzar el principio de inevitabilidad: eliminación de la cláusula compromisoria como contrato preparatorio, restricción de formas de intervención judicial, reforzamiento de la excepción de arbitraje, nominación residual por árbitros por las cámaras de comercio, etc. Todas estas reformas van orientadas a impedir que se pueda evitar el arbitraje (2013, p. 64).

Ya era importante para el Perú estar entre las legislaciones arbitrales más innovadoras del mundo y una de las más modernas de América Latina (sino la más moderna). Lo que se comprueba con la nueva ley paraguaya de arbitraje es que la LAPE ha comenzado a ser fuente inspiración para otros países, cuyas leyes toman de aquella muchas de sus reglas y principios.

---

(1) La Ley 1879 regulaba, conjuntamente, el arbitraje y la mediación. Lo que hace la Ley N° 7561 es derogar y sustituir íntegramente el régimen arbitral de aquella, dejándola solo como "Ley de Mediación".

(2) Argentina recién actualizó parcialmente su legislación en 2015 mediante la incorporación de normas sobre el "contrato de arbitraje" al Código Civil y Comercial de la Nación y en 2018 sancionó la Ley 27449 (sobre arbitraje comercial internacional) en 2018); Chile sancionó en 2004 la Ley Nº 19971 (únicamente sobre arbitraje comercial internacional); y Uruguay recién actualizó sus normas sobre arbitraje mediante la sanción de la Ley Nº 19636 sobre arbitraje comercial internacional en 2018 y de la Ley N° 20257 en 2024, sobre arbitraje doméstico. Nicaragua y República Dominicana también tenían por entonces las normas sobre arbitraje en los códigos de procedimiento (Nicaragua sancionó la Ley N° 540 en 2005 y Republica Dominicana hizo lo propio en 2008 (Ley N° 489-08).

(3) Bolivia había actualizado sus normas en 1997 (Ley N° 1770); Brasil en 1996 (Ley N° 9307); Colombia en 1998 (Decreto Nº 1818 de 1998); Costa Rica en 1997 (Ley N° 7727); Ecuador en 1997 (Ley de Arbitraje y Mediación de 1997); El Salvador en 2002 (Decreto Legislativo Nº 914/2002); Guatemala en 1995 (Decreto N° 67-95); Honduras en 2000 (Decreto N° 161-2000); México en 1993 (Decreto del 22 de julio de 1993); Panamá en 1999 (Decreto Ley N° 5/1999); Venezuela en 1998 (Ley de Arbitraje y Mediación).

(4) De hecho, la mayoría de ellas no eran leyes exclusivamente de arbitraje, sino que incluían también normas sobre mediación, conciliación o métodos alternativos de resolución de conflictos en general.

(5) Sobre el significado y alcance de la actualización de 2006 a la Ley Modelo *véase*, con provecho, "Las contribuciones de la CNUDMI/UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva" de Diego Fernández Arroyo y Pilar Perales Viscasillas (2012).

(6) Cuando se analiza su contenido, ambas leyes distaban del ideal. Pero, puestas en su debido contexto, representaron un primer gran avance en el desarrollo del arbitraje en el Perú, que dieron pie a su modernización definitiva en 2008.

Como casi todas las leyes de arbitraje del mundo en los últimos cuarenta años, la estructura general y hasta la literalidad de muchas de las normas de la Ley paraguaya N° 7561 (en adelante, LAPY), siguen principalmente la Ley Modelo de UNCITRAL. Ello no es una novedad, dado que, al decir de autorizada doctrina, la Ley Modelo es "uno de los desarrollos más influyentes e importantes en la historia reciente del arbitraje comercial internacional" (Grigera Naón, 1989); pues ha sido la fuente directa de legislaciones de todas partes del mundo(7), y en especial de América Latina(8). La LAPE, naturalmente, no es la excepción: en su exposición de motivos se señala que, sin perjuicio de otras muchas fuentes, las disposiciones de la Ley Modelo se han considerado "de manera especial".

Por esta razón, en este trabajo no comentaremos las disposiciones de la LAPY que coinciden con la LAPE por tener ambas la misma fuente. Más bien nos concentraremos en un análisis comparativo con aquellas del derecho peruano que pueden reputarse novedosas(9), y que parecen haber servido de modelo para el legislador paraguayo.

La LAPE cuenta con casi dos décadas de vigencia y constituye una legislación ampliamente conocida en el ámbito arbitral latinoamericano. En consecuencia, *brevitatis causae,* evitaremos reproducir el texto de sus disposiciones y nos limitaremos a transcribir los pasajes pertinentes de la LAPY, en la medida en que ello resulte necesario para poner de relieve las similitudes y diferencias entre ambos regímenes. En definitiva, desarrollaremos un análisis descriptivo de las semejanzas y diferencias entre la legislación arbitral peruana y la paraguaya.

2. Antecedentes Legislativos paraguayos. De la Ley N° 1879/02 a la Ley N° 7561/25

La Exposición de Motivos de la LAPY (Poder Ejecutivo, 2025) destaca que la Ley N° 1879/02 de Arbitraje y Mediación de Paraguay marcó un hito absolutamente histórico en el arbitraje en el Paraguay, de la mano del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay (CAMP) y de la Cámara Nacional de Servicios del Paraguay. Ella ha sido y es sin dudas el epicentro del cual centrífugamente se viene desarrollando el arbitraje con fuerza. Esta institución ha tenido gran responsabilidad en instalar en la comunidad comercial las virtudes y ventajas del arbitraje en el Paraguay, otorgando un marco serio al sector privado para resolver sus disputas. Esta norma supuso no solo la modernización del ecosistema arbitral, sino también el espaldarazo definitivo que requería la institución para enraizarse definitivamente en el Paraguay. La anterior regulación del arbitraje en el Libro V del Código Procesal Civil era claramente insuficiente e inspirada en concepciones caducas del arbitraje. Por ello, en la Exposición de Motivos se señala que:

> Otros países han dictado leyes que se han construido sobre los sensatos mandatos de la Ley Modelo, e introducido mejoras sensibles, incluso radicales, en puntos de extraordinaria importancia como ser las materias arbitrables o arbitrabilidad, las medidas cautelares, la anulación de laudos, las consecuencias de la anulación, ínter alía que han significado el impulso definitivo del arbitraje en esos países y su consolidación como centrípetos puntos de consolidación del arbitraje como una verdadera industria generadora de empleos y riqueza.
>
> Así, España·en 2003, Perú en 2008, Argentina en 2015, Uruguay más recientemente el año pasado -por citar ejemplos sobresalientes que han inspirado en muchos tramos este Proyecto de Ley- han dictado cuerpos normativos de avanzada que proveen grandes espacios de mejora para la regulación del arbitraje (2025, p. 7).

Además, dicho documento del Poder Ejecutivo acentúa que "resulta necesario impulsar otro nuevo e importante avance en la regulación de la institución, partiendo no solo de los cambios a la Ley Modelo sino de otros países de avanzada como España, Perú, o Argentina por citar algunos ejemplos" (2025, p.11).

3. Las normas de la ley paraguaya que pueden considerarse inspiradas en la ley peruana

Con las aclaraciones precedentes, intentaremos reseñar cuáles son las normas de la LAPY que pueden considerarse directamente influidas por la LAPE, o reconocen en esta última una fuente

(7) Para más detalle, *véase* "Unity and diversity in the adoption of the Model Law" de Pieter Sanders (1995).
(8) Para mayor profundización, *véase* "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", de Cristián Conejero Roos (2005).
(9) Por lo menos para Latinoamérica, porque algunas soluciones del derecho peruano se basaron en otros ordenamientos (por ejemplo, el español), de donde el legislador peruano también tomó ideas.

importante, ya sea para la inclusión de algún principio, o para redacción de algún dispositivo.

La LAPY regula el arbitraje sucesorio, que Perú ya había incorporado en 1992 (artículo 7 de la Ley N° 25935), y que fue mantenido en las sucesivas leyes de arbitraje (artículo 13 de la Ley N° 26572 y Disposición Complementaria Séptima de la LAPE). Según el artículo 3 de la LAPY:

> Podrán también someterse a arbitraje las controversias que puedan surgir entre herederos, o entre ellos con los albaceas o legatarios, incluyendo las relativas al inventario, avalúo, administración y partición de la masa hereditaria, mediante una estipulación testamentaria. En este caso, sólo podrá estipularse un árbitro único, bajo pena de nulidad de la estipulación. Si el testador hubiese previsto el arbitraje sin individualizar la identidad del árbitro único, el mismo será designado por común acuerdo entre los sucesores; en caso de no arribarse a un acuerdo en el plazo de 60 (sesenta) días corridos a partir de la primera comunicación en tal sentido, la designación será hecha por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, a petición de cualquiera de los sucesores, en el plazo de 7 (siete) días hábiles. En estos supuestos, no será de aplicación la prohibición de dejar disposiciones testamentarias al arbitrio de un tercero, prevista en la última parte del artículo 2613 del Código Civil.
>
> Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores podrán celebrar, con el consentimiento de todos los afectados, un acuerdo de arbitraje para resolver las controversias previstas en este artículo.
>
> En cualquiera de los casos, la apertura del juicio sucesorio, la declaración de herederos, la homologación del testamento si lo hubiere y la expedición de los certificados de adjudicación de los bienes registrables, serán competencia exclusiva del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial que entienda en el juicio sucesorio.

Una de las normas más elogiadas de la LAPE, porque destaca en términos enérgicos la autonomía del arbitraje y los límites de la intervención judicial, es el artículo 3[(10)]. Con similar contundencia, el artículo 9 de la LAPY dispone:

> Salvo disposición en contrario expresa e inequívoca de la presente ley, o de las partes, en los asuntos que se rijan por la presente ley no procederá la intervención judicial.
>
> El tribunal arbitral tiene plena independencia y no estará sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
>
> El tribunal arbitral tendrá plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo, conforme lo dispuesto en la presente ley.
>
> Los tribunales ordinarios tienen expresamente vedado ordenar la suspensión de un proceso arbitral, sea por medida cautelar, por un juicio de amparo, incluyendo una medida de urgencia, o por cualquier otro tipo de medida judicial. Asimismo, ninguna actuación ni mandato, salvo los llevados adelante por el propio tribunal arbitral, podrá dejar sin efecto, cuestionar o revisar las decisiones del tribunal arbitral, con excepción del control judicial posterior previsto en los casos de los artículos 24, 52 y 61 de la presente ley.
>
> Toda intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros, a suspender el procedimiento arbitral o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, será considerada causal de mal desempeño de funciones de la autoridad judicial.

Los incisos 1, 2 y 4 del artículo 3 de la LAPE constituyen una novedad, pues no se encontraban en forma expresa en su antecesora, la antigua Ley General de Arbitraje de 1996. Es más, De Trazegnies (2011) señala lo siguiente:

> La anterior Ley de Arbitraje no consideró necesario reiterar la independencia del arbitraje con respecto al Poder Judicial en vista que la misma se encontraba amparada por la Constitución peruana. Sin embargo, aprovechando la ausencia de una norma en la ley específica, algunos litigantes que se habían sometido a la jurisdicción arbitral intentaron bloquear los procesos arbitrales utilizando para ello intervenciones del Poder Judicial (p. 22).

Para evitar esas disrupciones, las mencionadas disposiciones de la LAPE recogen la decisión del Tribunal Constitucional en el Expediente N. 6167-2005-PHC/TC, también conocido como el caso "Cantuarias", en el cual se resolvió que la jurisdicción arbitral goza, en el ámbito de su competencia, de protección constitucional, sentando el principio de "no interferencia" en virtud del cual ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones:

> Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros incluidas autoridades administrativas y/o judiciales destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia

(10) En anteriores textos, hemos dicho que lo que la norma busca es "blindar al arbitraje, de modo de cerrar las puertas a los intentos, que con alguna frecuencia se observan en la práctica, de judicializar el arbitraje e impedir a los árbitros cumplir con las funciones que las partes le han encomendado. Además, el legislador peruano ha dispuesto soluciones imaginativas que permiten sortear intervenciones judiciales evitables, alcanzando un acceso eficaz y rápido a la justicia" (Caivano y Ceballos, 2019).

> de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes (2006, párr. 12).

El principio de "máxima eficacia del convenio arbitral", consagrado innovadoramente en el artículo 13.7 de la LAPE, es receptado en la LAPY en el último párrafo del artículo 11:

> Cuando el arbitraje fuere internacional, el acuerdo de arbitraje será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos establecidos por una de entre las siguientes alternativas: a) por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el acuerdo de arbitraje, b) por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, e) por el derecho paraguayo.

Ello significa que un juez paraguayo no podrá anular un laudo dictado en el Paraguay en el cual el convenio arbitral fuese inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz según el derecho elegido por las partes como aplicable al convenio arbitral o según el derecho aplicable al fondo de las controversias, si bajo el derecho paraguayo el convenio fuese existente, válido y eficaz, ni tampoco si el convenio arbitral fuese nulo bajo el derecho paraguayo, si es válido según el derecho elegido para regirlo o según el derecho aplicable al fondo de la controversia (Caivano, 2024).

La posibilidad de hacer extensivo el convenio arbitral a no-signatarios era admitida jurisprudencialmente en algunas jurisdicciones, especialmente en Francia[11]. El artículo 14 de la LAPE fue la primera disposición legal que conocemos en el derecho comparado que recogió normativamente la regla que pretorianamente habían establecido algunos tribunales[12].

De acuerdo con Bullard (2011), lo que se buscó con el artículo 14 de la LAPE es:

> En consistencia con lo que la jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de que se puede entender por consentimiento. En esa línea, no es intención del artículo 14º autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral (p. 209).

Esta norma fue reproducida, en términos similares, por la LAPY; ya que su artículo 13 indica lo siguiente:

> Excepcionalmente, y por decisión del tribunal arbitral, el acuerdo de arbitraje se extenderá a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se vea determinado por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que comprende el acuerdo de arbitraje o al que el acuerdo esté relacionado. Se podrá extender, asimismo, excepcionalmente y por decisión del tribunal arbitral, a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se ve determinado por su intención de derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. En ambos casos, se considerará a los sujetos no signatarios como partes del acuerdo de arbitraje.

En materia de medidas cautelares, la LAPY toma dos disposiciones de avanzada del derecho peruano: el régimen de exclusividad para su dictado por parte de los árbitros (artículo 47.1, LAPE)[13], y la facultad de los árbitros para ejecutarlas (artículo 48, LAPE). Según la LAPY:

> Antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes podrán solicitar medidas cautelares al Juez previsto en el artículo 10 de la presente ley, las que serán sustanciadas y resueltas por el mismo. Las medidas cautelares solicitadas a un Juez antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni serán consideradas como una renuncia a él (…). Una vez constituido, el tribunal arbitral estará plenamente facultado para mantener,

(11) Para mayor desarrollo, *véase "Non-signatories in International Arbitration: Lessons from Thirty Years of Caselaw*", de Bernard Hanotiau (2006); "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje", de Fernando de Trazegnies Granda (2004); "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional", de Ignacio Suárez Anzorena (2005) y "Arbitraje y grupos de sociedades. extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", de Roque Caivano (2006).

(12) Entre los numerosos comentarios a esta norma *véase* los siguientes textos: "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad", de Eduardo Silva Romero (2010); "La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado", de Cristián Conejero Roos y René Irra de la Cruz (2012/2013); "Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", de Santiago Talero Rueda (2010/2011); "Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte", de Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán (2014); y "Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo Nº 1071", de Alberto J. Montezuma Chirinos (2018).

(13) Esta regla, que significa lisa y llanamente que, una vez constituido el tribunal arbitral, cesan las facultades de los tribunales judiciales para dictar medidas cautelares, reconoce pocos antecedentes: además del Perú, ha sido consagrada por Brasil en la modificación que introdujo a su Ley de Arbitraje en 2015 (Ley 13129/15, artículo 22).

> modificar, sustituir o levantar las medidas cautelares que haya dictado el Juez, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. En este caso, deberá comunicar su decisión al Juez para su cumplimiento, no pudiendo el Juez oponerse a lo resuelto por el tribunal arbitral" (artículo 26, párrafos primero y tercero).

Asimismo, en el párrafo cuarto del artículo 25 de la LAPY se establece que:

> El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En los casos de incumplimiento *de* la medida cautelar, o cuando se requiera de efectivización judicial, la medida cautelar dispuesta por el tribunal arbitral será efectivizada por orden judicial del Juez inaudita parte dentro del tercer día de solicitado por dicho tribunal arbitral o por la parte interesada. El Juez procederá a efectivizar la medida por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, sin admitir recursos ni oposición alguna; el Juez no tendrá competencia ni atribución para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos será solicitada por el Juez o por las partes al tribunal arbitral.

Apartándose de la Ley Modelo de UNCITRAL (y de la ley argentina, que reproduce el régimen de aquella), y siguiendo el esquema de la LAPE (artículo 47.3) la LAPY establece la necesidad de sustanciar previamente la solicitud cautelar, aunque admite que, de manera excepcional, el tribunal arbitral puede resolverla *inaudita parte* cuando se justifique la urgencia o la necesidad de no sustanciarla para garantizar su eficacia: en su artículo 25 dispone que:

> El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá a la otra parte en conocimiento de la solicitud. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar *inaudita parte* cuando la parte solicitante justifique debidamente la urgencia del caso, o la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. En estos casos, el tribunal arbitral deberá indefectiblemente solicitar una contracautela apropiada al peticionante. Una vez ejecutada la medida *inaudita parte*, la parte afectada podrá formular al tribunal arbitral reconsideración contra la decisión, pudiendo el tribunal arbitral a la luz de dicha presentación mantenerla, levantarla o modificarla.

Así lo ha manifestado Moreno refiriéndose al que en ese momento era el proyecto de la ley de arbitraje de Paraguay: "El artículo 25 del proyecto prevé que el tribunal arbitral sigue teniendo la facultad de ordenar medidas cautelares, pudiendo solicitar contracautela" (2025, p. 187). En la ley argentina, la exigencia de sustanciar previamente las solicitudes cautelares llevó a tener que consagrar una figura completamente extraña al derecho argentino, como lo son las "órdenes preliminares" creadas por la Ley Modelo, una suerte de "medida pre-cautelar" que sin embargo no tiene carácter de tal y no es ejecutable, para casos en que la efectividad de la medida podría verse perjudicada por el conocimiento que el destinatario tenga de la solicitud[(14)].

La posibilidad de que el tribunal arbitral reconsidere, a pedido de parte, decisiones distintas del laudo, una regla que surge del artículo 49 de la LAPE, está igualmente consagrada por el artículo 36 de la LAPY:

> Salvo pacto en contrario, las decisiones del tribunal arbitral, distintas a un laudo preliminar, parcial o final, podrán ser reconsideradas ante el mismo tribunal arbitral a iniciativa de una de las partes, o bien de oficio por parte del propio tribunal, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración deberá presentarse, o decidirse de oficio si así fuere el caso, dentro de los 3 (tres) días siguientes de notificada la decisión. El pedido de reconsideración no suspenderá la ejecución de la decisión.

Una de las innovadoras disposiciones de la LAPE fue la inclusión del "recurso de exclusión", la contracara del "dictado de laudo adicional", que otorga al tribunal arbitral la facultad de eliminar del laudo, a pedido de parte, las cuestiones sobre las que se hubiera pronunciado sin que estuvieran sometidas a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sean susceptibles de arbitraje (artículo 58.1.d). En similares términos, la LAPY prevé en su artículo 50 que:

> Dentro de los 10 (diez) días siguientes a la recepción del laudo para el caso de arbitrajes nacionales, o 20 (veinte) días en arbitrajes internacionales, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de las partes podrá pedir al tribunal arbitral: (…) e) La rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, que excedan los términos del acuerdo de arbitraje o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Esta atribución, que cuenta con pocos antecedentes en el derecho comparado fuera de la LAPE, forma parte de las facultades residuales de los árbitros luego de dictado un laudo: así como mediante la potestad de dictar un laudo adicional se procuran evitar una anulación por violación al principio de congruencia en su variante *infra petita*, el

(14) Sobre el tema, *véase* "El régimen cautelar en el arbitraje comercial internacional argentino", de Roque Caivano (2021).

recurso de exclusión del derecho peruano (o de "rectificación por eliminación" del derecho paraguayo) lo que busca es evitar la anulación por incongruencia *extra* o *ultra petita* (Caivano y Ceballos, 2020).

En la regulación del control judicial sobre las decisiones de los árbitros, la LAPY consagra varias soluciones novedosas, visiblemente inspiradas en la LAPE.

En primer lugar, reforzando la regla contenida en el artículo 9 que limita la intervención judicial, y reproduciendo el artículo 62.2 de la LAPE, la LAPY dispone que "Estará prohibido a la autoridad judicial pronunciarse sobre el fondo de la controversia, el contenido del laudo, o sobre los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral, bajo pena de incurrir en causal de mal desempeño de funciones" (artículo 52, párrafo tercero). De haber estado vigente la LAPY, es probable que el laudo del Caso CPA No. 2020-14, coloquialmente llamado Caso Metrobús no hubiera sido anulado parcialmente.

En diciembre de 2023, un tribunal arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) condenó a Paraguay al pago de aproximadamente USD 16,5 millones; sin embargo, en octubre de 2024, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción (Tercera Sala) anuló parcialmente el laudo y redujo la condena a USD 2,6 millones (2023). La nueva legislación fortalece la protección de los laudos al restringir la posibilidad de que los tribunales revisen el fondo de la controversia mediante una interpretación amplia del orden público. Asimismo, en los artículos 9 y 52 de la LAPY, se incorpora el mecanismo de remisión, que permite suspender el proceso de nulidad y devolver el laudo al tribunal arbitral para que subsane los vicios advertidos, evitando así su anulación cuando estos sean susceptibles de corrección.

En segundo lugar, como lo hace el artículo 65.1 de la LAPE, la ley paraguaya regula la consecuencia de la anulación, estableciendo distintos escenarios según cuál hubiese sido la causal por la cual el laudo fue anulado. Con previsiones similares a la LAPE, el artículo 57 de la LAPY dispone que si el laudo se anula por la invalidez del convenio arbitral, "la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes" (inc. a); si se anula por violación al debido proceso "el mismo tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, deberá reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación del derecho de defensa" (inc. b); si se anula por la irregular integración del tribunal arbitral o por no haberse seguido el procedimiento pactado, "las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde la etapa o momento procesal en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable" (inc. c); si se anula por haberse los árbitros pronunciado sobre materias no previstas en el convenio arbitral, "la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el acuerdo de arbitraje o bien si fuera objeto de un nuevo acuerdo de arbitraje por las partes. En caso contrario, la cuestión solo podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes" (inc. d); si se anula por no ser arbitrable la materia sobre la que se pronunció el laudo, "la materia no susceptible de arbitraje solo podrá ser demandada judicialmente" (inc. e); si se anula por violación al orden público "el mismo tribunal arbitral deberá dictar un nuevo laudo, salvo pacto contrario de las partes, quienes podrán conformar un nuevo tribunal arbitral y redefinir. los términos del arbitraje a la luz de lo dispuesto en la sentencia que anuló el laudo" (inc. f); y si se anula por haberse dictado el laudo luego de vencido el plazo para hacerlo, "salvo que las partes hubieran pactado que deba iniciarse un nuevo arbitraje, las partes constituirán un nuevo tribunal arbitral para que resuelva el fondo de la controversia sobre la base de las actuaciones ya producidas". La LAPY también prevé, como lo hace el artículo 65.2 de la LAPE, que "la anulación del laudo no perjudicará las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial" (artículo 57, último párrafo).

En tercer lugar, de manera similar al artículo 66 de la LAPE, la LAPY dispone que:

> La presentación de la acción de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo prevista en el artículo 48 de la presente ley, ni su ejecución judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y el Tribunal de Apelación la ordene conforme lo dispuesto en el siguiente párrafo.
>
> El Tribunal de Apelación podrá, excepcionalmente, ordenar la suspensión, siempre y cuando la parte que solicite la suspensión cumpla con el requisito de otorgar la contracautela prevista por las partes, o la establecida en el reglamento arbitral, o en su defecto, una contracautela suficiente establecida por el Tribunal de Apelación, la cual deberá guardar relación con el valor de la condena contenida en el laudo. Si la condena, en todo o en parte, no fuera valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una

> operación matemática, el monto de la contracautela será fijado prudencialmente por el Tribunal de Apelación.
>
> No se admitirá en ningún caso la caución juratoria, y en caso de ofrecerse una fianza, solo se aceptará una fianza bancaria solidaria o equivalente.
>
> Presentada la solicitud de suspensión, el Tribunal de Apelación deberá resolverla en el plazo de 5 (cinco) días hábiles, suspendiendo o no los efectos del laudo. Esta decisión será irrecurrible (art. 54, párrs. cuarto a sexto).

De esta forma, se soluciona un dilema difícil de resolver para cualquier legislador: reconocer o no efectos suspensivos a la impugnación de la validez del laudo[15]. Con la fórmula del derecho peruano (ahora adoptada por la ley paraguaya) se logra un adecuado balance entre los valores en juego: el laudo mantiene su carácter definitivo y vinculante, pero se ofrece a quien pretende impugnarlo una forma de impedir su ejecución, aunque exigiéndole que asegure al vencedor su cumplimiento.

En cuarto lugar, reproduciendo la regla que surge implícita de los numerales 2, 4 y 7 del artículo 63 de la LAPE, la LAPY también establece que la anulación de un laudo no procede si la cuestión que la motiva hubiese sido objeto de reclamo previo ante el tribunal arbitral, hubiese sido consentida, o hubiese podido ser subsanada mediante las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo (artículo 52, párrafos sexto, octavo y noveno). Estas normas, inspiradas en la necesidad de evitar nulidades que habrían podido evitarse, representan un adecuado equilibrio entre seguridad jurídica y control, dejando la anulación como un recurso extremo para supuestos en los cuales el defecto del laudo no hubiese sido consentido o no hubiese podido solucionarse de manera menos traumática para las partes.

Un antecedente particularmente relevante en la experiencia peruana es el Caso "María Julia", bajo el expediente 00142-2011-PA/TC del Tribunal Constitucional. En este caso, se afirmó que el recurso de anulación del laudo es una vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales. Pero también se dijo que, con motivo de ese recurso, es factible que la justicia ordinaria analice si en el proceso arbitral se ha vulnerado algún derecho constitucional, como, por ejemplo, el derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales. Y que, cuando en un recurso de anulación se denuncia la vulneración de algún derecho constitucional, no se está planteando una nueva causal de anulación de laudo en función de la duodécima disposición complementaria del decreto legislativo 1071/2008 que aprobó la Ley de Arbitraje, sino que tal denuncia debe encuadrar dentro de alguna de las causales del art. 63 de la Ley de Arbitraje, que en el caso de la ausencia de motivación es el numeral 1, inc. b), del art. 63[16].

Finalmente, la LAPY también prevé la posibilidad de que, en ciertos casos, las partes renuncien al recurso de anulación, como lo hace la LAPE en su artículo 63.8 siguiendo el "modelo suizo"[17], replicado luego en distintos ordenamientos[18]:

> Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad paraguaya o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio paraguayo, las partes podrán pactar expresamente la renuncia a la acción de anulación o la limitación de dicha acción a una o más causales establecidas en el artículo 52 de la presente ley. Dicho pacto deberá ser expreso e inequívoco

(15) "Concediéndole efectos suspensivos se obtiene un mayor grado de seguridad, al evitarse que la ejecución del laudo consolide una situación jurídica, cuando todavía existe la posibilidad de que termine siendo anulado. Pero se pierde en efectividad y se crean incentivos para la utilización abusiva del recurso con propósitos puramente dilatorios. La solución inversa implica materializar en los hechos la idea de que el arbitraje es una justicia más rápida y de instancia única, y se desalientan recursos de anulación frívolos. Pero los problemas derivados de admitir la ejecución de un laudo que no ha adquirido inmutabilidad y podría ser anulado no son menores: aunque la situación pueda no ser enteramente irreversible, la parte que se vio obligada a cumplir una condena a dar sumas de dinero dispuesta en un laudo que luego es anulado, tendrá que iniciar acciones de repetición contra el ejecutante para que le sea reembolsado aquello que pagó indebidamente. La situación puede ser todavía más delicada si el ejecutante es o deviene insolvente, o si se trata de condenas que impliquen obligaciones de hacer o de no hacer, en las cuales la reposición de las cosas al *status quo* anterior puede ser objetivamente imposible" (Caivano, 2025, p. 827).

(16) Para mayor desarrollo, *véase* "Tratado de arbitraje comercial internacional argentino" de Roque Caivano (2020).

(17) La renuncia expresa al recurso de anulación ha sido conservada en su actualización en 2021 por la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza (LDIP), adoptada el 18 de diciembre de 1987 y vigente desde 1989, que regula el arbitraje internacional en su Capítulo 12. "Artículo 192 – Renuncia al recurso:1. Cuando ninguna de las partes tenga domicilio, residencia habitual o establecimiento en Suiza, las partes podrán renunciar total o parcialmente al recurso de anulación. 2. La renuncia deberá ser expresa".

(18) Establecido en la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1987, la norma fue luego adoptada en Bélgica, Turquía, Túnez, Suecia, Perú, Francia y Colombia. Para mayor información, *véase* "La renuncia a los recursos", de Roque Caivano, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, dirigido por Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (2013).

> y cumplir con los requisitos previstos para el acuerdo de arbitraje en el artículo 11 de la presente ley. Si las partes han realizado una renuncia a la acción de anulación y el laudo se pretende ejecutar en el territorio paraguayo, será de aplicación el Capítulo VIII de la presente ley (artículo 53).

La idea que subyace en esta regla es que el control judicial pueda ser efectuado, si las partes así lo prevén, directamente por el juez ante quien se intente obtener su reconocimiento y ejecución, sin las complicaciones que supone la superposición de ese control con la instancia de "control primario" (de la validez o nulidad del laudo) realizado ante los tribunales judiciales de la sede del arbitraje[19].

4. Disposiciones que la Exposición de Motivos de la LAPY expresamente nombra como influenciadas por el Modelo peruano

A continuación, se detallan los artículos en los que la Exposición de Motivos de la LAPY expresamente nombra como fuente inspiradora al modelo peruano en la elaboración de la nueva normativa arbitral, situándola entre los "cuerpos normativos de avanzada" (2025, p. 34).

4.1. Partes no signatarias

El artículo 13 de la LAPY incorpora al ordenamiento jurídico nacional el concepto de "extensión del acuerdo de arbitraje a partes no signatarias", que se refiere aquellas personas que, pese a no haber suscrito el acuerdo arbitral de forma expresa, lo han consentido a través de su conducta, sea por haber adoptado una participación activa y determinante en el *iter* contractual o por beneficiarse del contrato sustancial. Esta norma tiene su fuente directa en el Artículo 14 de la Ley Peruana de arbitraje de 2008, y ha sido definida así: "es una de las innovaciones legislativas más importantes que planteaba (la Ley Peruana de Arbitraje). Más aún, esta disposición constituye una novedad a nivel internacional que, si bien ya gozaba de reconocimiento tanto doctrinario y jurisprudencial, no tenía reflejo legal en alguna norma".

La exposición de motivos de la LAPY señala que su artículo 13, inspirándose en la Ley peruana de 2008, expresamente ha desechado la posibilidad legislativa de enumerar los supuestos tradicionales de extensión del acuerdo arbitral. Pero enumera los casos más aceptados en la doctrina y jurisprudencia arbitral como la (i) incorporación por referencia (ii) los supuestos de representación, mandato o agencia (iii) los supuestos de estoppel o doctrina de los actos propios (iv) el levantamiento de velo o grupo de sociedades (el *alter ego*); (v) los contratos a favor de terceros; (vi) la acción oblicua; (vii) los supuestos de novación, cesión o subrogación[20]. Es decir, en lugar de realizar un listado de este tipo, que sería cerrado y no abarcaría todos los supuestos imaginables en la práctica, además de no respetar la creación eminentemente jurisprudencial de estos supuestos, se ha seguido la idea del legislador peruano de establecer un marco amplio o cláusula general, que permita no solo aplicar la norma a estos supuestos enumerados, sino a otros casos que acaezcan en la praxis. (Ver Tabla 1)

4.2. De la reconsideración

El artículo 36 de la LAPY introduce la figura de la reconsideración, que permite a las partes de un arbitraje o al propio tribunal arbitral revertir decisiones adoptadas durante el curso del proceso arbitral, siempre que no se trate de un laudo preliminar o final.

Con esta disposición, inspirada en el artículo 49 de la Ley Peruana de Arbitraje, se apunta a proporcionar un marco flexible en el manejo del proceso arbitral, tanto para las partes como para el tribunal arbitral, nota característica de este mecanismo de solución de controversias. Se explicita, además, que el pedido de reconsideración no suspenderá la ejecución de la decisión objetada, salvo que las partes o el reglamento aplicable dispongan lo contrario. Esta precisión es determinante para evitar que una parte se valga de la reconsideración para dilatar el proceso arbitral, lo cual supondría a todas luces un contrasentido que frustraría la finalidad de esta figura y la celeridad que debiera significar el arbitraje (Poder Ejecutivo, 2025, p. 34) (Ver Tabla 2).

4.3. De la *voie directe* (el método de la vía directa)

El artículo 41 de la LAPY introduce una modificación puntual, pero significativa, al régimen de determinación de las normas aplicables al fondo del litigio cuando las partes hayan omitido expresar su voluntad al respecto. Contrariamente a lo previsto en la Ley N° 1879/2002 o en la propia Ley Modelo de la CNUDMI, que adoptan una fórmula levemente más rígida basada en la ley que resulte de las

(19) Con más amplitud, *véase* "Control judicial en el arbitraje", de Roque Caivano (2011).
(20) La exposición de motivos cita a Bullard (2016, pp. 113–127) y a Born (2014, p. 1418).

normas de conflicto que él tribunal arbitral estime aplicables, la nueva disposición se inspira en modelos más recientes y flexibles, como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2021 (art. 35) y la Ley Peruana de Arbitraje (art. 57). Estos instrumentos se decantan por permitir al tribunal arbitral aplicar directamente las reglas de derecho que considere más apropiadas, sin necesidad de transitar previamente por una norma conflictual, aunque sin vedarles la posibilidad de hacerlo en caso de que lo estimen pertinente (Poder Ejecutivo, 2025, p. 35).

Dicho concepto se ha consagrado, en el Artículo 1511 del Código de Procedimiento Civil francés, que permite al tribunal arbitral aplicar las reglas de derecho que considere apropiadas si las partes no han elegido una legislación específica. (Ver Tabla 2)

5. Algunas disposiciones de la ley paraguaya consagradas casi universalmente

Además de aquellas que específicamente identificamos en el capítulo anterior, la LAPY mantiene una sustancial identidad filosófica y en muchos casos hasta literal con la Ley Modelo de UNCITRAL, consagrando soluciones ya adoptadas por muchas legislaciones comparadas.

Salvo la mención específica de la arbitrabilidad de las cuestiones vinculadas al arbitraje laboral y deportivo[21], siguiendo una regla generalizada en el derecho comparado la LAPY determina que es susceptible de resolverse por arbitraje "toda cuestión de contenido patrimonial y transigible" (artículo 2).

Las disposiciones generales sobre definiciones, reglas de interpretación, recepción de comunicaciones, cómputo de plazos y la renuncia al derecho a objetar (artículos 4 a 8) siguen, en general, las disposiciones de la Ley Modelo.

También lo hace la LAPY en materia de composición del tribunal arbitral (artículos 15 a 22), sin perjuicio de alguna precisión novedosa estableciendo casos de pérdida de los honorarios de los árbitros por renuncia injustificada, remoción, negativa a firmar el laudo o anulación del laudo por determinadas causales (artículo 23). En esta materia, consideramos que hubiese sido preferible seguir el modelo peruano que, con el propósito de evitar una intervención judicial y agilizar la integración del tribunal arbitral, otorga a los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio la facultad de designar árbitros (artículos 23.d) y 25, LAPE), y la de decidir sobre su recusación o remoción (artículos 29.d) y 30.3, LAPE).

La LAPY toma de la Ley Modelo de UNCITRAL la formulación de los principios de la separabilidad del acuerdo arbitral y *kompetenz-kompetenz* (artículo 24), así como en la previsión de las reglas sobre sustanciación de las actuaciones y facultades de los árbitros para determinar la sede o el idioma del arbitraje (artículos 27 a 40).

Los artículos 41, 42 y 44 se apartan de la Ley Modelo, aunque se alinean con las más modernas tendencias del derecho comparado. El primero reconoce la facultad de los árbitros de elegir el derecho aplicable a través de la *voie directe*, sin necesidad de pasar por las normas de reenvío del derecho internacional privado (artículo 41) [22]. El artículo 42 establece que "la naturaleza de orden público de una norma jurídica no impedirá resolver la controversia a través de arbitraje", norma que probablemente haya sido inspirada en el artículo 2639 del Código Civil de Quebec, según el cual "un acuerdo arbitral no puede ser cuestionado sobre la base de que las normas aplicables a la controversia tengan la naturaleza de reglas de orden público". Y el artículo 44, aunque faculta a las partes a establecer un plazo para laudar, dispone que "salvo pacto en contrario por las partes, o del reglamento arbitral aplicable, el hecho de que el laudo fuera dictado fuera del plazo establecido no constituirá causal de anulación del laudo en los términos del artículo 52 inciso g) de la presente ley. El pacto de esta causal por las partes deberá ser expreso e inequívoco".

También son basadas en normas conocidas, con excepción de las que hemos comentado, las referidas a la adopción del laudo (artículos 43 a 50) y a su control judicial: la petición de nulidad (una acción y no un recurso) es el único remedio posible, y únicamente procede por causales limitadas, que reproducen en general las establecidas en la Ley Modelo y en la mayoría de las normas comparadas (artículo 52). Del mismo modo, son habituales las normas sobre ejecución de laudos, tanto nacionales como

(21) El artículo 2 excluye las controversias relacionadas con relaciones laborales individuales, con excepción de las que vinculan a deportistas profesionales, hasta tanto no se reglamente la Ley del Deporte.

(22) Como lo hace la LAPE (artículo 57.2) o la ley de arbitraje comercial internacional argentina.

Tabla 1

Comparación entre el Artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje (2008) y el Artículo 13 de la Ley Paraguaya de Arbitraje (2011)

LAPE Artículo 14	LAPY Artículo 13
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.	Artículo 13.- Extensión del acuerdo de arbitraje. Excepcionalmente, y por decisión del tribunal arbitral, el acuerdo de arbitraje se extenderá a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se vea determinado por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que comprende el acuerdo de arbitraje o al que el acuerdo esté relacionado. Se podrá extender, asimismo, excepcionalmente y por decisión del tribunal arbitral, a aquellos sujetos no signatarios cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se ve determinado por su intención de derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. En ambos casos, se considerará a los sujetos no signatarios como partes del acuerdo de arbitraje.

Tabla 2

Comparación entre el Artículo 49 de la Ley Peruana de Arbitraje (2008) y el Artículo 36 de la Ley Paraguaya de Arbitraje (2011)

LAPE Artículo 49º	LAPY Artículo 36º
Artículo 49.- Reconsideración. 1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión. 2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.	Artículo 36.- Reconsideración. Salvo pacto en contrario, las decisiones del tribunal arbitral, distintas a un laudo preliminar, parcial o final, podrán ser reconsideradas ante el mismo tribunal arbitral a iniciativa de una de las partes, o bien de oficio por parte del propio tribunal, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración deberá presentarse, o decidirse de oficio si así fuere el caso, dentro de los 3 (tres) días siguientes de notificada la decisión. El pedido de reconsideración no suspenderá la ejecución de la decisión.

Tabla 3

Comparación entre el Artículo 57 de la Ley Peruana de Arbitraje (2008) y el Artículo 41 de la Ley Paraguaya de Arbitraje (2011)

LAPE Artículo 57	LAPY Artículo 41º
Artículo 57.- Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho. 2. 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. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.3. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.	Artículo 41.- Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada. El tribunal arbitral decidirá en equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así, contemplando las limitaciones establecidas al respecto en el artículo 2° de la presente ley. En el arbitraje de equidad, o de amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo “en conciencia” o “según su leal saber y entender”. En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

extranjeros (artículos 58 a 63), así como las relativas a las costas (artículos 64 a 68).

Entre las disposiciones finales resulta digno de destacar el artículo 69, según el cual:

Los extranjeros que fueran nombrados árbitros en procedimientos arbitrales con sede en la República del Paraguay accederán a la residencia temporal de manera automática, por el mero hecho de ser nombrados como árbitros, por un plazo de 3 (tres) años, prorrogable mediante simple comprobación de que el arbitraje sigue su curso. Bastará para el efecto la presentación de los documentos en los que consten su designación y aceptación del encargo (…) Los extranjeros que fuesen designados como árbitros en uno o más procedimientos arbitrales con sede en la República del Paraguay accederán de forma gratuita a las visas de entrada al territorio nacional, en caso de ser nacionales de países a los cuales se le exija dicho requisito. Se considerará documentación suficiente para la obtención de la visa de entrada el pasaporte válido o documento de viaje equivalente con vigencia mínima de 6 (seis) meses a su vencimiento. Para el otorgamiento de la visa de entrada y el ingreso al territorio nacional, deberán presentarse los documentos en los que consten su designación y aceptación del encargo.

6. Conclusiones

El análisis comparativo realizado permite concluir que la nueva Ley paraguaya de Arbitraje encuentra su fundamento en la Ley Modelo de la CNUDMI, pero al mismo tiempo incorpora, de manera consciente y sistemática, diversas soluciones previamente desarrolladas por la Ley peruana de Arbitraje. La propia Exposición de Motivos de la LAPY reconoce expresamente esta influencia respecto de instituciones como la extensión del convenio arbitral a no signatarios, la reconsideración y el método de la vía directa. A ello se suman otras figuras que, aun sin una referencia expresa, reflejan una clara recepción del modelo peruano, como el fortalecimiento de la autonomía del arbitraje, el régimen de medidas cautelares, las facultades del tribunal arbitral con posterioridad al laudo, el sistema de control judicial y las consecuencias de la anulación.

No obstante, la LAPY no constituye una reproducción del régimen peruano. Por el contrario, realiza una recepción selectiva y adaptada de aquellas instituciones que la práctica arbitral ha demostrado idóneas para reforzar la autonomía del arbitraje, dotar de mayor eficiencia al procedimiento y brindar mayor seguridad jurídica a las partes.

En definitiva, la experiencia peruana ha servido como un referente relevante para la modernización del arbitraje paraguayo. La incorporación de estas soluciones evidencia una tendencia regional hacia la convergencia de los ordenamientos arbitrales latinoamericanos en torno a estándares cada vez más favorables al arbitraje internacional y comercial, contribuyendo a consolidar un marco normativo más previsible, eficiente y alineado con las mejores prácticas comparadas.

La reforma paraguaya confirma, además, que la Ley peruana de Arbitraje ha trascendido su condición de legislación nacional para convertirse en un referente del derecho arbitral latinoamericano. Ello demuestra que la evolución del arbitraje en la región ya no depende exclusivamente de modelos extrarregionales, sino también de experiencias legislativas latinoamericanas exitosas que comienzan a servir de fuente de inspiración para otros ordenamientos.

En ese sentido, la nueva Ley paraguaya constituye un ejemplo significativo de la proyección regional alcanzada por la legislación peruana y de su contribución a la consolidación de un derecho arbitral moderno, armónico y favorable al arbitraje en América Latina.

Desde su sanción en 2008, la LAPE fue objeto de comentarios, en general elogiosos, por parte de la doctrina comparada y fue calificada como una legislación "de punta". Con su marcado sesgo limitativo de la intervención judicial y con soluciones innovadoras a problemas que ni siquiera la Ley Modelo de la CNUDMI había resuelto, la LAPE fue considerada por un importante sector de la doctrina como una de las leyes de arbitraje más avanzadas de América Latina. Esa valoración trascendió el ámbito académico: la propia Exposición de Motivos de la Ley paraguaya de Arbitraje la califica expresamente como una legislación "de avanzada" y la reconoce como una de las principales fuentes de inspiración de la reforma. Hoy puede afirmarse que la LAPE ha alcanzado un nuevo hito, pues numerosas de sus disposiciones fueron receptadas por el legislador paraguayo como modelo para el diseño de su nuevo régimen arbitral.

Sin embargo, la LAPY no se limita a reproducir el modelo peruano. A partir de esa influencia, el legislador paraguayo construyó un régimen moderno, coherente y técnicamente depurado, que combina los estándares de la Ley Modelo de la CNUDMI con las soluciones más exitosas de la experiencia comparada. El resultado es una legislación que fortalece la

autonomía del arbitraje, reduce los espacios de injerencia judicial y dota al sistema de mayores niveles de eficiencia, previsibilidad y seguridad jurídica.

Por ello, la LAPY no solo representa un paso decisivo en la modernización del arbitraje paraguayo, sino que se proyecta como una referencia de gran interés para otros ordenamientos de la región que emprendan procesos de reforma. Así como la LAPE marcó un punto de inflexión en el desarrollo del arbitraje latinoamericano, la nueva legislación paraguaya reúne las condiciones para consolidarse como uno de los marcos normativos más avanzados de la región y un nuevo referente del arbitraje contemporáneo.

Referencias bibliográficas

Born, G. (2014). *International commercial arbitration* (2.ª ed.). Kluwer Law International.

Bullard, A. (2011). Art.14°. Extensión del convenio arbitral. Comentario. En A. Bullard & C. Soto (Coord.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 200-231). Instituto Peruano de Arbitraje. https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf#page=49.22

Bullard, A. (2013). ¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje, 1*(19), 55-93.

Bullard, A. (Ed.). (2016). *Litigio arbitral: El arbitraje visto desde otra perspectiva*. Palestra.

Caivano, R. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration Revista del Círculo Peruano de Arbitraje,* (1), 121-162. https://www.yumpu.com/es/document/read/30171989/arbitraje-y-grupos-de-sociedades-extension-de-los-lima-arbitration/1

Caivano, R. (2011). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo-Perrot.

Caivano, R. (2021). El régimen cautelar en el arbitraje comercial internacional argentino. *Revista Argentina de Arbitraje,* (8).

Caivano, R. J. (2013). La renuncia a los recursos. En E. Gaillard & D. P. Fernández Arroyo (Dirs.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (pp. 133164.). CEDEP; Universidad del Rosario.

Caivano, R. (2024) El principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable al convenio arbitral, la regla supletoria y la solución pro-arbitraje del derecho peruano. En A. F. Soria Aguilar (Coord.), *Principios del arbitraje*. Editorial UPC.

Caivano, R. y Ceballos Ríos, N. (2019). La ley argentina de arbitraje comercial internacional, a través de un enfoque comparativo con la Ley peruana de Arbitraje. *Arbitraje PUCP*, *8*(8), 51-82.

Caivano, R. y Ceballos Ríos, N. (2020). *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino.* La Ley.

Cantuarias Salaverry, F. y Caivano, R. (2008). La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 43-84.

Castillo Freyre, M., Castro Zapata, L., Sabroso Minaya, R. y Chipana Catalán, J. (2014). *Comentarios a la ley de arbitraje. Primera parte* (Vol. 25). ECB ediciones.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1985). *Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional* (enmendada en 2006). https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

Conejero Roos, C. (2005). La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, *32*, 89-138. https://www.redalyc.org/pdf/1770/177021316005.pdf

Conejero Roos, C. e Irra de la Cruz, R. (2012/2013). La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado. *Lima Arbitration*, (5), 56-91. https://stablobccsprod.blob.core.windows.net/cam/2021/01/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz_.pdf

Corte Permanente de Arbitraje. (2023, 8 de diciembre). Laudo final en el caso CPA No. 2020-14 (Mota-Engil Ingeniería y Construcción S.A. – Sucursal Paraguay vs. República del Paraguay, Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones). https://www.pgr.gov.py/files/laudos/231208-Laudo-Final.pdf

De Trazegnies, F. (2004). El rasgado del velo societario dentro del arbitraje. *Revista IUS ET VERITAS*, *14*(29), 12–22. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11485/12005

Trazegnies Granda, F. de. (2016). Artículo 3º: Principios y derechos de la función arbitral. En A. Bullard (Ed.), *Litigio arbitral: El arbitraje visto desde otra perspectiva* (pp. xxx–xxx). Lima: Palestra.

De Trazegnies, F. (2011). Art. 3°. Principios y derechos de la función arbitral. Comentario. En A. Bullard y C. Soto (Coords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje* (Tomo I, pp. 20–34). Instituto Peruano de Arbitraje. https://www.ipa.pe/pdf/tomo-i-comentarios-ley-peruana-arbitraje.pdf#page=49.22

Decreto Legislativo 1071 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. 1 de septiembre de 2008 https://www.gob.pe/institucion/oece/normas-legales/308659-1071

Expediente No. 6167-2005-PHC/TC (2006, 28 de febrero). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Expediente No. 00142-2011-PA/TC. (2011, 21 de setiembre). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf

Fernández Arroyo, D. y Perales Viscasillas, P. (2012). Las contribuciones de la CNUDMI/

UNCITRAL en materia de arbitraje: razones y políticas de una década altamente productiva. *Revista de Derecho Comparado,* (20), 37-67.

Grigera Naón, H. (1989). La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino. *La Ley*, 1021 y siguientes.

Hanotiau, B. (2006). Non-signatories in international arbitration: Lessons from thirty years of caselaw. *ICCA Congress Series*, (13), 341 y siguientes.

Ley 1879. Ley de Arbitraje. 26 de abril de 2002. https://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-80-26042002-L-1879-1.pdf

Ley 7561. Ley de Arbitraje. 3 de septiembre de 2025. https://baselegal.com.py/docs/b8b7777f-e021-11f0-9773-0200170c11d6

Montezuma Chirinos, A. J. (2018). Diez años de activa vigencia de la ley de arbitraje peruana. Decreto legislativo Nº 1071. *Arbitraje*, *11*(3), 777-788. https://doi.org/10.19194/arbitrajeraci.11.03.06

Moreno Rodríguez, J. A., Goralewski Hempel, V. y Cazal Zaldivar, L. E. (2026). *Paraguay reforms its arbitration law: An overview of the new legal framework*. Altra Legal.

Moreno Rodríguez, J. A. (2025). *Arbitraje comercial y de inversiones*. Intercontinental Editora.

Poder Ejecutivo. (2025). Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Arbitraje (Expediente PE 25 02565). Congreso Nacional de Paraguay. https://silpy.congreso.gov.py/web/descarga/expediente-180806?preview

Sanders, P. (1995). Unity and diversity in the adoption of the Model Law. *Arbitration International*, *11*(1), 1-38.

Silva Romero, E. (2010). El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad. *Lima Arbitration*, (4).

Suárez Anzorena, C. I. (2005). Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional. *Revista Internacional de Arbitraje*.

Talero Rueda, S. (2010 / 2011). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje, Lima Arbitration N° 4 ps. 71 y siguientes.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.007

¿Nulidad por motivación defectuosa?(*)(**) Una crítica a la práctica judicial peruana de anular laudos por defectos en la motivación

Nullity Due to Defective Rationale? A Critique of the Peruvian Judicial Practice of Annulling Awards Due to Defects in the Reasoning

Francisco González de Cossío(***)
González de Cossío Abogados, S.C. (Ciudad de México, México)

"Our critics are our friends for they show us how we can improve".
Benjamin Franklin.

Resumen: En este ensayo el autor pone bajo la lupa la práctica forense judicial observable en el Perú sobre la nulidad de los laudos por ausencia de motivación, o motivación aparente. Basado en los principios más aceptados de derecho arbitral (nacional e internacional) concluye que la práctica observable existente es contraria no solo a las mejores prácticas judiciales sobre la materia, sino el derecho arbitral mismo. Los laudos son cosa juzgada: ello quiere decir que nadie puede revisitar su contenido. Un caso particular de ello es que la motivación no puede ser analizada en su contenido, solo existencia. La práctica visible pasa de un análisis de existencia a uno de esencia. Al hacerlo mal-aplica derecho arbitral; reduce la eficacia del arbitraje; diluye la fuerza de la cosa juzgada.

Palabras clave: Laudos – Ejecutabilidad – Nulidad – Motivación – Razonamiento - Cosa Juzgada – Perú

Abstract: In this essay, the author critically examines the judicial practice observed in Peru concerning the annulment of arbitral awards on the grounds of lack of reasoning or merely apparent reasoning. Drawing upon the most widely accepted principles of arbitration law, both domestic and international, the author concludes that the prevailing judicial practice is inconsistent not only with best judicial practices in this field but also with arbitration law itself. Arbitral awards have the effect of res judicata, meaning that their substantive content is not subject to judicial reconsideration. A specific implication of this principle is that the reasoning of an award may be reviewed only as to its existence, but not as to its substantive merits. The prevailing practice, however, shifts from an inquiry into the existence of reasoning to an assessment of its substance. In doing so, it misapplies arbitration law, undermines the effectiveness of arbitration, and weakens the binding force of res judicata.

Keywords: Arbitral Awards – Enforceability – Annulment – Reasoning – Legal Reasoning – *Res Judicata* – Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 17 de abril del 2026 y su publicación fue aprobada el 10 de Julio del 2026.
(**) Deseo reconocer y agradecer la contribución para la elaboración de las reflexiones aquí vertidas que recibí de Aliza Palatchi Oldak e Isabella Nájera Ramírez. Las deslindo sin embargo de cualquier responsabilidad.
(***) Abogado por la Universidad Iberoamericana. Doctor en Análisis Económico del Derecho y Competencia Económica por la University of Chicago Law School. Maestría en Derecho por la University of Chicago Law School. Grado de Negocios (OPM), Harvard Business School. Árbitro internacional, mediador y Dispute Board Member de González de Cossío Abogados, S.C. ORCID: https://orcid.org/0009-0007-9955-1513. Correo electrónico: fgcossio@gdca.com.mx.

1. Introducción

Se observa que algunos miembros del Poder Judicial del Perú anulan laudos porque no les gusta su motivación. Dicha práctica es contraria al derecho arbitral, tanto peruano como internacional. Es además caldo de cultivo de responsabilidad internacional del Estado. Cuanto antes se erradique, se evitará que el sistema internacional corrija dicha mala-praxis, lo cual puede ser doloroso.

Este ensayo sustancia la aseveración contenida en el párrafo anterior. Para ello, a continuación, se citarán sentencias peruanas que ejemplifican la práctica denunciada, para luego explicar cómo esta práctica vulnera el derecho arbitral, y cómo ello puede erigirse en un ilícito internacional.

2. Mala Praxis

La investigación arroja un número de decisiones que ejemplifican no solo la aproximación que busco comentar, sino el estado de la materia en el Perú. A continuación, se citan, poniendo la atención el en aspecto del análisis que deseo comentar, para luego identificar comunes denominadores que asoman y ejemplifican las tendencias.

2.1. Decisiones

A continuación, cito nueve decisiones judiciales que anularon (en todo o en parte) decisiones de laudos con motivo del razonamiento visible en la motivación.

En la sentencia derivada del *Expediente N.º 109-2015* la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima anuló parcialmente un laudo arbitral que había acogido una pretensión indemnizatoria por daño emergente derivada de la aplicación de penalidades contractuales. El motivo de la nulidad fue considerar que el árbitro no desarrolló adecuadamente los elementos de la responsabilidad civil ni el sustento probatorio de los perjuicios alegados. En sus palabras:

Dicha explicación no es suficiente no se desarrolla con precisión la conducta generadora del daño, el daño mismo y el nexo de causalidad" "no explica de qué manera los documentos resultan pertinentes e idóneos para acreditar los perjuicios" "carece de coherencia lógica-jurídica y valoración conjunta y razonada de los medios probatorios (Yano y Silva, 2023, p. 128).

El razonamiento visible siguió la teoría de la motivación insuficiente. No se limitó a constatar la existencia de motivación, sino que examinó minuciosamente el razonamiento. Ello incluyó los elementos de la responsabilidad civil y la suficiencia de la valoración probatoria. Resultado: el órgano judicial se sustituyó en el juicio del tribunal arbitral.

La sentencia derivada del *Expediente N.º 292-2014* de la Segunda Sala Comercial Corte Superior de Justicia de Lima, después de hacer un análisis detallado de la motivación, declaró la nulidad parcial del Laudo indicando que "no se entiende por qué la accesoria ha de ser desestimada in integrum al no haberse dado respuesta congruente y motivada respecto de dicha pretensión indemnizatoria" (2014, como se citó en Yano y Silva, 2023, p. 134).

La nulidad del laudo se sustentó en una supuesta falta de motivación. Al hacerlo, el órgano judicial desplegó un análisis que excedió la mera verificación de su existencia: revisó la coherencia interna del laudo arbitral.

En la sentencia de los *Expedientes acumulados N.° 200-2014 y N.° 206-2014,* la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia anuló parcialmente un laudo arbitral en el que el tribunal arbitral había extendido el convenio arbitral a partes no signatarias, haciéndolas solidariamente responsables por el pago de una cierta indemnización. Al hacerlo, la Sala explicó que:

> La motivación del laudo no ha sido lo suficientemente explícita, clara y completa no se ha hecho en el análisis arbitral ninguna referencia destinada a desvirtuar [la objeción] o precisar sus alcances" dejando librada a la presunción del lector las razones de la decisión (2014).

Es de destacarse la alusión a una motivación "no lo suficientemente explícita, clara y completa". Con ello, la Sala evidencia su crítica a la suficiencia de la motivación.

En la sentencia derivada del *Expediente N.º 00334-2015,* la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima anuló un laudo arbitral al considerar que este no satisfacía el deber de motivación en la medida en que no expone de forma adecuada las razones que sustentan la decisión adoptada en el arbitraje. Al respecto, la Sala sostuvo que el laudo "no expone de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican", ni expresa "el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia" [ni] "una suficiente justificación de la decisión adoptada" (Resolución 007-2016, como se citó en Cardoza, 2024, p.65).

Concluyó, con base en ello, que se configuró la causal de anulación prevista en el artículo 63, numeral 1, inciso b, del Decreto

Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, "DL 1071"). Sobre esta decisión, llama la atención la premisa "justificación suficiente" de la conclusión de ausencia de motivación.

La sentencia derivada del *Expediente N.º 00410-2021, 2022* la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró la nulidad del laudo arbitral por considerar que se había omitido valorar un medio probatorio consistente en una pericia técnica. La Sala explicó que "esta Corte aprecia un defecto evidente relativo a la absoluta omisión de referencia valorativa de un medio probatorio que resultaba crucial la pericia de parte que aportaría sustento técnico" (2022, como se citó en Montes et al., 2023, p. 46).

El razonamiento citado no se limitó a verificar la existencia de motivación, se inmerso en su *suficiencia*. Ello incluyó indagar el material probatorio actuado. El órgano jurisdiccional evaluó qué pruebas debían ser consideradas y cuál era su incidencia en la decisión. Un auténtico control de la motivación con sabor a apelación.

En la sentencia que resolvió el *Expediente N.º 00307-2019-0-1817-SP-CO-02*, 2022 la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, al analizar la causal de falta de motivación, advirtió que:

> No se aprecia que se haya dado respuesta a ninguna de las alegaciones sostenidas por la recurrente más aún, se verifica que no analiza los alcances ni explica las razones propias que justifiquen adoptar como correctas las conclusiones del perito configurándose un caso de motivación aparente (2022, como se citó en Montes et al,.2023, p.47).

La aproximación que exige cerciorar que las alegaciones de una de las partes hayan sido suficientemente abordadas es de notarse. Sobre todo, la caracterización de motivación "aparente".

En la sentencia derivada del *Expediente N.º 00277-2020-0-1817-SP-CO-02, 2022* la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, al analizar la causal de falta de motivación, advirtió que "se ha incurrido en falta de motivación interna del razonamiento, toda vez que no hay coherencia narrativa lo que genera incoherencia que impide la comprensión del argumento e invalida la conclusión a la que arribó el tribunal arbitral" (2022, como se citó en Montes et al,.2023, p. 53).

Llama la atención el que se haya realizado un análisis de la coherencia interna del laudo a efecto de identificar contradicciones.

En la sentencia resultante del *Expediente N.º 00530-2021-0-1817-SP-CO-01,* la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima anuló por considerar que "no se verifica en el laudo análisis o argumento alguno sobre la caducidad decidida en el laudo parcial" (2022, como se citó en Montes et al,.2023, p. 79).

Por considerar que dicha cuestión era determinante para resolver la pretensión indemnizatoria, la Sala concluyó que el laudo fue emitido "sin considerar lo actuado en sede arbitral, esto es, la caducidad fijada en el laudo parcial".

El razonamiento citado hace las veces de una casación. No se limitó a constatar la existencia de motivación, sino que profundizó sobre un aspecto del caso que para el gusto de la Sala era importante, y lo casó. Un análisis diverso al que debe hacerse en el juicio de nulidad.

En la sentencia recaída del *Expediente N.º 00024-2025-0-1817-SP-CO-01*, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral, anulando los extremos relativos al daño emergente, lucro cesante y costos del arbitraje. El motivo de la nulidad fue considerar que el tribunal arbitral no motivó adecuadamente la cuantificación de los daños, al sostener que:

> Al fijar los mencionados montos indemnizatorios se remite únicamente al Informe [pericial] sin explicar ni expresar razón alguna que determine que los montos fijados correspondan a los conceptos reclamados no ha verificado los cálculos realizados por [el perito] no se conocen las razones del Tribunal en este extremo (Corte Superior de Justicia de Lima, 2025, considerando 12.4).

La Sala advirtió supuestas deficiencias del informe pues no adjuntó el soporte de sus cálculos, omisión que resta credibilidad. El razonamiento judicial es preocupante. Se inmiscuye granularmente en la valoración de la prueba, algo que corresponde exclusivamente al tribunal arbitral. Al hacerlo, se erige en el hermano mayor del tribunal arbitral. Ello es contrario a lo que permite derecho arbitral y lo que las partes desearon al pactar arbitraje.

Don Fernando Cantuarias Salaverry y Don José Luis Repetto Deville reportan casos semejantes en los que los juzgadores hablan de la "logicidad" del razonamiento o de la suficiencia del análisis. Casos en los cuales el juez critica que el árbitro no explicó por qué determinados medios probatorios no le generaban convicción suficiente (2015, pp. 34-37). En la misma línea, el Dr. Cardoza

Ayllón advierte casos donde la Sala consideró que el laudo no exponía de manera "clara, lógica y jurídica" los fundamentos de hecho y de derecho ni el razonamiento que condujo a la decisión, apoyándose en la doctrina constitucional sobre debida motivación (2024, pp. 64-65). Hacen ver que ello introduce categorías que, aunque presentadas como controles formales, se aproximan a una valoración del contenido de la decisión.

2.2. Constantes

Los casos citados muestran comunes denominadores dignos de énfasis dados los objetivos de este ensayo. Son los siguientes:

a) Analizan el fondo del laudo. Es decir, en vez de ceñir su análisis a si se actualiza una causal de nulidad, el laudo se adentra, a veces con minucioso detalle, en el razonamiento del laudo.
b) El análisis no es superficial, sino profundo.
c) Escudriñan hechos, derecho y razonamiento. El tipo de análisis que se observa en cada uno es el siguiente:
   - Hechos: El análisis fáctico incluye no solo qué pruebas se consideraron, sino qué pruebas no se consideraron (o que suponen que no se consideraron por no haber sido citadas *in extenso* en la motivación). Ha incluido la forma en que se ha analizado, internalizado y asimilado el contenido de las pruebas técnicas; es decir, cómo se entendieron dichas pruebas y qué hechos se consideró que acreditaban.
   - Derecho: El análisis jurídico visible no solo es sobre la existencia de fundamentos, sino sobre la rectitud de la aplicación del derecho.
   - Razonamiento: La revisión de la motivación se asemeja al tipo de análisis que conlleva un juez de alzada (un *ad quem*) respecto de una decisión de un juez inferior (un *a quo*), del género dotado de facultades para revocar, confirmar, o modificar lo decidido por el juez inferior. Dicho de otra manera, como una *apelación*.

Respecto de lo último, existen apreciaciones diversas dignas de destacar. Por ejemplo:

- La alusión a una motivación "no lo suficientemente explicita, clara y completa".
- La crítica consistente en que no exponen de forma "adecuada" las razones que sustentan la decisión.
- La premisa "justificación suficiente" de la conclusión de ausencia de motivación.
- La crítica de ausencia de respuesta "adecuada" a los argumentos de las partes.
- El poner la motivación bajo la lupa con miras a cerciorar que no sea "aparente".
- En algún caso el órgano judicial incorporó un estándar de motivación cualitativo—vinculado a claridad, lógica interna y justificación suficiente—que excede la verificación de la existencia de fundamentos y abre paso a un examen del contenido sobre el propio razonamiento arbitral.
- Ha existido examen minucioso sobre la estructura del razonamiento arbitral, la forma en que se configuran los elementos de la responsabilidad y la suficiencia de la valoración probatoria.
- A través del análisis lógico, algunos órganos judiciales revisaron la coherencia interna del laudo. Ello ha incluido exigir coherencia lógica interna del razonamiento arbitral; consistencia entre sus premisas y conclusiones, lo que implica un control sobre la estructura argumentativa del laudo.
- Un caso particular de lo anterior ha sido verificar la ausencia de contradicción entre secciones distintas del laudo.
- Al evaluar la suficiencia de la motivación, no se limitó a comprobar la existencia de fundamentos, sino que examina la justificación jurídica construida por el tribunal arbitral.

Los puntos indicados con anterioridad se reducen a una oración: la sustitución del juicio del tribunal arbitral por el del juez de nulidad.

3. Contraria a derecho arbitral

La mala praxis descrita en la sección anterior es violatoria de derecho arbitral peruano, internacional, y es de cuestionable congruencia con su la Constitución del Perú.

3.1. Peruano

La aproximación descrita en la sección "Mala praxis" de este ensayo es contraria a Derecho peruano en que convierte un requisito del laudo en una causal de nulidad del laudo, siendo que el derecho arbitral peruano no solo no lo permite, lo prohíbe.

3.1.1. El derecho peruano

La primera oración del artículo 56, numeral 1, del Decreto Legislativo 1071 ("DL 1071") establece que "todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto". La exigencia de motivación se satisface dando un razonamiento sobre los motivos por los que se llegó a la conclusión a la que se llegó. Ello significa que debe explicarse por qué los hechos demostrados actualizaron la hipótesis de la norma jurídica que sirve de fundamento de la decisión.

La calidad de la motivación varía. Y una ausencia *total* de motivación no cumpliría la exigencia. Ello puede conducir a un análisis no-binario, subjetivo, sobre qué es motivación y cuando se satisface. Ello sin embargo no está permitido por la norma, que solo exige que *exista* motivación. Bajo un análisis de *existencia* no es permisible realizar un análisis de *pertinencia*. Un análisis de *existencia* no puede convertirse en un análisis de *esencia* (González, 2018, p. 930). Como explica con tino don Ricardo León Pastor, el control permisible es sobre la existencia de motivos, no sobre la corrección jurídica de los mismos (2014, p. 48). En su tesis doctoral Don Ricardo León Pastor dice algo digno de diseminación:

> Las patologías argumentativas (inexistencia de motivación o motivación aparente, falta de motivación interna, control de motivación externa mediante la justificación de premisas, motivación insuficiente, motivación sustancialmente incongruente y motivaciones cualificadas) son categorías tomadas de las teorías de la argumentación y fueron pensadas para evitar errores de argumentación en condiciones ideales.
>
> Estas patologías tienen categorías imprecisas, tales como la motivación aparente o la motivación insuficiente, que, siendo muy opinables, no dan lugar a un control objetivo de la calidad del razonamiento (2017, p. 206).

Las reglas del discurso racional, aunque útiles en la argumentación, no pueden erigirse en estándares de cumplimiento con base en los cuales se prive de eficacia un laudo. Se trata de cánones a seguir *al argumentar*, no condiciones para *controlar*. Erigirlos en parámetros del control de la validez de un laudo es diverso a lo que permite derecho arbitral. Hacerlo diluye la fuerza de cosa juzgada de los laudos. Y aún si se desearan hacer aplicables, lo más que permitirían revisar es la justificación externa, no interna, del fallo. Sobre todo, porque la ausencia de motivación no es una causal de nulidad o no ejecución del laudo.

3.1.2. La ausencia de motivación no es una causal de nulidad

Las causales de nulidad (artículo. 63 del DL1071) y de denegación de ejecución (artículo. 75 del DL1071) del laudo no contemplan la ausencia de motivación del laudo. Esto es no solo importante, es el núcleo de esta cuestión. Las causales son *numerus clausus*. Consecuentemente, no solo no puede anularse o no ejecutarse un laudo por un motivo distinto a las causales expresamente contempladas, sino que además no puede realizarse una interpretación extensiva: *siendo normas de excepción, son de interpretación estricta*.

Permitir controlar la motivación en aras de cerciorar que carece de una patología argumentativa por considerar que la causal de nulidad contenida en el artículo 63, numeral 1, inciso b del DL1071: cuando una parte "no pudo hacer valer sus derechos" permite incorporar la tutela procesal efectiva, que incluye una decisión motivada, tal como advierte León Pastor (2016, p. 208) resulta desmedido. Es contrario a lo que en verdad dice y tutela la causal de nulidad citada. Se trata de una interpretación expansiva de la causal, contraria a lo que permite el Derecho Arbitral.

3.1.3. El laudo es cosa juzgada

El artículo 59, numeral 2, del DL1071 establece que "el laudo produce efectos de cosa juzgada". La fuerza de cosa juzgada tiene como efecto que el *contenido* de un laudo no puede ser revisitado. Es decir, nadie puede revisitar las determinaciones de hecho resultantes de la valoración de la prueba; tampoco la aplicación del derecho. Ello queda (tautológica pero plausiblemente) establecido por el artículo 59, numeral 2, del DL1071, que establece que "todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes".

La práctica descrita en la sección "Mala Praxis" viola ambos preceptos: desdice la cosa juzgada; incumple la finalidad del laudo; realiza una apelación *de facto*. Y todo ello bajo la apariencia de un análisis de "conformidad de la motivación".

3.2. Internacional

La finalidad de los laudos y su ejecutabilidad es una obligación de derecho internacional. El artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York") así lo establece en su primera oración al decir que: "cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución". Se trata de una norma dirigida a los poderes judiciales de los Estados Parte de la Convención de Nueva York, que proviene del firmamento internacional, y que contiene una obligación: "reconocerá" es el verbo utilizado en modo imperativo. Así ha sido interpretado por la jurisprudencia y doctrina internacional[(1)].

(1) Ver Marike Paulsson, The New York Convention in Action, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016, pp. 124-125. A su vez, Andreas Börner, Article III, en Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Second Edition, Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port (eds.), Wolters Kluwer, The Netherlands, 2025, p. 117 et seq.

Doctrina internacional prominente refrenda lo anterior. Por ejemplo, Gary Born hace ver que un laudo motivado no requiere ser exhaustivo ni necesariamente persuasivo; basta con que expongan las razones esenciales que permitan comprender por qué, a la luz de los hechos y la prueba, el tribunal ha llegado a su conclusión (2021, pp. 2454-2455). En apoyo cita el caso *Bremer Handelsgesellschaft vs. Westzucker* donde se indicó que:

> *All that is necessary is that the arbitrators should set out what, on their view of the evidence, did or did not happen and should explain succinctly why, in the light of what happened, they have reached their decision and what that decision is. This is all that is meant by a "reasoned" award (1981).*

Gabrielle Kaufmann-Kohler comenta que la motivación cumple una función de legitimidad y transparencia, en tanto permite a las partes y a la comunidad arbitral comprender la decisión y evaluar su coherencia. Sin embargo, esa función no implica la imposición de un estándar de corrección sustantiva susceptible de control judicial (2013, pp. 357-378).

En el libro *Arbitraje* abordo esta cuestión bajo el rubro "Motivación que no merece ser considerada tal" (2018, p. 917). Reconociendo que la motivación cumple una función, y que no cualquier cosa puede válidamente calificarse como "motivación" —lo cual puede justificar un análisis nutrido de la lógica y las reglas del discurso racional pues existen diferentes casos particulares de deficiencias analíticas. Por ejemplo, la motivación falaz por inconsecuente, elíptica, contradictoria o por que asume el consecuente; la motivación hipócrita, es decir, la que no esgrime los verdaderos motivos de la conclusión a la que se llegó; o la insuficiente. La teoría de la argumentación es ya una rama desarrollada (además de fascinante). En esta línea, defiendo que:

> Dentro de la función de control del laudo no está la función de analizar la legalidad del fallo. Su sentido. La finalidad del laudo tiene por consecuencia que *nadie* pueda reexaminar su sentido. Ello incluye no sólo las determinaciones de hecho, sino la aplicación del derecho. Ello es exactamente lo que las partes desearon cuando pactaron arbitraje: que sea en una sola instancia que se ventile todo. Sin más revisión que la validez del acto. Dicho negativamente, el control del laudo se extiende a su *validez*, no *rectitud*. A determinar si el acto jurídico es *válido*, no *correcto* (2018, p. 917).

Corolario: "no es lo mismo analizar el sentido de una decisión, a si hace sentido la decisión"; "las dudas deben ser despejadas a favor de la validez del fallo" (Gonzáles, 2018, p. 919). De lo contrario, se genera el peligro que el análisis de la motivación se preste a una 'apelación *de facto*' por la puerta trasera (Gonzáles, 2018, p. 917).

No existe un solo autor prominente que postule algo diverso a ello. No hay una sola jurisdicción respetada que así lo permita.

3.3. Constitución: el derecho a una motivación

El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece como un principio de la administración de justicia que "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".

Propongo que un análisis semántico, teleológico y constitucional debe llevar a concluir que el precepto citado no justifica tratar los laudos de una manera contraria a derecho arbitral peruano e internacional, como fue detallado en la sección III. Reposo este postulado en tres premisas:

a) El sujeto pasivo de la obligación de motivación es el Poder Judicial peruano: la norma alude a resoluciones *judiciales*. Ello significa que no aplica a los árbitros.
b) La arquitectura de los derechos fundamentales: se trata de derechos del gobernado ante una autoridad—como un juez. Los árbitros no son autoridad. Tampoco son miembros del Poder Judicial, que es a quien se dirigen los principios de administración de justicia que establece el Capítulo VIII de la Constitución peruana.
c) Lo que busca la norma citada es evitar la arbitrariedad. El que un gobernado no pueda conocer los motivos por los que se ha decidido actuar de cierta manera. Dicho objetivo no justifica concluir que puede violarse derecho arbitral y revisarse el contenido de un laudo: No es lo mismo desconocer el motivo de una decisión que no compartirlo. Lo que tutela el principio citado es lo primero, no lo segundo.

Esto último merece ser profundizado. Cuando una decisión no asiste al interés de una parte, no es inusual que no le gusten los *motivos* ofrecidos detrás de ella. No porque no sean correctos, sino porque se desea evitar las consecuencias. Son pocos quienes tienen la madurez y objetividad para aceptar un principio y voluntaria y espontáneamente asumir las consecuencias de una decisión que no les conviene por el sencillo hecho que es lo que dice el Derecho. Harán (suelen hacer) todo lo posible por cuestionarlo—en ocasiones harán cosas que rebasan lo posible (entendiendo lo posible como lo apegado a Derecho; lo ético). Pero ello no puede ser motivo suficiente para aceptar dejar sin

efectos su decisión de acudir al arbitraje. Esto merece énfasis. Por definición, una parte que recibe un laudo que no le da la razón recibe un acto fruto de su libertad—nadie puede imponer el arbitraje; exige consentimiento. Y si aceptáramos que un laudo puede ser repudiado por que a alguien no le gusta el resultado (y la motivación que lo acompaña), no solo sería la eficacia del arbitraje la que sufriría, sino la del Derecho mismo: no significaría nada.

Esto es la consecuencia de la praxis denunciada: restar eficacia del arbitraje en particular, y del Derecho en general.

No se busca defender que los árbitros no motiven, sino que conforme a un análisis constitucional de motivación se mal-aplique derecho arbitral. El *alfa* y el *omega* de la validez de los laudos se mide por el Derecho arbitral exclusivamente: sus causales de nulidad, estrictamente aplicadas.

4. Responsabilidad internacional del estado por nulidad incorrecta de laudos

La nulidad indebida de un laudo puede detonar responsabilidad internacional del Estado. Ello ha sido sostenido en un número de casos, como Saipem v Bangladesh (2019), donde se sostuvo que desconocer los efectos de un laudo arbitral constituía abuso de poder en el ejercicio de la función de revisión (párrs. 161, 170, 173), y era contraria a la Convención de Nueva York. Ello detonó la responsabilidad internacional del Estado.

Saipem inauguró un derrotero que ha sido validado y seguido por otros casos. Por ejemplo, ATA Construction v. Jordania (2010). Dicho caso involucró la nulidad de un laudo arbitral por el poder judicial de Jordania. Se demandó la responsabilidad internacional del Estado. El tribunal arbitral de inversión sostuvo que la decisión anulación del laudo fue contraria al tratado de inversión por mermar el derecho a arbitrar contenido en el laudo (2010, párr. 125).

Otros casos sirven de apoyo del postulado general que el actuar del Poder Judicial no es indiferente al Derecho internacional; puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado cuando no sigue el cauce correcto: *Mondev v. United States (2002, pp. 11-12), Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. Ecuador (2010, pp. 8-9)* y *White Industries v. India* (2011, p. 17).

5. Conclusiones

La aproximación que han tomado algunos jueces del Perú puede ser fruto de buenas intenciones: el deseo de tutelar. Es sin embargo contraria a derecho arbitral peruano e internacional; al sistema arbitral internacional del cual el Perú forma parte.

El requisito de contar con una motivación no permite al juez de nulidad adentrarse a las entrañas analíticas de un fallo arbitral, como lo puede hacer con sentencias que provienen de jueces inferiores del orden jurídico al que pertenece. *El laudo es cosa juzgada*. Las decisiones contenidas en el laudo están revestidas de finalidad: *nadie puede revisitarlas*. De hacerlo, los juzgadores incurrirían en un actuar indebido. Un ilícito. Y como todo ilícito, el daño que genere puede detonar responsabilidad, ya sea individual (por abuso o desvió de poder) o la del Estado. La teoría de responsabilidad internacional del Estado por actuar indebido del poder judicial está en ciernes, pero está siendo aceptada como buena. Es de esperarse que se madure.

Y todo parece indicar que jugará un papel importante: disciplinará el actuar de los órganos judiciales locales. Su corolario es digno de enfatizarse: el desconocimiento de acuerdos y laudos arbitrales puede detonar responsabilidad internacional del Estado. Y la experiencia enseña que, cuando ello ocurre, es doloroso. Es por ende conveniente que los miembros del Poder Judicial peruano tomen nota, remedien dicho actuar, y se respete la finalidad de los laudos. Al hacerlo, encontrarán que pueden cumplir sus funciones de mejor manera: verán recursos judiciales liberados que pueden emplearse en otras áreas donde son más necesarios; su utilidad social es superior; por ejemplo, los amparos *habeas corpus*, los divorcios, la violencia familiar, las acciones reparatorias de daño.

El tiempo judicial es un bien valioso y escaso; debemos emplearlo en las áreas sociales de mayor trascendencia. Si las partes han elegido recurrir al arbitraje, ello debe servir de motivo para que el juzgador enfoque su tiempo en otras materias, permitiendo cumplir de mejor manera su (importante) misión social.

De no hacer lo anterior, es posible que se detone la responsabilidad internacional del Estado peruano por incumplimiento de obligaciones primarias de derecho internacional (la Convención de Nueva York; la Convención de Panamá). Ello podría a su vez comprometer al funcionario (el juzgador) por responsabilidad derivada de desvío de poder.

Referencias bibliográficas

Bremer Handelsgesellschaft v. Westzucker (1981). 2 Lloyd's Rep. 130, 123 (Eng. C.A.).

Cantuarias Salaverry, F. & Repetto Deville, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS*, (51), 33–37.

Cardoza Ayllón, A. (2024). La anulación de laudos arbitrales en el Perú por falta de motivación: Una mirada comparada con el ordenamiento jurídico español. *Forseti. Revista de Derecho*, 13(20), 64–65.

Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador (2010, 5 de noviembre). Permanent Court of Arbitration [PCA] (Case No. 2009-23, Submission of Amici).

González de Cossío, F. (2018). *Arbitraje* (5.ª ed.). Porrúa.

Kaufmann-Kohler, G. (2013). Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, 23(3), 357-378.

León Pastor, R. (2012). ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación? *Arbitraje PUCP*, (7), 48.

León Pastor, R. (2016). *Anulación de laudo arbitral por defecto de motivación. Estudio de casos en Lima, Perú. Periodo 2011-2015* [Tesis de doctorado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP.

Mondev International Ltd. v. United States of America (2002, 11 de octubre). International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID] (Case No. ARB(AF)/99/2, Award).

Montes Gózar, S., Olórtegui Huamán, J., Rivas Caso, G. & Wong Abad, J. M. (2023). *Estudio de anulación de laudos 2022*. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2016, 21 de abril). *Expediente N.° 00334-2015-0-1817-SP-CO-01* (Resolución N.° 7).

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2025, 22 de octubre). *Expediente N.º 00024-2025-0-1817-SP-CO-01* (Sentencia).

Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2022). *Expediente N.º 00410-2021*.

Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh (2009, 30 de junio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI] (Caso No. ARB/05/7, Laudo).

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2015). *Expedientes N.° 200-2014 y 206-2014 (acumulados)* (Resolución N.° 28).

Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2014). *Expediente N.º 292-2014*.

Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2015). *Expediente N.º 109-2015*.

White Industries Australia Limited v. Republic of India (2011, 30 de noviembre). United Nations Commission on International Trade Law [UNCITRAL] (Final Award).

Yano, D. & Silva, P. (2023). "Entre lo justo y lo necesario": la motivación del laudo arbitral. *Forseti. Revista De Derecho*, 12(18), 114-135. https://doi.org/10.21678/forseti.v12i18.2171

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.008

Internacionalización del incumplimiento contractual en el arbitraje de inversiones: hacia una teoría de interferencia estructural del Estado(*)(**)

On the internationalization of contractual breach in investment arbitration: toward a theory of structural state interference

Maria Fernanda Vásquez Palma(***)
Universidad de Talca (Talca, Chile)

Resumen: El arbitraje internacional de inversiones enfrenta un problema persistente que reside en determinar cuándo un incumplimiento contractual del Estado receptor puede calificarse como una violación del derecho internacional. La doctrina tradicional ha abordado esta cuestión a partir de la distinción entre *contract claims y treaty claims*, junto con el examen de las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*), pero estas categorías han producido una jurisprudencia arbitral zigzagueante, por lo que han resultado insuficientes para articular una solución consistente. El presente trabajo analiza la internacionalización del incumplimiento contractual en el arbitraje de inversiones, identificando sus principales tensiones teóricas y prácticas. A partir de un enfoque dogmático, basado en el análisis de la doctrina especializada y de un corpus de veintidós decisiones arbitrales del CIADI dictadas en los últimos años, se propone como nueva tesis que la responsabilidad internacional del Estado solo surge cuando concurre una interferencia estructural, derivada del ejercicio de poder público, ilegítima por su carácter abusivo, desproporcionada o irracional, y generadora de un daño, que altera de manera significativa el marco jurídico-económico de la inversión. La cláusula paraguas cumple una función específica y no redundante, al ampliar el objeto susceptible de protección internacional, sin sustituir el test de responsabilidad propuesto. La tesis permite reducir la discrecionalidad arbitral, ofrecer un criterio operativo más claro que las soluciones binarias ensayadas hasta ahora, y extender el análisis a supuestos extracontractuales de interferencia estatal.

Palabras clave: Arbitraje de Inversiones - Incumplimiento Contractual - Cláusula Paraguas - Interferencia Estructural - Responsabilidad Internacional del Estado - Chile

Abstract: International investment arbitration faces a persistent problem: determining when a breach of contract by the host state can be classified as a violation of international law. Traditional doctrine has addressed this issue by distinguishing between contract claims and treaty claims, along with examining umbrella clauses. However, these categories have resulted in inconsistent arbitral jurisprudence and have proven insufficient to articulate a consistent solution. This paper analyzes the internationalization of breach of contract in investment arbitration, identifying its main theoretical and practical tensions. From a dogmatic perspective, based on an analysis of specialized doctrine and a corpus of twenty-two ICSID arbitral awards issued in recent years, this paper proposes a new thesis: that the international responsibility of the State arises only when there is

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 12 de mayo de 2026 y su publicación fue aprobada el 20 de julio de 2026.
(**) Esta investigación se efectúa en el marco del Proyecto Fondecyt Regular del que la autora es directora, N° 1251909.
(***) Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España). Profesora Titular de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Talca, Chile). Ha ejercido como Juez Árbitro en la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago). ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2861-5520. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl.

structural interference, derived from the exercise of public power, that is illegitimate due to its abusive, disproportionate, or irrational nature, and that causes harm, significantly altering the legal and economic framework of the investment. The umbrella clause serves a specific and non-redundant function by broadening the scope of international protection without replacing the proposed liability test. This approach reduces arbitral discretion, offers a clearer operational framework than the binary solutions attempted thus far, and extends the analysis to extra-contractual instances of state interference.

Keywords: Investment Arbitration - Contractual Breach - Umbrella Clause - Structural Interference - State Responsibility - Chile

1. Introducción

Uno de los problemas más complejos del derecho internacional de inversiones consiste en determinar cuándo el incumplimiento contractual del Estado receptor trasciende hasta el punto de convertirse en un ilícito internacional, susceptible de ser conocido por tribunales arbitrales de inversión. Aunque la afirmación resulta, a primera vista, contraintuitiva, la literatura ha señalado de manera casi unánime que un conflicto contractual de inversión puede, bajo ciertas circunstancias y, en particular, ante la existencia de una cláusula paraguas (*umbrella clause*), ser llevado ante el arbitraje CIADI. La jurisprudencia ha reafirmado esta postura de forma equívoca y zigzagueante, sin que existan hasta ahora criterios claros sobre sus alcances(1).

Frente a este estado de la cuestión, resuelto hasta ahora de manera casuística y sin una teoría unificada que lo sustente, esta investigación revisa críticamente las tensiones que se generan cuando se internacionalizan controversias contractuales de inversión, a partir del análisis de un corpus jurisprudencial reciente de veintidós decisiones arbitrales. Se examinan las razones que han hecho admisible este desplazamiento, así como los elementos que han estado presentes y ausentes en su justificación dogmática.

La teoría tradicional distingue y relaciona las nociones de *contract claims* y *treaty claims*, sosteniendo, a grandes rasgos, que un incumplimiento negocial puede generar responsabilidad internacional cuando el Estado actúa en ejercicio de su potestad de imperio (*iure imperii*). Esta tesis, sin embargo, presenta fisuras que han generado más problemas que soluciones, pues no explica de forma consistente cuándo una conducta estatal reviste ese carácter, ni cómo se relaciona con la cláusula paraguas cuando esta se encuentra pactada.

Del examen del marco normativo, la doctrina y la jurisprudencia -especialmente la dictada en los últimos años por tribunales arbitrales de inversión, contrastada con la experiencia comparada-, se observa una evolución que revela un desplazamiento progresivo hacia un análisis más complejo de la conducta estatal. Ello permite construir una nueva tesis, centrada no en la calificación aislada de un acto, sino en la conducta sistémica del Estado.

La hipótesis sobre la que descansa esta investigación sostiene que el incumplimiento contractual solo genera responsabilidad internacional cuando concurre una interferencia estatal abusiva, desproporcionada o irracional, que altera de manera significativa el marco jurídico-económico de la inversión. Bajo esta tesis, la cláusula paraguas cumple una función específica y no redundante, en cuanto amplía el objeto susceptible de protección internacional, al incorporar la obligación contractual como tal, pero no sustituye ni exime el examen de legitimidad que determina, en definitiva, si esa conducta genera responsabilidad.

Para desarrollar esta tesis, se revisan, en primer lugar, algunas nociones básicas sobre la inversión extranjera y la cláusula paraguas; luego, se examina si el incumplimiento del contrato de inversión puede generar responsabilidad internacional del Estado receptor; a continuación, se analizan las fricciones que genera el conocimiento de este tipo de controversias por tribunales arbitrales CIADI, a partir de la casuística más relevante; y, finalmente, se plantea la propuesta central de este trabajo: enmarcar la responsabilidad internacional del Estado a partir de una interferencia estructural de este en la inversión, precisando además el rol que, dentro de dicha teoría, cumple la cláusula paraguas.

2. Sobre la inversión extranjera y las cláusulas paraguas

2.1. Contexto histórico

Tras la Segunda Guerra Mundial, y en el marco de la expansión de la economía

(1) Para una revisión histórica de las cláusulas paraguas, *véase*, entre otros: Polanco Lazo, R., & Manrique de Lara Seminario, J. L. (2021). Cláusulas paraguas. En J. M. Álvarez Zárate & M. Zenkiewicz (Eds.), *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 473–496). Universidad Externado de Colombia.

global, se incrementó la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Tratados de Libre Comercio, con el objeto de plasmar un conjunto de deberes recíprocos, para el caso en que una empresa de estos países pretendiera invertir en el otro. Paralelamente, se creó un centro internacional de arbitraje de inversiones o CIADI (1965), al que podían incorporarse los Estados voluntariamente[2]. Esta idea ha forjado una velada competencia entre Estados por atraer a los inversionistas, entregándoles distintos beneficios por medio de estos y otros instrumentos jurídicos, con la intención de incentivar los negocios internacionales.

La inversión extranjera permite, en líneas generales, el incremento de flujos de capital, generación de capacidad productiva y transmisión de conocimientos al resto del tejido empresarial[3]; empero, también es posible que genere externalidades negativas, por lo que se deben adoptar precauciones en áreas sensibles, como ocurre en materias laborales y derechos humanos[4] (Fernández Masiá, 2020).

No existe una definición única de inversión. Se entiende como tal aquella actividad económica que consiste en destinar capital o recursos en uno o más objetivos para obtener ganancias a corto, mediano o largo plazo. La inversión extranjera se configura como un sector jurídico fragmentado, dotado de una multiplicidad de fuentes, por lo que es relevante establecer cuáles resultarán aplicables.

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI/APPRI's/BIT o Bilateral Investment Treaty) constituyen convenios internacionales en materia de inversión extranjera directa que, conforme a la reciprocidad, son diseñados para el fomento y la protección jurídica de los flujos de capital destinados a uno o más sectores productivos. En la actualidad, existen más de 3000 BIT (UNCATD)[5].

Este contrato posee carácter privado para el inversionista y de interés público para el Estado que recibe la inversión. Su naturaleza jurídica se define en cada derecho aplicable, pero comúnmente el Estado estará constreñido por normas de orden público[6]. Como todo contrato, se encuentra protegido por su intangibilidad y fuerza obligatoria, lo que implica aceptar que no puede ser modificado unilateralmente, a menos que así se haya previsto. Si una de las partes incumple dicho acuerdo, se activarán los mecanismos jurídicos dispuestos en el contrato.

Un tratado de inversión vincula hacia el futuro lo que nos lleva a una primera fricción, relativa al cambio de circunstancias económicas y disminución de capacidades que puede sufrir el Estado (Bohoslavsky, 2010, p. 15). Las cláusulas más relevantes manifiestan deberes de conducta que asume el Estado en los TBI y son normalmente: (i) Igual trato para nacionales y extranjeros inversores; (ii) trato de la nación más favorecida[7][8]; (iii) trato justo y equitativo[9] (Sornarajah, 2010, p. 346); y (iv) Transparencia y estabilidad[10]. Resultan aplicables de manera transversal los principios de buena fe, de abuso del derecho

(2) Se ha cuestionado este mecanismo y se ha intentado crear un Tribunal Internacional de inversiones, idea que ha sido propugnada fundamentalmente por la Unión Europea y Canadá, llevando dicha iniciativa a la discusión de la CNUDMI desde 2019. Para más énfasis, véase: Gómara Hernández, J. L. (2020). La reforma del arbitraje de inversiones. En C. Esplugues (Dir.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 137–157). Tirant lo Blanch.

(3) Para mayor información, *véase*: Ffrench-Davis, R. (2003). La inversión extranjera directa en Chile. En Ó. Muñoz (Ed.), *Hacia un Chile competitivo: Instituciones y políticas* (p. 287). Editorial Universitaria.

(4) Para una mayor revisión, *véase*: United Nations Conference on Trade and Development. (2017). *World investment report 2017: Investment and the digital economy*. United Nations; Esplugues Mota, C. (2020). En C. Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 65–66). Tirant lo Blanch.

(5) En Chile, esta materia se regía por el DL N°600. En 2015 se dictó la ley N° 20.780, vigente desde 2016.

(6) Se ha señalado que no es posible hablar de contratos administrativos, sino más bien de actos administrativos unilaterales mixtos y modales, cuyos efectos están sujetos a la aceptación del destinatario. Para mayor información, *véase*: Arancibia Mattar, J. (2019). Naturaleza y justicia de los actos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30), 27–53.

(7) Entre otros, pueden revisarse los siguientes casos del CIADI: *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 13 de noviembre de 2000; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, 31 de julio de 2007.

(8) Para un mayor análisis jurisprudencial del tema, *véase*: Pucinelli, N., & Quiroz, M. (2020). Importando paraguas: Las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (77), 467–483.

(9) Se ha discutido si se trata de un estándar máximo o mínimo. El tribunal en Azurix Corp. v. República Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, 14 de julio de 2006, párr. 360, señaló que "la cláusula, tal como está redactada, permite interpretar el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad como estándares superiores a los requeridos por el derecho internacional. El propósito (…) es establecer un piso, no un techo".

(10) En Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, el tribunal sostuvo que "(…) el Estado falló en asegurar un marco predecible y transparente para la planificación del negocio y la inversión". Por su parte,

y la doctrina del estoppel[11], mientras que otras materias se discuten caso a caso, como ocurre con las expectativas que se generan[12]. En resumen, existen materias que forman parte de estos estándares sin discusión, mientras que otras deben calibrarse caso a caso.

2.2. Sobre la cláusula paraguas[13]

La cláusula paraguas (también conocida como cláusula de efecto espejo, de efecto paralelo, de cobertura, de efecto ascensor, entre otras) no presenta una redacción estandarizada, lo que ha generado diferentes líneas interpretativas. En general, se les ha entendido[14] como aquellas disposiciones, contenidas en TBI, que tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y un Estado, a nivel de posible violación del tratado.

El objetivo declarado de esta cláusula es mejorar las condiciones de equidad entre las partes contratantes (inversores y Estados receptores), llenando los vacíos que pudieren presentarse en los contratos. Se caracterizan por integrar derechos genéricos de los inversionistas, de forma tal que, si el contrato de inversión no contempla ciertas prerrogativas a favor de aquéllos, éstas podrán situarse en la mentada cláusula. Con esta inclusión se abre la posibilidad que el inversionista reclame un eventual incumplimiento del Estado receptor, no ante el tribunal señalado en el contrato, sino de inversiones (CIADI), esgrimiendo la vulneración del contrato, del TBI o de ambos. En base a ello, la jurisprudencia ha establecido una distinción entre reclamos provenientes de contratos y de tratados[15].

En cuanto al ámbito de aplicación, debemos distinguir el objetivo y subjetivo.

2.2.1. Ámbito de aplicación material

No existe un modelo uniforme que permita determinar el contenido de la cláusula paraguas, las diferentes redacciones que se han diseñado dan lugar, al menos, a tres modelos de diferente contextura:

a) Redacción restrictiva. Por ejemplo, la cláusula del TBI suscrito entre la República de la India y Kuwait (Tratado Bilateral de Inversiones entre la República de la India y el Estado de Kuwait, 2001), en su artículo 4 establece: "Cada Estado contratante observará cualquier obligación o compromiso que haya contraído con respecto a las inversiones en su territorio realizadas por inversores del otro Estado contratante, las controversias derivadas de que dichas obligaciones sólo se reparan en los términos de los contratos subyacentes a las obligaciones"[16]. De ello se extrae que el contrato de inversión se

en LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc.v. República Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, 25 de julio de 2007, se estableció que "repetidamente, estos tribunales han concluido (…) que la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar de trato justo y equitativo (…)". En sentido contrario, en AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, 23 de septiembre de 2010, se dispuso que "las condiciones de estabilidad (…) no constituyen una cláusula de estabilización (…) un marco legal está sujeto a cambio (…) y un Estado tiene el derecho soberano de ejercer sus poderes (…)".

(11) En Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, 29 de mayo de 2003, el tribunal señaló que "(…) esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige brindar a la inversión extranjera un tratamiento que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista decidió realizar su inversión". Por su parte, en Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, 18 de agosto de 2008, se indicó que "la estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas legítimas del inversionista (…) tales expectativas constituyen un elemento relevante del estándar de trato justo y equitativo".

(12) En la jurisprudencia arbitral también se observan posiciones divergentes respecto del alcance de las expectativas legítimas. En Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, laudo parcial, 17 de marzo de 2006, el tribunal sostuvo que dichas expectativas constituían un elemento central del estándar de trato justo y equitativo. En sentido contrario, en EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, 8 de octubre de 2009, se indicó que la idea de que las expectativas legítimas implican la estabilidad del marco legal no puede formularse en términos absolutos, pues ello conduciría a un congelamiento del ordenamiento jurídico en tensión con el poder.

(13) La ausencia de una cláusula paraguas no impide que un inversor presente una reclamación ante un tribunal de arbitraje de inversiones. Lo que cambia es la naturaleza de la reclamación.

(14) Para más información sobre el origen de la cláusula paraguas, *véase*: Sinclair, A. (2004). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection. Arbitration International, 20(4), 411-434.

(15) El primer tratado bilateral de inversiones (TBI), suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959, incorporó una cláusula según la cual "(…) cada Parte observará cualquier otra obligación que haya contraído respecto de las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte (…)", lo que favoreció su posterior incorporación como estándar de protección en otros tratados. En este contexto, el tribunal arbitral en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003, analizó el significado y alcance de dicha cláusula en el TBI entre Suiza y Pakistán (1995).

(16) Traducción propia

rige por la *lex contractus*, siendo prácticamente imposible que se entienda internacional (Lanco International Inc. v. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/97/6, 8 de diciembre de 1998).

b) Redacción simple y habitual, en la que se confiere protección a los contratos de inversión a través del TBI y de foros internacionales. Por ejemplo, el Tratado Bilateral de Inversiones entre los Estados Unidos de América y la República Argentina (1991) establece en su artículo 3 que "cada Parte observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones"[17]. (SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003).

c) Redacción amplia, en que no sólo se incluyen las obligaciones contractuales, sino también otras materias, como las promesas. Por ejemplo, TBI suscrito entre Italia y Jordania, en que se establece "cada Parte contratante creará y mantendrá en su territorio un marco jurídico adecuado para garantizar a los inversores la continuidad del trato legal, incluido el cumplimiento, de buena fe de todas las empresas asumidas con respecto a cada inversionista específico"[18]. Aquí caben las cláusulas que impongan a las partes la protección del tratado a obligaciones asumidas por el Estado o respecto de otros documentos ajenos al tratado (por ejemplo: autorizaciones de inversión)[19]. Asimismo, estas cláusulas podrían alcanzar a inversores que no son parte del contrato, por ejemplo, el artículo 10 del TBI que Suiza y Qatar firmaron el 12 noviembre 2001, establece que "cada parte contratante observará cualquier obligación contractual que haya asumido con respecto a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante"[20].

2.2.2. Delimitación del ámbito de aplicación subjetiva

Este tema se relaciona con el alcance subjetivo de la cláusula analizada, esto es, quién puede impetrar una acción por incumplimiento contractual, ante un tribunal internacional. Por ejemplo, si el contrato de inversión fue suscrito por una sociedad, ¿podrían los accionistas, filiales o matrices, u otras entidades estatales, alegar un posible incumplimiento? En la práctica, esto se ha resuelto de manera dispar por los tribunales arbitrales, dependiendo si analizan el tratado de manera separada o conjunta con el contrato en cuestión. A ello se agregan los casos en que el contrato de inversión es suscrito por una empresa pública independiente del Estado[21], lo que nos lleva a distinguir si se trata de un organismo Estatal o una agencia autónoma.

Por otra parte, se encuentra el problema de la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas. La jurisprudencia arbitral ha adoptado, de manera casi uniforme, un criterio formal de nacionalidad, atendiendo al lugar de constitución de la sociedad antes que al origen efectivo del capital o el control real que sobre ella se ejerce. Así lo estableció el tribunal en *Tokios Tokelés v. Ucrania*, al rechazar la solicitud del Estado receptor de levantar el velo corporativo para identificar al inversionista sustancial oculto tras una sociedad formalmente constituida en otro Estado contratante[22]. Estos criterios han ampliado las estrategias de reestructuración societaria (*nationality planning* o *corporate restructuring*) dirigidas a capturar la protección de un TBI más favorable (*treaty shopping)*[23].

Esta cuestión, lejos de ser un aspecto lateral, resulta funcional a la tesis aquí

(17) Traducción propia

(18) En Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v.The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Caso No. ARB/02/13, de 2004, el tribunal sostuvo que dichas cláusulas no generan per se la posibilidad de someter controversias contractuales a tribunales arbitrales internacionales. En ausencia de una disposición expresa que lo permita, no constituye una obligación internacional autónoma.

(19) Polanco y Manrique mencionan en este punto a las cláusulas paraguas insertas en los TBI suscritos entre Países Bajos y Polonia (1992); Reino Unido y Egipto (1975); Suiza y Filipinas (1997). En el TBI pactado entre Suiza y Pakistán (1995). En el TBI celebrado entre Italia y Jordania (1996) se establece que cada parte contratante deberá crear y mantener en su territorio un marco legal adecuado para garantizar a los inversionistas el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas respecto a cada inversionista.

(20) Traducción propia

(21) Para mayor información, *véase*: Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI N.º ARB/03/3 (Decisión sobre jurisdicción, 22 de abril de 2005), párrs. 199–203.

(22) Para una mayor revisión, *véase*: Tokios Tokelès v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004.

(23) Para mayor información, *véase*: Baumgartner, J. (2016). Treaty Shopping in International Investment Law. Oxford University Press; Schreuer, C. (2013). Nationality Planning. En A. W. Rovine (Ed.), Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012 (pp. 17-28). Martinus Nijhoff. La práctica arbitral ha ensayado un criterio temporal para distinguir la planificación legítima del abuso. Si la reestructuración societaria fue efectuada antes de que la controversia sea razonablemente previsible se

sostenida. Así como se ha propuesto que la responsabilidad internacional del Estado exige que la interferencia estatal supere un umbral de legitimidad, sea proporcional, racional y desprovista de arbitrariedad, el acceso del inversionista a la protección internacional exige analizar la legitimidad de su conducta. En otras palabras, la invocación del tratado debe corresponder a una genuina operación económica y no a un artificio oportunista orientado a capturar un foro más favorable una vez que el riesgo regulatorio ya se había materializado. Ambos filtros, uno sobre la conducta estatal, otro sobre la conducta del inversionista, cumplen una función estructuralmente análoga dentro del sistema, en la medida que aseguran que el arbitraje de inversiones se active únicamente frente a relaciones económicas sustantivas y de buena fe recíproca, y no como resultado de artificios formales, sean estos de matriz estatal (interferencia estructural ilegítima) o del inversionista (*treaty shopping* abusivo)[24].

A ello se suma la cuestión de la planificación fiscal mediante sociedades instrumentales o de papel (*mailbox companies*), constituidas frecuentemente en jurisdicciones con TBI favorables (Países Bajos, Luxemburgo o Emiratos Árabes Unidos son ejemplos recurrentes), sin sustancia económica propia en el Estado de nacionalidad formal. La doctrina más reciente ha propuesto como correctivo normativo la incorporación de cláusulas de denegación de beneficios (*denial of benefits clauses*), que facultan al Estado receptor negar la protección del tratado a sociedades carentes de actividad económica sustancial en el Estado de constitución; con todo, su eficacia práctica ha sido cuestionada, en la medida que suelen exigir una invocación expresa y oportuna por parte del Estado demandado[25].

2.3. Conflictos que genera la cláusula paraguas

La existencia y validez de estas cláusulas no suele ponerse en tela de juicio. Los problemas residen en su alcance (material-subjetivo), la alteración del régimen de responsabilidad previsto en el contrato, y las asimetrías que genera el sistema de protección de inversiones.

La interpretación de la cláusula dependerá de la redacción y el lenguaje utilizado, a lo que se añade el contexto[26]. La casuística ha mostrado dos visiones contrapuestas. La primera señala que todo incumplimiento del contrato por parte del Estado receptor debe entenderse como una vulneración internacional, pues a partir del TBI aquél se comprometió precisamente a cumplir con todas las obligaciones relativas a inversiones entre los Estados en cuestión, incluyendo la de respetar los contratos suscritos[27]. La segunda sostiene que sólo en el caso que el Estado actúe como soberano[28], esto es, bajo su imperio y no como contratante, la cláusula paraguas desplegará sus efectos en relación con un contrato en particular (Fernández Massiá, 2007).

El problema presentado puede observarse a partir de dos escalones incardinados entre sí: uno procesal y otro sustantivo. El primero pasa por resolver el tribunal competente, si el

---

entiende como un ejercicio de la libertad de organización empresarial; en cambio, aquella verificada una vez que el conflicto ya es previsible o ha estallado, se le ha calificado como abuso del derecho (*abuse of rights o abuse of process*), privando al tribunal de jurisdicción sobre el asunto. Así se sostuvo en Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, decisión sobre jurisdicción, 10 de junio de 2010, donde el tribunal validó la interposición de una sociedad neerlandesa efectuada antes de que la controversia con el Estado receptor fuera previsible; en Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, decisión sobre objeciones jurisdiccionales del demandado, 1 de junio de 2012, el tribunal desestimó su competencia bajo el CAFTA al constatar que el cambio de nacionalidad de la sociedad matriz, de las Islas Caimán a Estados Unidos, se produjo cuando la controversia relativa a la denegación de la concesión minera ya era previsible; en Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, 17 de diciembre de 2015, el tribunal calificó como abuso de derecho la reestructuración corporativa efectuada por la tabacalera, trasladando la titularidad de sus filiales australianas a una sociedad de Hong Kong, una vez que la controversia sobre el empaquetado genérico del tabaco era razonablemente previsible, negándose por ello a ejercer jurisdicción.

(24) Para una mayor revisión, *véase:* Voon, T., Mitchell, A., & Munro, J. (2014). Legal Responses to Corporate Maneuvering in International Investment Arbitration. Journal of International Dispute Settlement, 5(1), 41-67, quienes plantean la necesidad de un examen de buena fe aplicable simétricamente a la conducta del Estado y del inversionista.

(25) Para mayor información, *véase:* Voon, Mitchell & Munro (2014), pp. 55 y ss., sobre el diseño y las limitaciones prácticas de las cláusulas de denegación de beneficios.

(26) Para una mayor revisión, véase: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003.

(27) Para mayor información, *véase*: Eureko B.V. v. Republic of Poland, arbitraje ad hoc (Laudo parcial, 19 de agosto de 2005); Noble Ventures, Inc. v. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11 (Laudo, 12 de octubre de 2005), párr. 38.

(28) Esta posición fue adoptada en Sempra Energy International v. Argentine Republic, Caso CIADI N.º ARB/02/16 (Laudo, 28 de septiembre de 2007).

conflicto es contractual, serán los tribunales del Estado receptor o un árbitro comercial, los que dilucidarán la cuestión. Si el reclamo se presenta ante el CIADI y este acepta la competencia para conocer de la materia, deberá decidir si existe o no una efectiva vulneración por parte del Estado receptor. Si la rechaza, surgirá la interrogante de si puede el inversor llevar la alegación a los tribunales estatales para que resuelvan el conflicto como un incumplimiento contractual simple. El segundo problema, de carácter sustantivo, radica en la delimitación de la noción de obligación contractual aplicable al caso, cuestión que constituye un punto de inflexión para su resolución. Esto se dilucidará en base al contrato (lex contractus) calificando la obligación contractual con base al derecho nacional, para luego analizar si esta constituye una vulneración del tratado.

3. ¿Puede el incumplimiento del contrato de inversión generar responsabilidad internacional del Estado receptor?

3.1. Presentación de las posiciones

En algunos casos ha bastado el mero incumplimiento del contrato para debatir la infracción del tratado en un arbitraje de inversión; mientras que, en otros, aquél debe provenir del *iure imperii* del Estado y elevarse dicho incumplimiento a la inejecución del contrato. El requisito *sine qua non* se ha centrado en la existencia de una cláusula paraguas contenida en el TBI, lo que provoca que las miradas se centren en los términos en los que ha sido redactada. Siendo estas disímiles, deberá determinarse el tipo de obligaciones protegidas (Por ejemplo, obligaciones sustanciales), el estándar que debe aplicarse (ej. estándar alto o medio), así como la naturaleza de la disputa que emerge de la aplicación de ellas. La falta de claridad sobre estos temas y la diversidad de decisiones arbitrales ha generado un retroceso en la inclusión de cláusulas paraguas en recientes TBI y en tratados multilaterales.

La primera postura pasa por entender que existe una especie de integración entre el tratado y los acuerdos que se han suscrito a partir de aquél. Ello importa que la cláusula absorbe al contrato en cuestión, transformando las obligaciones de aquél en otras de derecho internacional. Así se señaló, por ejemplo, en Noble Ventures, Inc. v. Romania,[29] agregando que ello genera que el derecho que rige el contrato y el derecho aplicable a la solución de controversias sea el derecho internacional. La segunda respuesta nos lleva a comprender que el tratado no integra el contrato, por lo que, si se incumple este último, habrá que resolver el conflicto de acuerdo con las normas y el tribunal competente señalado en éste, y sólo se podrá acudir a un tribunal de inversión si se ha vulnerado el tratado respectivo. Una tercera postura argumental indica que un incumplimiento contractual puede dar lugar tanto a un reclamo ante el tribunal estatal o arbitral de inversiones, dependiendo de su envergadura y causa.

La forma de resolver ha sido dispar. Así, por ejemplo, en SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan[30], el tribunal CIADI sostuvo que la cláusula paraguas no eleva reclamos contractuales a tratados, por lo que aquéllos se mantienen sujetos a la cláusula de jurisdicción establecida en el acuerdo (De Souza Fleury, 2015, p. 376); en otros se ha indicado lo contrario, es decir, que el incumplimiento contractual, bajo ciertas circunstancias, provoca la vulneración del tratado de inversión y debe ventilarse ante el CIADI. En Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria[31], el tribunal arbitral sostuvo que primero debía determinar la violación del contrato con base al derecho nacional que lo rige y, si esto se asentaba, se podría analizar si la violación del contrato constituiría una violación del tratado en el marco de la cláusula paraguas. No obstante, si así fuese, el contrato se regiría por las mismas normas del tratado, lo que no ocurre. Por lo demás, un tribunal arbitral de inversiones no posee competencia per se para declarar el incumplimiento de las obligaciones de un contrato, sino sólo del tratado[32], lo que implica que, si se alega la violación del contrato, el

(29) Para mayor información, *véase*: Noble Ventures, Inc. v. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11, 12 de octubre de 2005.

(30) Para una mayor revisión, *véase:* SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI N.º ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003.

(31) Para mayor información, *véase*: Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, Caso CIADI N. º ARB/03/08, 10 de enero de 2005.

(32) En El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, Caso CIADI N.º ARB/03/15, 31 de octubre de 2011, el tribunal sostuvo que la cláusula paraguas no extiende la protección del tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario suscrito por el Estado o por una entidad estatal, salvo en aquellos casos en que este actúa en ejercicio de potestades soberanas. Un razonamiento similar fue adoptado en Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI N.º ARB/03/3, 22 de abril de 2005, donde se afirmó que el incumplimiento de un TBI presupone el ejercicio de autoridad soberana (*ius imperii*).

tribunal arbitral de inversión no puede ser competente para conocer del asunto en ningún caso(33), y sólo lo será si se alegue la vulneración del tratado, donde el contrato será un elemento probatorio más a considerar.

En nuestra opinión, no es posible que una cláusula paraguas transforme obligaciones del derecho interno en obligaciones reconocibles en el derecho internacional. Para que ello sea posible, primero el juez competente del contrato debe verificar dicho presupuesto, esto es, el incumplimiento obligacional del contrato por parte del Estado, con el grado de culpabilidad o dolo exigido por las normas aplicables. Sólo después de ello podría discutirse si tal incumplimiento genera responsabilidad ante los tribunales internacionales por inejecución del tratado(34).

3.2. ¿Qué tipo de incumplimiento de obligaciones han posibilitado la competencia de los tribunales arbitrales de inversión?

A continuación, sin ánimo exhaustivo, veremos algunos de los casos más emblemáticos que se han pronunciado sobre esta materia, a partir de una clasificación funcional que vincula tipos de obligaciones contractuales alegadas en arbitraje de inversión y lo resuelto sobre la materia.

En general, podemos observar que no existe un estándar de incumplimiento exigido, sino que cada caso se resuelve a partir sus circunstancias, sin calificar la gravedad y/o la necesidad de la modificación, con la excepción del caso Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (Caso N.º ARB(AF)/98/3) (26 de junio de 2003).

Tabla 1

Casos emblemáticos pronunciados sobre la materia

Caso	Tipo de contrato	Obligación incumplida	Resolución
CMS Gas Transmission Company v. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/01/8, 12 de mayo de 2005)	Concesión de gas. La inversión se basaba en un marco regulatorio argentino que garantizaba tarifas en dólares, y ajustes automáticos por inflación (PPI).	Alteración del marco tarifario y estabilidad regulatoria. Argentina argumenta crisis económica.	Se acoge la demanda. El tribunal concluye que la crisis era grave, pero no era el único medio. Argentina contribuyó a la crisis.
LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina (Caso CIADI Nº ARB/02/1, 25 de julio de 2007)	G&E, inversionistas estadounidenses, participaron en empresas distribuidoras de gas en Argentina. Marco regulatorio que garantizaba tarifas en dólares, y estabilidad.	Modificación del régimen económico. Argentina alegó medidas de emergencia: congelamiento tarifario y alteración del régimen económico, deterioro significativo de la rentabilidad.	Se acoge la demanda. Argentina alteró el marco regulatorio y frustró expectativas legítimas. Distingue entre períodos crítico y no crítico (estado de necesidad).
Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3, 22 de mayo de 2007)	Enron (EE. UU.) invirtió en el sector del gas en Argentina (Transportadora de Gas del Sur - TGS). Marco regulatorio garantizaba tarifas en dólares, y estabilidad normativa.	Eliminación de garantías regulatorias. Argentina alegó estado de necesidad y protección del orden público.	Se acoge la demanda. El Tribunal señala que los compromisos contractuales pueden generar responsabilidad internacional. Laudo anulado parcialmente.

(33) En Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Caso CIADI N.º ARB/00/4, 31 de julio de 2001, el tribunal se declaró competente para conocer de las reclamaciones bajo el tratado, pero no respecto de eventuales incumplimientos contractuales. En la misma línea, en Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI N.º ARB/03/11, 6 de agosto de 2004, y en CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Caso CIADI N.º ARB/01/8, 12 de mayo de 2005, se sostuvo que la calificación de un incumplimiento contractual como violación del tratado depende de la naturaleza y magnitud de la interferencia estatal. Por su parte, en SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI N.º ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003, el tribunal no descartó que las partes puedan elevar incumplimientos contractuales al plano del tratado, pero concluyó que no existía prueba suficiente de dicha intención. En contraste, en SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, Caso CIADI N.º ARB/02/6, decisión sobre jurisdicción, 29 de enero de 2004, si bien se reconoció jurisdicción, esta fue restringida en la práctica debido a la inadmisibilidad de las pretensiones contractuales derivada de cláusulas de jurisdicción exclusiva.

(34) No obstante, se ha fallado lo contrario. En el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal v. Argentine Republic, Caso CIADI N.º ARB/97/3, 21 de noviembre de 2000, el tribunal sostuvo que la cláusula contractual que remitía la controversia a los tribunales administrativos de Tucumán resultaba aplicable; sin embargo, el comité de anulación concluyó que los derechos derivados del tratado y aquellos de naturaleza contractual son distintos y autónomos, por lo que el TBI entre Francia y Argentina (1991) habilitaba al inversionista a presentar reclamaciones internacionales. Asimismo, señaló que el artículo 8 del TBI no exige necesariamente la alegación de una violación del tratado, siendo suficiente que la controversia se relacione con una inversión protegida.

Caso	Tipo de contrato	Obligación incumplida	Resolución
Metalclad Corporation v. United Mexican States (Caso Nº ARB(AF)/97/1, 30 de agosto de 2000)	Metalclad, empresa estadounidense, invirtió en México para desarrollar un relleno sanitario. Se acordaron autorizaciones federales, expectativa de operar el sitio conforme a derecho.	Negativa de permisos. Luego se declaró el área como reserva ecológica. Imposibilidad total de operar el proyecto.	El tribunal acoge demanda y declara expropiación. Condena a indemnización. La responsabilidad puede surgir de la falta de coordinación y claridad del aparato estatal.
Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (Caso Nº CIADI ARB/97/7, 13 de noviembre de 2000)	Un inversionista argentino invirtió en España en un proyecto industrial (Galicia). El proyecto fracasó. El inversionista alegó que fue inducido a invertir mediante información errónea, sufrió perjuicios.	España alega cambio de circunstancias y potestad para modificar políticas.	Se acoge demanda. Tribunal sostuvo que la cláusula MFN puede aplicarse no solo a estándares sustantivos, sino también a disposiciones procesales. Indemnización.
Azurix Corp. v. República Argentina (Caso Nº ARB/01/12, 14 de julio de 2006)	La inversora obtuvo una concesión para operar el servicio de agua potable y saneamiento en la Provincia de Buenos Aires.	Problemas de calidad del agua disputas tarifarias, presión política e intervención. Deterioro progresivo de la inversión. Rescisión anticipada del contrato.	Acoge demanda. Responsabilidad por mala gestión regulatoria.
SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (Caso Nº ARB/01/13, 6 de agosto de 2003)	Empresa suiza, celebró un contrato con Pakistán para prestar servicios de preinspección de importaciones.	Pakistán suspendió pagos y cuestionó el contrato. Se establece una jurisdicción específica en contrato.	Se rechaza: El arbitraje de inversiones no es un mecanismo para resolver simples incumplimientos contractuales.
SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (Caso Nº ARB/02/6, 29 de enero de 2004)	La inversora celebró un contrato con Filipinas para prestar servicios de inspección previa a la importación. El contrato contenía una cláusula de jurisdicción a favor de tribunales locales.	Impago estatal. Se suspendieron pagos y se cuestionó el contrato.	Se rechaza demanda. Se sostiene que la cláusula paraguas no puede convertir incumplimientos contractuales en violaciones del tratado. Se reconoce la dimensión internacional, y se respeta el foro contractual. Se suspende el arbitraje.
Noble Ventures, Inc. v. Romania (Caso Nº ARB/01/11, 12 de octubre de 2005)	Noble Ventures, Inc. invirtió en Rumania mediante la adquisición de una empresa estatal siderúrgica (SIDEX). La operación se realizó en el contexto de procesos de privatización. Transición económica post-socialista.	El inversionista alegó que el Estado no cumplió compromisos asumidos, afectó la viabilidad de la inversión.	El tribunal reconoce que la cláusula paraguas puede elevar obligaciones contractuales al plano internacional, pero no todo incumplimiento lo hace. Para ello se requiere conducta atribuible al Estado en ejercicio de funciones públicas (imperio).
Eureko B.V. v. Republic of Poland (19 de agosto de 2005)	Eureko B.V. (Países Bajos) adquirió una participación significativa en la aseguradora estatal polaca en el marco del proceso de privatización. El acuerdo incluía un compromiso del Estado polaco.	Polonia no cumplió con el compromiso de realizar la IPO, adoptó medidas que impidieron a Eureko aumentar su participación, alteraron el equilibrio del acuerdo.	Se acoge demanda. Los compromisos contractuales del Estado pueden generar responsabilidad internacional.
Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. República Argentina (Caso Nº CIADI Arb/97/3) (21 de noviembre de 2000)	La empresa francesa (grupo Vivendi) obtuvo una concesión para operar servicios de agua y saneamiento en la Provincia de Tucumán.	Tras el inicio de la operación hubo aumentos tarifarios generaron fuerte rechazo sociales autoridades provinciales: intervinieron el contrato alteraron sus condiciones finalmente lo rescindieron.	Se rechaza demanda. Tribunal sostuvo que la controversia era esencialmente contractual. El laudo fue anulado y se decide que el CIADI puede conocer del conflicto.
Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States (Caso Nº ARB(AF)/00/2, 29 de mayo de 2003)	Tecmed S.A., empresa española, operaba un relleno sanitario de residuos peligrosos en el Estado de Sonora (México).	No renovación de licencia por parte del Estado. Decisión desproporcionada que vulnera el tratado.	Se acoge. Tribunal sostiene que una medida estatal constituye expropiación si priva sustancialmente al inversionista del uso, goce o valor económico de su inversión.

Caso	Tipo de contrato	Obligación incumplida	Resolución
Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (Caso Nº ARB(AF)/98/3) (26 de junio de 2003)	The Loewen Group, Inc., empresa canadiense, fue demandada en un tribunal estatal de Mississippi (EE. UU.) por prácticas comerciales. El proceso judicial terminó con un veredicto del jurado elevado en un contexto procesal cuestionado.	Proceso judicial defectuoso. Loewen alegó que el juicio estuvo viciado por sesgo del jurado, conducta inapropiada de la contraparte y falta de imparcialidad.	Se rechaza. El tribunal afirma que la denegación de justicia requiere un umbral alto: conducta judicial claramente indebida y agotamiento de recursos internos.

3.3. Fricciones que genera el conocimiento de conflictos que nacen de contratos de inversión, por tribunales arbitrales CIADI

Algunas de las tensiones que genera la situación descrita:

- Recaracterización del incumplimiento contractual como ilícito internacional: El primer problema radica en la tendencia del inversionista a reformular un mero incumplimiento contractual como una violación de estándares internacionales, sin analizar cuándo dicho incumplimiento puede calificarse como un acto de autoridad (*acta iure imperii*). Lo cierto es que puede existir una distancia considerable entre un incumplimiento contractual con la violación del tratado ("*contract claims"* y *"treaty claims*").
- Erosión de la cláusula de elección de foro (*forum selection clause*): Cuando el contrato establece que las controversias deben resolverse ante tribunales estatales o arbitrales específicos, el inversor no tiene facultades para eludir la jurisdicción o competencia pactada, recurriendo a un tribunal de inversiones. Esto genera la vulneración del principio *pacta sunt servanda* o fuerza obligatoria del contrato, del principio de buena fe y *forum shopping*, que es una estrategia rechazada internacionalmente, pues implica aceptar un abuso del sistema de inversiones.
- Fragmentación del sistema de resolución de controversias: En la práctica, se podría producir una dualidad de jurisdicciones que, conociendo del asunto, lleguen a posiciones completamente contradictorias. Si esto es así, ¿cuál de las decisiones será válida? Sería antijurídico entender que, si se discute el incumplimiento de una obligación contractual, se pretenda que la decisión del tribunal competente no lo sea, pero ciertamente este escenario provoca inseguridad jurídica y afecta la coherencia y consistencia del sistema.
- El rol de las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*): Un punto crítico es si el tratado contiene una cláusula paraguas, que eleva obligaciones contractuales a nivel internacional. Esto plantea la pregunta de si toda infracción contractual se transforma automáticamente en violación del tratado o no. Como vimos, existen interpretaciones amplias que aceptan como tal todo tipo de incumplimientos, mientras otras son de carácter restrictivo, en la medida que, para que ello suceda, se requiere una conexión con el ejercicio del poder público. El problema subyacente salta a la vista, pues la interpretación queda al arbitrio de un tribunal arbitral de inversiones conformado para el caso en concreto, sin configurar un criterio que deba respetarse en el tiempo.
- Incentivo perverso para el tribunal arbitral CIADI: Si el tribunal se declara incompetente, esto provoca el término de la controversia y, de paso, de su trabajo como tal. La decisión no es inocua si consideramos que normalmente los honorarios los pagan las partes dependiendo de una serie de factores, entre ellos, la duración y complejidad del juicio. Frente a ello, para los integrantes del tribunal la tentación reside en declararse competente, y quizá sea este factor el causante de la disparidad revisada.
- Distinción entre actos comerciales y actos de autoridad: Este es un problema clásico, pero adquiere especial relevancia aquí, esto es, determinar si el Estado actuó *iure gestionis* (como contratante privado), o *iure imperii* (como soberano). Se ha dicho que sólo en el segundo caso se justifica la responsabilidad internacional, pero ¿qué significa lo anterior? Muchos actos son mixtos o híbridos (ej. rescisión contractual mediante decreto administrativo). No existe claridad sobre un aspecto tan elemental como este.
- Riesgo de "*treaty shopping*" y abuso de derecho: El inversionista puede estructurar su reclamación con el objeto de eludir la jurisdicción de los tribunales previstos en el contrato, a fin de acceder a estándares más favorables del derecho internacional. Esta práctica se vincula con supuestos de mala fe y abuso del derecho, así como con una eventual vulneración del principio *pacta sunt servanda*. Si el inversionista teme la imparcialidad de los tribunales estatales, puede incorporar

tribunales arbitrales internacionales para conocer de los conflictos contractuales y así evitar juicios ante el CIADI por incumplimientos contractuales.
- Impacto sobre la soberanía jurisdiccional del Estado: Permitir que una disputa contractual nacional sea revisada internacionalmente implica un desplazamiento de la jurisdicción y una reducción del margen regulatorio del Estado. Esto es especialmente sensible cuando el contrato ya asignó competencia a tribunales nacionales.
- Estándar probatorio y duplicación de responsabilidad: El inversionista puede intentar ganar en sede interna por incumplimiento contractual y simultáneamente en CIADI por violación del tratado. Esto genera el problema de la doble recuperación (*double recovery*).
- Tensión con el principio de consentimiento en arbitraje internacional: El arbitraje CIADI se basa en el consentimiento del Estado en el tratado de inversión ¿Se extiende ese consentimiento a controversias contractuales indirectamente? Esto depende de la redacción del TBI, es decir, de la existencia de cláusulas amplias de resolución de disputas, lo que origina un examen hermenéutico de aspectos semánticos e intencionales.
- Problema de delimitación de daños: Otra cuestión técnica relevante radica en cómo diferenciar los daños contractuales de aquellos derivados de la violación del tratado. Esta distinción resulta especialmente compleja cuando los hechos son los mismos, pero las bases jurídicas difieren.

En suma, el fenómeno descrito refleja una tensión sistémica entre dos órdenes jurídicos: el derecho interno (contratos, jurisdicción estatal) y el derecho internacional de inversiones (protección del inversionista). Desde la perspectiva internacional, el problema central reside en la dificultad de trazar una línea fronteriza clara entre el incumplimiento contractual del Estado y el ejercicio ilegítimo de su poder soberano.

4. Hacia la teoría de la interferencia estructural del Estado

4.1. Cimientos

Sentado lo anterior, el arbitraje internacional de inversiones se enfrenta a una pregunta clave: ¿cómo determinar si un incumplimiento contractual del Estado constituye una simple controversia regida por el derecho interno o si, por el contrario, configura una violación del derecho internacional susceptible de ser conocida por tribunales arbitrales?

La cuestión no es meramente procesal, sino profundamente sustantiva, y define el alcance del sistema de protección internacional de inversiones. La jurisprudencia arbitral, si bien ha sido zigzagueante al deslindar el asunto, ha erigido un principio de separación entre obligaciones contractuales y obligaciones internacionales que se respeta, con alcances diferentes. En el caso Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. República Argentina se estableció que una violación contractual no equivale necesariamente a una violación del tratado. La jurisprudencia en SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan reafirma que el mero incumplimiento contractual no es suficiente.

Desde esta óptica, nos parecen interesantes los planteamientos de Christoph Schreuer (2009), quien sostiene que el sistema CIADI no está diseñado para actuar como un mecanismo de ejecución contractual, sino como un foro para determinar la responsabilidad internacional del Estado. En la misma línea, Zachary Douglas (2009) enfatiza que el objeto del arbitraje de inversiones es la aplicación del derecho internacional, no del derecho contractual. Asimismo, sostiene que la responsabilidad internacional del Estado no surge del incumplimiento contractual en sí mismo, sino de la infracción de una obligación internacional (Douglas, 2009, p. 6), enfatizando que el elemento decisivo es la presencia de autoridad soberana (Douglas, 2009). En definitiva, el incumplimiento contractual carece de relevancia internacional si no se vincula con el ejercicio de potestades públicas.

A partir de ello, consideramos que la internacionalización del incumplimiento contractual debe conformarse por tres elementos:

a) Ejercicio de potestades soberanas: resulta decisivo si el Estado ha actuado como contratante privado (*iure gestionis*) o como autoridad soberana (*iure imperii).* Sólo en este último caso se activa la responsabilidad internacional. Para J. Crawford, lo central es la conducta del Estado (Crawford, 2002, p. 94), enfoque que permite desplazar el análisis desde la fuente de la obligación contractual hacia la naturaleza de la conducta estatal, abriendo la puerta a una lectura estructural de la intervención pública. En otros términos, la responsabilidad internacional exige conducta atribuible al Estado en cuanto tal.

b) Violación autónoma del tratado: El incumplimiento contractual debe traducirse en una infracción de estándares internacionales como trato justo y equitativo (FET), expropiación directa o indirecta, medidas arbitrarias o discriminatorias. El giro hacia el entorno regulatorio, relativo a la estabilidad y expectativas del inversor, configuran el segundo pilar doctrinal (Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, 2012, p. 90). De ello se extrae que el objeto de protección ya no es el contrato, sino el entorno normativo en el cual se inserta la inversión.
c) Las cláusulas paraguas no convierten automáticamente cualquier incumplimiento en una violación del tratado. Así también lo afirman Rudolf Dolzer y otros (2012, p. 145). Gus Van Harten propone entender el arbitraje de inversiones como un mecanismo sólo de derecho público (2007, p. 4), lo que implica que el sistema no protege las meras relaciones contractuales, sino que controla el ejercicio del poder estatal en su dimensión estructural. Finalmente, Stephan Schill desarrolla una visión sistémica del derecho de inversiones (2010, p. 373), señalando que este configura un mecanismo que permite disciplinar el ejercicio de la autoridad pública.

Desde esta perspectiva, estimamos que la responsabilidad internacional del Estado en esta materia no depende del incumplimiento contractual en sí mismo, sino de la existencia de una interferencia u obstrucción estructural en la inversión privada, derivada del ejercicio abusivo del poder público, que altere de manera significativa el marco jurídico-económico en que esta se desarrolla.

4.2. Casos resueltos bajo este dogma

No existen registros que afirmen nuestra tesis, pero si analizamos los casos resueltos en este último tiempo, veremos que existe un germen de reconocimiento.

4.2.1. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina (ICSID N°ARB/07/26, 18 de diciembre de 2016)

La empresa española Urbaser, era una de las principales accionistas de la concesión Aguas Del Gran Buenos Aires SA (AGBA), controlada por Urbaser. Suscribió un contrato de concesión para prestar servicios de agua potable y saneamiento en Buenos Aires. Tras la crisis financiera de 2001-2002, Argentina promulgó medidas de emergencia que agravaron las dificultades financieras de la concesionaria (congelamiento tarifario, pesificación, alteración del régimen económico). Después de que la concesionaria se volvió insolvente, el demandante inició un procedimiento arbitral contra Argentina por violaciones del tratado bilateral de inversión España-Argentina (TBI España-Argentina). Sostuvo la violación del trato justo y equitativo (FET), una expropiación indirecta y el incumplimiento de obligaciones contractuales. Argentina presentó una contrademanda, basada en el incumplimiento de la concesionaria de proporcionar el nivel de inversión necesario en la concesión, lo que, según alegó, dio lugar a violaciones del derecho humano al agua. Asimismo, señaló que estas regulaciones formaban parte de su potestad soberana. El tribunal evaluó el impacto sistémico de las medidas económicas adoptadas, el rol del Estado en servicios esenciales, y también el que cabe a los inversionistas. Finalmente, rechazó la demanda del inversor, bajo la premisa que no existió una vulneración del tratado, toda vez que las medidas estatales fueron adoptadas por el Estado en un momento de crisis, no siendo arbitrarias ni desproporcionadas, sino generales y no ocasionó una privación sustancial permanente. A la luz de la tesis aquí propuesta, este caso puede leerse como una interferencia estructural del Estado que, sin embargo, fue legítima, proporcional y justificada en el interés público, razón por la cual el tribunal no encontró responsabilidad.

Fue el primer laudo que examinó directamente la aplicación del derecho humano al agua a una disputa de inversión relativa a un servicio privatizado de suministro de agua y saneamiento (Levashova, 2020). Para Guntrip, la reconvención resulta particularmente instructiva en cuanto a la comprensión que el tribunal tiene de la interrelación entre lo público y lo privado en el contexto de los servicios privatizados de agua potable y saneamiento. Esto se debe a que el análisis del tribunal se aborda directamente cómo se aplica el derecho al agua a los inversionistas extranjeros que operan servicios privatizados de agua potable (Guntrip, 2018).

4.2.2. Philip Morris Brands Sarl, Philipl Morris Products S.A. v República de Uruguay (ICSID No. ARB/10/7, 08 de julio 2016)

El inversionista Philip Morris presentó una demanda ante el CIADI contra Uruguay, alegando que este vulneró sus marcas registradas de cigarrillos como consecuencia de dos medidas centrales de su política de salud pública: el "*Single Presentation Requirement*" (SPR), es decir, cada marca puede tener una sola variante; y "80/80 *Regulation*", lo que importa que la advertencia sanitaria ocupaba el 80% de las cajetillas. El impacto de estas fue la reducción del valor económico de las marcas, lo que limitó su

explotación comercial.

Derivado de ello, alegó la violación del trato justo y equitativo (FET), la expropiación indirecta y la vulneración de sus derechos de propiedad intelectual. Uruguay, por su parte, sostuvo que estas políticas fueron adoptadas en ejercicio legítimo de su poder de policía (*police powers*), a fin de proteger la salud pública, de conformidad con estándares internacionales (OMS). El Tribunal rechazó la demanda bajo el fundamento que las medidas adoptadas por la demandada fueron adoptadas de buena fe, con fines legítimos de interés público, y no constituyen expropiación. Agrega que las medidas no privaron totalmente al inversionista de su inversión, sino que se reguló el uso del producto. El tribunal se centra en el carácter dinámico del entorno regulatorio, la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas en atención a la finalidad perseguida, y que ello es previsible en materia de salud, por lo que un inversionista no puede esperar estabilidad absoluta en sectores altamente regulados. Los Estados tienen derecho a adoptar estas medidas para proteger intereses públicos fundamentales (*Right to regulate*). En definitiva, descartó una posible arbitrariedad en aquellas.

Se trata de un caso que, leído desde la teoría aquí propuesta, ilustra bien la interferencia estructural del Estado, en la medida que el conflicto no se centra en el contrato ni en su posible incumplimiento, sino en el tratado y su posible vulneración. El tribunal no niega la interferencia del Estado ni el impacto económico de aquélla, pero concluye que no hay responsabilidad internacional, porque esta fue legítima, proporcional y orientada al interés público.

4.2.3. Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic (ICSID Case No. ARB/17/14, 24 de agosto de 2022)

Italia había otorgado permisos y alentado la inversión en exploración de hidrocarburos, lo que provocó la inversión en el proyecto petrolero Ombrina Mare, ubicado en el mar Adriático frente a la costa italiana. Sin embargo, en 2015, se adopta la Ley N.º 208, que prohíbe la explotación de hidrocarburos dentro de las 12 millas marítimas, bloqueando la concesión de producción solicitada por el inversionista. Como resultado de ello, la inversión se vuelve inviable y se frustra el proyecto. El inversionista reclama la vulneración del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT), alegando expropiación indirecta, violación del trato justo y equitativo (FET) y medidas arbitrarias. Italia alegó incompatibilidad del arbitraje intra-UE (línea Achmea). El tribunal afirmó su jurisdicción para resolver el caso sobre la base que el consentimiento en el tratado prevalece sobre objeciones derivadas del derecho de la UE.

Seguidamente, sostiene que hubo expropiación directa, en la medida que la negativa a otorgar la concesión, eliminó completamente el valor de la inversión y privó al inversionista de sus derechos. Se enfatiza que la expropiación solo es lícita si reside en el interés público, no es discriminatoria y se otorga la compensación adecuada. Este último elemento no se respetó, por lo que se estima ilícita. Condena a Italia al pago de aproximadamente €190 millones más intereses. De este modo, se descartó la tesis de Italia, considerando que la medida no calificaba como regulación no compensable y tenía efectos expropiatorios. Se concluye que no toda regulación ambiental queda protegida por la *police powers doctrine*.

Aunque el tribunal decidió el caso conforme a las categorías clásicas de expropiación directa, su razonamiento es consistente con la tesis aquí propuesta: no sobre la base de un incumplimiento contractual, sino del tratado, el cambio legislativo tuvo un impacto sistémico y total en el proyecto de inversión, que no fue compensado, lo que confirma la exigencia de legitimidad que separa la interferencia lícita de la ilícita.

4.2.4. Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/31, 8 de julio de 2016)

España había establecido un sistema de incentivos muy favorable para la inversión de energías renovables (eliminación de subsidios), que se traducían en tarifas reguladas (*feed-in tariffs*), estabilidad normativa, y una promoción activa de inversión extranjera. Sin embargo, entre 2010 y 2014, el país eliminó el sistema de tarifas y lo reemplazó por un régimen de "rentabilidad razonable", alterando de forma sustancial la economía de las inversiones. Como resultado de ello, se provocó una caída significativa de ingresos y la afectación estructural de proyectos termo solares. Los demandantes alegaron, entre otros, violación del trato justo y equitativo (FET), expropiación indirecta y medidas arbitrarias. El Estado sostuvo que era necesario reformar el sistema, en función del ejercicio legítimo de su poder regulatorio y la inexistencia de garantías de inmutabilidad normativa. Agregó la incompatibilidad del arbitraje con el derecho de la UE (línea Achmea).

El tribunal afirmó su jurisdicción, sobre la base del consentimiento prestado en el

tratado, el que es autónomo del derecho de la UE. En relación con el trato justo y equitativo, sostiene que España generó legítimas expectativas con su marco jurídico, por lo que los inversionistas podían razonablemente esperar estabilidad del régimen económico. En esta senda, señala que, si bien el Estado puede modificar su legislación, no puede hacerlo de forma abrupta, imprevisible o desproporcionada. Concluye que al alterar de manera radical el marco regulatorio en el que se basó la inversión, esto equivale a una expropiación indirecta que debía ser indemnizada, basada en la pérdida de valor económico de la empresa inversora.

Se consideran, entonces, las expectativas legítimas del inversor y la estabilidad regulatoria. El tribunal desarrolla un *test* basado en confianza razonable del inversionista, conducta del Estado y coherencia del marco regulatorio.

Este caso puede leerse, a la luz de la tesis aquí propuesta, como una interferencia estructural del Estado, en la medida que la reforma normativa realizada provocó un impacto sistémico que se tradujo en una alteración del modelo económico que se entiende ilegítima.

4.2.5. Smurfit Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/18/49, 28 de agosto de 2024)

Smurfit, empresa inversora en Venezuela, realizaba operaciones industriales de papel y embalaje, activos productivos y terrenos. El tribunal identifica una serie acumulativa de medidas estatales, entre ellas: ocupación y toma de control de activos, incautación de operaciones empresariales, restricciones a la repatriación de dividendos, negativa a devolver créditos fiscales (IVA), e intervención progresiva del negocio. En 2018 existió una ocupación estatal que implicó pérdida total del control empresarial. El inversor reclamó de esta situación a partir del contrato y el Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Países Bajos y Venezuela (1991).

El tribunal estimó que la actuación del Estado implicaba expropiación ilícita, pues mediante las medidas aplicadas, existió una intervención sistemática que provocó un impacto transversal de alteración del funcionamiento empresarial.

Agrega que esta expropiación ni se basa en el interés público, no respetó el debido proceso, y no fue compensada. En este sentido, se vulneró el estándar de trato justo y equitativo. La conducta estatal fue arbitraria, inconsistente y sistémica, por lo que se observa un patrón de interferencia progresiva y desestabilizadora.

El tribunal declara violación de la obligación de libre transferencia de capitales, por medidas arbitrarias y discriminatorias. Ordena indemnizar aproximadamente USD 468,7 millones, más intereses. A diferencia de los casos anteriores, en este la interferencia es progresiva, acumulativa y destructiva en su totalidad.

4.2.6. Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/18/3, 12 de noviembre de 2024)

El caso surge en el sector de telecomunicaciones. Telefónica operaba en Colombia a través de Colombia Telecomunicaciones S.A. Existía un régimen concesional con obligaciones financieras asociadas al uso del espectro.

El conflicto se desencadena por decisiones de autoridades administrativas y judiciales colombianas que exigieron el pago de sumas significativas. En particular, el Consejo de Estado de Colombia ordenó el pago de cuantiosas sumas vinculadas a reversión de activos y uso del espectro. La telefónica alegó la violación del trato justo y equitativo (FET), denegación de justicia, medidas arbitrarias y violación de expectativas legítimas. Colombia sostuvo la aplicación legítima del derecho interno, decisiones judiciales independientes y la inexistencia de violación del tratado.

El tribunal reafirma el estándar clásico de justicia, que puede ser cuestionable, pero no arbitrario, por lo que descarta la denegación alegada. En relación con el trato justo y equitativo (FET), el tribunal examinó la conducta estatal global, la coherencia regulatoria, y la previsibilidad. Decidió que se había violado dicho estándar, toda vez que el Estado alteró de forma significativa el marco regulatorio, generando incertidumbre jurídica y afectando las expectativas razonables del inversor. En esta senda, indica que no hubo expropiación, pues no hubo privación total de la inversión, la empresa continuó operando. Con todo, el tribunal ordena una compensación significativa basada en el impacto económico de las medidas.

A la luz de la tesis aquí propuesta, la interferencia estatal en este caso es de naturaleza estructural e ilegítima, lo que explica que se haya generado responsabilidad internacional.

4.2.7. Fin.Doc S.r.l. and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/20/35, 16 de enero de 2025)

El caso se inserta en el contexto de inversiones en el sector financiero/empresarial en Rumania. Los inversionistas alegaron que el Estado rumano adoptó medidas regulatorias

y administrativas inconsistentes, generando incertidumbre jurídica, y afectando el funcionamiento económico de la inversión. No se evidenció expropiación directa, no hubo ocupación del Estado, pero las decisiones del Estado provocaron una desestabilización progresiva del entorno jurídico. El tribunal adopta un enfoque característico de la práctica reciente, en la medida que no analiza actos aislados, sino global. Examina la coherencia regulatoria, la estabilidad del marco jurídico, previsibilidad y el comportamiento institucional. Finalmente, estima que existió una vulneración del FET. La decisión se funda en que el Estado no actuó de forma coherente, generó incertidumbre estructural y afectó expectativas razonables

La violación no surge de un acto concreto, sino de un patrón de disfuncionalidad institucional. Se descartó la expropiación, pues no existió privación total ni pérdida de control. También se descartó la denegación de justicia alegada, pues no tiene el nivel de gravedad exigido. Se indica que no hay un acto ilícito único, el tribunal identifica múltiples decisiones que provocan la falta de previsibilidad.

El caso introduce implícitamente la idea de interferencia estructural difusa, lo que implica que no hay intervención directa, pero sí una alteración sistémica del entorno. En estos casos se observa que el contrato de inversión deja de ser el centro, en la medida que no se analizan los posibles incumplimientos que puedan reclamarse del mismo, sino el impacto estructural de las medidas adoptadas por el Estado, a nivel sistémico o sectorial, que transforma la estructura de la inversión.

5. La teoría de la interferencia estructural del Estado: elementos, naturaleza y función dogmática

El recorrido jurisprudencial expuesto en el acápite precedente permite extraer algo más que una tendencia descriptiva. Revela un patrón decisional común que, hasta ahora, la doctrina no ha sistematizado como categoría autónoma. Corresponde, entonces, precisar su naturaleza jurídica, sus elementos constitutivos y su función dentro del sistema de responsabilidad internacional del Estado.

5.1. Naturaleza jurídica

La interferencia estructural no es un nuevo estándar de protección sustantivo, no se yuxtapone al trato justo y equitativo, a la expropiación indirecta o a la cláusula paraguas, sino un criterio de imputación previo que opera como filtro de internacionalización. Su función es determinar, antes de calificar la vulneración de un estándar específico, si la conducta estatal cuestionada pertenece al plano regido por el derecho internacional de las inversiones o si permanece confinada al plano contractual interno. En este sentido, la teoría no compite con los estándares clásicos, sino que los antecede, opera como el umbral de acceso que habilita o cierra su aplicación[35].

Esta característica la distingue de las tesis previas revisadas en el acápite precedente, que buscaban resolver el problema mediante una calificación binaria del acto estatal (*iure imperii* / *iure gestionis*) o mediante la sola verificación textual de la cláusula paraguas. La interferencia estructural, en cambio, exige un juicio compuesto y gradual sobre la conducta estatal considerada en su conjunto, no sobre un acto aislado.

5.2. Elementos constitutivos

Los tres elementos esbozados en la Sección 4 requieren, a la luz de este análisis, una reformulación más precisa. De la reconstrucción doctrinal allí efectuada y de su contraste con la jurisprudencia analizada, es posible decantar cuatro elementos copulativos, que reemplazan a la calificación binaria original:

a) Ejercicio de poder público: La conducta debe ser atribuible al Estado en los términos de los artículos 4 a 11 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (2001)[36], y debe derivar del ejercicio de una potestad pública (regulatoria, tributaria, judicial o administrativa) y no de una posición contractual ordinaria. No basta que el Estado sea parte del contrato; es necesario que actúe como Estado.

(35) En este sentido, la propuesta se aproxima a la función que Zachary Douglas asigna al "elemento decisivo" de la autoridad soberana como condición de procedencia del reclamo internacional, antes de examinar el fondo del estándar sustantivo invocado (Douglas, 2009, p. 6).

(36) Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Anexo a la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001; véase también Crawford (2002).

b) Alteración significativa y sistémica del marco jurídico-económico de la inversión: El impacto no puede evaluarse acto por acto, sino de forma global. Es este el elemento que explica por qué tribunales como los de Fin.Doc v. Rumania o Telefónica v. Colombia prescinden de identificar un acto ilícito único y examinan, en cambio, un patrón acumulativo de decisiones(37). La magnitud exigida no es la privación total característica de la expropiación, sino una afectación estructural del marco en que la inversión se desenvuelve.

c) Ilegitimidad de la interferencia: Este es el elemento que opera como contrapeso al poder regulatorio del Estado (*right to regulate*) y a la doctrina de los *police powers*. La sola existencia de una interferencia estatal intensa no genera responsabilidad si esta persigue un fin público legítimo, es proporcional y se adopta de buena fe, como resolvieron los tribunales en Urbaser v. Argentina y en Philip Morris v. Uruguay. La responsabilidad surge únicamente cuando la interferencia es abusiva, desproporcionada, irracional o discriminatoria(38).

d) Daño cierto derivado de la interferencia: La sola alteración del marco regulatorio no es suficiente; debe traducirse en un perjuicio económico verificable y causalmente conectado con la conducta estatal, aunque, a diferencia de la expropiación, no se exige que dicho perjuicio equivalga a la pérdida del valor de la inversión.

e) Diferencia con las figuras clásicas: La teoría no sustituye al trato justo y equitativo ni a la expropiación indirecta; opera en un nivel distinto. Mientras estos estándares responden a la pregunta "¿qué protección concreta se vulneró?", la interferencia estructural responde a una pregunta previa: "¿puede este conjunto de conductas estatales, incluidas eventuales infracciones contractuales, ser conocido por un tribunal de inversión?". Superado ese umbral, corresponderá analizar cuál estándar sustantivo resultó específicamente infringido, como ocurrió en Telefónica v. Colombia, donde la interferencia estructural habilitó el análisis, pero fue el FET el estándar finalmente vulnerado.

5.3. Función operativa

De los elementos anteriores se deriva un análisis secuencial: (i) verificar el ejercicio de poder público; (ii) constatar la alteración estructural y no meramente puntual del marco de la inversión; (iii) calificar la legitimidad o ilegitimidad de dicha interferencia conforme a un estándar de proporcionalidad y razonabilidad; y (iv) acreditar el daño y su nexo causal. La ausencia de cualquiera de estos elementos impediría calificar el incumplimiento contractual como fuente de responsabilidad internacional, devolviendo la controversia al plano puramente doméstico.

Este examen permite además explicar los resultados divergentes de casos aparentemente similares. Por ejemplo, en Urbaser y en Philip Morris concurrieron los dos primeros elementos, pero no el tercero (legitimidad de la medida), lo que condujo al rechazo de la demanda; en Vattenfall, Telefónica y Fin.Doc, en cambio, la interferencia fue calificada como ilegítima, lo que habilitó la responsabilidad internacional del Estado.

5.4. La función no redundante de la cláusula paraguas

La reconstrucción propuesta exige precisar un punto que, de otro modo, generaría una superposición aparente entre dos categorías: la violación autónoma de estándares como el trato justo y equitativo (FET) y la cláusula paraguas. Si ambas vías condujeran, sin más, a la responsabilidad internacional del Estado por el solo hecho de constatarse, la cláusula paraguas carecería de función propia dentro de la teoría aquí sostenida.

La superposición se disuelve si se distinguen dos preguntas de naturaleza distinta, que operan de forma secuencial y no alternativa:

- La pregunta de cobertura: ¿puede esta conducta discutirse en sede de inversión? Aquí es donde la cláusula paraguas cumple su función específica. No es una vía adicional de generación de responsabilidad, sino una norma de ensanchamiento del objeto protegido.
  Sin cláusula paraguas solo las conductas estatales, que por su propia naturaleza rozan un estándar internacional, como una medida regulatoria, una decisión macroeconómica, un acto de autoridad evidente, pueden discutirse ante un tribunal de inversión; el contrato queda relegado a la condición de mero antecedente fáctico, como sostuvieron los

(37) Fin.Doc S.r.l. and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/20/35, 16 de enero de 2025; Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/3, 12 de noviembre de 2024.

(38) Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, ICSID Case No. ARB/07/26, 18 de diciembre de 2016; Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, 8 de julio de 2016.

tribunales en SGS v. Pakistán y en El Paso v. Argentina[39]. Con cláusula paraguas, en cambio, el tratado incorpora la obligación contractual misma como objeto de protección internacional, de modo que un incumplimiento que, analizado aisladamente, no alcanza a configurar una vulneración autónoma del FET o una expropiación, puede sin embargo ingresar al campo de aplicación del tratado, en la medida que el Estado se comprometió expresamente a honrar ese tipo de compromisos[40].

- La pregunta de responsabilidad: ¿genera esta conducta, ya cubierta, responsabilidad internacional? Aquí es donde opera, sin excepción, el análisis de cuatro elementos desarrollado en el apartado 5.2. Ampliar el objeto protegido no suprime el filtro de legitimidad. Un Estado no responde por cualquier incumplimiento contractual, aun estando cubierto por una cláusula paraguas, si dicho incumplimiento no constituye, además, una interferencia estructural ilegítima que altere de manera significativa el marco jurídico-económico de la inversión. Así lo intuyó el tribunal en Noble Ventures v. Rumania, al exigir que el incumplimiento derive del ejercicio de funciones públicas y no de la mera posición contractual del Estado, aun existiendo cláusula paraguas aplicable[41].

  De lo anterior se sigue que la cláusula paraguas y los estándares autónomos de protección no son categorías redundantes, sino complementarias, que se disocian por su función. La cláusula paraguas resuelve el problema de la cobertura (qué tipo de obligación puede discutirse), mientras que el análisis de interferencia estructural resuelve el problema del fondo (si esa conducta, ya cubierta, genera responsabilidad). Esta distinción permite además explicar la crítica formulada previamente a las tesis amplia y restrictiva sobre cláusulas paraguas, ambas fracasan porque tratan el ensanchamiento del objeto como si fuera, por sí solo, suficiente (la tesis amplia) o irrelevante (la tesis restrictiva) para la responsabilidad internacional, sin advertir que esta última depende de la interferencia estructural.

En síntesis, la cláusula paraguas amplía el objeto de la protección internacional; no sustituye, morigera ni duplica el estándar de responsabilidad, que permanece unificado bajo el *test* de interferencia estructural.

6. Conclusiones

a) La distinción entre incumplimiento contractual y violación del tratado sigue siendo un nudo que la jurisprudencia ha desatado de manera dispar. En nuestra opinión, los tribunales contemporáneos no pueden limitarse a entrelazar ambas nociones bajo el solo amparo de la cláusula paraguas contenida en un TBI, sino que deben despejar, en cada caso, si la conducta estatal reviste la gravedad estructural necesaria para generar responsabilidad internacional.

b) A fin de superar la ambigüedad y disparidad en el tratamiento de este problema, proponemos un análisis de internacionalización compuesto por cuatro elementos copulativos. Primero, debe verificarse que la conducta cuestionada derive del ejercicio de una potestad pública, esto es, que el Estado actúe iure imperii y no en su mera posición contractual, lo que no exige identificar actos "formales" de autoridad, sino constatar una injerencia real del Estado en la economía del contrato, ya sea mediante políticas regulatorias generales, decisiones macroeconómicas o intervenciones indirectas. Segundo, esa injerencia debe suponer una alteración significativa y sistémica del marco jurídico-económico de la inversión, evaluada en su conjunto y no acto por acto. Tercero, la interferencia debe ser ilegítima, abusiva, desproporcionada o irracional, de manera que las medidas adoptadas de buena fe, en ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado, quedan excluidas de responsabilidad. Cuarto, debe acreditarse un daño cierto y causalmente conectado con la conducta estatal. Solo si

(39) SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, decisión sobre jurisdicción, 6 de agosto de 2003; El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, 31 de octubre de 2011.

(40) En este sentido, Zachary Douglas sostiene que la cláusula paraguas transforma la fuente de la obligación, mas no su contenido, de manera que el incumplimiento contractual conserva su naturaleza propia y solo adquiere una vía adicional de exigibilidad internacional (Douglas, 2009, pp. 320 y ss.).

(41) Noble Ventures, Inc. v. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11 (Laudo, 12 de octubre de 2005).

estos cuatro elementos concurren copulativamente puede hablarse de responsabilidad internacional del Estado receptor por interferencia estructural.

c) En esta línea, las medidas que puedan leerse como un incumplimiento contractual deben afectar la esencia de la inversión y perjudicarla gravemente; la sola disconformidad con lo pactado, sin ese impacto estructural, permanece en el plano doméstico. Así ocurre, por ejemplo, cuando el Estado modifica intempestivamente el marco regulatorio que sustentaba una inversión ya autorizada y en funcionamiento, sin ofrecer mecanismos que compensen la pérdida sufrida por el inversionista(42).

d) Dentro de esta reconstrucción, la cláusula paraguas cumple una función específica y no redundante frente a los estándares autónomos de protección, en cuanto amplía el objeto susceptible de tutela internacional, al incorporar la obligación contractual como tal, pero no sustituye ni exime el análisis de los cuatro elementos recién descritos. La cláusula resuelve el problema de la cobertura (qué puede discutirse ante un tribunal de inversión), mientras que la interferencia estructural, el problema de fondo (si esa conducta genera responsabilidad). Ambas preguntas son secuenciales, no alternativas.

e) Se propone, entonces, una reconstrucción del sistema basada en que el incumplimiento contractual genera responsabilidad internacional cuando constituye una interferencia estructural del Estado, ejercida mediante poder público, ilegítima y dañosa, que perjudica de manera grave y sistémica el marco jurídico-económico de la inversión. Esta teoría permite articular la evolución de la jurisprudencia reciente, reducir la discrecionalidad arbitral y ofrecer un criterio operativo más claro que las tesis binarias hasta ahora ensayadas. Al mismo tiempo, posibilita extender el análisis a supuestos extracontractuales, como la comisión de ilícitos complejos (corrupción, mala fe, abuso del derecho), introduce un filtro de internacionalización coherente con las reglas generales de atribución de responsabilidad del Estado, y supera las insuficiencias de las tesis que hasta ahora han intentado explicar esta cuestión sin lograr unificarla en un criterio dogmático común.

Referencias bibliográficas:

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary (2010, 23 de septiembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/07/22).

Arancibia Mattar, J. (2019). Naturaleza y justicia de los actos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30), 27-53.

Azurix Corp. v. República Argentina (2006, 14 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/12).

Biersteker, T., & Hall, R. B. (2002). Private authority as global governance. En R. B. Hall & T. J. Biersteker (Eds.), *The emergence of private authority in the international system* (pp. 203-220). Cambridge University Press.

Bohoslavsky, J. P. (2010). *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas: Especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento*. CEPAL.

CMS Gas Transmission Company v. República Argentina (2005, 12 de mayo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/8).

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. República Argentina (2000, 21 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/97/3).

Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire (2005, 10 de enero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/08).

Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's articles on state responsibility*. Cambridge University Press.

(42) Un caso relevante ocurrió en Alemania que, intentando restringir la producción de energía nuclear, tras el accidente en el reactor de Fukushima, fue demandada por inversores suecos en el año 2012 por incumplimiento (Vattenfall AB y otros c/Alemania. caso CIADI núm. ARB/12/12). El Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad planteados por las empresas locales dependientes de los inversores suecos en 2016, concluyendo que las medidas normativas introducidas para reformar la Ley sobre la energía atómica eran, en su mayor parte, compatibles con la Constitución, salvo en lo relativo a dos aspectos: primero, porque impedían que los inversores pudieran utilizar todos los remanentes de producción de electricidad que les habían sido asignados antes de la reforma legislativa y, segundo, porque no se habían establecido mecanismos jurídicos que les otorgasen una compensación por esta pérdida. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional señaló que Alemania debía proveer una compensación (N° 88/2016, de 6 de diciembre de 2016). En la misma línea, en el caso Paso c/ Argentina el tribunal arbitral sostuvo que la cláusula paraguas no extendía la protección del tratado a los incumplimientos de un contrato comercial ordinario suscrito por el Estado, pero sí cubría ciertas protecciones a las inversiones que se incorporan en el contrato, en las cuales el Estado actuaría como soberano (por ejemplo: cláusulas de estabilización). Algo similar se señaló en el caso Impregilo c. Pakistán, donde se sostuvo que un Estado sólo podía incumplir las obligaciones de un TBI si actuaba en el ejercicio de su autoridad soberana.

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (2016, 4 de abril). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2).

Cutler, A. C. (2003). *Private power and global authority: Transnational merchant law in the global political economy*. Cambridge University Press.

De Souza, R. P. (2015). Umbrella clauses: A trend towards its elimination. *Arbitration International*, *31*(4), 376.

Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of international investment law* (2.ª ed.). Oxford University Press.

Dolzer, R., Schreuer, C., & Kriebaum, U. (2022). *Principles of international investment law* (3.ª ed.). Oxford University Press.

Douglas, Z. (2009). *The international law of investment claims*. Cambridge University Press.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador (2008, 18 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/04/19).

EDF (Services) Limited v. Romania (2009, 8 de octubre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/05/13).

EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina (2012, 11 de junio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/23).

El Paso Energy International Company v. República Argentina (2011, 31 de octubre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/15).

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary (2015, 25 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/07/19).

Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain (2000, 13 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/97/7).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina (2007, 22 de mayo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/3).

Esplugues, C. (Ed.). (2020a). *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*. Tirant lo Blanch.

Esplugues, C. (2020b). *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 65-66). Tirant lo Blanch.

Eureko B.V. v. Republic of Poland (2005, 19 de agosto). Tribunal arbitral ad hoc.

Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela (1998, 9 de marzo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/96/3).

Fernández, E. (2007). Una relación compleja: Competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones. *International Investment Law Review*, 4(5), 1-131.

Fernández, E. (2020). La situación del arbitraje de inversiones en Latinoamérica: Base jurídica, evolución y situación presente. En C. Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 111-136). Tirant lo Blanch.

Ffrench-Davis, R. (2003). La inversión extranjera directa en Chile. En Ó. Muñoz (Ed.), *Hacia un Chile competitivo: Instituciones y políticas* (p. 287). Editorial Universitaria.

Fin.Doc S.r.l. and others v. Romania (2025, 16 de enero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/20/35).

Gazzini, T., & Tanzi, A. (2013). Handle with care: Umbrella clauses and MFN treatment in investment arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, 14, 978-994.

Gómara, J. L. (2020). La reforma del arbitraje de inversiones. En C. Esplugues Mota (Direc.), *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica* (pp. 137-157). Tirant lo Blanch.

Guntrip, E. (2018). Actores privados, bienes públicos y responsabilidad por el derecho al agua en el derecho internacional de inversiones: Un análisis de Urbaser v. Argentina. *Brill Open Law*, *1*(1), 37-60.

İçkale İnşaat Limited *Şirketi* v. Turkmenistan (2016, 8 de marzo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/10/24).

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan (2005, 22 de abril). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/3).

Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain (2016, 8 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/13/31).

Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt (2004, 6 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/11).

Kapeliuk, D. (2010). The repeat appointment factor: Explaining decision patterns of elite investment arbitration. *Cornell Law Review*, *96*, 47-90.

L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v.République Algérienne Démocratique et Populaire (2008, 12 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/05/3).

Lanco International Inc. v. República Argentina (1998, 8 de diciembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/97/6).

Levashova, Y. (2020). El derecho de acceso al agua en el contexto de las disputas de inversión en Argentina: Urbaser y más allá. *Utrecht Journal of International and European Law*, *16*(2), 110-124.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. República Argentina (2007, 25 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/1).

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America (2003, 26 de junio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3).

M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador (2007, 31 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/03/6).

Metalclad Corporation v. The United Mexican States (2000, 30 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1).

Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova (2013, 8 de abril). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/11/23).

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (2004, 25 de mayo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/7).

National Grid plc v. República Argentina (2006, 20 de junio). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Neer (L. F. H.) and Neer (Pauline) v. United Mexican States (1926, 15 de octubre). Comisión de Reclamaciones Estados Unidos–Estados Unidos Mexicanos.

Noble, Inc. v. Romania (2005, 12 de octubre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/11).

Pascual, F. (2017). ¿Hay alternativas al arbitraje de inversión?: Redefiniendo la solución de las controversias relativas a inversiones extranjeras. En K. Fach Gómez (Coord.), *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*. José María Bosch.

Philip Morris Brands Sarl, Philipl Morris Products S.A. v República de Uruguay (2016, 8 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/10/7).

Polanco Lazo, R., & Manrique de Lara Seminario, J. L. (2021). Cláusulas paraguas. En J. M. Álvarez Zárate & M. Zenkiewicz (Eds.), *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 473-496). Universidad Externado de Colombia. https://ssrn.com/abstract=3957252

Pucinelli, N., & Quiroz, M. (2020). Importando paraguas: Las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión. *THĒMIS-Revista de Derecho*, 77, 467-483.

Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic (2022, 24 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/17/14).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (2001, 31 de julio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/00/4, decisión de jurisdicción).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v.The Hashemite Kingdom of Jordan (2004, 9 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/13).

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v.The Hashemite Kingdom of Jordan (2006, 31 de enero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/13).

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006, 17 de marzo). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Schill, S. (2010). *The multilateralization of international investment law*. Cambridge University Press.

Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A commentary* (2.ª ed.). Cambridge University Press.

Sempra Energy International v. República Argentina (2007, 28 de septiembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/16).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia (2011, 28 de abril). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan (2003, 6 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/01/13).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (2004, 29 de enero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/6).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay (2012, 12 de febrero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/07/29).

Siemens A.G. v. República Argentina (2004, 3 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/02/8).

Sinclair, A. (2004). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration International*, *20*(4), 411-434.

Smurfit Holdings B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (2024, 28 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas

a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/18/49).

Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign investment* (3.ª ed.). Cambridge University Press.

Stiglitz, J. E. (2002). *El malestar de la globalización*. Taurus.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States (2003, 29 de mayo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2).

Telefónica, S.A. v. Republic of Colombia (2024, 12 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/18/3).

Tratado bilateral de inversiones entre la República de la India y el Estado de Kuwait. (2001, 27 de noviembre). https://edit.wti.org/document/show/b32937dd-9a5e-46e6-8800-be80be290b71

United Nations Conference on Trade and Development. (2017). *World investment report 2017: Investment and the digital economy*. United Nations.

United Nations Conference on Trade and Development. (s. f.). *International investment agreements navigator*. Recuperado el 31 de julio de 2026, de https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina (2016, 18 de diciembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/07/26).

Van Harten, G. (2007). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford University Press.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (2018, 31 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Caso CIADI No. ARB/12/12).

World Trade Organization. (s. f.). *Comprender la OMC: Los acuerdos*. Recuperado el 31 de julio de 2026, de https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.009

La arbitrabilidad de las controversias contractuales con el Estado en la Argentina(*)

The arbitrability of contractual disputes with the State in Argentina

Julio César Rivera (h)(**)
Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina)

Resumen: Este trabajo analiza la arbitrabilidad de las controversias contractuales con el Estado en la Argentina, cuya evolución contrasta con la experiencia de otros países de América Latina, como Brasil y Perú, que han consolidado el arbitraje como mecanismo confiable de resolución de disputas derivadas de contratos administrativos. El artículo identifica dos factores estructurales que explican este rezago: la ausencia de un régimen normativo sistemático que regule el arbitraje con el Estado —dado que tanto la Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional como el Código Civil y Comercial excluyen expresamente las controversias en que el Estado es parte— y la interpretación restrictiva que ciertos tribunales contencioso administrativos han efectuado sobre las excepciones a la arbitrabilidad, fundadas en nociones amplias de orden público, soberanía y potestades administrativas. A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de tribunales inferiores, el trabajo evalúa los criterios empleados para admitir o excluir el arbitraje en materia de soberanía, normas federales, planteos de inconstitucionalidad y validez de actos administrativos. Concluye que la incertidumbre resultante desalienta el arbitraje contractual local e incrementa la exposición del país al arbitraje de inversión, por lo que propone fortalecer ese marco normativo a partir de experiencias comparadas, como la brasileña.

Palabras clave: Arbitraje con el Estado - Arbitrabilidad Objetiva - Contratos Administrativos - Orden Público - Contencioso Administrativo - Arbitraje de Inversión - Argentina

Abstract: This paper examines the arbitrability of contractual disputes with the State in Argentina, whose evolution contrasts with the experience of other Latin American countries, such as Brazil and Peru, which have consolidated arbitration as a reliable mechanism for resolving disputes arising from administrative contracts, particularly in concessions, infrastructure, and public-private partnerships. The article identifies two structural factors explaining this lag: the absence of a systematic regulatory framework governing arbitration with the State —given that both the International Commercial Arbitration Law 27,449 and the Civil and Commercial Code expressly exclude disputes in which the State is a party— and the restrictive interpretation that certain administrative courts have adopted regarding exceptions to arbitrability, grounded in broad notions of public order, sovereignty, and administrative powers. Drawing on the case law of the Supreme Court and lower courts, the paper assesses the criteria used to admit or exclude arbitration in matters involving sovereignty, federal norms, unconstitutionality claims, and the validity of administrative acts. It concludes that the resulting normative and jurisprudential uncertainty discourages domestic contractual arbitration and increases the country's exposure to investment treaty arbitration, and therefore proposes strengthening

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 7 de marzo del 2026 y su publicación fue aprobada el 19 de mayo del 2026.
(**) Abogado por la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina) y Profesor Global Adjunto de la Universidad de Nueva York (Nueva York, Estados Unidos). Socio de Marval, O'Farrell, Mairal. ORCID: 0009-0007-1747-771X . Correo electrónico: jcrh@marval.com.

that framework by drawing on comparative experiences, such as the Brazilian model.

Keywords: State Arbitration - Objective arbitrability - Administrative Contracts - Public Order - Administrative Courts - Investment Arbitration - Argentina

1. Introducción

En las últimas dos décadas, el arbitraje contractual con el Estado ha experimentado un desarrollo significativo en diversos países de América Latina. Jurisdicciones como Brasil o Perú, han incorporado de manera expresa y sistemática el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias derivadas de contratos administrativos, particularmente en materia de concesiones, infraestructura y asociaciones público-privadas. Este proceso ha sido acompañado por reformas legislativas claras y por una práctica judicial que, con matices, ha consolidado un marco de previsibilidad institucional.

La situación argentina contrasta de manera evidente con esa evolución regional. A pesar de contar con una tradición arbitral consolidada en el ámbito comercial y con antecedentes jurisprudenciales que admiten el sometimiento del Estado a arbitraje, el arbitraje contractual con la Administración no ha logrado desarrollarse como un mecanismo confiable de resolución de disputas, a pesar de que el Congreso de la Nación autorizó expresamente el sometimiento a arbitraje de controversias derivadas de contratos administrativos(1).

Esta falta de desarrollo obedece, al menos, a dos factores estructurales. En primer lugar, la ausencia de un marco normativo general que regule de manera clara el arbitraje en contratos administrativos genera incertidumbre respecto de su alcance, límites y efectos. A diferencia de otros países de la región, el sistema legal argentino no contiene una regulación sistemática del arbitraje con el Estado que incorpore expresamente los principios anti-sabotaje del arbitraje moderno, especialmente la autonomía del convenio arbitral y el principio *competence-competence*.

En segundo lugar, la interpretación restrictiva que ciertos tribunales –en particular del fuero contencioso administrativo– han efectuado en materia de arbitrabilidad ha contribuido a ampliar las excepciones hasta límites que reducen el arbitraje con el Estado a una posibilidad meramente teórica o reservada a un número extremadamente acotado de controversias. En efecto, la invocación amplia de nociones como orden público, soberanía o potestades administrativas ha llevado, en algunos precedentes, a excluir del arbitraje controversias que, conforme a criterios tradicionales, serían susceptibles de transacción y, por lo tanto, susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

Si bien es cierto que el Congreso de la Nación ha autorizado recientemente el sometimiento a arbitraje de controversias derivadas de ciertos contratos administrativos, ello no alcanza para disipar las incertidumbres existentes. La falta de un régimen general y sistemático aplicable al arbitraje en contratos administrativos, sumada a la persistencia de criterios jurisprudenciales restrictivos en materia de arbitrabilidad, continúa generando dudas relevantes acerca de la validez, el alcance y la eficacia de los convenios arbitrales celebrados por el Estado Nacional. El resultado es un escenario de ambigüedad normativa y jurisprudencial que limita sustancialmente el desarrollo del arbitraje contractual con el Estado.

Este trabajo aborda esas limitaciones desde una doble perspectiva. En primer lugar, examina el marco normativo aplicable al arbitraje con el Estado en la Argentina y muestra que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, no existe un régimen moderno y sistemático que regule el arbitraje contractual con el Estado, tanto a nivel federal como provincial. En segundo lugar, analiza la evolución jurisprudencial sobre arbitrabilidad objetiva en contratos regidos por derecho público y en los que el Estado es parte, identificando los principales criterios utilizados para excluir –o admitir– el arbitraje en supuestos vinculados con atributos de soberanía, orden público, normas federales, planteos de inconstitucionalidad y de invalidez de actos administrativos.

2. El marco normativo del arbitraje contractual con el Estado

La Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional constituyó, sin duda, un avance significativo en la modernización del derecho

(1) Para mayor información, *véase*: el art. 25 de la Ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada y el art. 221 del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones establecido por Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentino.

arbitral argentino. Inspirada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI o Ley Modelo), incorporó estándares internacionales en materia de competencia-competencia, separabilidad del convenio arbitral, causales limitadas de anulación y reconocimiento de la autonomía del procedimiento arbitral. Sin embargo, su ámbito de aplicación se encuentra expresamente restringido a los "arbitrajes comerciales".

A diferencia de la Ley Modelo, que no define el término "comercial"[(2)], el artículo 6° de la Ley 27.449 dispone que se consideran comercial "…cualquier relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado o regida preponderantemente por él en el derecho argentino".

De esta manera, la Ley 27.449 se aparta sustancialmente del enfoque de la Ley Modelo, conforme al cual lo relevante es la naturaleza de la transacción subyacente y no el fundamento jurídico de la pretensión[(3)]. En cambio, de acuerdo con la Ley 27.449, el criterio determinante no es si la transacción tiene contenido patrimonial o características típicamente comerciales, sino si la relación se encuentra gobernada preponderantemente por el derecho privado.

Desde un punto de vista práctico, esto implica excluir del régimen de arbitraje internacional a casi la totalidad de los contratos en los que es parte el Estado nacional. En efecto, como destacan Mairal y Veramendi, el derecho argentino se caracteriza el rechazo "casi absoluto" a la aplicación del derecho privado en el campo de los contratos del Estado[(4)]. Este rechazo se deriva de la creciente expansión de la teoría del contrato administrativo[(5)], la consagración normativa de esta teoría en el Régimen de Contrataciones de la Administración[(6)], la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado que excluye la aplicación de las normas civiles[(7)] y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad

(2) La Ley Modelo CNUDMI solo contiene la siguiente nota a pie de página: "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("*factoring*"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("*leasing*"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

(3) La nota al pie de la Ley Modelo CNUDMI contiene una enumeración no exhaustiva de transacciones de naturaleza comercial, lo que transmite la idea de que todas las relaciones económicas cuyo objeto sea la producción, circulación o transformación de bienes deben considerarse comerciales. Respecto a esta afirmación, *véase* "Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration", de Fouchard, P., & Goldman, B. (1999, pp.36-37). Tal como surge de los debates mantenidos durante la redacción de la Ley Modelo, esta nota al pie reflejaba el consenso existente en el seno del Comité de Redacción en el sentido de que la calificación de una relación como comercial no dependía de la naturaleza de las partes, sino del carácter de la transacción subyacente. Sobre esto, *véase* "Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session, 3-21 June 1985", de United Nations Commission on International Trade Law (p.7). En este mismo sentido, se ha señalado que la noción de "comercial" de la Ley Modelo prescinde de la naturaleza o de la forma y atiende únicamente al carácter de la transacción o conducta subyacente. Sobre este punto, *véase* "International commercial arbitration (2ed.)", de Gary B. (2014, p.308). También que el "fundamento jurídico de una pretensión […] es irrelevante para determinar si un arbitraje es 'comercial'". Sobre esta última idea, *véase* "Procedural Law in International Arbitration", de Petrochilos (2004, p.5).

(4) Para mayor información, *véase:* "Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado", de Mairal, Héctor A. & Veramendi, Enrique V. (2018).

(5) Como explica Mairal, la figura del contrato administrativo, en el derecho argentino, "carece de contornos nítidos". Al respecto, Mairal explica que la doctrina argentina hace referencia a conceptos imprecisos o indeterminados "tales como el fin público, el interés público, la función administrativa, la utilidad pública, las necesidades públicas colectivas, las funciones específicas del Estado, el 'giro o tráfico peculiar de la administración, o aún el cumplimiento a través del contrato de 'prestaciones de justicia social". Para revisar el origen de la cita *véase* "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", de Mairal, Héctor (1998).

(6) El art. 1° del Decreto 1023/2001 dispone que: "Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado". Por su parte, el art. 2° establece que el Régimen de Contrataciones se aplica a los siguientes contratos: "a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente; b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias".

(7) Ver art. 1°: "Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria".

civil que expresamente establecen que no rigen en materia de responsabilidad del Estado[8] y de responsabilidad del funcionario público[9].

A su vez, en el plano del arbitraje doméstico, el Código Civil y Comercial de la Nación –que regula los aspectos contractuales del arbitraje en los artículos 1649 y siguientes– excluye expresamente de su ámbito de aplicación los arbitrajes en los que intervengan partes estatales en su artículo 1651[10]. De este modo, tampoco el régimen moderno del Código resulta aplicable cuando el Estado es parte en la controversia.

El resultado es particularmente significativo: ni la Ley 27.449 –en materia de arbitrajes internacionales– ni el Código Civil y Comercial de la Nación –en materia de arbitrajes domésticos– forman parte del marco normativo del arbitraje con el Estado.

En consecuencia, el único régimen general aplicable al arbitraje en el que interviene el Estado es el previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyas disposiciones en materia arbitral datan de 1981 y se reducen a un número muy limitado de artículos. Se trata de un esquema procesal concebido bajo una lógica premoderna del arbitraje, que no incorpora principios fundamentales del derecho arbitral contemporáneo, tales como la autonomía del convenio arbitral, el principio *competence-competence* y de la mínima intervención judicial.

Esta misma problemática se reproduce a nivel provincial. La mayoría de los códigos procesales provinciales contienen disposiciones sumamente escuetas o directamente no contemplan de manera sistemática el arbitraje. Ello genera una fragmentación adicional del marco normativo y acentúa la incertidumbre respecto de la viabilidad y el régimen aplicable al arbitraje contractual en el ámbito provincial.

En definitiva, el sistema legal argentino en materia de arbitraje presenta un carácter bifronte. Por un lado, existe un régimen moderno y alineado con los estándares internacionales para disputas regidas por el derecho privado, acompañado por una práctica judicial muy favorable por parte de los tribunales comerciales.

Por otro lado, respecto de controversias regidas por el derecho público –precisamente aquellas en las que el Estado interviene como parte– el ordenamiento carece de un marco arbitral moderno y, como se desarrollará a continuación, la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo ha adoptado una posición particularmente restrictiva en materia de arbitrabilidad, bastante inconsistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema.

2.1. La arbitrabilidad de las cuestiones contractuales en contratos regidos por derecho público

La determinación del alcance de la arbitrabilidad en contratos regidos por el derecho público constituye uno de los puntos más sensibles –y menos pacíficos– del arbitraje con el Estado en la Argentina. Más allá de la inexistencia de un marco normativo sistemático, el verdadero campo de tensión se ha manifestado en la delimitación jurisprudencial de los límites materiales del arbitraje cuando la controversia involucra potestades administrativas, normas de orden público o planteos de naturaleza constitucional.

En términos generales, la cuestión no consiste en determinar si el Estado puede pactar arbitraje. Ello ha sido reconocido expresamente por la Corte Suprema argentina de manera consistente en la medida en que exista lo que se denomina "habilitación legal"; o sea autorización del Congreso de la Nación[11]. Se trata de una exigencia constitucional

(8) Ver art. 1765 del CCyC: "La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

(9) Para más información, *véase*: el art. 1766 del CCyC: "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda".

(10) El art. 1651, último párrafo, del Código Civil y Comercial dispone que: "Las disposiciones de este Código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local".

(11) Sobre este punto, *véase:* "El Estado nacional ante el arbitraje", de Bianchi, Alberto B. (2005), e la cual se afirma que de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina "surge que la Corte nunca se opuso a que el Estado Nacional, en un conflicto con un particular, prorrogara la jurisdicción federal a favor del juicio de árbitros". Entre las leyes que habilitan a someter a arbitraje las controversias que se derivan de contratos administrativos se encuentran, por ejemplo: a) El art 55 de la Ley 13.064 de Obras Públicas ("Todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación e interpretación de los contratos de obras públicas, derivadas de los mismos, deberán debatirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, renunciando expresamente los contratistas a toda otra jurisdicción. La exigencia de este artículo será voluntaria para el contratista hasta tanto no se dicte la ley que rija el trámite en lo contencioso administrativo. En caso de someterse el contratista al actual tramite podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia"); b) el art 12 de la Ley 17.520 de Concesión de Obras Públicas ("Todos los contratos

derivada del art. 116 de la Constitución Nacional. En efecto, la Corte ha afirmado que:

> "(…) No existe obstáculo constitucional alguno para que el Estado Nacional someta a jurisdicción arbitral sus controversias con particulares, siempre que exista una ley que así lo establezca (…). La exigencia de esa previsión normativa expresa encuentra sustento en la Constitución Nacional, en la que se establece –en los casos de competencia federal por razón de la materia– que la Nación, en principio, sólo puede ser llevada ante sus propios tribunales (art. 116). Por ello, toda excepción a dicha regla debe hallarse claramente establecida ya que la jurisdicción arbitral es de interpretación restrictiva en razón de la excepcional competencia que le es confiada y que le permite conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, les correspondería decidir a los jueces (…)"[(12)].

Lo que resulta mucho más complejo es determinar qué clase de controversias relativas a contratos regidos por derecho público –en especial en los que el Estado es parte– pueden efectivamente ser sometidas a decisión arbitral. La dificultad consiste en trazar la línea divisoria entre aquellas controversias que comprometen atributos esenciales de la soberanía o prerrogativas indisponibles y aquellas que, aun desenvolviéndose en un marco normativo de derecho público, versan sobre derechos y obligaciones de contenido patrimonial susceptibles de transacción[(13)].

En este contexto, la jurisprudencia argentina ha oscilado entre interpretaciones restrictivas y expansivas de las excepciones a la arbitrabilidad. El análisis de dicha evolución exige abordar, al menos, cuatro cuestiones: (i) la relación entre arbitrabilidad y atributos de soberanía; (ii) la incidencia de la aplicación de normas federales o de orden público; (iii) la posibilidad de que los árbitros conozcan en planteos de inconstitucionalidad; y (iv) la arbitrabilidad de controversias en las que se discute la validez de actos administrativos.

El presente capítulo examina estos cuatro aspectos a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, con el objeto de evaluar si el derecho argentino ofrece –o no– un criterio claro y coherente sobre la arbitrabilidad de controversias contractuales regidas por el derecho público.

2.2. Las controversias en las que se encuentre comprometido el poder público o los atributos de la soberanía

La Corte Suprema ha reconocido desde antiguo la posibilidad de que el Estado someta a arbitraje las controversias derivadas de contratos regidos por el derecho público, en la medida en que "no se encuentre comprometido el poder público ni atributo alguno de la soberanía…"[(14)].

En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que:

> Ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato, debe producir los efectos que en términos generales

---

podrán prever mecanismos de prevención y solución de controversias, conciliación y/o arbitraje. Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión podrán ser sometidas a consideración de un panel técnico o tribunal arbitral a solicitud de cualquiera de ellas"): c) el art. 25 de la Ley 27.328 de Contratos de Participación Público-Privada ("Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje"); d) el art. 221 del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones establecido por Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos ("Todas las controversias que deriven del presente régimen o guarden relación con éste, entre el Estado nacional y un VPU adherido al RIGI, incluyendo, pero no limitado a, la ejecución, aplicación, alcance o interpretación del presente régimen y normas relacionadas, o con el uso, goce, cese y/o ejercicio de los derechos, beneficios e incentivos obtenidos por el VPU (incluso, sin limitación, en cuanto a su validez, aplicación y alcance) (una 'Disputa"), se resolverá, en primer lugar, mediante consultas y negociaciones amistosas); e) el Art. 18 de la Ley 23.982 de Consolidación de Deuda Pública ("El Poder Ejecutivo nacional o cualquiera de los ministros que le asisten, con el asesoramiento previo del servicio jurídico permanente, podrán someter a arbitraje las controversias que mantengan con los particulares en sede administrativa o judicial, cuando los asuntos revistan significativa trascendencia o sea ello conveniente para los intereses del Estado. En el compromiso arbitral se pactarán las costas por su orden y se renunciará a todo recurso con excepción del previsto por el artículo 14 de la Ley N° 48. Los medios para la cancelación de las obligaciones dinerarias emergentes del laudo serán los previstos por esta ley, salvo que existieren partidas presupuestarias)".

(12) Para revisar la jurisprudencia, *véase* "Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A.", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2007, considerando 4).

(13) De acuerdo con el art. 737 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –que resulta aplicable a los arbitrajes con el Estado– una disputa es arbitrable si se trata de una cuestión que puede ser "objeto de transacción".

(14) Para mayor información respecto a esta jurisprudencia, *véase:* "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1937, p. 296).

establece el artículo 1197 del Código Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes (…)[15].

Según la Corte Suprema, una de las razones que justifican el sometimiento de tales controversias a arbitraje radica en la especial idoneidad técnica de los árbitros para resolver disputas de particular complejidad:

> "(...) la investigación del régimen de un negocio, la complejidad propia de toda empresa, el examen de su contabilidad, el cálculo de sus rentas, gastos y posibles utilidades, el estudio del desarrollo que hubiese tenido ella a través de treinta años de funcionamiento, su parangón con otros de igual o semejante naturaleza, todos estos tópicos, entre otros (...) requieren conocimientos especiales, larga experiencia y una dedicación que han de encontrarse más fácilmente en los árbitros que en los jueces de la ley"[16].

La Corte Suprema ha interpretado de manera restrictiva esta excepción a la arbitrabilidad de las controversias en las que interviene el Estado. Así, por ejemplo, ha señalado que "no se halla comprometido ningún atributo de la soberanía en la discusión que versa sobre el precio de la unidad eléctrica vendida, a contar de determinada fecha"[17].

Sin embargo, en un caso más reciente vinculado con un acuerdo de renegociación contractual de naturaleza transaccional celebrado entre el Estado argentino y una empresa concesionaria de obra pública[18], la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal adoptó una interpretación sustancialmente más amplia de esta excepción. La Cámara –en una decisión que todavía no se encuentra firme– consideró que la controversia planteada por el Estado argentino sobre la invalidez de dicho acuerdo no era arbitrable porque "involucra la prestación de un servicio esencial y de significativa relevancia para el bien común, y que ponen en juego el ejercicio de los poderes estatales en torno a cuestiones de orden público como las derivadas del art. 42 de nuestra Ley Fundamental, que impone a las autoridades gubernamentales el deber de velar por los derechos de los usuarios y consumidores de esa clase de servicios"[19].

Al respecto, la Cámara enfatizó que "una eventual decisión no solo versará sobre los reclamos de carácter contractual formulados entre las partes, sino también sobre la legitimidad o no del modo en que la Administración ejerció –y va a continuar ejerciendo– los 'poderes' que le asisten como consecuencia de la vigencia del referido precepto constitucional, sobre los que no puede disponer, incidiendo en forma directa sobre la prestación del servicio y el efectivo goce de los derechos de los usuarios"[20].

El criterio empleado –la vinculación de la controversia con la prestación de un servicio público esencial y con el artículo 42 de la Constitución Nacional– resulta excesivamente amplio. Si toda controversia que involucre un servicio público o la eventual incidencia en derechos de usuarios fuera considerada no arbitrable, prácticamente ninguna disputa derivada de contratos de concesión de servicios públicos podría someterse a arbitraje. En efecto, por definición, toda concesión de servicio público se encuentra orientada al interés general y su ejecución se desarrolla en un marco normativo de orden público. Si se aceptara el razonamiento de la Cámara en términos generales, el ámbito de la arbitrabilidad en materia administrativa quedaría reducido a un espacio residual, lo que vaciaría de contenido práctico la habilitación legal existente en materia de concesiones de servicios públicos.

2.3. Las controversias en las que resulten aplicables normas de derecho federal o de orden público

Los tribunales argentinos han reconocido que los tribunales arbitrales están facultados para resolver controversias en las que resulte necesario interpretar o aplicar normas federales. En este sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo en diversos

(15) Sobre esta jurisprudencia, *véase:* "Pagano, Gerardo c/ Gobierno de la Nación", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1920).

(16) Para revisar dicha jurisprudencia, *véase:* "S.A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1935, P.239).

(17) Respecto a esta jurisprudencia, *véase* "Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1937, p. 297).

(18) Autopistas del Sol es titular de un contrato de concesión de obra pública para la construcción, mejora, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación del Acceso Norte, una de las principales autopistas de acceso a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(19) Para más información sobre esta sentencia, *véase:* "Estado Nacional-DNV c/ Autopistas del Sol s/ proceso de conocimiento", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2023). La decisión no se encuentra firme.

(20) Para revisar esta sentencia, *véase:* "Estado Nacional-DNV c/ Autopistas del Sol s/ proceso de conocimiento", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2023). La decisión no se encuentra firme.

precedentes que las controversias entre empresas productoras y distribuidoras de gas relativas al precio del suministro eran susceptibles de arbitraje, aun cuando su resolución exigiera la aplicación del marco regulatorio del gas[21]. A la misma conclusión ha llegado la Procuración General de la Nación en la *YPF c/ Naturgy Ban* en la que señaló que:

> Con relación al argumento de la demandada según el cual no podrían someterse a arbitraje cuestiones regidas por normas de naturaleza federal, cabe recordar que en numerosas oportunidades esa Corte intervino en casos que involucraban la aplicación de preceptos de esa índole que debían ser o que habían sido sometidas al juicio de árbitros, sin haber objetado –con fundamento en esa razón– la procedencia del instituto del arbitraje en tales supuestos[22].

Como señala Amallo, "[u]na materia es arbitrable o no en función de si es transigible o no por las partes, con independencia de la naturaleza de las normas aplicables"[23]. Por consiguiente, "el hecho de que un árbitro deba interpretar normas federales para resolver una controversia contractual no constituye un obstáculo para el ejercicio de su competencia"[24].

La misma lógica aplica en controversias cuya resolución exija la interpretación o aplicación de leyes o normas de orden público[25]. Los tribunales argentinos han considerado que podían ser sometidas a arbitraje las controversias derivadas de la pesificación de las deudas expresadas en moneda extranjera dispuesta por la Ley 25.561 –que era una ley de orden público–, incluso si en el caso se cuestionaba la validez constitucional de dicha norma[26]. Lo relevante es si los intereses comprometidos en la causa son disponibles para las partes; es decir, si la controversia puede ser objeto de transacción[27]. De esta manera, el orden público no es una materia en sí misma a incluir o excluir de la competencia de los árbitros sino una característica de ciertas normas cuya constatación debe llevar adelante el tribunal arbitral al aplicarlas[28].

2.4. Las controversias en las que se plantea la declaración de inconstitucionalidad de leyes o decretos del Poder Ejecutivo

La existencia de un planteo de declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo no afecta la arbitrabilidad de una controversia. La mayoría de los tribunales argentinos han reconocido que los tribunales arbitrales se encuentran facultados para resolver esta clase de planteos y, eventualmente, no aplicar –en el caso concreto– la norma declarada inconstitucional, al igual que cualquier juez argentino.

Al respecto, la Corte Suprema argentina sostuvo en un antiguo precedente de 1935 que:

> "Los árbitros 'juris' pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto, o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. *El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral*"[29].

(21) Sobre ello, *véase*, por ejemplo, "YPF S.A. c/ Gasnea S.A.", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2021, 19 de noviembre); "YPF S.A. c/ Distribuidora de Gas del Centro", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2022, 4 de agosto); "YPF S.A. c/ Distribuidora de Gas Cuyana", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2022, 23 de agosto) y la "YPF S.A. c/ Naturgy Ban S.A", del Procurador General de la Nación (2023, abril).

(22) Para mayor información sobre esta jurisprudencia, *véase:* "YPF S.A. c/ Naturgy Ban S.A", del Procurador General de la Nación (2023, abril).

(23) Respecto a ello, *véase:* "Arbitrabilidad y materia federal: Los casos de YPF y las distribuidoras", de Amallo, Francisco (2022).

(24) Respecto a esto, *véase* "Arbitrabilidad y materia federal: Los casos de YPF y las distribuidoras", de Amallo, Francisco (2022).

(25) Caivano, Roque J., "El orden público como límite a la arbitrabilidad", en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Abeledo Perrot, No. 285, Julio 2017, p. 1190 (destacando que "el solo hecho de que la controversia involucre normas imperativas no es razón suficiente para que sea insusceptible de resolverse por arbitraje").

(26) Para visualizar la jurisprudencia, *véase* "Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2003).

(27) Sobre este punto, *véase*, "*Arbitraje comercial internacional y doméstico* (3.ª ed.)", de Rivera, J. C., Rivera (h), J. C., & Amado, J. I. (2022, p.264).

(28) Respecto a esta idea, *véase* "Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad", de Bianchi Roberto (2016).

(29) Sobre esta jurisprudencia, *véase:* "S.A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1935, considerando n° 11). En ese caso, el demandante argumentaba que la tarifa del Puerto del Rosario debía ser idéntica a la del Puerto de Buenos Aires, en función del principio constitucional de igualdad. Cuando el Estado argentino rechazó ese planteo mediante decreto, el demandante solicitó la constitución del tribunal arbitral previsto contractualmente para que se resolviese la controversia existente en materia tarifaria. El Estado argentino se negó, alegando que una demanda arbitral nunca podría tener como objetivo la anulación de actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo. La Corte Suprema rechazó la defensa del Estado argentino y ordenó la constitución del tribunal arbitral.

En igual sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso *Otondo*, reconoció la arbitrabilidad de una controversia en la que se había planteado expresamente la inconstitucionalidad de la Ley 25.561 de Emergencia Económica, en cuanto había dispuesto la conversión a pesos —a un tipo de cambio artificial— de deudas originalmente pactadas en moneda extranjera. La Cámara Comercial, adhiriendo al Dictamen del Fiscal de Cámara, concluyó que la disputa era arbitrable reconociendo así que los árbitros tenían la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley[30].

Al respecto, el Dictamen del Fiscal de Cámara señaló que lo decisivo era si la materia debatida —la determinación del precio en un contrato de compraventa— era susceptible de transacción, lo que respondió afirmativamente[31]. Por consiguiente, concluyó que era el tribunal arbitral quien debía "determinar cómo debe saldarse la deuda: si en los dólares originariamente pactados … o, contrariamente, en su valor convertido a moneda nacional, en los términos de las normas de emergencia…"[32].

De este modo, conforme al criterio de la Cámara Comercial, lo determinante a los fines de la arbitrabilidad no es que la controversia requiera la interpretación o aplicación de normas de orden público —como aquellas que habían dispuesto la pesificación del precio de la compraventa– ni que se pretenda la declaración de inconstitucionalidad de una norma dictada por el Congreso. Lo decisivo es que la materia en discusión sea susceptible de transacción.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ratificó este criterio en el caso *KCK Tissue*. En este fallo, la Cámara Comercial confirmó la validez de un laudo arbitral que había declarado la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia[33]. Como observó Caivano, al comentar este fallo, "[e]llo importó no sólo admitir la arbitrabilidad de la cuestión sino también las facultades de los árbitros para dejar de aplicar una norma que juzgan contraria a la Constitución"[34].

Este enfoque ha sido seguido de manera ampliamente mayoritaria por la doctrina argentina –tanto constitucionalista como arbitral– que ha sostenido que los tribunales arbitrales se encuentran facultados para resolver controversias en las que algunas de las partes solicitan la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo[35].

2.5. Las controversias en las que se discute la validez de actos administrativos

La arbitrabilidad de controversias en las que se debate la validez de actos administrativos –paradójicamente– se encuentra más cuestionada que la arbitrabilidad de controversias de naturaleza constitucional.

En efecto, en el caso , la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo analizó la arbitrabilidad de una controversia en la que se discutía la validez de un acuerdo de naturaleza transaccional celebrado entre el Estado argentino y Grupo Concesionario de Oeste, titular de un contrato de concesión de obra pública para la realización de obras de construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración

(30) Para visualizar la jurisprudencia, *véase:* "Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2003, supra n° 19).

(31) Para revisar la jurisprudencia, *véase:* "Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2003).

(32) Sobre este punto, *véase:* "Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2003).

(33) Para revisar la jurisprudencia, *véase:* "CK Tissue S.A. y otros c/ Citibank N.A. Nassau y otros", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (2005).

(34) Sobre esta idea, *véase* "Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje", de Caivano, Roque J., (2006, p.148).

(35) Por ejemplo, Morello ha sostenido que: "…sería absurdo que el solo hecho de que una parte haga un argumento de inconstitucionalidad sea suficiente para excluir la arbitrabilidad de una materia que es arbitrable en razón de la naturaleza de los derechos en juego". Sobre ello véase "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad en el arbitraje?", de Morello, Augusto (2002). En sentido similar, Caivano ha afirmado que "…la mera postulación de la inconstitucionalidad de una disposición legal que alguna de las partes juzga aplicable no puede, per se, convertir en no-arbitrable una disputa que era arbitrable en atención a la naturaleza de los derechos en juego" (Caivano, *supra* n. 27, p. 127). Marchesini, por su parte, ha expresado que: "[l]a declaración de inconstitucionalidad por el árbitro no se halla excluida del marco de la jurisdicción arbitral, atento a la calidad de jueces elegidos por las partes de quienes integran un tribunal de arbitraje. El tribunal arbitral, cuando está ante un asunto que es de su competencia y que fue sometido por las partes a su jurisdicción, no tiene limitación o reserva alguna para asumir y definir la constitucionalidad de las normas en que fundamentará su laudo". Sobre ello, *véase* "La declaración de inconstitucionalidad en el juicio arbitral", de Marchesini, Gualtiero Martín (2007). En sentido similar, *véase*, "Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario", de Palacio, Lino E. (2023, pp. 1184-1189); "El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema", de Rivera Julio César (2007); "Control de constitucionalidad en el marco de un arbitraje", de Sacristán, Estela B. (2005, pp. 1314-1320).

y explotación del Acceso Oeste, una de las principales autopistas de acceso a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Cámara consideró que la controversia no era arbitrable con sustento en el art. 17 de la ley 19.549 en cuanto dispone que: "[e]l acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuviere en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes *mediante declaración judicial de nulidad*"[(36)] . En este sentido, la Cámara sostuvo que:

> La propia norma, establece que el acto nulo (…) solo puede ser revocado -para restablecer así el imperio de la juridicidad- a través de la intervención del Poder Judicial, mediante la sentencia que así lo declare en la correspondiente acción de lesividad. En efecto, el artículo 17 de la Ley Nº 19.549 no admite excepciones, ni faculta a las partes la posibilidad de optar entre un procedimiento arbitral u otro judicial para juzgar acerca de la validez o nulidad de actos administrativos, sean ellos unilaterales o bilaterales […] Por el contrario, el legislador estableció la vía jurisdiccional y, en consecuencia, habilitar una solución contraria implicaría adoptar una decisión en contrario a lo que establece la disposición legal[(37)].

La decisión de la Cámara Contencioso Administrativo –que no se encuentra todavía firme– es cuestionable.

En primer lugar, desde el punto de vista legal, el art. 17 de la ley 19.549 no está regulando un supuesto de no arbitrabilidad. Está simplemente distinguiendo los casos en los que el Estado puede revocar un acto administrativo en sede administrativa de los supuestos en que solo puede obtener esta declaración de nulidad promoviendo una acción ante un órgano imparcial. Se trata de una garantía en favor del administrado, no de una prerrogativa de poder estatal. El fundamento del art. 17 es asegurar al administrado un foro imparcial para el juzgamiento de la validez de los actos que han generado derechos en su favor[(38)]. Esta imparcialidad puede ser garantizada tanto ante los tribunales estatales como ante un tribunal arbitral. La misma Procuración del Tesoro había admitido, con anterioridad, la posibilidad de someter a arbitraje controversias "en que se discute la legitimidad de actos estatales dictados en ejercicio de potestades públicas", en el entendimiento de que "el litigio versa sobre un acto administrativo de obvias consecuencias patrimoniales"[(39)] .

En segundo lugar, desde el punto de vista del marco constitucional, no se produce afectación a las prerrogativas estatales porque la propia Administración comprometa en árbitros una controversia cuya solución requiera un pronunciamiento sobre la legitimidad o ilegitimidad de un acto administrativo o reglamento[(40)] . Como ha señalado Corrá, admitir que los árbitros se encuentran facultados para juzgar la legitimidad de actos administrativos que impactan en un contrato "no significa que se someta a los árbitros atributo alguno de la soberanía o sus potestades de orden público"[(41)], sino juzgar "si el Estado ha afectado garantías individuales o derechos emanados de la relación jurídica sometida a arbitraje…"[(42)]. En otras palabras, no se trata de desconocer la existencia de las prerrogativas o potestades estatales, sino de examinar la manera en que aquellas han sido ejercidas, para determinar si la Administración se condujo legítimamente y de conformidad con las normas y principios legales y constitucionales que resulten aplicables. Por otro lado, habida cuenta de la relación jerárquica entre la ley y el acto administrativo, si se admite que un tribunal arbitral puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, con mayor razón debe reconocerse su facultad para declarar la nulidad de un acto administrativo, en aplicación del principio lógico-jurídico según el cual quien puede lo más, puede lo menos[(43)]

La Ley 27.742 de "Bases y Puntos de

(36) Énfasis añadido.
(37) Para revisar la jurisprudencia, *véase* "Estado Nacional - DNV c/ Grupo Concesionario del Oeste", de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (2023). En particular recomendamos revisar el voto del Dr. Treacy al que adhiere el Dr. Gallegos Fedriani. La decisión no se encuentra firme.
(38) Respecto a ello, *véase* "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?", de Bianchi, Alberto B. (1995, p. 434), en la cual se menciona que "dicha amplitud debe ser ejercida, además, ante un órgano imparcial, pues de lo contrario quien ha emitido el acto, está siendo juez y parte de la situación".
(39) PTN, Dictámenes: 218:243
(40) Sobre ello, *véase* "La declaración de nulidad del acto administrativo o reglamento y el arbitraje", de Comadira, Julio P. (2009, 396).
(41) Respecto a este punto, *véase* "El arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración", de Corrá, María Inés (2010, p. 250).
(42) Respecto a este punto, *véase* "El arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración", de Corrá, María Inés (2010, p. 250).
(43) Sobre ello, *véase:* "La declaración de nulidad del acto administrativo o reglamento y el arbitraje", de Comadira, Julio P. (2009, 393).

partida para la Libertad de los Argentinos" sancionada en 2024 aporta elementos relevantes a este debate. Por un lado, en el marco del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI), prevé expresamente la posibilidad de someter a arbitraje las controversias vinculadas con la validez de los actos administrativos de otorgamiento de sus beneficios(44) . Por otro lado, el art. 68 de la Ley 27.742 modificó el art. 7° de la Ley 17.520 de Concesión de Obras Públicas que ahora establece que "la suspensión o nulidad del contrato por razones de ilegitimidad deberá ser solicitada y declarada por el tribunal judicial competente". Asimismo, esta diferenciación legislativa sugiere que no se sigue necesariamente del artículo 17 de la Ley 19.549 que la acción de lesividad deba tramitar en todos los casos ante los jueces estatales; de lo contrario, la previsión específica introducida por la Ley 27.742 en materia de concesión de obras públicas resultaría superflua.

3. Conclusión

El análisis de la jurisprudencia argentina en materia de arbitrabilidad de controversias con el Estado revela un panorama de notable falta de claridad y consistencia. Mientras que la Corte Suprema ha adoptado históricamente un criterio restrictivo de las excepciones a la arbitrabilidad – limitándolas a supuestos en los que se encuentre comprometido un atributo esencial de la soberanía–, ciertos tribunales del fuero contencioso administrativo han ensanchado esas excepciones hasta un punto que introduce un grado significativo de incertidumbre.

En particular, la tendencia observada en algunos precedentes recientes del fuero contencioso administrativo evidencia una aproximación marcadamente recelosa frente al arbitraje, especialmente en materia de concesiones y actos administrativos. De acuerdo con este enfoque, casi cualquier controversia vinculada con la prestación de un servicio público o con el ejercicio de potestades administrativas podría considerarse no arbitrable. Un criterio de esa amplitud transforma la excepción en regla y reduce el arbitraje contractual con el Estado a un ámbito meramente residual.

Esta falta de previsibilidad institucional no es inocua. El propio diseño del Régimen de Incentivo para Grandes Inversiones (RIGI) previsto en la Ley 27.742, que admite la posibilidad de pactar arbitrajes con sede fuera de la República Argentina respecto de las controversias que se deriven de ese régimen, constituye una señal elocuente. La decisión legislativa de habilitar sedes extranjeras no puede interpretarse sino como un reconocimiento implícito de la desconfianza que genera el sistema local en materia de resolución de disputas con el Estado. Cuando un ordenamiento permite que controversias relativas a actos administrativos se sustancien fuera de su territorio, está admitiendo, en los hechos, que los inversores extranjeros no perciben suficiente certeza o neutralidad en el ámbito doméstico.

El resultado es un círculo problemático: la incertidumbre jurisprudencial desalienta el desarrollo del arbitraje contractual con el Estado, lo que a su vez incrementa la exposición del país al arbitraje basado en tratados bilaterales de inversión. Si el sistema legal doméstico no ofrece un marco claro, previsible y confiable para resolver controversias contractuales con el Estado, los inversores extranjeros continuarán ejerciendo los derechos y prerrogativas que surgen de dichos tratados.

En este contexto, si la Argentina aspira a reducir su litigiosidad en materia de arbitraje de inversión, es necesario fortalecer el arbitraje contractual con el Estado dentro de un marco de certeza jurídica. Ello exige el establecimiento de un marco normativo moderno –tanto a nivel federal como a nivel provincial– y un enfoque respetuoso de la autonomía de la voluntad estatal cuando esta decide someter sus controversias contractuales a arbitraje por parte de los tribunales contencioso administrativos.

La experiencia comparada ofrece referencias útiles. El modelo brasileño constituye un ejemplo relevante de cómo desarrollar el arbitraje contractual con el Estado dentro de un esquema institucional claro y previsible. A partir de reformas legislativas expresas y de una jurisprudencia consistentemente favorable, Brasil ha consolidado la arbitrabilidad de controversias derivadas de contratos administrativos –incluidas concesiones e infraestructura–, configurando al arbitraje como un mecanismo neutral y eficiente de resolución

(44) Sobre ello, *véase* el art. 221, primer párrafo de la Ley 27.742, que establece: "Todas las controversias que deriven del presente régimen o guarden relación con éste, entre el Estado nacional y un VPU adherido al RIGI, incluyendo, pero no limitado a, la ejecución, aplicación, alcance o interpretación del presente régimen y normas relacionadas, o con el uso, goce, cese y/o ejercicio de los derechos, beneficios e incentivos obtenidos por el VPU (*incluso, sin limitación, en cuanto a su validez, aplicación y alcance*) (una "Disputa"), se resolverá, en primer lugar, mediante consultas y negociaciones amistosas" (énfasis añadido).

de disputas en sus relaciones contractuales con la Administración, tanto a nivel federal como estadual.

Referencias bibliográficas

Amallo, Francisco (2022). Arbitrabilidad y materia federal: Los casos de YPF y las distribuidoras. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, *82*(2). https://www.colabogados.org.ar/larevista/t82n2/arbitrabilidad-y-materia-federal.html

Bianchi, Roberto (2016). Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad. *Jurisprudencial Argentina*, *1918-2016*(1 a 2016-III).

Bianchi, Alberto B. (2005). El Estado nacional ante el arbitraje. *La Ley*, *2005-B*(1405).

Bianchi, Alberto B. (1995). ¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?. *La Ley, 1995-B*(395).

Mairal, Héctor A. & Veramendi, Enrique V. (2018). Vicisitudes y perspectivas de los contratos del Estado. *La Ley, 2018*(228).

Caivano, Roque J. (2006). Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje. *Revista Peruana de Arbitraje, (*2), 107-153. https://www.medyar.org.ar/caivano-planteos-de-inconstitucionalidad.pdf

Cesar Rivera, Julio. (2019). La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional. *Derecho & Sociedad*, (52), 243–253. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21226

CK Tissue S.A. y otros c/ Citibank N.A. Nassau y otros (2005, 28 de julio). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A.

Cía. Ítalo Argentina de Electricidad c. Gobierno Nacional (1937, 16 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos 178:293.

Comadira, Julio P. (2009). La declaración de nulidad del acto administrativo o reglamento y el arbitraje. *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo* (396). Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Ediciones RAP.

Corrá, María Inés (2010). El arbitraje internacional como mecanismo de control de la Administración. *Cuestiones de Control de la Administración Pública: Administrativo, Legislativo y Judicial* (1ed.). Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Ediciones RAP.

Estado Nacional - DNV c/ Grupo Concesionario del Oeste s/ medida cautelar (2023, 1 de junio). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.

Estado Nacional-DNV c/ Autopistas del Sol s/ proceso de conocimiento (2023, 19 de octubre). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.

Fouchard, P., & Goldman, B. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

Gary, B. (2014). *International commercial arbitration* (2ed.). Wolters Kluwer.

Marchesini, Gualtiero M. (2007). *La declaración de inconstitucionalidad en el juicio arbitral. La Ley*, *2007*(C).

Mairal, Héctor A. (1998). De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. *El Derecho Jurisprudencia General*, *1998*(179).

Morello, Augusto (2002). ¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad en el arbitraje?. *El Derecho*, 198-467.

Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros (2003, 11 de junio). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E.

Pagano, Gerardo c/ Gobierno de la Nación (1920, 12 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos 133:161.

Palacio, Lino E. (2023). Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario", *La Ley*, *2003-F*, 1184-1189.

Petrochilos, Georgios (2004). *Procedural Law In International Arbitration*. Ofxord Academy. https://doi.org/10.1093/oso/9780199249480.003.0001

Petrochilos, G. (2004). *Procedural law in international arbitration*. Oxford University Press.

Rivera, Julio César (2007). *El arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema*. *La Ley*.

Rivera, J. C., Rivera (h), J. C., & Amado, J. I. (2022). *Arbitraje comercial internacional y doméstico* (3.ª ed.). Abeledo Perrot.

Sacristán, Estela B. (2005). Control de constitucionalidad en el marco de un arbitraje. *Jurisprudencia Argentina*, (3), 1314 -1320.

S.A. Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional (1935, 7 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Fallos 173:221.

Techint Compañía Técnica Internacional S.A.C.E. e I. c/ Empresa Nuclear Argentina de Centrales Eléctricas en liquidación y Nucleoeléctrica Argentina S.A. (2007, 8 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

United Nations Commission on International Trade Law. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its 18th session, 3-21 June 1985*. Documento A/40/17. United Nations, 1985.

YPF S.A. c/ Gasnea S.A. (2021, 19 de noviembre). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II.

YPF S.A. c/ Distribuidora de Gas del Centro (2022, 4 de agosto). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III.

YPF S.A. c/ Distribuidora de Gas Cuyana (2022, 23 de agosto). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV.

YPF S.A. c/ Naturgy Ban S.A. (2023, abril). Procurador General de la Nación.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.010

Arbitraje de emergencia: bases teóricas y diseño procedimental en los reglamentos arbitrales peruanos(*)

Emergency arbitration: theoretical foundations and procedural framework in Peruvian institutional arbitration rules

Héctor Campos-García(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El arbitraje de emergencia se ha consolidado en la práctica del arbitraje comercial internacional. En el ordenamiento peruano han sido los centros arbitrales los que han generado un desarrollo de la institución a través de una regulación especial en sus reglamentos, ante la ausencia de un desarrollo legislativo. El presente artículo analiza sus bases teóricas y su diseño procedimental a partir de una muestra representativa de reglamentos institucionales peruanos. En primer lugar, se afirma que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje. Seguidamente, desde un enfoque problemático-sistemático se analizan tres problemas procedimentales de esta institución: (i) el conflicto entre la urgencia extrema y el contradictorio; (ii) los modelos de cuestionamiento de la decisión de emergencia; y (iii) la pluralidad de modelos para integrar vacíos procedimentales. Se concluye evidenciando que los diseños institucionales vigentes enfrentan desafíos en la configuración del arbitraje de emergencia, los cuales necesitan de una visión creativa y sistemática por parte de la comunidad arbitral.

Palabras clave: Arbitraje de emergencia - Medidas cautelares - Reglamentos arbitrales - Contradictorio - Contracautela - Revisión- Integración procedimental - Perú

Abstract: Emergency arbitration is consolidated in international commercial arbitration practice. In the Peruvian legal system, given the absence of comprehensive legislative development, arbitral institutions have driven the development of this mechanism through special provisions in their rules. This article analyzes its theoretical foundations and procedural framework based on a representative sample of Peruvian institutional arbitration rules. First, it posits that emergency arbitration is an authentic modality of arbitration. Next, adopting a problem-oriented and systematic approach, three procedural issues of this institution are analyzed: (i) the conflict between extreme urgency and the right to be heard; (ii) the models for challenging emergency decisions; and (iii) the plurality of models for procedural gap-filling. The article concludes by showing that current institutional designs face structural challenges, which require a creative and systematic vision from the arbitral community.

Keywords: Emergency arbitration - Interim measures - Arbitration Rules - Right to be heard - Counter-security - Challenge of decision - Procedural gap-filling - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 8 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 27 de junio de 2026.

(**) Profesor Ordinario Auxiliar del Departamento Académico de Derecho y Profesor de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Dottore di Ricerca en "Persona e Ordinamenti Giuridici" por la Università Cattolica del Sacro Cuore (Milano, Italia). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Abogado por la PUCP. Coordinador e Investigador Principal del Grupo de Investigación en Innovación y Transversalidad del Derecho Privado (GIT-PRI PUCP). Socio del Estudio Linares Abogados (Área de Litigios y Arbitraje) ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4032-4419. Correo electrónico: h.campos@pucp.edu.pe.

1. Introducción

La necesidad de contar con mecanismos que garanticen la eficacia de lo resuelto en un arbitraje, incluso antes de la constitución de un tribunal arbitral, ha impulsado la consolidación del arbitraje de emergencia en la práctica del arbitraje comercial contemporáneo (Ghaffari, 2014, pp. 156-158; Blanco García, 2020, pp. 257-260; Ortega, Sáenz & Burgos, 2024, pp. 8-23). En el Perú, esta figura ha cobrado protagonismo por su progresivo reconocimiento en reglamentos arbitrales (Casaverde, 2020, pp. 175-178; Tafur Sánchez & Tafur Scaglia, 2023, pp. 157-160; Gallardo Neyra, 2025, pp. 63-69). El diagnóstico del arbitraje de emergencia no puede realizarse en abstracto ni a partir de preconceptos ajenos a la realidad, especialmente ante la ausencia de un desarrollo de la figura en el Decreto Legislativo 1071: Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, DLA).

Sobre la base del escenario descrito, la presente investigación adopta un enfoque problemático-sistemático (Mengoni, 1976) orientado por las siguientes preguntas de investigación: (i) ¿cuáles son las principales líneas de convergencia y divergencia respecto del diseño procedimental del arbitraje de emergencia dentro de la regulación de las principales instituciones arbitrales del Perú?; (ii) ¿qué rol desempeña la urgencia en la configuración del contradictorio para la concesión de una medida cautelar de emergencia?; (iii) ¿cuál es el alcance del cuestionamiento que se puede realizar a la decisión que concede una medida cautelar de emergencia?; y, (iv) ¿cómo se realiza la integración de los reglamentos que regulan el arbitraje de emergencia ante sus vacíos de regulación?

En esa línea, el objetivo general de esta contribución radica en identificar las principales líneas de convergencia y divergencia del diseño procedimental del arbitraje de emergencia en el ordenamiento peruano. Asimismo, el artículo persigue tres objetivos específicos. En primer lugar, analizar el rol del régimen de contradictorio para la concesión de una medida cautelar de emergencia. En segundo lugar, identificar los modelos de cuestionamiento de la decisión que concede una medida cautelar de emergencia. Finalmente, evaluar cómo se realiza la integración de los reglamentos arbitrales que regulan el arbitraje de emergencia. Para esto se recurrirá al estudio de reglamentos de instituciones arbitrales del país.

Dado los objetivos establecidos, resulta imperativo delimitar la investigación desde dos frentes. Primero, la presente investigación adopta un enfoque centrado estrictamente en el arbitraje comercial entre privados. Si bien la figura del arbitraje de emergencia ha incursionado en el arbitraje en contrataciones públicas, sus referencias son aisladas y puntuales. Segundo, se excluye deliberadamente de este trabajo el análisis de las condiciones de procedencia para el otorgamiento de las medidas cautelares de emergencia, el estudio de sus estándares de valoración probatoria que empleará el árbitro de emergencia y lo relativo a la desafiante temática vinculada a su ejecución.

La presente contribución se estructura de la siguiente manera: en la primera sección, se desarrolla el marco teórico con miras a reconocer que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje. La segunda sección expone la metodología cualitativa-comparada utilizada. La tercera presenta los resultados generales que evidencian sus principales tendencias procedimentales. La cuarta analiza los tres tópicos de divergencia en el diseño procedimental institucional. Finalmente, se formulan las principales conclusiones que sintetizan los aportes de la investigación.

2. Marco teórico: el fundamento del arbitraje de emergencia

2.1. La negación del fundamento jurisdiccional del arbitraje de emergencia en el ordenamiento peruano

Desde los primeros trabajos que se preocuparon por el arbitraje de emergencia en el Perú, se afirmaba que era viable su aplicación en tanto no había ninguna prohibición en el DLA y siempre que las partes lo señalen en su convenio arbitral o así lo prevea el reglamento arbitral aplicable al que se sometieron (Ezcurra Rivero & Olortegui Huamán, 2013, pp. 105-108). Esta posición no problematiza sobre si el árbitro de emergencia tiene o no jurisdicción. Que el razonamiento se haya realizado a partir de lo que sucede en el arbitraje internacional, confirma esta visión. Otros autores, desde una perspectiva descriptiva, tampoco han cuestionado este extremo (Capuñay Chafloque, Ferruzo Dávila & Cillóniz Atoche, 2016; Vega Espinoza, 2017).

Sin embargo, autores nacionales han problematizado sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje de emergencia. No para negar su reconocimiento en el ordenamiento peruano, sino para justificar que su fundamento sería exclusivamente contractual, a diferencia de lo que pasaría con las medidas cautelares que se otorgan en el arbitraje que conoce el

fondo de la controversia, los cuales tendrían un fundamento jurisdiccional.

Una postura afirma que en la medida que el árbitro de emergencia no puede ejercer todos los poderes de una "verdadera" jurisdicción, entonces no sería árbitro desde el punto de vista de la jurisdicción (Rodríguez Ramos, 2024, pp. 49-50). Otro tanto sucedería si se toma en cuenta la especial denominación (se incide en la calificación de "árbitro de emergencia") y regulación de la figura (en reglamentos arbitrales), dado que solo se explicaría dicha especialidad en la necesidad de reconocer una institución autónoma (Rodríguez Ramos, 2024, p. 50). En consecuencia, el árbitro de emergencia sería un "tercero que dirige las actuaciones preliminares" que al estar "antes del inicio del arbitraje" no podría ser considerado como árbitro (Rodríguez Ramos, 2024, p. 50).

Otra posición, sostiene que en tanto "el otorgar tutela jurisdiccional efectiva es propia del orden público constitucional"; entonces, "si el Estado no ha autorizado los efectos jurisdiccionales del arbitraje de emergencia", luego "su acción no forma parte de la tutela cautelar" (Taboada Mier, 2025, p. 452). En resumen: "La tutela cautelar solo puede ser otorgada por aquellos que la Constitución o la ley habiliten", siendo que "en el caso peruano, no podrá ser por un árbitro de emergencia", pues dicha figura no ha sido regulada por disposiciones legales, sino únicamente por algunos reglamentos arbitrales (p. 453). Se concluye que "El árbitro de emergencia no otorga tutela cautelar", lo que puede emitir es una "medida provisional en la medida de que las partes hayan pactado un arbitraje institucional cuyo reglamento lo permita" (p. 454).

Sobre la base de negar el fundamento jurisdiccional al arbitraje de emergencia y centrar su razón de ser en una naturaleza exclusivamente contractual, la posición descrita establece –de forma coherente– una serie de consecuencias prácticas; por ejemplo: la medida cautelar de emergencia no podrá vincular a un tercero ajeno al contrato, el árbitro de emergencia no cuenta con las facultades que la ley ha dispuesto para los árbitros (como es la posibilidad de aplicar un control difuso), la negativa legítima de los centros de arbitraje para administrar un arbitraje de emergencia bajo reglas que sean contrarias a las que el centro permite, ante la renuencia a cumplir una medida cautelar de emergencia se activarán los remedios ante el incumplimiento de obligaciones sin perjuicio de que se pueda recurrir al tribunal arbitral; y, los requisitos para conceder una medida cautelar de emergencia no son los mismos que para conceder una medida cautelar (Taboada Mier, 2025, pp. 459-468).

Aunque esta postura contractualista resulta coherente con sus premisas, a continuación, la analizaremos críticamente. Esto sin perjuicio de confrontarla empíricamente al exponer y discutir los resultados de la presente investigación.

2.2. Replanteamiento del fundamento del arbitraje de emergencia en el ordenamiento peruano

2.2.1. La interacción entre autonomía y jurisdicción en la configuración del arbitraje y su incidencia en el arbitraje de emergencia

La discusión sobre si el arbitraje de emergencia tiene fundamento jurisdiccional es relevante en aquellos sistemas jurídicos en los que se ha establecido algún tipo de relación –a nivel constitucional o legal– entre el arbitraje y la jurisdicción. Sin embargo, esta discusión no es universal. En el arbitraje comercial internacional, las medidas provisionales y las medidas de emergencia se solicitan y se conceden sin transitar por una discusión respecto de la jurisdiccionalidad de tales medidas (Sueiro Varhen, 2020, 219-221).

En el ordenamiento peruano, el arbitraje ha sido asimilado a la jurisdicción ordinaria (Artículo 139 Constitución Política del Perú), lo cual no significa que se haya sujetado al arbitraje a la misma lógica, funcionamiento o límites que tiene la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, por más que desde una perspectiva teórica se pueda rechazar su carácter jurisdiccional y abrigar un basamento exclusivamente contractual, desde una perspectiva jurídica (en el ordenamiento peruano) no es posible prescindir de este dato en la identificación del fundamento del arbitraje (O'Neill de la Fuente & Tovar, 2020, pp. 294-298); de la tutela cautelar arbitral; y, del arbitraje de emergencia.

Lo anterior no implica que se minimice la importancia de la dimensión contractual del arbitraje. Es innegable que sin mediar un convenio arbitral no es posible que se configure el arbitraje. Hoy no se puede cuestionar el rol que tiene la autonomía de las partes en la identificación de una alternativa a la jurisdicción ordinaria para dar paso al arbitraje o en el establecimiento de las reglas que se le aplicarán a este último. La cuestión está en identificar en qué medida lo jurisdiccional y contractual confluyen en la configuración del arbitraje, claro está, bajo el ordenamiento peruano.

El texto constitucional peruano se limita a reconocer que el arbitraje es una jurisdicción.

Más allá de las discrepancias doctrinarias sobre si dicha alusión corresponde a la función jurisdiccional (Priori Posada, 2019, 71) o a la jurisdicción entendida como competencia (Ledesma Narváez, 2024, pp. 40-48), ha sido el Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) el que, progresivamente, le ha dado un contenido. Solo a título de ejemplo, el reconocimiento de la "jurisdicción arbitral" ha servido de base para justificar y reforzar el principio de "no interferencia" en el arbitraje (F.J. N.° 12) en el Exp. N.° 6167-2005-PHC/TC (Santistevan de Noriega, 2006, pp. 28-38), lo que ha sido positivizado en el artículo 3.1. del DLA. Asimismo, la posibilidad de que en sede arbitral se realice –aunque con límites– el "control difuso" (F.J. N.° 26) ha sido desarrollado en el Exp. N.° 142-2011-PA/TC (Bustamante Alarcón, 2019, 96-115).

Hasta la fecha, el TC no ha recurrido a la "jurisdicción arbitral" para justificar la tutela cautelar en el arbitraje. Ha sido la doctrina la que, bajo un razonamiento esquemático, sostiene que en tanto la tutela cautelar es parte del contenido de la tutela jurisdiccional efectiva y como el arbitraje es jurisdicción, entonces en el arbitraje se puede conceder tutela cautelar, dentro de los límites previstos por la legislación (Verdías Mezzera, 2019, pp. 195-196). Esto está directamente vinculado con la noción de jurisdiccionalidad como una característica de la tutela cautelar, aunque bajo el entendido que "es intrínseco al ejercicio de la potestad jurisdiccional el dictado y ejecución de medidas cautelares" (Priori Posada, 2006, pp. 111-112).

La posición que niega el carácter jurisdiccional del arbitraje de emergencia está envuelta en la lógica expuesta. Como el carácter jurisdiccional solamente le ha sido reconocido al arbitraje y no al arbitraje de emergencia, entonces este no tiene tal naturaleza. De ahí que se afirme que su fundamento sea estrictamente contractual y que no esté dentro de su competencia el conceder tutela cautelar. Sin embargo, hay una premisa en el razonamiento apenas expuesto que conviene profundizar. Al afirmar que el arbitraje de emergencia no tiene fundamento jurisdiccional por no tener reconocimiento legal, implícitamente se está negando que sea una manifestación del arbitraje. Bajo esta postura, si se considerara al arbitraje de emergencia como una modalidad de arbitraje, se tendría que admitir ineludiblemente su naturaleza jurisdiccional.

Sin perjuicio de que se coincida o no con que la "jurisdicción arbitral" es el fundamento para conceder tutela cautelar en el arbitraje, lo que hay que determinar es si el arbitraje de emergencia es, o no, una modalidad de arbitraje. Si no lo es, entonces el argumento en contra del carácter jurisdiccional del arbitraje se mantiene firme. En cambio, si el arbitraje de emergencia es arbitraje, entonces aquel tendrá todas las prerrogativas de las que goza el arbitraje, incluyendo la competencia para conceder medidas cautelares, sin tener que condicionar el análisis a la jurisdiccionalidad del arbitraje.

2.2.2. La flexibilidad como premisa estructural para reconocer al arbitraje de emergencia como una modalidad de arbitraje

Para determinar si el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje debe recordarse que la autonomía de los particulares va más allá del simple establecimiento de una alternativa a la jurisdicción ordinaria. Esta observación es central porque la discusión alrededor del arbitraje de emergencia presupone que existe un convenio arbitral establecido entre las partes. Esto revela que existe una predisposición de las partes por no llevar sus controversias a la jurisdicción ordinaria.

En este contexto, la naturaleza arbitral del arbitraje de emergencia se fundamenta en el rol de la autonomía para diseñar las reglas aplicables al arbitraje; es decir, en su flexibilidad. Al respecto, se ha indicado que "[L]a flexibilidad es la materialización del principio de autonomía, pues permite que el proceso se adapte a los intereses de las partes" (Miranda Miranda, 2023, p. 105). En función de esto, salvo los límites impuestos por normas imperativas y aquellos derivados de los principios del arbitraje, las partes cuentan con amplia libertad para fijar el alcance y los límites de la dimensión sustantiva y procedimental del arbitraje.

A nivel sustantivo, siempre que nos encontremos dentro de materias arbitrales, las partes pueden fijar los extremos de sus controversias que se resuelvan en un arbitraje y aquellos que permanezcan en el fuero de la jurisdicción ordinaria o incluso acordar la bifurcación de los temas controvertidos. A nivel procedimental, siempre que esto no implique un tratamiento diferenciado injustificado entre las partes, las partes también cuentan con la posibilidad de diseñar el procedimiento arbitral que mejor se ajuste a sus intereses, por ejemplo, podrían rediseñar las etapas del proceso, limitando audiencias o memoriales (Cantuarias Salaverry & Serván, 2019, pp. 31-40).

En atención a la flexibilidad del arbitraje, no hay impedimento para que las partes establezcan uno en el que, a nivel sustancial, se restrinja la posibilidad para que el tribunal

arbitral se pronuncie de forma definitiva sobre el fondo de la controversia; y, a nivel procedimental, que aquel solo esté en condiciones de conceder medidas que permitan garantizar provisionalmente la eficacia de la decisión que se emita sobre el fondo de la controversia. Esto se realiza en un contexto en el que, posteriormente, otro tribunal arbitral conocerá el fondo de la controversia y tendrá las facultades para dar las medidas cautelares que correspondan.

Como se podrá apreciar, las características apenas indicadas corresponden a un arbitraje de emergencia. Y, en la medida que aquellas son resultado de la flexibilidad de un arbitraje, la ineludible conclusión es que el arbitraje de emergencia, por lo menos a nivel estructural, es una modalidad de arbitraje (Beisteiner, 2020, p. 293). De este modo, como se ha afirmado: el árbitro de emergencia sería simplemente un árbitro (Collantes Rojas, 2020, p. 278) y, como tal, cuenta como regla general con sus potestades. Sin embargo, esta conclusión cuenta con un reparo adicional que debe ser abordado.

El hecho de que estructuralmente un arbitraje de emergencia se pueda diseñar a partir de la flexibilidad que tiene un arbitraje en general, no dice nada con relación a la viabilidad jurídica de este tipo de diseño ante la ausencia de un reconocimiento normativo expreso. Si bien parecería que al reconocer que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje la controversia alrededor de su fundamento se zanjó, aún queda por precisar si las partes pueden realizar tal configuración del arbitraje o si esto requiere de un reconocimiento legal expreso.

2.2.3. El rol subsidiario de la jurisdicción ordinaria respecto del arbitraje en la concesión de medidas cautelares

De manera general, el arbitraje es una alternativa a la resolución de conflictos a través de la jurisdicción ordinaria (Ruiz Risueño, 2019, pp. 110-118). No es un reemplazo o un sustituto, sino una alternativa que se fundamenta en la autonomía contractual de las partes dirigida a apartarse de la jurisdicción ordinaria como fuero para la resolución de controversias de libre disposición. Esta forma de concebir al arbitraje es perfectamente coherente con lo señalado, a nivel de precedente, por el TC en el Exp. 6167-2005-PHC/TC (F.J. 10).

No obstante lo anterior, a nivel de interacciones en específico, la relación entre jurisdicción ordinaria y arbitraje varía. Una doctrina ha identificado, entre otras, intervenciones: revisoras (reconocimiento de laudos extranjeros, anulación del laudo), colaboradora (intervención judicial en la actuación probatoria, dictado de medidas cautelares cuanto al arbitraje internacional se encuentra en trámite) y complementaria (actuación de medios probatorios, ejecución de medidas cautelares, ejecución del laudo nacional o extranjero) (Arrarte Arisnabarreta, 2009, pp. 186-195).

En la concesión de medidas cautelares, dentro de los modelos a nivel comparado (conflictual, cooperativo-concurrente y cooperativo-subsidiario) (Ariano Deho, 2013, pp. 112-114), es posible afirmar que el modelo peruano asume un rol cooperativo-subsidiario de la jurisdicción ordinaria, respecto del arbitraje (Arrarte Arisnabarreta, 2009, pp. 187-188). Esto porque se recurre a la jurisdicción ordinaria para obtener tutela cautelar solo en tanto no se la pueda obtener en la vía arbitral.

Lo señalado se sustenta en el DLA. El artículo 8, expresamente, reconoce la competencia de la jurisdicción ordinaria para colaborar con el arbitraje en materia de adopción de medidas cautelares. El artículo 47.4 remarca que las medidas cautelares dadas por la jurisdicción ordinaria antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje. El artículo 47.6 otorga la competencia al tribunal arbitral para que modifique, sustituya o deje sin efecto las medidas cautelares que se hayan concedido en la jurisdicción ordinaria, operando una suerte de fuero de atracción del arbitraje respecto de aquella.

A partir de las disposiciones citadas, la jurisdicción ordinaria desempeña únicamente un rol de soporte del arbitraje (de ahí lo cooperativo) y solamente como una respuesta ante la necesidad de las partes que requieran de una medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia (de ahí lo subsidiario). La justificación para que la jurisdicción ordinaria conceda medidas cautelares proviene directamente del DLA. No es que el DLA habilite a los árbitros para conceder medidas cautelares y les reconozca jurisdicción. Por el contrario, el DLA es el que habilita a la jurisdicción ordinaria para que conceda medidas cautelares *ante causam*, a pesar de haber fijado previamente una alternativa a la jurisdicción estatal, la cual ha sido pactada en el convenio arbitral (Arrarte Arisnabarreta, 2011, pp. 553-555).

Esta configuración genera consecuencias operativas precisas. Por ejemplo, cuando el juez ordinario evalúe la medida cautelar deberá hacerlo bajo el procedimiento establecido en el DLA y no en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC); por ejemplo, se deberá procurar el contradictorio previo a la concesión de la medida cautelar. Del mismo modo, las condiciones para la concesión de la medida

cautelar deberán ajustarse a la DLA. Con esto, el árbitro deberá atender a los estándares internacionales para otorgarla y no al régimen previsto en el CPC. Estas no son las únicas consecuencias, pero por el momento bastan para graficar la dependencia de la labor de los jueces que ejercen la jurisdicción ordinaria respecto del arbitraje, en lo que a concesión de medidas cautelares se refiere.

Una vez que las partes determinan mediante un convenio arbitral que el arbitraje es la vía en que solucionarán sus controversias, establecieron una alternativa a la jurisdicción ordinaria para tal fin. En consecuencia, los jueces no tienen competencia para pronunciarse sobre el conflicto que surja entre las partes, esto incluye que no tengan la posibilidad para otorgar medidas cautelares. Sin embargo, en ocasiones de necesidad, se habilita subsidiaria y provisionalmente a que la jurisdicción ordinaria pueda conceder medidas cautelares. Dicha posibilidad está vigente hasta el momento en que se constituya el tribunal arbitral que conozca el fondo de la controversia.

El problema no es si la ley le otorga un tratamiento especial para reconocerle jurisdicción al arbitraje de emergencia, sino si las partes –en función de su autonomía– (o incluso una ley especial[1]) pueden restringir el nivel de cooperación de la jurisdicción ordinaria hasta la constitución del tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia. Enfocar el problema en estos términos, permite plantear que tal restricción es perfectamente posible.

Si los particulares ya fijaron una alternativa a la jurisdicción ordinaria, la habilitación legal que de forma subsidiaria se establece en materia cautelar es –sin lugar a dudas– de carácter dispositivo. Aunque la supletoriedad reconocida en el artículo 1 del DLA bastaría para admitir que las partes pueden pactar reglas distintas sobre el alcance de la jurisdicción ordinaria respecto de la concesión de medidas cautelares, el intento de disociar al arbitraje de emergencia del arbitraje genera una duda atendible.

Esta duda se supera, a favor de que las partes diseñen un arbitraje en el que no se resuelva el fondo, pero en el que sí se den medidas cautelares; gracias a recordar la relación entre jurisdicción ordinaria y arbitraje. Bajo este entendimiento, el enfoque acerca de la no jurisdiccionalidad del arbitraje de emergencia pone en segundo plano el alcance de la autonomía de las partes, cuando en materia arbitral este es el punto de partida.

2.3. Consecuencias de reconocer que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje

Reconocer al arbitraje de emergencia como una modalidad de arbitraje genera diversas consecuencias operativas.

En primer lugar, el hecho de que el arbitraje de emergencia sea una modalidad de arbitraje –independientemente de si su fundamento es su carácter jurisdiccional o no– no implica negar los rasgos especiales que pueda tener. Por eso, a la par que este tipo de arbitraje se encuentre regulado por el DLA, en virtud de su artículo 1; también se le aplicarán aquellas disposiciones de las partes (establecidas en el convenio o en reglamento arbitral) prevean y en las que se desarrollen las particularidades de este tipo arbitraje.

En segundo lugar, el árbitro de emergencia cuenta con las facultades generales previstas para el árbitro según el DLA y los desarrollos que ha realizado el TC sobre el arbitraje. Por ejemplo, el árbitro de emergencia puede realizar control difuso respecto de las normas que puedan impedir que la tutela cautelar sea efectiva. Esto es relevante de cara al régimen legal previsto para las medidas cautelares en la Ley N.° 32069: Ley General de Contrataciones Públicas (en adelante, LGCP) en el que amplía el alcance de la cuestionable constitucionalidad de los requisitos que a nivel de contracautela se han establecido en desmedro de los contratistas, proveniente desde el D.U. 020-2020 y cuya interpretación ha sido objeto de crítica (Campos García, 2020).

En tercer lugar, las condiciones para conceder una medida cautelar de emergencia deben partir de los previstos para conceder una medida cautelar arbitral, pero no pueden ser una mera reproducción de estos (Born, 2021, p. 2666). El DLA no prevé condiciones para evaluar la concesión de medidas cautelares, por eso es que se suele recurrir a los parámetros internacionales. Esto es el punto de partida para el árbitro de emergencia, pero deberá valorar las particulares características del arbitraje de emergencia, en particular, la urgencia del pedido. Pudiendo ser las mismas condiciones de una cautelar arbitral, sus estándares de valoración deberán ser adecuados a las necesidades de la solicitud de emergencia.

---

(1) Esta sería la situación de la Ley 32069: Ley General de Contratación Pública (en adelante, LGCP). El artículo 85.1 literal a) dispone lo siguiente: “Es competente para resolver las solicitudes cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir tal subespecialidad, el juez civil”.

En cuarto lugar, ante el incumplimiento de la orden prevista en una medida cautelar de emergencia y el interés de la parte beneficiada porque se cumpla dicho mandato, esta podrá optar por iniciar el procedimiento para la ejecución de dicha medida cautelar. Este se encuentra regulado en el artículo 48 del DLA. Así, de ser necesario, se deberá recurrir a la jurisdicción ordinaria nacional para que, bajo una función de complemento (y ya no subsidiaria), realice los actos de ejecución necesarios para llevar a la realidad lo dispuesto por la medida cautelar de emergencia. Si la ejecución, en cambio, se pretende realizar fuera del territorio nacional, esto implicará hacer uso de la Convención de Nueva York (1958), con las limitaciones que tendría una interpretación literal del carácter final de los laudos que pueden ser objeto de ejecución.

En quinto lugar, la medida cautelar de emergencia no podrá vincular a un tercero ajeno al contrato. Pero esto no es una característica propia o autónoma del arbitraje de emergencia, sino que es una regla general de toda medida cautelar arbitral y, en general, del arbitraje (Villarroel Alarcón, 2024, pp. 47-53). En el caso de las medidas cautelares arbitrales es importante diferenciar la condición de tercero y la de órgano de auxilio (Campos García, 2018, pp. 281-290), ya que la restricción no es para este último –que no es un tercero– siempre que se siga con el proceso establecido legalmente. Con relación al arbitraje debe recordarse que en el Exp. N.° 142-2011-PA/TC, expresamente, se reconoció como un supuesto de procedencia del amparo arbitral, el hecho de que un laudo afecte a un tercero que no forme parte del convenio arbitral (F. J. N.° 21), lo que evidencia la limitación intrínseca que tiene el arbitraje.

Finalmente, el desarrollo de esta figura –incluso desde una perspectiva histórica (Fernández Masiá, 2017, pp. 86-87)– se ha debido a los reglamentos de centros de arbitraje. Reglamentos que, al haber sido incorporados en los convenios arbitrales, conforman –por remisión– parte integrante de las reglas aplicables al arbitraje. Esta situación encuentra expreso reconocimiento en el artículo 6 del DLA, en cuyo literal b. se precisa que las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido, forman parte del contenido del convenio arbitral. Esta perspectiva, proyectada a los reglamentos del arbitraje de emergencia, determina un reconocimiento del sistema *opt-out* como regla general; es decir, el sometimiento al centro de arbitraje basta para que las partes puedan recurrir a este tipo de arbitraje, sin que sea necesario que aquellas pacten expresamente esta modalidad de arbitraje en el convenio arbitral. En la órbita del arbitraje de controversias derivadas de la contratación pública en el sistema jurídico peruano, la situación es diferente. Si bien el artículo 343 del Reglamento de la LGCP señala que el arbitraje de emergencia "debe estar previsto en el reglamento de la institución arbitral correspondiente", requiere necesariamente de un sometimiento expreso de las partes en el convenio arbitral.

Dada la íntima vinculación entre el reglamento institucional que prevea el arbitraje de emergencia (o la disposición que haga sus veces) y el desarrollo de esta institución, corresponde emprender una revisión sistemática de aquellos que permitan realizar un diagnóstico sobre sus fortalezas y debilidades en el ordenamiento jurídico peruano.

3. Metodología de la investigación: pautas para la identificación de tendencias y divergencias en el procedimiento del arbitraje de emergencia peruano

3.1. Enfoque y método: análisis cualitativo-comparado

La presente investigación adopta un enfoque cualitativo. Este trabajo busca identificar tanto los estándares procedimentales en materia de arbitraje de emergencia en el Perú, así como problematizar aquellos tópicos en los que no aprecie un consenso en la regulación. No se busca una medición estadística de la eficacia de las medidas cautelares de emergencia, sino una interpretación sistemática de las reglas que la rigen.

Asimismo, se ha diseñado la investigación a partir de un criterio comparativo. Para contrastar las soluciones institucionales se analizarán algunos reglamentos de centros de arbitraje peruanos, los cuales han sido delimitados en función de los criterios que se exponen a continuación.

3.2. Diseño y muestra: análisis documental y criterios de selección

El análisis sigue un diseño no experimental de corte transversal. La técnica empleada es el análisis documental, donde la unidad de análisis está constituida por los reglamentos de los centros de arbitraje seleccionados. Para asegurar la relevancia institucional y la representatividad de los diversos modelos existentes en el mercado peruano, se ha aplicado un muestreo dirigido no probabilístico respecto de algunos centros de arbitraje, basado en los siguientes criterios.

En primer lugar, se ha aplicado un criterio de validación de mercado, fundamentado en

el reconocimiento que algunos centros de arbitraje han tenido en el foro peruano. Para esto se ha consultado el Ranking de Centros de Arbitraje elaborado por el directorio internacional *Leaders League* (2025 y 2026)[2]. Bajo esta métrica[3], con la etiqueta "Muy recomendado", se seleccionaron los siguientes[4]: Centro de Arbitraje y Junta de Prevención y Resolución de Disputas del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú (CARD)[5], Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)[6], Centro de Análisis y Resolución de Disputas de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP)[7], Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú (CIACBLP)[8] y Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú (AMCHAM)[9].

En segundo lugar, se recurrió a un criterio de validación estatal, basado en la antigüedad, experiencia y gestión de seguridad de información de los centros de arbitraje. La fuente de referencia fue el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (REGAJU) administrado por el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE). Se ha tomado en cuenta a los centros de arbitraje habilitados para administrar arbitrajes de mayor envergadura[10] con lo que se ha excluido a aquellos que recién se han constituido o que administran conflictos de contratos con montos originales que solo superan las dos mil Unidades Impositivas Tributarias. Los centros seleccionados bajo este parámetro son los siguientes[11]: Centro de Arbitraje MARC PERÚ (MARC)[12], Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa (CCIA)[13] y el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CAL)[14].

---

(2) Los directorios de Chambers and Partners y Legal 500 no incluyen una categoría acerca de los centros de arbitraje, por lo que no se han tomado en cuenta dentro del diseño metodológico.

(3) Según Leaders League (2025 y 2026): "Nuestro proceso de investigación abarca un período de cuatro meses para cada ciclo de clasificación. Esto incluye la recopilación de datos, que es un proceso de tres meses, y un mes adicional para procesar los datos y establecer los rankings. Nos basamos en cuatro fuentes principales de datos y varios criterios para crear o actualizar una clasificación". La metodología completa es de acceso público.

(4) Se ha excluido del estudio al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Construcción de CAPECO (CAPECO) que aparece en el ranking del 2025, pero no en el 2026. Además, no se ha podido acceder a su Reglamento de Arbitraje, ni a algún Reglamento o Directiva que regulen el arbitraje de emergencia.

(5) El arbitraje de emergencia está regulado en el Título III (artículo 68 al 80) del Reglamento Procesal de Arbitraje (vigente desde octubre de 2025). Por esto no cuenta con un Reglamento o Directiva especial.

(6) El arbitraje de emergencia se regula en el artículo 34 del Reglamento de Arbitraje (vigente desde el 1 de marzo de 2025) y en su Apéndice I (Reglas del Árbitro de Emergencia).

(7) El arbitraje de emergencia está regulado en el artículo 73 del Reglamento de Arbitraje (vigente desde el 2025) y en su Anexo 5 (Directiva para el servicio de arbitraje de emergencia).

(8) El arbitraje de emergencia se prevé en el artículo 57 del Reglamento de Arbitraje (vigente no antes del 23 de diciembre de 2025) y en su Anexo 1 (Reglas del Árbitro de Emergencia).

(9) El arbitraje de emergencia está delineado en el artículo 37 del Reglamento de Arbitraje (vigente desde el 1 de julio de 2024) y su Apéndice III (Reglas de Árbitro de Emergencia).

(10) De acuerdo al artículo 320 del Reglamento de la LGCP (Decreto Supremo 009-2025-EF), para que un centro administre arbitrajes de mayor envergadura; es decir, controversias surgidas en contratos con montos originales iguales o superiores a las 20000 UIT debe cumplir una serie de requisitos adicionales: contar con no menos de diez años de experiencia en la organización y administración de procesos arbitrales, haber organizado y administrado más de cien procesos arbitrales que hayan concluido con laudo y tener una certificación internacional respecto a la gestión de seguridad de la información.

(11) Según el REGAJU, CARD, CACCL y CARC-PUCP también califican como centros que pueden administrar arbitrajes de envergadura. Como estos centros ya estaban incluidos bajo el criterio de validación de mercado, no se les ha mencionado bajo el criterio de validación técnica, empero se deja constancia de tal circunstancia. En el caso del Centro de Conciliación, Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas Asociación Civil Corporación Imperium (IMPERIUM), al momento de realizar esta investigación no se ha podido acceder a su Reglamento de Arbitraje, razón por la cual se le ha excluido de la relación de centros de arbitraje objeto del presente estudio, por más que sí tiene una Directiva para el Servicio de Arbitraje de Emergencia. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Lambayeque (CCPL) tampoco ha sido incluido ya que no se ha podido acceder a un Reglamento o Directiva que regule el arbitraje de emergencia, siendo que tampoco aparece regulada expresamente en su Reglamento (2020).

(12) El arbitraje de emergencia está regulado en el artículo 47 del Reglamento de Arbitraje MARC y en el Reglamento de Arbitraje de Emergencia. No se precisa la fecha de entrada en vigencia de este último.

(13) El arbitraje de emergencia no está regulado en el Reglamento Procesal de Arbitraje (2025). Empero, el Centro cuenta con un Reglamento de Árbitro de Emergencia, vigente desde setiembre de 2021.

(14) El arbitraje de emergencia se menciona en el artículo 68 del Reglamento Procesal de Arbitraje (fechado el 17 de febrero de 2020) y en una Directiva especial (Directiva: Reglas del Árbitro de Emergencia).

Si bien la muestra no cubre a todos los centros arbitrales peruanos, combina a un grupo representativo, incluso con instituciones gremiales. Esto garantiza que los estándares que se puedan identificar sean transversales a diversos sectores del mercado arbitral peruano. No obstante, para la identificación de los tópicos divergentes respecto de los cuales se realizará una discusión ulterior, se requiere una identificación previa en función a ciertas variables.

3.3. Definición de variables de análisis: en la búsqueda de particularidades del procedimiento de arbitraje de emergencia peruano

Para la identificación de aquellos aspectos en los que medie algún nivel de divergencia en la muestra seleccionada se han precisado tres variables específicas, las cuales se han elegido en función del panorama que resulta de especial relevancia para el arbitraje de emergencia a nivel de la práctica internacional (International Chambers of Commerce, 2019, pp. 17-22; Sim, 2021, pp. 149-200).

Primero, el diseño del contradictorio en el procedimiento cautelar de emergencia. Aquí analizamos si los reglamentos de arbitraje objeto de análisis guardan un equilibrio entre la urgencia detrás de la solicitud del arbitraje de emergencia y el derecho a ser escuchado del afectado por la eventual decisión del árbitro de emergencia. Indagamos si en la reglamentación institucional existe algún estándar respecto a si es posible que se otorguen medidas cautelares de emergencia con contradictorio previo o si es posible que se adopten medidas *ex parte*.

Segundo, el cuestionamiento de la decisión del árbitro de emergencia. El enfoque no se centrará en el rol del tribunal arbitral (constituido para conocer el fondo de la controversia) respecto de lo decidido por el árbitro de emergencia. Se analizará el estándar que se encuentra reconocido para que el propio árbitro de emergencia revise su decisión cautelar una vez que esta ha sido concedida.

Finalmente, el alcance de la discrecionalidad procedimental del árbitro de emergencia. Se busca establecer si existe algún estándar respecto del alcance que tiene el árbitro para adecuar el procedimiento arbitral a las necesidades de urgencia del solicitante, así como la forma en la que se produce la integración procedimental y los sujetos legitimados para realizarla ante vacíos de la reglamentación.

4. Resultados. La situación actual del arbitraje de emergencia en el ordenamiento jurídico peruano

4.1. El diseño institucional: el reconocimiento del arbitraje de emergencia como una modalidad de arbitraje

Superada la disyuntiva teórica entre el carácter contractual y la jurisdiccionalidad de la figura, el diseño normativo adoptado por los centros de arbitraje peruanos demuestra que el arbitraje de emergencia se configura estructuralmente como una auténtica modalidad de arbitraje. Esto se evidencia, empíricamente, a través de tres grandes ejes conceptuales: el régimen normativo aplicable al árbitro, la interacción con la jurisdicción ordinaria; y, la fuerza vinculante de sus decisiones.

En primer lugar, todos los reglamentos analizados le imponen al árbitro de emergencia la exigencia de ser y permanecer imparcial e independiente, de revelar cualquier conflicto de interés y de someterse a mecanismos de recusación[15]. Esta base demuestra que se concibe al árbitro de emergencia con la misma investidura que a los integrantes del tribunal arbitral que resolverá el fondo de la controversia.

Sobre esta base, el Reglamento Arbitraje de Emergencia MARC ha optado por hacer un reconocimiento expreso de que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje. El artículo 4 (Naturaleza y facultades del Árbitro de Emergencia) del citado Reglamento señala que: “El Árbitro de Emergencia posee las mismas facultades y atribuciones de las que goza y han sido establecidas en la Ley de Arbitraje para un árbitro”. Lejos de constituir

(15) Reglamento CARD (Artículo 72.2 y 72.3), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 4.1 y 4.2), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 6), Reglamento CIACBLP (Anexo I: Artículo 7), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 3.2 y 3.3), Reglamento AE CCIA (Artículo 7.1 y 7.2) y Directiva RAE CAL (Artículo 4.1 y 4.2).

una regla de excepción que instituye un régimen especial para diferenciar a este centro de otras instituciones arbitrales, esta disposición representa el reconocimiento expreso de la lógica que impregna al arbitraje de emergencia al considerarlo como una modalidad del arbitraje.

En segundo lugar, se confirma que el arbitraje de emergencia es una modalidad del arbitraje con el tratamiento que los reglamentos le dispensan a la relación que aquel tiene con la jurisdicción ordinaria (Sim, 2023, pp. 99-195; Cardenas Mejía, 2024, pp. 176-178). Esto solo sería posible si se concibe como premisa que la autonomía de las partes puede ampliar o reducir el nivel de subsidiariedad de la participación de la jurisdicción ordinaria para la concesión de las medidas cautelares. Caso contrario, no sería admisible ninguna de las opciones que el análisis empírico nos muestra.

Algunos reglamentos[16] estipulan que el derecho de recurrir al arbitraje de emergencia no implica la renuncia de las partes a solicitar medidas cautelares ante la jurisdicción ordinaria, estableciendo un modelo de concurrencia. Otros[17], en cambio, imponen una restricción al establecer una regla según la cual, si bien se puede recurrir a la jurisdicción ordinaria, las medidas cautelares judiciales y las medidas de emergencia "son excluyentes entre sí".

Finalmente, la revisión del régimen aplicable a los efectos de las decisiones del árbitro de emergencia permite comprobar que nos encontramos ante una modalidad de arbitraje. En todos los reglamentos que han sido objeto de estudio[18], constatamos que las decisiones sobre las solicitudes de arbitraje de emergencia no son meras recomendaciones, sino que son mandatos imperativos que las partes deben cumplir necesariamente.

El hecho de que los reglamentos no desarrollen un régimen autónomo o distinto para la ejecución de las medidas cautelares arbitrales, no implica que la parte que se enfrenta ante la renuencia del cumplimiento del mandato cautelar de emergencia solo pueda recurrir a los mecanismos de tutela material ante el incumplimiento. Dado que nos encontramos ante una modalidad de arbitraje, como se había anotado previamente, será de aplicación el régimen de ejecución de medidas cautelares previstos en el DLA.

4.2. Las convergencias: descripción general del procedimiento de arbitraje de emergencia

Tras detallar los elementos que configuran al arbitraje de emergencia como modalidad de arbitraje, su revisión revela ciertas tendencias en el ordenamiento peruano. Si bien estas pueden presentarse antes del conflicto[19] o al valorar la eficacia de la medida[20], este apartado se centra exclusivamente en el procedimiento.

En primer lugar, siguiendo el estándar internacional[21], el procedimiento inicia con la solicitud de arbitraje de emergencia ante el centro que corresponda, la cual se presentará

---

(16) Reglamento CCL (Artículo 34.4) y Reglamento AMCHAM (Artículo 36.6).

(17) Reglamento CARD (Artículo 68.5), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 13) y Reglamento CIACBLP (Anexo I: Artículo 14) y Reglamento CAL (Artículo 68.4).

(18) Reglamento CARD (Artículo 75 y 76.1), Reglamento CCL (Artículo 34.2 y Apéndice I: Artículo 8), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8 y 9), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 9 y 10), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.3 y 7.8), Reglamento AE MARC (Artículo 7.1 y 10.1), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.1 y 9.3) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.2).

(19) Por ejemplo, los Reglamentos coinciden en que aunque las partes hayan pactado un arbitraje institucional que tenga una regulación sobre el arbitraje de emergencia, estas tienen la posibilidad de excluir la aplicación de este tipo de arbitraje (*opt-out*): Reglamento CARD (Artículo 68.8), Reglamento CCL (Artículo 34.5.b), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 1), Reglamento CIACBLP (Artículo 57.5), Reglamento AMCHAM (Artículo 37.4.b), Reglamento MARC (Artículo 47.2), y Reglamento CAL (Artículo 68.5.b). En el ámbito de la contratación pública, el artículo 343.1 del RLGCP señala: "Solo procede el arbitraje de emergencia en controversias relacionadas a contratación pública, cuando en el convenio arbitral se señale expresamente y siempre que este arbitraje sea conocido por la misma Institución Arbitral en la que se debe tramitar el arbitraje definitivo", lo que implicaría un reconocimiento del sistema *opt-in* para la aplicación del arbitraje de emergencia.

(20) Tal es el caso del cese de los efectos de la decisión del árbitro de emergencia por no haber presentado la petición de arbitraje dentro del plazo previsto por el Reglamento o por haberse declarado fundada la recusación en contra del árbitro de emergencia o por el desistimiento de la solicitud o por revocación de la medida cautelar por decisión del tribunal arbitral: Reglamento CARD (Artículos 78 y 76.3), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 8.6 y 8.7), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 10 y 12), Reglamento CIACBLP (Anexo I: Artículo 6, 11 y 13), Reglamento AMCHAM (Artículo 37.3 y Apéndice III: artículo 7.9 y 7.10), Reglamento AE MARC (Artículo 8, 10.2 y 10.3), Reglamento AE CCIA (Artículo 10) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.6 y 8.7).

(21) International Chambers Commerce Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 1.4 y 1.5), Singapore International Arbitration Centre Rules (2025) (Schedule 1: Regla 1, 2 y 3), Hong Kong International Arbitration Centre Rules (2024) (Schedule 4: Regla 1 y 2), Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 1 y 2), The London Court of International Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.4 y 9.5).

necesariamente antes de la constitución del tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia[22]. Además, dicha solicitud deberá cumplir una serie de requisitos formales (identificación de las partes, acreditación del convenio arbitral, indicación de las pretensiones a presentarse en el arbitraje, pago de los derechos y tasas correspondientes, entre otras) [23]. En el aspecto de fondo, la solicitud cautelar contendrá la medida cautelar que se requiere, así como su fundamentación y acreditación, lo que incluye la justificación del carácter urgente de la medida[24].

En segundo lugar, se configura la etapa de nombramiento del árbitro de emergencia. Los centros de arbitraje son los únicos encargados de realizar tal designación[25], incluso en algún caso se señala que se considerará como no puesto el acuerdo de las partes respecto de la designación del árbitro de emergencia[26]. Una vez realizada la aceptación del árbitro, se restringe la posibilidad de que este forme parte del tribunal arbitral, aunque eventualmente se reconoce la posibilidad de un pacto en contra[27]. Esto va de la mano con la exigencia de imparcialidad e independencia del árbitro (Ariano Deho, 2013, pp. 124-125), siendo que se encuentra habilitada la posibilidad de recusar al árbitro de emergencia, aunque dentro de breves plazos[28]. La situación es afín respecto de la regulación a nivel internacional[29].

En tercer lugar, una vez constituido el procedimiento arbitral de emergencia con la aceptación del nombramiento del árbitro, este es quien tiene el control de la conducción del procedimiento, conforme es la tendencia a nivel internacional[30]. En el arbitraje de emergencia el árbitro cuenta con una amplia discrecionalidad para fijar las audiencias, requerir medios probatorios, establecer la forma de participación de las partes o el momento en el que debe resolver[31]. Esta posibilidad se encuentra circunscrita a los acuerdos a los que puedan arribar las partes o por disposiciones expresas de los reglamentos en los que, por ejemplo, se fije un plazo máximo para que el arbitraje de emergencia emita su decisión y cuente con competencia para ello o se establezca que la decisión se emita en el menor plazo posible.

En cuarto lugar, la decisión respecto de la medida cautelar de emergencia, junto con los aspectos formales (dictada dentro del plazo, fechada, firmada, señalamiento del lugar de emisión, por ejemplo), debe pronunciarse sobre la competencia del árbitro de emergencia y expresar las razones por las que concede o deniega el pedido cautelar. Una vez que se haya notificado la decisión cautelar es de obligatorio cumplimiento para

---

[22] Reglamento CARD (Artículo 68.1), Reglamento CCL (Artículo 34.1), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 1), Reglamento CIACBLP (Artículo 57.1), Reglamento AMCHAM (Artículo 37.1), Reglamento AE MARC (Artículo 1), Reglamento AE CCIA (Artículo 1 y 3) y Reglamento CAL (Artículo 68.1).

[23] Reglamento CARD (Artículo 69.2), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 1.2 al 1.4), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 3), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 3), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 1.1 al 1.3), Reglamento AE MARC (Artículo 2.1), Reglamento AE CCIA (Artículo 3.2 y 10.1) y Directiva RAE CAL (Artículo 1.2 al 1.4).

[24] Reglamento CARD (Artículo 69.2.d), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 1.2.c), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 3.b), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 3.2), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 1.1.e), Reglamento AE MARC (Artículo 2.1.d), Reglamento AE CCIA (Artículo 3.2.b) y Directiva RAE CAL (Artículo 1.2).

[25] Reglamento CARD (Artículo 71.1), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 3.1), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 4), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 5), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 2.1), Reglamento AE MARC (Artículo 3), Reglamento AE CCIA (Artículo 5.1 y 5.2) y Directiva RAE CAL (Artículo 3.1).

[26] Esto sucede en el Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 4, primer párrafo), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 5, primer párrafo). El Reglamento AE CCIA (Artículo 5.2) señala que las partes no podrán designar al árbitro de emergencia.

[27] Reglamento CARD (Artículo 72.4), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 4.3), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 6), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 7), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 3.4), Reglamento AE CCIA (Artículo 7.3) y Directiva RAE CAL (Artículo 4.3).

[28] Reglamento CARD (Artículo 72.2 y 73), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 4.1 y 5), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 6 y 7), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 7 y 8), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 3.2 y 4), Reglamento AE MARC (Artículo 6), Reglamento AE CCIA (Artículo 7.2 y 8) y Directiva RAE CAL (Artículo 4.1 y 5).

[29] ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 2.1, 2.4 y 2.6), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 7, 8, 9 y 22), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 4), SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 4), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.6).

[30] ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 5.1, 5.2 y 6.4), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 13, 14 y 17), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 10 y 12), SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 7 y 8.1), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.7 y 9.8).

[31] Reglamento CARD (Artículo 74), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 7), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 5), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 6.2), Reglamento AE MARC (Artículo 4 y 5.2), Reglamento AE CCIA (Artículo 7.5) y Directiva RAE CAL (Artículo 7).

las partes. Además, el árbitro puede condicionar la medida cautelar al otorgamiento, incluso, de garantías; es decir, la fijación de una contracautela[32]. Por último, el árbitro deberá emitir un pronunciamiento respecto de la distribución de los costos del procedimiento[33]. Nuevamente, la regulación no se aleja de la tendencia internacional[34].

Finalmente, la decisión emitida por el árbitro de emergencia puede ser revisada por él mismo, en tanto no se haya constituido el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia[35]. Una vez que el tribunal se haya constituido, este tendrá la competencia para evaluar lo decidido por el árbitro de emergencia, tal como sucede cuando las partes han recurrido al Poder Judicial para obtener una medida cautelar *ante causam*. Esta es la posición que se sigue a nivel de los principales centros arbitrales internacionales[36].

4.3. Las divergencias: presentación de resultados respecto de las variables del procedimiento de arbitraje de emergencia

A continuación, conviene examinar el régimen de las variables identificadas para posteriormente formular una crítica respecto de aspectos de relevancia en el procedimiento en los que no hay una posición uniforme en su regulación.

4.3.1. El contradictorio ante la solicitud de una cautelar de emergencia

Es un dato común en el ordenamiento peruano que los árbitros de emergencia cuenten con discrecionalidad para establecer el procedimiento precedente a la emisión de la decisión cautelar. Sin perjuicio de lo anterior, es posible reconocer dos modelos para articular el contradictorio de las partes respecto de la solicitud de una medida cautelar de emergencia.

Por un lado, se otorga una facultad expresa al árbitro de emergencia para decidir junto con su aceptación del cargo si, antes de pronunciarse sobre la medida cautelar, debe activarse el contradictorio respecto de la contraparte; es decir, si debe poner la solicitud cautelar en conocimiento de la contraparte[37]. Bajo este modelo, la reglamentación habilita al árbitro para emitir una decisión cautelar sin previa notificación a la contraparte (*inaudita altera parte*).

Por otro lado, se priorizaría el derecho de defensa de la potencial parte afectada con la medida cautelar de emergencia, cuando se exige al árbitro de emergencia que procure que las partes tengan la oportunidad razonable de ser escuchadas al momento de exponer su posición[38]. Este modelo no impediría, de plano, que se pueda dar una medida cautelar *ex parte*, empero no se hace alusión a esta situación de forma explícita.

Ambos modelos, que también pueden ser encontrados en los principales reglamentos de centros arbitrales internacionales[39], reflejan una preeminencia respecto de valores diferentes. El primer modelo antepone la efectividad de la medida cautelar, al darle un mayor poder de control al árbitro para decir si cabe o no activar el contradictorio previo. El segundo modelo, en cambio, parece poner el

---

(32) Reglamento CARD (Artículo 75.5), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 8.4), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 2), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 2), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.6), Reglamento AE MARC (Artículo 7.3), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.2) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.4).

(33) Reglamento CARD (Artículo 79.4), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 9.3), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 11), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 12), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 8.3), Reglamento AE MARC (Artículo 7.2), Reglamento AE CCIA (Artículo 10.5) y Directiva RAE CAL (Artículo 9.3).

(34) ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 6.1 al 6.3, 6.6, 6.8 y 8.3), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 18, 23 y 24), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 15, 16 y 17), SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 8.2, 9.1 y 10.5), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.8, 9.9 y 9.10).

(35) Reglamento CARD (Artículo 77.1), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 8.6), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 9), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.9), Reglamento AE MARC (Artículo 7.4), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.5) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.6).

(36) ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 6.9 y 6.10), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 19 y 21), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 11, 18.a y 18.b), SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 9.2, 9.4.(i)y 9.5), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.11 y 9.12.i).

(37) Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 4), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 5), Reglamento AE MARC (Artículo 5.1.) y Reglamento AE CCIA (Artículo 6.1).

(38) Reglamento CARD (Artículo 74.3), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 7.2), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 6.3) y Directiva RAE CAL (Artículo 7.2).

(39) ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 7.1 y 7.4), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 25 y 31), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 10), SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 7), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.7).

acento en el derecho de defensa de la parte que eventualmente recibiría los efectos de la medida cautelar.

4.3.2. El cuestionamiento de la decisión ante el propio árbitro de emergencia

Como se ha indicado, el árbitro de emergencia puede revisar su propia decisión. Sin embargo, la forma en la que dicha revisión se puede producir, varía. Esto nos lleva a reconocer dos modelos de cuestionamiento.

El primer modelo se articula a partir de la modificación o revocación de la decisión emitida por el árbitro de emergencia[40], siempre que haya mediado el pedido fundamentado de alguna de las partes[41]. Su trámite no está sujeto a plazos o a algún procedimiento específico, dejando a discreción del árbitro la articulación del cuestionamiento.

El otro modelo se centra, salvo la aislada referencia a un pedido de interpretación[42], en la reconsideración, modificación o revocación (también aludida con la expresión "dejar sin efecto") de la decisión que se pronuncia sobre la solicitud cautelar[43]. Este modelo se caracteriza por establecer plazos procesales específicos para su interposición (uno o tres días, dependiendo del reglamento), así como un procedimiento para que el árbitro se pronuncie sobre tales pedidos, que incluye el escuchar a ambas partes antes de resolver.

Nuevamente, estamos ante modelos que parecen ser contrapuestos. El primero es flexible en comparación al segundo. Este último propugna concluir el procedimiento arbitral de emergencia de una manera predecible. Preliminarmente, no puede juzgarse a algún modelo como superior al otro, siendo las partes del convenio arbitral quienes deben establecer qué esquema se ajusta mejor a sus intereses.

4.3.3. El alcance de la discrecionalidad procedimental del árbitro de emergencia

Que los árbitros de emergencia cuenten con discrecionalidad para llevar a cabo la conducción de este tipo de arbitraje es algo que hemos identificado como una característica del arbitraje de emergencia peruano. Sin embargo, no elimina la problemática con relación a la forma de proceder en los escenarios en los que no hay una regulación procedimental establecida. Sobre el particular es posible identificar cuatro modelos.

El modelo teleológico, faculta al centro de arbitraje y al árbitro de emergencia para que, en los casos en que no haya una regulación expresa en el procedimiento previsto en el reglamento, lo resuelvan conforme al espíritu (o finalidad) de este[44]. Este modelo es el predominante a nivel de los reglamentos arbitrales internacionales más representativos[45]. El segundo modelo, igualmente, faculta al centro de arbitraje y al árbitro para que resuelvan los escenarios no previstos por el reglamento que regula el árbitro de emergencia[46]. Pero a diferencia del modelo previo, no hace ninguna referencia expresa al espíritu del arbitraje como guía para realizar la integración de las reglas procedimentales.

Un modelo adicional, simplemente, remite al reglamento de arbitraje del centro para que, de forma supletoria, resuelvan las omisiones que el reglamento dedicado al arbitraje de emergencia pueda tener[47]. Tampoco hay mención aquí al espíritu del reglamento. Finalmente, el último modelo faculta al árbitro de emergencia (no hay referencia alguna al centro de arbitraje) para que, en función de los principios arbitrales, usos y costumbres y las circunstancias del caso, se establezca la regla que no estaba prevista en el reglamento que regula este tipo de arbitraje[48]. No se alude al espíritu del reglamento, ni al reglamento general que regule el arbitraje.

La pluralidad (aparente) de modelos que presenta la regulación del arbitraje de emergencia peruano es particular. No solo

---

(40) El Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.9) reconoce la posibilidad de suspender la decisión cautelar.

(41) Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 8.6), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.9), Reglamento AE MARC (Artículo 7.4), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.5) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.6).

(42) Solamente alude a este pedido el Reglamento CARD (Artículo 77.1).

(43) Reglamento CARD (Artículo 77.1, 77.2 y 77.3), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8) y Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 9).

(44) Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 10), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 9) y Directiva RAE CAL (Artículo 10).

(45) ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 10.2), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 36 y Regla 3.5 del Reglamento Arbitral), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Regla 13.12 del Reglamento Arbitral, SCC Arbitration Rules (2023) (Appendix II: Artículo 7 y Artículo 2.2. del Reglamento Arbitral), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.14 y Artículo 32.2 del Reglamento Arbitral).

(46) Reglamento AE CCIA (Artículo 10).

(47) Reglamento CARD (Artículo 80), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 14) y Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 15).

(48) Reglamento AE MARC (Artículo 11).

porque ofrecen soluciones distintas, sino porque abren un variado espectro de posibilidades para las partes al momento de decidir por un centro de arbitraje en particular.

5. Discusión. Los tópicos de divergencia en el procedimiento de arbitraje de emergencia

5.1. El problema del conflicto entre la urgencia y los modelos de contradictorio: el caso de la medida cautelar de emergencia y las garantías a primer requerimiento

Los diferentes modelos de estructurar el contradictorio en la concesión de una medida cautelar previstos en los reglamentos arbitrales deben compatibilizarse con los requerimientos de urgencia que pueda sustentar el solicitante. Esto requiere de una precisión de los ámbitos en los que se puede desenvolver aquella. Para comprender la dimensión del problema es necesario plantear un problema que nos permita ilustrar la discusión.

5.1.1. La ejecución de garantías a primer requerimiento

En el marco de relaciones contractuales es usual que las partes establezcan medidas que busquen garantizar sus respectivos derechos de crédito. Uno de dichos mecanismos puede consistir en la constitución de una garantía a primer requerimiento. Conforme a los estándares internacionales de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes (*Independent Guarantees*) y Cartas de Crédito Contingente (*Stand-by Letters of Credit*) (1997) (en adelante, la CNUGI) y las *Uniform Rules for Demand Guarantees* (2010) desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional (ICC) –conocidas como URDG 758– en la garantía a primer requerimiento (*demand guarantee*) la obligación del garante se activa ante la simple presentación de un requerimiento de cobro por el beneficiario, siempre que cumpla con las condiciones documentarias establecidas entre las partes.

Sobre el particular, el *International Standard Demand Guarantee Practice* (2021), en adelante ISDGP, que contiene las mejores prácticas con relación a las garantías reguladas por las URDG 758 precisa que, a pesar de la constante referencia en la práctica comercial por considerar que estas garantías son "incondicionales", en realidad no lo son ya que siempre están sujetas a la condición de un requerimiento conforme previo a la fecha de caducidad. Distinto es afirmar que son garantías independientes, en tanto no dependen de la relación subyacente (párrafo 47).

Desde el punto de vista del acreedor, la garantía a primer requerimiento es beneficiosa dada la rapidez y simplicidad para su cobro. En cambio, estas mismas características pueden representar un severo riesgo para el deudor en aquellos escenarios en los que la ejecución se realice de forma fraudulenta, ilegal o injusta. Recordemos que al ser garantías independientes o autónomas (Barchi Velaochaga, 2009, pp. 85-87), no resulta posible que el deudor evite su ejecución alegando alguna circunstancia relativa a la relación subyacente que revele que el requerimiento de cobro es indebido. Entonces, una aplicación estricta de la independencia de la garantía a primer requerimiento puede colocar al deudor en una situación de indefensión material.

Un ejemplo puede ayudar a entender la situación. En el marco de un contrato de construcción, el contratista constituyó una garantía de fiel cumplimiento a primer requerimiento a favor del comitente. Una vez iniciado el plazo de ejecución del contrato, el comitente decide sin expresión de causa no entregar el terreno en el que se iba a realizar la construcción. A pesar de los reclamos del contratista, el comitente bloquea los accesos para impedir el ingreso al terreno durante semanas. Bajo estas circunstancias, el comitente presenta un requerimiento para ejecutar la garantía de fiel cumplimiento ante la entidad bancaria, sustentando su pedido documentalmente en el incumplimiento del contratista.

Como se puede apreciar, el escenario descrito coloca al contratista en una posición desfavorable. Más aún, si bajo una lectura –en extremo literal– del tenor de la garantía a primer requerimiento, se pretende negar de plano que el garante tenga la posibilidad de oponerse a la ejecución. Sin embargo, si atendemos a estándares internacionales, la situación es diferente. De acuerdo a la CNUGI, el artículo 19 prevé escenarios en los que el garante puede plantear una excepción a la obligación de realizar el pago[49].

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que –en la práctica nacional– los garantes son

[49] El numeral 2 del artículo 19, señala que: "For the purposes of subparagraph (c) of paragraph (1) of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis". Los supuestos son los siguientes: "a) The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized; (b) The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking; (c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the

renuentes a oponerse a la ejecución de la garantía a primer requerimiento. De ahí que los deudores se vean en la necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje para solicitar la paralización del procedimiento de ejecución en alguna de sus etapas. De hecho, el ISDGP dispone en el párrafo 209 qué requerimientos indebidos se encuentran fuera del ámbito de aplicación de las URDG 758. Empero se puede, e incluso debe, recurrirse al estándar internacional fijado por el artículo 19 de la CNUGI. El numeral 3 de esta disposición indica que "(...) *the principal/applicant is entitled to provisional court measures* (...)", siempre que se presenten los supuestos que habilitan al garante a oponerse a la ejecución de la carta fianza.

Este es el contexto que permite comprender el conflicto que se puede generar entre la urgencia y el contradictorio al momento de solicitar una medida cautelar y, con mayor razón, una medida cautelar de emergencia. La situación de urgencia es innegable, ya que el garante en cualquier momento puede proceder con la ejecución. Si no lo hace podría incluso incurrir en algún tipo de responsabilidad administrativa si dicho garante es una entidad bancaria que se encuentra supervisada. Esto expone al deudor no solo a soportar la carga económica de la garantía, sino a riesgos reputacionales. Y, bajo este contexto, la exigencia del contradictorio, que caracteriza la concesión de medidas cautelares en sede arbitral, se pone en entredicho. Si el acreedor conoce del pedido cautelar antes de su ejecución, entonces podría tener incentivos para acelerar el procedimiento de cobro de la garantía y con esto perdería efectividad la medida cautelar que se pretende obtener.

5.1.2. La urgencia en la activación del procedimiento cautelar de emergencia

La situación descrita pone en evidencia la incidencia que tiene la urgencia en el establecimiento, o no, de un contradictorio previo a la concesión de una medida cautelar arbitral. Esto parece intensificarse en las medidas cautelares arbitrales por la inclusión de la expresión "emergencia" en la denominación de esta particular forma de protección de los intereses de las partes.

Dentro de los reglamentos analizados, solo uno de estos[50] tiene una definición expresa de "medida cautelar de emergencia" en los siguientes términos: "se refiere a la medida urgente de naturaleza cautelar cuya adopción se solicita antes de la constitución del tribunal arbitral". Si bien se intenta delinear la referencia a la emergencia en función de la urgencia, no se establece algún patrón para definirla. De hecho, tampoco se aprecia una correlación entre el carácter urgente de la medida y el momento en el que se solicita. Es decir, no es que la medida cautelar sea urgente porque no se puede esperar a que se constituya el tribunal arbitral, sino que en la medida que haya una urgencia y aún no se tenga tribunal constituido, será posible solicitar una medida cautelar de emergencia.

Distinta es la situación que aparece en un grupo de reglamentos[51] en los que expresamente se establece una correlación directa entre la urgencia y la imposibilidad de esperar a que el tribunal arbitral se constituya. Aquí, la urgencia es entendida como la situación de premura derivada de que el solicitante no pueda esperar a tener constituido el tribunal arbitral. Esta forma de valorar la urgencia no es diferente (o no debe ser diferente), en comparación a si la medida cautelar se solicita ante la jurisdicción ordinaria. Dado que esta desempeña un rol subsidiario respecto del arbitraje al momento de conceder medidas cautelares *ante causam*, no corresponde que se recurra al Poder Judicial a menos que sea indispensable. Si la situación no es tan urgente por lo que se puede esperar a la constitución al tribunal arbitral, la jurisdicción ordinaria no debe conceder la medida cautelar solicitada.

En el arbitraje de emergencia, en última instancia, quien determina el umbral de urgencia es el árbitro de emergencia. Así lo establecen la totalidad de los reglamentos que han sido objeto de este estudio[52]. Sin embargo, existe un grupo de centros de arbitraje en los que se realiza una suerte de análisis *prima facie* por parte de la secretaría arbitral respecto de la urgencia de la solicitud cautelar[53]. En los demás centros de arbitraje,

beneficiary; (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary; (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates".

(50) Reglamento AMCHAM (Artículo 2, literal j).

(51) Reglamento CARD (Artículo 68.2), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 1), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 1) y Reglamento AE CCIA (Artículo 1).

(52) Reglamento CARD (Artículo 75.4), Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 2.1 y 8.3), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 4 y 9), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.4), Reglamento AE MARC (Artículo 4 y 5.2), Reglamento AE CCIA (Artículo 6.3 y 9.1) y Directiva RAE CAL (Artículo 2.1 y 8.3).

(53) Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 2.1 y 8.3), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 4 y 9) y Directiva RAE CAL (Artículo 2.1 y 8.3).

es una competencia exclusiva del árbitro de emergencia. Entonces, el control de esta urgencia se realizará tanto al momento de evaluar la solicitud de medida cautelar de emergencia, como hacia el final al momento en el que el árbitro de emergencia resuelva los cuestionamientos y determine si la misma es admisible o inadmisible.

Nótese un aspecto que es central: la valoración de esta urgencia tiene como objetivo establecer si corresponde activar el arbitraje de emergencia. Entonces, cuando el árbitro de emergencia analiza si se ha configurado esta urgencia, en el fondo, está determinando su propia competencia. Luego de controlar si hay un convenio arbitral o si el reglamento contempla un arbitraje de emergencia o si la institución arbitral que administra esta modalidad de arbitraje estaba prevista en el convenio (Bancayán Calderón; Rojas Ventura de Dominguez & Ulloa Zegarra, 2024, pp. 242-245), también debe establecer si la urgencia alegada por las partes se presentó. Si es así, entonces el árbitro tiene la competencia para otorgar la medida cautelar de emergencia. Si no es así, la solicitud cautelar se puede declarar improcedente.

En el caso relativo a la ejecución de la garantía a primer requerimiento de forma indebida, difícilmente se puede dudar que se configure una situación de urgencia del tipo que se ha comentado. Como solo es necesaria la solicitud de cobro de la garantía y el sustento documental correspondiente para que proceda su ejecución, esperar a la constitución del tribunal arbitral expondría al deudor a una situación desfavorable inminente. De ahí que el árbitro de emergencia tendría competencia para ordenar, por ejemplo, que el acreedor no inicie el procedimiento de ejecución o que se retengan los fondos en la entidad bancaria que funge de garante. Evidentemente, no es una regla general, sino que dependerá que –en el caso concreto– se acrediten los fundamentos que la parte solicitante ha invocado.

5.1.3. La urgencia en la prescindencia del contradictorio en el procedimiento cautelar de emergencia

Delimitada la noción de urgencia como presupuesto de competencia del árbitro de competencia, corresponde analizar su incidencia en el modelo de contradictorio previo.

Recordemos que el arbitraje de emergencia es una modalidad de arbitraje. En consecuencia, salvo regulación diferente de las partes, resulta de aplicación el estándar procedimental previsto en el DLA para el contradictorio (artículo 47.3). La medida cautelar debe otorgarse previo contradictorio entre las partes y solo se podrá prescindir de este, si el solicitante acredita que promover el contradictorio frustraría la eficacia de la medida cautelar. Se busca un balance entre la efectividad de la medida cautelar y el derecho de defensa (Priori Posada, 2011, p. 426). Al trasladar esta lógica al arbitraje de emergencia, lo razonable es que, como regla general, aquella no se otorgue sin antes haber escuchado a quien recibirá los efectos de la medida cautelar. Sin embargo, en un contexto diferente –como el del caso de la garantía a primer requerimiento que se ha formulado– lo razonable puede ser diferir el contradictorio con miras a evitar que la garantía se ejecute y el deudor se vea desproporcionadamente afectado ante una ejecución irregular.

Esta razonabilidad es la que se ha trasladado a los reglamentos arbitrales que se han estudiado. Al parecer, se delineaban dos modelos con relación al contradictorio. En el primero, más cercano a la efectividad, el árbitro tiene una mayor amplitud en sus poderes para establecer si hay contradictorio previo o no. El segundo se inclinaría por favorecer el ejercicio del derecho de defensa antes de conceder la medida cautelar. Sin embargo, una reflexión más profunda permite replantear el panorama previamente delineado.

Si se toma como base el diseño legislativo y se le confronta con la regulación establecida por las instituciones arbitrales que administran el arbitraje de emergencia, no hay un apartamiento tan marcado. Esto es claro en el primer modelo. Y si bien en el segundo se alude a que el árbitro de emergencia debe dar la oportunidad razonable de ser escuchada a la parte contra la que se solicita la medida cautelar de emergencia, esto no elimina la posibilidad de que la medida se pueda dar sin contradictorio. Esto porque la oportunidad razonable no equivale a establecer un contradictorio previo. Así las cosas, en función de evitar que la finalidad de la medida se frustre, puede considerarse como razonable el diferir el contradictorio. Con esto en mente, antes que una dualidad de modelos, podemos reconocer la tendencia a reconocer uno solo, acorde con la lógica prevista en el DLA.

Aquí es donde corresponde hacer una referencia a la urgencia y su incidencia en el contradictorio para otorgar la medida cautelar de emergencia. Si el riesgo de frustración de esta justifica prescindir del contradictorio, la urgencia del solicitante alimenta este criterio legal y orienta la decisión del árbitro de emergencia. Nótese que esta urgencia es diferente a la que se exige para establecer la

competencia del árbitro de emergencia. Aunque en la práctica puedan coincidir, es perfectamente posible distinguir la urgencia consistente en no poder esperar la constitución del tribunal arbitral de la urgencia como criterio para valorar la frustración de la medida cautelar de emergencia. Esto es así por los diferentes intervalos de tiempo que se encuentran involucrados. En el caso de la constitución del tribunal arbitral, el lapso de tiempo que demanda esta actividad es de mayor duración que el que puede tomar la generación del contradictorio.

A diferencia de la urgencia que determina la competencia —cuya evaluación recae en el centro o en el árbitro según cada reglamento—, la urgencia que justifica omitir el contradictorio solo puede ser analizada por el árbitro de emergencia. Este análisis no se puede realizar hacia el momento de la decisión sobre la solicitud de la medida cautelar. Necesariamente debe darse antes, ya que incide en el procedimiento que se seguirá para analizar la procedencia de la medida cautelar de emergencia. Al respecto, solo algunos reglamentos fijan con precisión el momento en el que árbitro de emergencia debe pronunciase (con su aceptación)[54], siendo que los otros dejan a la discrecionalidad del árbitro el establecer el momento en el que llevará a cabo tal análisis.

En el caso de la ejecución irregular de una garantía a primer requerimiento dependerá de la evidencia que presente el solicitante respecto de la situación de urgencia para establecer si corresponde prescindir o no del contradictorio. No debe olvidarse que no es sencillo compensar el déficit de contradictorio generado por la urgencia del pedido cautelar. De ahí que, incluso, a nivel del arbitraje internacional sea subsidiario el otorgar medidas cautelares *inaudita altera parte* (Rodrigues, 2026, pp. 266-276). Y es que si es posible para el tribunal arbitral o para el árbitro de emergencia, establecer una medida menos gravosa para el demandado, tal como se verá en la última parte de esta sección, entonces deberá apostar por esta medida generando así un balance con la posición del solicitante.

5.2. El problema de la imprecisión de los alcances del cuestionamiento: el caso de la garantía que condiciona la medida cautelar de emergencia

Los diferentes modelos de cuestionamiento previstos en los reglamentos arbitrales que se han estudiado se centran en la revisión de la medida cautelar de emergencia. Sin embargo, no toman una posición expresa respecto de otros mandatos emitidos por el árbitro de emergencia. Precisemos esto a través de una situación concreta.

5.2.1. La garantía que condiciona la medida cautelar de emergencia

El DLA si bien no establece cuáles son los criterios para conceder una medida cautelar, sí se ha preocupado por señalar que el tribunal arbitral puede "exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida" (Artículo 47.1). Estamos ante lo que se conoce como: contracautela, la que se activará en la medida que el tribunal arbitral determine "(...) ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida" y establezca la responsabilidad por los daños y perjuicios del solicitante de la medida cautelar (Artículo 47.8), luego de que se hayan configurado y probado todos –y cada uno– de los elementos de la responsabilidad civil.

El enfoque descrito, claramente, destaca una perspectiva de derecho material respecto de la contracautela. La referencia a su naturaleza como garantía y el reconocimiento de que el resarcimiento de daños y perjuicios es la obligación garantizada (Campos García, 2015, 180-184), permiten realizar esta afirmación. Sin embargo, no se aprecia el mismo desarrollo con relación al impacto que tiene la contracautela en la medida cautelar concedida. Ante este panorama, los reglamentos arbitrales que han sido objeto de análisis –en su gran mayoría–, no desarrollan con precisión el tema adoptando el modelo legislativo descrito. Sin embargo, sí es posible apreciar un reglamento[55] en el que, con meridiana claridad, se dispone que la medida cautelar puede estar supeditada a la constitución de una garantía, si así lo dispone el tribunal arbitral. En otros términos, la contracautela funciona como una condición suspensiva de la eficacia de la medida cautelar.

La regulación de la contracautela en el arbitraje de emergencia es diferente. En este caso, la mayoría de los reglamentos[56]

(54) Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 4), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 5), Reglamento AE MARC (Artículo 5.1) y Reglamento AE CCIA (Artículo 6.1).

(55) Reglamento CCL (Artículo 33.1).

(56) Reglamento CARD (Artículo 75.5), Reglamento CCL (Apéndice I: 8.4), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 2), Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 2), Reglamento AMCHAM (Apéndice III: Artículo 7.6), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.2) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.4).

reconoce expresamente que la medida cautelar de emergencia puede estar condicionada a la constitución de una contracautela. La situación no es diferente en los principales reglamentos arbitrales internacionales[57]. Esto implica que, si bien se pueden haber configurado los elementos que habilitan a que se conceda la medida cautelar de emergencia, la decisión que la concede no desplegará efectos hasta el momento en que se constituya la contracautela. La diferencia entre conceder una medida cautelar y actuar la orden arbitral que la concede es central para comprender el rol que desempeña la contracautela. Que los reglamentos sean claros en este punto es importante porque elimina cualquier posible discusión respecto al carácter condicionante de la contracautela. Aunque desde una perspectiva general (Ariano Deho, 2016, pp. 716-721), esto pueda ser sustentado para el arbitraje de emergencia y para el arbitraje en general, la regulación expresa reduce el costo de incertidumbre.

Para comprender esta situación regresemos a nuestro ejemplo sobre la ejecución irregular de una garantía a primer requerimiento. Presentada la solicitud cautelar destinada a que se ordene que se suspenda la fraudulenta ejecución de la garantía y luego de que el árbitro de emergencia decidió notificar el pedido cautelar al comitente antes de resolver, el árbitro llega a comprobar que las condiciones para conceder la medida cautelar se han verificado. Empero, con la información proporcionada por el comitente, se corrobora que en caso la ejecución de la garantía se suspenda indebidamente esto le reportará pérdidas de liquidez y un lucro cesante, más la pérdida de los intereses que correspondan. Ante esta situación, el árbitro de emergencia decide conceder la medida cautelar, pero a continuación precisa que somete la eficacia de la medida cautelar de emergencia a la condición suspensiva de que el deudor presente una caución en efectivo o una carta fianza por un monto suficiente para cubrir los daños y perjuicios indicados.

Llegados a este punto surgen dos posibles opciones. Si el deudor no constituye la contracautela, entonces la orden procesal que concedió la medida cautelar de emergencia devendrá definitivamente en ineficaz, por lo que no habrá una medida cautelar que vincule al acreedor o al garante. En consecuencia, este podrá ejecutar la garantía a primer requerimiento, sin ninguna responsabilidad, a menos que el árbitro haya establecido alguna otra medida provisional que suspenda transitoriamente la ejecución de la garantía. La situación varía si el deudor pudo constituir la contracautela solicitada por el árbitro de emergencia. En este caso, será desde el momento en que la contracautela se ha constituido que la orden cautelar despliega su eficacia, salvo disposición diferente del propio árbitro de emergencia.

La pregunta que ahora debe abordarse es la siguiente: ¿es posible cuestionar ante el árbitro de emergencia lo dispuesto respecto de la contracautela (tipo o monto) por parte de quien será su destinatario? Esta respuesta requiere articularse en dos momentos.

5.2.2. La incidencia del diseño del cuestionamiento a la decisión cautelar en la revisión de la contracautela

El análisis acerca de la revisión de la contracautela en el arbitraje de emergencia está condicionado por el diseño procedimental del cuestionamiento a la decisión cautelar. Tal como se ha indicado, luego de revisar los reglamentos arbitrales, es posible reconocer dos modelos. Uno que privilegia la certeza en cuanto a la fijación de plazos para la participación de las partes. Otro que opta por reconocer una mayor flexibilidad en atención a la actuación del árbitro de emergencia.

Los reglamentos que se adscriben al primer modelo (CARD, CARC-PUCP, CIACBLP) tienen la ventaja de haber fijado, con anticipación, cuáles son los plazos a los que deben sujetarse las partes para cuestionar la decisión del árbitro de emergencia. Sin embargo, esta certeza puede terminar limitando el ejercicio de los derechos de la propia parte que solicita la medida cautelar de emergencia en los escenarios en que se ha condicionado la eficacia de la decisión cautelar a la constitución de una contracautela.

Lo indicado se justifica en que si lo que pretende cuestionar el solicitante es el tipo o monto de la contracautela establecida por el árbitro de emergencia, los plazos breves que establecen estos centros podrían no otorgar la flexibilidad suficiente para adecuar su realidad comercial al pedido del árbitro de emergencia. La obtención de una garantía, que vaya más allá de una caución juratoria, requiere de una labor de coordinación y negociación con la entidad bancaria o financiera que la emita. Bajo esta perspectiva práctica, los plazos de uno a tres días para cuestionar la disposición referida a la contracautela determinarían que

(57) ICC Arbitration Rules (2026) (Appendix IV: Artículo 6.8), SIAC Arbitration Rules (2025) (Schedule 1: Regla 18), HKIAC Arbitration Rules (2024) (Schedule 4: Regla 11 y Regla 23.6 del Reglamento Arbitral), LCIA Arbitration Rules (2020) (Artículo 9B: 9.7).

el solicitante no la constituya y la medida cautelar nunca entre en vigencia.

Ante esto se podría argumentar que, en virtud de la flexibilidad del arbitraje, aplicable al arbitraje de emergencia, el árbitro tendría la facultad de extender los plazos o fijar prórrogas a fin de que la parte solicitante cuente con mayor tiempo para cumplir con los requerimientos de la contracautela. El hecho de que el procedimiento de los reglamentos –así como sus plazos– sean vinculantes para las partes en virtud del ejercicio de su propia autonomía, implicaría una limitación para que estos se vean modificados en el transcurso del arbitraje, sin que haya mediado un acuerdo de las partes en dicho sentido.

En el caso de los reglamentos que se adscriben al segundo modelo (CCL, AMCHAM, MARC, CAL) la situación es diferente. El diseño procedimental de estos centros permite que los árbitros, discrecionalmente, fijen los plazos para afrontar el cuestionamiento de la decisión que se pronuncia sobre la cautelar de emergencia solicitada. Esta flexibilidad brinda una mayor oportunidad para que el solicitante de la medida cautelar de emergencia pueda adecuar sus condiciones comerciales a los requerimientos impuestos por el árbitro de emergencia, en el caso del cuestionamiento a la contracautela.

Sin embargo, este modelo no está exento de problemas. La discrecionalidad con la que cuenta el árbitro de emergencia puede entrar en conflicto con el carácter urgente de la medida solicitada. Si el árbitro no toma en cuenta las circunstancias alrededor del conflicto que permitieron catalogarlo como un caso de urgencia al momento de establecer plazos u otorgar prórrogas, se podría terminar lesionando los intereses, tanto al solicitante como del afectado por la medida cautelar de emergencia.

En el caso del solicitante, si los plazos fijados por el árbitro de emergencia son desproporcionadamente breves, entonces la oportunidad de cumplir con el mandato que establece la contracautela se vería limitado. Empero, en el caso del afectado con la medida cautelar de emergencia, también se puede generar una situación de zozobra, por ejemplo, en los casos en los que la medida cautelar concedida haya sido complementada con alguna orden concreta de abstención hasta la espera de la constitución de la contracautela. Una decisión de este tipo, sin las precisiones y toma de medidas de seguridad por parte del árbitro de emergencia, puede generar un desequilibrio entre las partes en sus propias relaciones comerciales, más allá de la realidad que se discuta en el arbitraje.

El análisis realizado muestra una situación patente. No estamos ante reglamentos que, ontológicamente, sean unos superiores a otros. Sino ante diferentes ofertas de centros de arbitraje que compiten entre sí para administrar arbitrajes. Entonces, serán las partes quienes no solo deben evaluar el diseño del procedimiento arbitral en general, sino también del procedimiento del arbitraje de emergencia.

5.2.3. El alcance del diseño del cuestionamiento de la decisión cautelar respecto de la contracautela

Luego de haber destacado cómo el procedimiento de cuestionamiento ante el árbitro de emergencia incide en la revisión de la contracautela, toca reparar en su alcance, ya que la revisión de los reglamentos de arbitraje de emergencia revela una particularidad que conviene someterla a discusión.

Existe un grupo de reglamentos[58] que, al momento de regular el objeto del cuestionamiento, expresamente, hacen referencia a la orden o la decisión o la resolución emitida por el árbitro de emergencia. En cambio, otro grupo de reglamentos[59] hace alusión a la medida cautelar de emergencia como objeto de cuestionamiento. Dado que desde una perspectiva conceptual la medida cautelar de emergencia (en tanto mandato concreto dirigido a una de las partes) es diferente a la orden o decisión o resolución que la contiene (en tanto pronunciamiento global del árbitro) surge la discusión respecto a si estamos ante diferentes alcances del objeto de cuestionamiento. Bajo una lectura literal, el primer grupo permitiría que se formulen reparos tanto la medida cautelar de emergencia como a la contracautela, mientras que el segundo restringiría el cuestionamiento exclusivamente a aquella, impidiendo al árbitro de emergencia revisar la garantía exigida.

Sin embargo, esta interpretación no es la única viable. Es posible sostener que, para el caso del segundo grupo de reglamentos, la referencia a las medidas cautelares de emergencia como objeto del cuestionamiento abarca a la contracautela. Esto se justifica en

(58) Reglamento CARD (Artículo 77), Reglamento CARC-PUCP (Anexo 5: Artículo 8) y Reglamento CIACBLP (Anexo 1: Artículo 9).
(59) Reglamento CCL (Apéndice I: Artículo 8.6), Reglamento AE MARC (Artículo 7.4), Reglamento AE CCIA (Artículo 9.5) y Directiva RAE CAL (Artículo 8.6).

que, si esta es una condición de aquella, entonces guardan una relación de dependencia. De este modo, la competencia que se reconoce al árbitro de emergencia para el cuestionamiento de la medida abarca, necesariamente, el conocimiento de los reparos a la contracautela.

Otra alternativa sería considerar que, aunque no se haya previsto expresamente la posibilidad de cuestionar los otros aspectos resolutivos de la orden o decisión o resolución de emergencia, el hecho de que el arbitraje de emergencia sea una modalidad de arbitraje, implica que la habilitación para que el árbitro conozca de los pedidos de reconsideración ante una decisión diferente del laudo, se aplica para una situación como la descrita en lo que concierne a los reparos a la contracautela.

Entre las dos alternativas expuestas, ante la interpretación que limita el alcance del objeto de cuestionamiento en función de lo establecido literalmente en cada reglamento, la primera tiene un mayor grado de razonabilidad. El régimen de reconsideración general[60], en aquellos centros de arbitraje que limitarían el objeto de cuestionamiento a la medida de emergencia, supedita la misma a un plazo establecido (tres o cinco días, dependiendo del reglamento). De seguir esta interpretación, la flexibilidad del reglamento del arbitraje de emergencia cedería ante la certeza del reglamento de arbitraje, lo cual atenta contra la propia lógica que trasciende a este tipo de arbitraje.

En conclusión, el árbitro de emergencia debería poder conocer el cuestionamiento de la contracautela, bajo el mismo esquema procedimental previsto en el reglamento del arbitraje de emergencia.

5.3. El problema de la variedad de modelos de integración procedimental: el caso de las órdenes preliminares en el arbitraje de emergencia

Los diferentes modelos de integración procedimental parten de una premisa: la ausencia de reglas previstas en el procedimiento de arbitraje de emergencia. Para comprender la dimensión del problema es oportuno plantear un ejemplo práctico que nos permita ilustrar la discusión.

5.3.1. Las medidas cautelares de emergencia y las órdenes preliminares

En el arbitraje comercial internacional se distingue entre medidas cautelares (*interim measures*) y órdenes preliminares (*preliminary orders*) (Sánchez Pos, 2018, pp. 412-416). De acuerdo a la Ley Modelo CNUDMI, se entiende por medida cautelar a toda medida temporal por la que, antes de que se emita el laudo que resuelva la controversia, el tribunal ordene a alguna de las partes: mantener o restablecer el *status quo*, adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, proporcionar medios para preservar bienes o preservar elementos de prueba (Artículo 17).

Por su parte, la orden preliminar constituye el mandato a alguna de las partes para que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada, la cual se podrá establecer a pedido de parte y sin dar aviso a la contraparte, salvo acuerdo en contrario (Artículo 17 B). Si tradicionalmente se ha entendido a una medida cautelar como un "instrumento al cuadrado", por ser un instrumento del instrumento (proceso) (Calamandrei, 1936, p. 22); bien puede afirmarse que las órdenes preliminares serían un "instrumento al cubo", ya que procuran el aseguramiento de las propias medidas cautelares.

Retomemos el ejemplo que se viene comentando, con la particularidad que resulte de aplicación la Ley Modelo CNUDMI. El contratista solicita que se ordene al garante que no entregue el monto de la garantía a primer requerimiento al comitente y, además, solicita que se conceda sin contradictorio previo, ya que, si el comitente conoce del pedido, entonces procederá a apresurar la ejecución de la garantía a primer requerimiento. El tribunal arbitral decide otorgar una orden preliminar mediante la cual dispone que hasta que se resuelva el pedido cautelar previo contradictorio, el comitente no debe ejecutar la garantía a primer requerimiento. La orden preliminar busca garantizar la eficacia de la medida cautelar. Si, en su momento, se concede la medida cautelar entonces la orden preliminar cumplió su función. Si se deniega, la orden preliminar pierde su eficacia y se podrá ejecutar la carta fianza.

Entonces, cabe preguntarse si es posible dictar órdenes preliminares en un arbitraje de emergencia peruano. La dificultad radica en que esta figura no está expresamente prevista en ninguno de los reglamentos institucionales analizados.

Nótese que el problema planteado es solo uno de los posibles supuestos que puedan

(60) Reglamento CCL (Artículo 35.6), Reglamento MARC (Artículo 48.1), Reglamento CCIA (Artículo 49.1) y Reglamento CAL (Artículo 61).

ser calificados como una ausencia de reglas previstas en el procedimiento de arbitraje de emergencia. Para tratar de dar una respuesta sistemática a la pregunta formulada, o cualquier otro escenario de vacío procedimental, se debe atender a lo previsto en el reglamento de arbitraje de emergencia que resulte aplicable. Dado que se ha establecido una serie de modelos alrededor de los alcances de la integración procedimental, corresponde atender a estos para procurar resolver la problemática en cuestión.

5.3.2. Los sujetos legitimados para realizar la integración procedimental

El primer aspecto a analizar es el relativo a quiénes son los que pueden llevar a cabo la integración procedimental. La mayoría de los reglamentos, siguiendo el estándar internacional (Boog, 2013, p. 846), aluden que el centro de arbitraje y el árbitro de emergencia son los legitimados para llevar a cabo la integración del procedimiento (CCL, AMCHAM, CCIA, CAL). Sin embargo, alguno reserva esta función exclusivamente al árbitro de emergencia (MARC), mientras que otro grupo no realiza ninguna precisión específica sobre el particular (CARD, CARC-PUCP y CIACBLP).

El primero de los modelos señalados podría generar alguna inquietud. Si el árbitro de emergencia, como se ha sostenido previamente, se encuentra investido de la jurisdicción asimilada fijada por la Constitución Política del Perú y el alcance de su rol se define por lo que las partes han establecido directamente (en el convenio arbitral) o indirectamente (al someterse a un reglamento de arbitraje) en ejercicio de su autonomía, entonces parece inviable que un centro de arbitraje pueda desempeñar una función propia del árbitro de emergencia.

Este problema exige un enfoque desde la óptica de la interpretación contractual (Fernández Cruz, 2002). El reglamento arbitral forma parte integrante del convenio arbitral, desde el momento en que las partes fijaron una institución para que administre el arbitraje. En consecuencia, si algún aspecto controvertido surge de la lectura del reglamento de arbitraje de emergencia, aquel debe ser superado en virtud de las técnicas de interpretación contractual, ya que nos encontramos ante parte del contenido del convenio arbitral.

El criterio textual se constituye como el primer criterio de interpretación contractual. Bajo este enfoque, en la medida que lo expresado[61] en los reglamentos de arbitraje de emergencia refiere a una participación conjunta del centro de arbitraje y del árbitro de emergencia para la integración procedimental, entonces se confirma la interpretación inicial del primero de los modelos que se está analizando. Empero, se tendría que superar la crítica relativa a la yuxtaposición de funciones entre el centro y el árbitro.

En realidad, por aplicación supletoria del artículo 34 del DLA, las partes en el arbitraje de emergencia pueden establecer libremente la regulación de sus actuaciones (Bullard Gonzáles & Olortegui, 2022). El hecho de que no haya una normativa especial en esta materia habilita que se recurra al DLA según lo previsto por su artículo 1. A la par de lo anterior, el artículo 6 del DLA fija algunas reglas de interpretación del DLA. En particular, es relevante su numeral 1 en el que se señala que, si el DLA deja a las partes la posibilidad de "decidir libremente sobre un asunto", entonces dicha facultad comprenderá la de "autorizar a un tercero, incluida la institución arbitral, a que adopte esa decisión".

En consecuencia, el propio DLA habilita a que las partes deleguen en la institución arbitral aquello que ha sido reconocido como de libre disposición para las partes, siendo que las actuaciones arbitrales tienen dicho carácter de disponible. Si el reglamento de arbitraje de emergencia señala que es el centro el que puede realizar la integración del procedimiento, de forma compartida con el árbitro de emergencia, entonces tal disposición encuentra pleno respaldo en lo previsto en el DLA. Luego, no estamos ante una yuxtaposición de funciones, sino ante el pleno reconocimiento y cumplimiento de un mandato contractual establecido por las partes.

Siguiendo esta misma lógica es posible trazar una línea clara de diferenciación con el segundo modelo mencionado. El reglamento (MARC) que solo hace alusión al árbitro de emergencia como aquel legitimado para llevar a cabo la integración procedimental, debe entenderse como un pacto expreso dirigido a no otorgar al centro tal legitimación. Esto es compatible con el DLA, ya que la posibilidad de otorgar alguna competencia a un centro arbitral para que realice cuestiones que son de libre disposición para las partes es eso, una posibilidad. Las partes no están obligadas a reconocerle esa prerrogativa a los centros de arbitraje.

(61) El artículo 168 del Código Civil peruano señala: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe".

Bajo este enfoque, la Directiva RAE CAL antes que constituir una manifestación del primer modelo, sería una variante del modelo anterior, ya que prevé que las omisiones procedimentales del reglamento serán resueltas por su Consejo Superior de Arbitraje y, en su caso, por el árbitro de emergencia. La indicación "en su caso" allana el camino para una interpretación como la que se ha esbozado líneas arriba. Es el árbitro de emergencia, y no el centro, al que le corresponde integrar el procedimiento arbitral en todo lo que tenga vinculación con la decisión respecto de la solicitud cautelar. El centro, por su parte, estará legitimado para realizar la integración de aquellos aspectos que sean propios de su función, como podría ser el procedimiento de designación o el de recusación de árbitros, entre otros.

La situación de los reglamentos de arbitraje de emergencia que no hacen alusión alguna a la legitimación para realizar la integración procedimental (CARD, CARC-PUCP y CIACBLP) no tendrían la autonomía suficiente para configurar un nuevo modelo, si se sigue la línea argumentativa previa. En estos casos, las partes no han ampliado ni restringido la citada legitimación en el reglamento especial. Empero, sí se realiza un reenvío al reglamento de arbitraje. En estos, la facultad para realizar la determinación de las reglas aplicable al procedimiento recae en los árbitros. En consecuencia, será el árbitro de emergencia –y solo él– quien tenga la posibilidad de llevar a cabo la labor de integración procedimental.

En atención a lo indicado, podemos fijar dos grandes modelos en función de la legitimación para realizar la integración procedimental. Por un lado, aquel que faculta de manera conjunta al centro y al árbitro de emergencia a llevar a cabo tal integración (CCL, AMCHAM y CCIA). Por otro lado, aquel que restringe la posibilidad de que la integración la realice solamente el árbitro de emergencia, aunque esta delimitación se haya realizado por indicación expresa en el reglamento del árbitro de emergencia (MARC y CAL) o por remisión a las reglas del reglamento de arbitraje (CARD, CARC-PUCP y CIACBLP).

Con esto, la decisión de incorporar un procedimiento para las órdenes preliminares dependerá del modelo al que nos adscribimos. Siendo que, al final del día, dependerá de las partes el escoger aquel modelo de regulación que más le convenga, en función de sus intereses, pero sobre todo en la confianza en la institución arbitral y el prestigio de quienes formen parte de los órganos de la institución correspondiente. Serán estos, a nuestro juicio, los factores predominantes para que las partes se inclinen hacia uno u otro modelo.

5.3.3. El parámetro con el que se realiza la integración procedimental

Conforme se indicó en la sección precedente, ante la ausencia de reglas aplicables al procedimiento para el arbitraje de emergencia, se presentaban una variedad de modelos. Algunos reglamentos recurrían a su "espíritu" como parámetro para realizar la integración (CCL, AMCHAM, CAL), otro no realizaba precisión alguna (CCIA), otros hacían un reenvío al reglamento de arbitraje (CARD, CARC-PUCP, CIACBLP) y otro aludía a los principios, usos y costumbres (MARC).

Sin embargo, esta primera presentación requiere de una perspectiva analítica. Se debe retomar como premisa que nos encontramos ante un escenario contractual. Si bien una primera aproximación nos llevaría a desarrollar una solución a partir de una lógica basada en la integración de la ley, en tanto estamos hablando de la integración del reglamento que regula un arbitraje de emergencia; no debemos perder de vista que –como anticipamos oportunamente– dicho reglamento forma parte del convenio arbitral y, por lo tanto, integra lo que las partes establecen como regla contractual aplicable para la solución privada de sus controversias.

Bajo este esquema, y dado que nos encontramos ante un supuesto de ausencia de regulación en el reglamento de arbitraje de emergencia, corresponde circunscribir el análisis en la órbita de la integración contractual. En términos generales, ante la ausencia de una disposición en el reglamento contractual, luego de realizar los esfuerzos interpretativos que correspondan, aquel se heterointegrará por las normas imperativas y dispositivas que resulten aplicables (Vidal Olivares, 2000, pp. 213-219). Si aún persiste la necesidad de integración, de acuerdo a estándares internacionales (Unidroit, 2016, p. 160), para fijar las reglas a integrarse se podrá tener en cuenta la intención de las partes (*intention of the parties*), la naturaleza y finalidad del contrato (*nature and purpose of the contract*), la buena fe y la lealtad negocial (*good faith and fair dealing*); y, el sentido común (*reasonableness*).

Aplicando este esquema al reglamento de arbitraje de emergencia (que forma parte del convenio arbitral), recordemos que –a diferencia de lo que sucede con las reglas aplicables a un arbitraje– la regulación de este tipo de arbitraje no tiene aún un estatuto legal específico que le sirva de respaldo en el ordenamiento peruano. Esto conlleva que, en virtud del artículo 1 DLA, las disposiciones

normativas de este cuerpo normativo general se apliquen supletoriamente al arbitraje de emergencia, ya que este es una modalidad de arbitraje. No resultan de aplicación, bajo ningún punto de vista, las disposiciones del CPC de acuerdo a la Décima Disposición Complementaria de la DLA (Collantes Rojas, 2020, pp. 270-272).

En consecuencia, al arbitraje de emergencia se le aplica el numeral 3 del artículo 34 DLA. En la eventualidad que la omisión en la regulación de las actuaciones (establecidas por las partes y por el tribunal arbitral) no pueda ser integrada por el propio DLA, entonces el tribunal podrá recurrir a los principios arbitrales y a los usos y costumbres en materia arbitral, según su criterio. De aquí se deduce, que el árbitro de emergencia cuenta con la competencia para integrar las reglas procedimentales a partir de los parámetros antes mencionados. Con esto en mente es posible analizar cada uno de los modelos inicialmente reconocidos.

En el caso del modelo en el que no se fijaba algún criterio para realizar la integración procedimental del arbitraje de emergencia (CCIA), el árbitro deberá recurrir a los principios, usos y costumbres arbitrales para completar las reglas aplicables al procedimiento. En el caso del modelo que expresamente hacía alusión a los parámetros de principios, usos y costumbres arbitrales (MARC), estos se aplicarán para integrar el procedimiento, pero no por la aplicación supletoria del DLA, sino por aplicación directa de un acuerdo expreso entre las partes. En los reglamentos que conforman el modelo que alude al reglamento de arbitraje como norma supletoria, se aprecia que estos tienen una regla afín a la prevista en el artículo 34 DLA[(62)] (CARD, CARC-PUCP y CIACBLP), por lo que en este caso también serán de aplicación los principios, usos y costumbres arbitrales para integrar el procedimiento del arbitraje de emergencia.

La situación es diversa en el modelo que alude al "espíritu del reglamento" como parámetro para integrar el procedimiento del arbitraje de emergencia (CCL, AMCHAM, CAL). Al haber previsto un parámetro diferente al establecido legalmente, el árbitro de emergencia no deberá recurrir directamente a los principios, usos y costumbres arbitrales para integrar el procedimiento, sino que tendrá que establecer cuál es el espíritu o finalidad de dicho reglamento y, en función de esto, diseñar y aplicar la regla procedimental. Las partes, al recurrir a una institución arbitral, no esperan que el árbitro se aleje de los comandos establecidos por el propio reglamento, sino que siga la lógica institucional de las reglas que fueron elegidas por las partes.

De la revisión de los reglamentos de arbitraje de emergencia, no es posible afirmar que los tres (CCL, AMCHAM, CAL) tengan la misma lógica. El hecho de que para el tópico bajo análisis se encuentren dentro del mismo modelo, no implica que no haya diferencias sustanciales entre estos. Solo a manera de ejemplo, recuérdese la variedad de modelos alrededor de la posibilidad de cuestionamiento de la decisión cautelar, en donde puede haber afinidad entre el Reglamento de CCL y AMCHAM, pero de la cual no participa el Reglamento CARC-PUCP.

Como consecuencia de lo indicado, antes que cuatro modelos de integración procedimental, es posible identificar dos. En el primero, los principios, usos y costumbres son los parámetros para realizar la integración. En algún caso el reenvío es directo, en otros es a través del reglamento de arbitraje y en otro es por aplicación del DLA. En el segundo, es la finalidad del reglamento de arbitraje de emergencia el que se constituye como parámetro especial de integración. Este parámetro, antes que los principios, usos y costumbres arbitrales, es al que debe recurrir el árbitro de emergencia para integrar el procedimiento.

En el caso con el que iniciamos el presente acápite, bajo el primer modelo, todos los reglamentos están en condiciones de admitir órdenes preliminares dentro del procedimiento del arbitraje de emergencia. En el caso del segundo modelo, la incorporación de este tipo de órdenes será viable solo si es posible encontrar base en la propia finalidad del reglamento de arbitraje de emergencia. En principio, nada lo impediría. Sin embargo, dado que el reglamento CARC-PUCP tiene un régimen propio, la incorporación de las órdenes preliminares deberán tomar en consideración este hecho. De este modo, el árbitro de emergencia deberá diseñar un procedimiento para las órdenes preliminares respetuoso de la predictibilidad que se caracteriza este reglamento, con plazos precisos y de naturaleza excepcional.

6. Conclusiones

El análisis de las bases teóricas del arbitraje de emergencia ha permitido reconocer que

(62) Reglamento CARD (Artículo 29), Reglamento CARC-PUCP (Artículo 39) y Reglamento CIACBLP (Artículo 40.3).

este se configura como una auténtica modalidad de arbitraje. La viabilidad de esta posición descansa; por un lado, en la autonomía de las partes para establecer la competencia de los árbitros, así como aquello que será objeto de pronunciamiento; y, por otro lado, en la naturaleza cooperativo-subsidiaria que tiene la jurisdicción ordinaria respecto del arbitraje.

A partir de lo anterior, y a la luz de los reglamentos arbitrales peruanos, las principales conclusiones que se pueden formular son las siguientes:

Primero, el conflicto entre la urgencia y el contradictorio exige distinguir dos tipos de urgencia en el arbitraje de emergencia. La primera determina la competencia del árbitro al evidenciar que no se puede esperar la constitución del tribunal que conocerá el fondo de la controversia. La segunda es la que justifica la supresión del contradictorio previo (*inaudita altera parte*) con el objetivo de evitar que la eficacia de la medida se frustre.

Segundo, a diferencia del DLA que se limita a señalar que la contracautela como una garantía de la indemnización de daños y perjuicios que pueda ocasionar la medida cautelar, la regulación de los reglamentos de emergencia precisa que se comporta como una condición suspensiva de eficacia de la decisión cautelar. La medida cautelar de emergencia podrá ser concedida, pero no será vinculante ni será ejecutable hasta que se constituya la contracautela.

Tercero, los modelos de cuestionamiento a la decisión que concede la medida cautelar de emergencia no son uniformes y oscilan entre la certeza y la flexibilidad de su régimen. Ambos enfrentan problemas interpretativos y operativos cuando se evalúa su capacidad para canalizar reparos respecto de la contracautela. No obstante, es posible formular interpretaciones que permitan superar dichos cuestionamientos de modo que el árbitro de emergencia tenga competencia para revisar la propia contracautela que otorgó.

Finalmente, frente a los vacíos normativos en los reglamentos de emergencia, el árbitro de emergencia se encuentra plenamente legitimado para integrar el procedimiento. Dependiendo del diseño adoptado por cada institución arbitral, esta integración supondrá la aplicación directa de los principios arbitrales o, en su caso, del espíritu y finalidad cautelar que impregna al propio reglamento de emergencia elegido por las partes.

A modo de reflexión final, si bien la comunidad arbitral suele reconocer las ventajas del DLA para favorecer el arbitraje, no son comunes las aproximaciones que se hayan detenido en atender las particularidades de los reglamentos de instituciones arbitrales. En el caso del árbitro de emergencia esto es crucial, dado que su desarrollo se ha debido a la propia dinámica del mercado de administración de arbitrajes y no por imperio del legislador.

Sin embargo, los problemas procedimentales descritos a lo largo de este trabajo advierten que los diseños institucionales vigentes aún enfrentan desafíos interpretativos. Afrontarlos requerirá de la comunidad arbitral un enfoque innovador y sistemático. Ya no basta con prever la figura en los reglamentos; resulta imperativo repensar su diseño procedimental y asegurar que su funcionamiento responda a las verdaderas necesidades de urgencia de la práctica transaccional.

Referencias bibliográficas

Ariano Deho, E. (2013). Arbitraje, tutela cautelar e imparcialidad “objetiva” del juzgador: un tema para el debate. *Athina,* 10, 107-125.https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1155

Ariano Deho, E. (2016). La tutela cautelar entre certezas y dudas: reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos. En In limine litis. *Estudios críticos de derecho procesal civil* (pp. 709-722). Instituto Pacífico.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2011). Comentario al artículo 47. En Soto Coaguila, C. & Bullard González, A. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje.

Arrarte Arisnabarreta, A.M. (2009). Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la nueva Ley de Arbitraje. *Ius et Veritas,* 38, 184-196. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12199

Bancayán Calderón, L. I.; Rojas Ventura de Dominguez, M. C. & Ulloa Zegarra, S. K. (2024). La “incompetencia” de los árbitros de emergencia. Notas sobre la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*. En Soria Aguila, A. (Coord.) *Principios del arbitraje* (pp. 235-256). Editorial UPC.

Barchi Velaochaga, L. (2009). La “carta fianza bancaria”: ¿fianza? Una introducción a las garantías autónomas. *Advocatus,* 21, 71-98. https://doi.org/10.26439/advocatus2009.n021.3083

Beisteiner, L. (2020). The award and the Courts, to be or not to be an arbitrator – On the nature of emergency arbitration. En Klausegger C.; Klein, P. & et. al. *Austrian Yearbook on International Arbitration*. Manzsche Verlags– und Universitätsbuchhandlung.

Blanco García, A. (2020). Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional. *Themis. Revista de Derecho,* 77, 253-263. https://doi.org/10.18800/themis.202001.013

Boog, C. (2013). Commentary on the ICC Rules, Appendix V (Emergency Arbitration Rules). En Arroyo, M. (Ed). *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide* (pp. 826-847). Kluwer Law International.

Born, G. (2021). Provisional relief in international arbitration. En *International Commercial Arbitration* (pp. 2601-2758). Kluwer Law International.

Bullard Gonzáles, A. & Olórtegui, J. (2022). ¿Cuál es el artículo más importante de la Ley de Arbitraje? En Barchi Velaochaga, L., León Hilario, L., Contreras Granda, V., Campos García, H., Buendía De Los Santos, E. (Eds.), *Dogmática y práctica del Derecho Privado Moderno. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Gastón Fernández Cruz*, Tomo II (pp. 561-590). Ara editores.

Bustamante Alarcón, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. *Forseti. Revista de Derecho,* 7 (10), 93-115. https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1101

Calamandrei, P. (1936). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Cedam.

Campos García, H. (2015). Breves apuntes dogmáticos y funcionales de la caución contracautela en el proceso civil peruano. En Priori Posada, G. *Sobre la tutela cautelar* (pp. 165-212). Themis.

Campos García, H. (2018). Negativa arbitraria de las entidades bancarias de cumplir los mandatos arbitrales en materia cautelar y su eventual implicancia resarcitoria. *Gaceta Civil y Procesal Civil,* 60, 281-290. https://n9.cl/5igsh

Campos García, H. (2020). La libertad de los árbitros para fijar la contracautela en los procesos arbitrales en los que el Estado es parte. *LP Pasión por el Derecho*. https://n9.cl/u58hc

Cardenas Mejía, J. P. (2024). El árbitro de emergencia. *Revista ALARB. Asociación Latinoamericana de Arbitraje,* III, 145-183.

Cantuarias Salaverry, F. & Serván, N. (2019). ¿Arbitraje Procesal Civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje. *Forseti. Revista de Derecho,* 7 (10), 29-41. https://doi.org/10.21678/forseti.v0i10.1097

Capuñay Chafloque, F.; Ferruzo Dávila, G. & Cillóniz Atoche, B. (2016). ¿Debe implementarse el arbitraje de emergencia en el Perú? *Arbitraje PUCP,* 6, 9-18. Recuperado de: https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/112639

Casaverde, F. (2020). Medidas cautelares en el arbitraje. *Foro Jurídico,* 18, 166-180. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391

Collantes Rojas, C. (2020). "No utilizar en caso de emergencia": 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano. *Themis. Revista de Derecho,* 77, 265-283. https://doi.org/10.18800/themis.202001.014

Ezcurra Rivero, H. & Olórtegui Huamán, J. (2013). Y ahora, ¿quién podrá defendernos?, el árbitro de emergencia. *Advocatus*, 28, 97-109. https://doi.org/10.26439/advocatus2013.n028.4195

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 Masiá, E. (2017). La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9 (1), 82-98. https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614

Gallardo Neyra, M. (2025). ¿Conflicto de herramientas? El arbitraje de emergencia versus medidas cautelares: análisis comparativo y eficiencia en la resolución de conflictos. *Ius Vocatio. Revista de investigación de la Corte Superior de Justicia de Huánuco*, 8 (11), 53-74. https://doi.org/10.35292/iusVocatio.v8i11.1073

Ghaffari, A. & Walter, E. (2014). The emergency arbitrator: the dawn of a new age. *Arbitration International,* 30 (1), 153-167. https://doi.org/10.1093/arbitration/30.1.153

International Chambers of Commerce Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator Proceedings (2019). *Emergency arbitrator proceedings*. International Chambers of Commerce.

International Institute for the Unification of Private Law (2016). *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Unidroit.

Leaders League (2025). Metodología de investigación. https://www.leadersleague.com/es/metodologia

Ledesma Narváez, M. (2024). *Jurisdicción y arbitraje*. 3. ed. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mengoni, Luigi (1976). Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico. *Jus*, 3-40.

Miranda Miranda, R. (2023). *Temas de arbitraje internacional.* Palestra.

O'Neill de la Fuente, C. & Tovar, M.d.C. (2020). Arbitraje y control constitucional de laudos en Perú. *Revista ALARB. Asociación Latinoamericana de Arbitraje,* I, 293-319.

Ortega, E; Sáenz, H. & Burgos, M. A. (2024). Panorama de las medidas cautelares y procedimientos de emergencia en el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica. *Revista ALARB. Asociación Latinoamericana de Arbitraje,* III, 8-23.

Priori Posada, G. (2006). *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara editores

Priori Posada, G. (2011). La oposición a las medidas cautelares. *Advocatus,* 24, 413-431. https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n024.3202

Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de derechos*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodrigues, D. C. (2026). *Tutela de urgencia y contradictorio. Déficits, mecanismos de igualación y la posición del demandado.* Palestra.

Rodríguez Ramos, A. (2024). *La naturaleza jurídica del árbitro de emergencia en el arbitraje institucional en el Perú*. Tesis para optar el grado de Máster en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Corporativo. Universidad de Piura.

Ruiz Risueño, F. (2019). Arbitraje y función jurisdiccional. *Arbitraje*, XII (1), 109-134.

Sueiro Varhen, V. (2020). Arbitraje comercial internacional y tutela cautelar: colaboración entre jueces y árbitros en la adopción y reconocimiento de medidas cautelares internacionales. *Themis,* 77, 217-232. https://doi.org/10.18800/themis.202001.011

Santistevan de Noriega, J. (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje,* 2, 15-66.

Sánchez Pos, M.V. (2018). Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación arbitral española y en otras legislaciones estatales. *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 11 (2), 403-442. https://doi.org/10.18800/themis.202001.011

Sim, C. (2021). *Emergency arbitration*. Oxford International Series. https://doi.org/10.1093/law/9780198831051.003.0005

Sim, C. (2023). Emergency arbitration meets the courts. En Danielson C. & Schöldström. *Stockholm Arbitration Yearbook 2023* (pp. 95-114). Stockholm Centre for Commercial Law - Stockholm University.

Taboada Meir, J.C. (2025). La alegoría del "arbitraje de emergencia". ¿Es un árbitro? ¿Es un juez? No. Es un árbitro de emergencia. *Arbitri. Revista de Derecho: Arbitraje. Temas de actualidad,* 1,443-484.

Tafur Sánchez, S & Tafur Scaglia, S. (2023). La evolución del mecanismo del arbitraje de emergencia en el mundo y su importación al Perú. *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 15 (1), 151-170.https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n15.1a2232

Vega Espinoza, D. (2017). La incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento. *Arbitraje PUCP*, 6 (7), 35-41. https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/112678

Verdías Mezzera, M. (2019). *Legge ferenda.* La necesidad de dar un efecto útil –y formal– a las órdenes emitidas por "árbitros de emergencia". *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 12 (1), 181-201. https://doi.org/10.19194/arbitrajeraci.12.01.07

Vidal Olivares, Á. R. (2000). La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 209-227.https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/464

Villarroel Alarcón, C. S. (2024). Medidas cautelares y terceros en el arbitraje. *Revista ALARB. Asociación Latinoamericana de Arbitraje,* III, 46-68.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.011

Decisiones sumarias en el arbitraje internacional(*)

Summary dispositions in international arbitration

Santiago Talero Rueda(**)
Estudio Talero Rueda & Asociados. (Bogotá, Colombia)

Resumen: Las llamadas decisiones sumarias son mecanismos expeditos para resolver controversias en el arbitraje internacional. Su razón de ser consiste en evitar litigios prolongados y potencialmente costosos para las partes, en casos manifiestamente frívolos o improcedentes, o que estén por fuera de la competencia de los árbitros. Su adopción no ha estado exenta de dificultades, pues los distintivos de eficiencia y celeridad que acompañan a este tipo de decisiones se suelen enfrentar a las garantías fundamentales del debido proceso de las partes, como lo son su derecho a presentar el caso, su derecho a la contradicción y su derecho al tratamiento equitativo e imparcial por parte de los árbitros.

A falta de previsiones legales o reglamentarias específicas, las decisiones sumarias obedecen, en general, a la potestad del tribunal arbitral para adelantar el procedimiento. Con el paso del tiempo, la posibilidad de adoptar este tipo de decisiones ha sido reconocida expresamente en algunos reglamentos arbitrales, tanto en el arbitraje comercial internacional como en el arbitraje de inversión. La reforma reciente al estatuto arbitral inglés, es un ejemplo notable de su adopción en el ámbito legislativo.

El presente artículo sintetizará algunos de los principales alcances y retos de esta figura expedita de creciente difusión en la práctica. Para ello, y desde el punto de vista metodológico, se abordará su reconocimiento normativo y también su tratamiento en distintos casos del arbitraje internacional. En tal sentido, este artículo también abordará los criterios que orientan su aplicación y denotan su procedencia excepcional. Como planteamiento central del artículo, se establecerá que el umbral para la procedencia de las decisiones sumarias es alto, de manera que las determinaciones de este tipo –que desestimen una reclamación o defensa– dependan, en últimas, de que un determinado asunto sea obvia, clara y manifiestamente improcedente.

Palabras Clave: Control Judicial - Decisiones Sumarias – Debido Proceso – Eficiencia – Estatuto Arbitral Inglés – Laudo - Manifiestamente Improcedente – Arbitraje Internacional

Abstract: The so-called summary dispositions or disposals are expedited mechanisms for resolving disputes in international arbitration. Their rationale is to avoid protracted and potentially costly proceedings for the parties in cases that are manifestly frivolous, without merit, or outside the jurisdiction of the arbitral tribunal. Their adoption has not been without difficulty, as the hallmarks of efficiency and speed that characterize this type of decisions often come into tension with the parties' fundamental due process guarantees, such as the right to present their case, the right to be heard, and the right to a fair and impartial treatment by the arbitral tribunal.

In the absence of specific legal provisions or arbitral rules, summary dispositions generally derive from the arbitral tribunal's authority to conduct the proceedings.

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 03 de abril de 2026 y su publicación fue aprobada el 19 de mayo de 2026.
(**) Abogado y Especialista en Derecho Comercial por la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). LL.M. en International Business Law, Merit, por The London School of Economics and Political Science. Árbitro Internacional. Tratadista y autor del libro "Arbitraje Comercial Internacional: instituciones básicas y derecho aplicable". Socio fundador de la firma Talero Rueda & Asociados. ORCID: 0009-0005-6670-3870. Correo electrónico: stalero@talerolegal.com.

Over time, the possibility of adopting this type of decisions has been expressly recognized in certain arbitration rules, both in international commercial arbitration and in investment arbitration. The recent reform of the English Arbitration Act is a notable example of their adoption at the legislative level.

This article will outline some of the principal features and challenges of this expedited mechanism, which is gaining increasing practical prominence. To that end, and from a methodological standpoint, this study will examine their recognition in legal instruments, as well as their treatment in various international arbitration cases. In that sense, the article also addresses the criteria guiding their application and reflecting their exceptional nature. The central or core proposition advanced in this article is that the threshold for granting summary dispositions is high, such that decisions of this kind –dismissing a claim or defense– ultimately depend on whether a particular issue is obviously, clearly, and manifestly without merit.

Keywords: Judicial Review - Summary Dispositions – Due Process – Efficiency – English Arbitration Act – Arbitral Award- Manifest Lack of Merit – International Arbitration - Colombia

1. Introducción

De tiempo atrás, se ha reconocido la posibilidad de que los árbitros emitan decisiones sumarias o expeditas –*summary dispositions*– por razones de eficiencia o economía procesal(1). Se trata de decisiones que resuelven reclamaciones o defensas, de distinta naturaleza, sin necesidad de una audiencia probatoria detallada y generalmente dentro de una etapa temprana del respectivo proceso(2). Su razón de ser consiste en evitar litigios prolongados y potencialmente costosos para las partes, en casos manifiestamente frívolos o improcedentes, o que estén por fuera de la competencia de los árbitros. En el ámbito judicial, principalmente en los países del *common law*, se les asocia a medidas de austeridad fiscal, en el sentido de evitarle al público el pago de impuestos destinados a litigios prolongados y carentes de sentido(3).

Con todo, su acogida no ha sido alta ante el riesgo de que una de las partes –la afectada por la decisión expedita– busque la anulación del laudo alegando que los árbitros han precipitado una decisión en detrimento de sus garantías procesales(4).

Este tipo de decisiones pueden abarcar la totalidad o una parte de los asuntos ventilados en el arbitraje(5).

A falta de previsión expresa conforme al respectivo arbitraje, se ha entendido que la adopción de este tipo de determinaciones forma parte de la potestad discrecional del tribunal arbitral para adelantar o desarrollar el procedimiento(6). De este modo, cuando una de las partes acude al tribunal en procura de una decisión expedita, éste puede considerar procedente o admisible la solicitud y, en consecuencia, dispondrá un breve procedimiento dentro del cual se le permitirá a la otra parte pronunciarse sobre dicha solicitud antes de que se emita la respectiva decisión(7).

---

(1) En general, a lo largo de este artículo se hará referencia continua a las decisiones sumarias *o summary dispositions.* En tal sentido, otras expresiones, esto es, decisiones o determinaciones expeditas o *summary disposals,* se considerarán sinónimas.

(2) Cabe destacar que las solicitudes de decisiones expeditas, ante las cortes inglesas, suelen ocurrir antes de la exhibición de documentos y la prueba testimonial, dados los costos asociados a la práctica de dichas pruebas. Para profundizar en ello, *véase* "Summary Arbitration Proceedings: A Comparison Between the English and Dutch Regimes", de Lisa Bench, Ned Beale y Mathhjs Nieuwveld (2010).

(3) Sobre ello, *véase* "Summary dismissal: Useful but risky", de Pierre Tercier (2023, p. 220).

(4) Al respecto a esta afirmación, *véase* "*The Arbitrator Survey: Practices, Preferences and Changes on the Horizon*", de Edna Sussman (2015).

(5) Existe cierta semejanza entre las decisiones sumarias y la bifurcación del procedimiento. Ambas consultan los móviles de eficiencia del arbitraje. Sin embargo, la bifurcación se emplea para definir un asunto, de manera separada a otros, sin que se prevea razonablemente el sentido de dicha decisión y como una manera de organizar o administrar los asuntos del proceso. La decisión sumaria o expedita va más allá de estas razones de eficiencia, pues se activa cuando una de las partes estima que hay reclamaciones o defensas de su contraparte manifiestamente improcedentes, de manera que una decisión oportuna resultaría pertinente.

(6) Esta idea se puede encontrar en varios trabajos. Verbigracia, *véase "The English Arbitration Act 2025: State of the art or missed opportunity?"*, de Burn, G. & Clark, V. (2025, p. 283). Asimismo, *véase "*Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional. (2021, par 109), donde se señala que las decisiones expeditas de demandas o defensas manifiestamente injustificadas se enmarcan dentro del amplio espectro del artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de 2021, relativo a la conducción del procedimiento. Por último, *véase "*Weirton Medical Center, Inc. vs. Community Health Systems (United States District Court for the Northern District of West Virginia,12 de diciembre de 2017), en la cual se señala que las decisiones sumarias no son incompatibles con los pactos arbitrales.

(7) Por ejemplo, *véase* "Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional. (2021, párr. 111-113) y "Reglamento de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional (2026). Este último, vigente desde el 1 de junio del 2026, consagra esta situación en su artículo 30. De este

En el presente artículo, se revisarán algunos de los principales desarrollos, alcances y retos de esta figura de creciente utilización en el arbitraje. Para ello, se tendrán en cuenta previsiones legales y reglamentarias relevantes que se han ocupado de este tipo de decisiones en el plano internacional. También se abordará su desarrollo doctrinal, así como su tratamiento en algunos casos del arbitraje internacional.

Se considerarán, entre otros, los siguientes asuntos o interrogantes: cómo equilibrar la tensión existente entre la búsqueda de la eficiencia y del debido proceso en el arbitraje, con miras al adecuado desarrollo de las decisiones sumarias; cómo ha evolucionado el reconocimiento legislativo y arbitral de esta figura en el arbitraje internacional; cuáles son los alcances de este tipo de decisiones, incluyendo algunas consideraciones sobre su trámite; cuál es el umbral exigido para su procedencia; y cuál es la naturaleza de dichas decisiones, atendiendo a la modalidad y al tipo de control judicial posterior que les es aplicable. Todo ello contribuirá, a su vez, a facilitar la comprensión de la figura por parte de practicantes provenientes de la tradición jurídica del derecho civil o *civil law*, en la cual las decisiones sumarias no han tenido amplia difusión.

En últimas, se confirmará el especial rigor con el cual se deben analizar las decisiones sumarias, dadas las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de su aplicación en los arbitrajes internacionales.

2. Hacia un equilibrio entre la eficiencia y el debido proceso

La adopción de decisiones sumarias supone una tensión entre el móvil de eficiencia del arbitraje y la observancia del debido proceso, plasmado en los derechos de una parte a presentar su caso, a la contradicción y al tratamiento equitativo e imparcial por parte de los árbitros(8).

La ley del respectivo Estado sede del arbitraje suele ilustrar dicha tensión.

Así, por ejemplo, la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo de UNCITRAL), contiene las siguientes disposiciones pertinentes:

> "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.
>
> 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
>
> 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. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas."

De manera más precisa, el English Arbitration Act de 1996 contiene la siguiente previsión que ilustra la tensión(9).

> "Sección 33. Deber general del tribunal.
> (1) El tribunal deberá
> (a) actuar equilibrada e imparcialmente entre las partes, dándole a cada una la oportunidad razonable de presentar su caso y de atender el de su contraparte, y
> (b) adoptar procedimientos adecuados a las circunstancias del caso concreto, evitando dilaciones o erogaciones innecesarias, con miras a proveer el mecanismo justo para la solución de los asuntos que se tuvieren que resolver.
> (2) El tribunal deberá cumplir con este deber general al dirigir el procedimiento arbitral, en sus decisiones sobre asuntos de procedimiento o probatorios y en el ejercicio de todas las demás facultades que tuviese." (traducción del autor).

Para la toma de decisiones expeditas o *summary dispositions* –en aquellos casos

---

modo, según el reglamento, las decisiones sumarias ya no tienen carácter implícito en el sentido de emanar de la potestad arbitral para adelantar o conducir el procedimiento. Ahora se desprenden de una norma expresa en tal sentido.

(8) Es importante señalar que dicha tensión suele obedecer a la ausencia de una audiencia probatoria detallada cuando se toman este tipo de decisiones. Para profundizar en ello, *véase* "Summary Disposition in International Arbitration", de Michael Collins (2009, 532).

(9) "Section 33 General duty of the tribunal.
The tribunal shall act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.
The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it."

en que no haya una previsión normativa expresa sobre esta materia–, se acude a la potestad general de los árbitros en el sentido de adelantar el procedimiento en forma adecuada y con eficiencia. Pero esta potestad arbitral, en todo caso, está limitada por las garantías del debido proceso, especialmente por aquella que exige darles a las partes la oportunidad de presentar su caso.

A este respecto, ocurre que algunas legislaciones, como la Ley Modelo de UNCITRAL, señalan que a las partes se les debe dar la plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Otras previsiones indican que dicha oportunidad debe ser razonable. En realidad, bajo una lectura literal o exegética, la plena oportunidad de hacer valer los derechos equivaldría a que las partes pudiesen presentar sus planteamientos, solicitudes y pruebas en forma irrestricta sin reparar en la eficiencia del procedimiento e incluso en la lealtad procesal. Se ha sostenido entonces que el estándar aplicable, aún para la Ley Modelo, es uno de razonabilidad que equilibre las garantías del debido proceso con las consideraciones de eficiencia(10). De ahí que el derecho a presentar el caso no implica darles a las partes la oportunidad exhaustiva de defender reclamaciones o defensas infructuosas(11). De este modo, se evitan dilaciones injustificadas por cuenta de una interpretación errónea de estas garantías(12).

Históricamente, y pese al estándar de razonabilidad procesal mencionado, la balanza se ha inclinado a evitar la adopción de este tipo de decisiones ante el riesgo de cuestionamientos de la parte afectada en el sentido de no haber podido presentar su caso(13). La ausencia de una audiencia probatoria detallada, para la adopción de decisiones sumarias, apunta a esa misma dirección(14). También ocurre que los árbitros –a falta de una norma expresa sobre la potestad de emitir decisiones sumarias– consideran que existe un mayor riesgo de que prospere la impugnación del laudo ante las cortes.

Con todo, la reticencia de los tribunales arbitrales ha venido cediendo ante el reconocimiento normativo creciente de la viabilidad o procedencia de las decisiones expeditas(15).

A su vez, la jurisprudencia en algunos Estados ha respaldado la compatibilidad del mecanismo con los distintivos de celeridad y eficiencia del arbitraje(16), e incluso con la observancia del debido proceso(17). Se ha dicho que una decisión sumaria que desestima una reclamación "(…) cumple el propósito de salvaguardar los intereses del demandante y del demandado, al impedir con la oportuna decisión del tribunal el desperdicio de tiempo y dinero, al cancelar una reclamación cuyo vicio de origen consiste en un error básico que constituye un impedimento definitivo para la continuación del procedimiento de arbitraje"(18).

---

(10) Sobre este punto, *véase* "*Redfern and Hunter on international arbitration*", de Nigel Blackbaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter (2015, 357). Asimismo, *véase* "Compendio sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional", de UNCITRAL (2012, 98) indicando que el estándar aplicable es de razonabilidad.

(11) Sobre este tema, *véase* "*Rediscovering the lost promise of international arbitration",* de Constantine Partaside y Ben Prewett (2017, 121).

(12) Como ejemplo, véase "China Machine New Energy Corp. vs. Jaguar Energy Guatemala LLC & AEI Guatemala Jaguar Ltd." de la Corte de Apelaciones de Singapur (2020, SGCA 12), revisando los trabajos preparatorios de la Ley Modelo de UNCITRAL e indicando que "(…) el derecho de las partes a ser oídas está implícitamente limitado por consideraciones de razonabilidad y justicia…" (traducción del autor) [(…) the parties' right to be heard is impliedly limited by considerations of reasonableness and fairness...]. En esa misma línea, véase "Triulzi Cesare SRL vs. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd.", de la High Court of Singapore. (2015, SLR 114), en la cual se puntualiza que "(…) el derecho de cada parte a ser oída no significa que el tribunal deba 'sacrificar toda eficiencia en aras de acomodarse a los requerimientos procesales irrazonables de una parte'" (traducción del autor) [(…) the right of each party to be heard does not mean that the Tribunal must 'sacrifice all efficiency in order to accommodate unreasonable procedural demands by a party'"].

(13) Sobre ello, *véase* "*International commercial arbitration*" de Gary Born (2024, §15.08 [R]).

(14) Respecto a esto *véase* "*Summary Disposition in International Arbitration*", de Michael Collins (2009, 532-533).

(15) Por ejemplo*, véase* "*The English Arbitration Act 2025: State of the art or missed opportunity?",* de Burn, G. & Clark, V. (2025, p. 284), en el cual se señala cómo la reciente reforma al *English Arbitration Act*, al incluir expresamente la posibilidad de las decisiones expeditas, tuvo en cuenta la reticencia tradicionalmente existente en esta materia. También *véase* "*The New English Arbitration Act: Power to Make and Award on a Summary Basis",* de Axbey Rosalind (2024).

(16) Así lo sostuvo una corte en California. *Véase, "*S. *City Motors, Inc. vs. Automotive Industries Pension Trust Fund",* del Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de California (2018), en el cual se señaló que no era necesario realizar una audiencia probatoria para adoptar la decisión sumaria.

(17) Así lo han reconocido algunas cortes inglesas. *Véase*, "*Travis Coal Restructuring Holdings LLC vs. Essar Global Fund Limited",* de la High Court of England and Wales (2014, paras 47-54).

(18) CIADI. Laudo sobre la excepción preliminar formulada por la demandada con base en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI: AFC Investment Solutions S.L. v. República de Colombia, No. ARB/20/16.

También se ha señalado que las cortes vienen respaldando estas decisiones en trámites de impugnación de los laudos[19].

En cualquier caso, la tensión existente entre la eficiencia y el debido proceso viene acompañada de una inquietud sobre la legitimidad de este tipo de determinaciones. Así, por ejemplo, se ha considerado que el control judicial restrictivo que se ejerce sobre los laudos en general –especialmente los que resuelven el fondo de una controversia–, conlleva a que las decisiones sumarias –desestimando una reclamación o defensa–deban prosperar en casos claros y obvios, máxime si se tiene en cuenta que aquellas se basan en una apreciación probatoria limitada por parte de los árbitros[20].

3. Reconocimiento normativo de las decisiones sumarias

Las decisiones sumarias o expeditas no son novedosas en los litigios, especialmente en los países del *common law*[21]. En el derecho inglés, por ejemplo, se ha señalado que una de las ventajas de los procesos judiciales sobre el arbitraje, ha consistido en que los primeros permiten las decisiones tempranas o *summary judgments* sobre determinados asuntos[22]. Las cortes inglesas adoptan decisiones de esta naturaleza cuando consideran que una de las partes no tiene posibilidades de éxito frente a una determinada cuestión del proceso.

En términos prácticos, la voluntad de las partes resulta necesaria para establecer la procedencia o no de las decisiones sumarias, en la medida en que aquellas –principalmente a través de su pacto arbitral– definen el tipo de arbitraje aplicable a sus controversias – por ejemplo, un arbitraje institucional, sujeto a un reglamento– y la sede arbitral. De hecho, el propio pacto arbitral, de manera expresa, puede establecer la procedencia de las decisiones sumarias o expeditas en el respectivo arbitraje entre las partes[23].

Bajo dicha premisa, ocurre que algunos reglamentos arbitrales, de tiempo atrás, han contemplado este tipo de decisiones[24], o las han incluido en sus reformas[25]. Recientemente, a partir del 1 de agosto de 2025, entró en vigencia la reforma al *English Arbitration Act* de 1996, en la cual se incluyó una norma expresa sobre las decisiones sumarias o expeditas –salvo estipulación en contrario de las partes–, lo cual constituye un avance en el ámbito legislativo aplicable al arbitraje[26].

A continuación, se citarán algunas previsiones reglamentarias al igual que la norma legal del estatuto arbitral inglés.

3.1. Las decisiones sumarias en algunos reglamentos del arbitraje internacional

El Reglamento de Arbitraje de ICDR[27] de 2021 consagra las decisiones sumarias así:

> "Artículo 23: Decisión Anticipada
> 1. Una parte podrá solicitar permiso al tribunal arbitral para formular una solicitud de que cualquier asunto presentado en una demanda o reconvención sea resuelto con anticipación a la audiencia del fondo ("decisión anticipada"). El tribunal deberá permitir a una parte presentar una solicitud de decisión anticipada si considera que la solicitud (a) tiene una posibilidad razonable

(19) Sobre este punto, *véase* "Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or *Agreed to be Fair", de* David Ryan & Kanaga Dharmananda (2018, p. 31).

(20) Sobre ello, véase "Summary dismissal: Useful but risky", de Pierre Tercier (2023, pp. 224-225), refiriéndose entre otros, al caso CIADI: Decision on the Respondent's objection pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules: Trans-Global Petroleum, Inc. vs. Reino Hachemita de Jordania. Caso No. ARB/07/25. (2 de febrero de 2009).

(21) En el derecho procesal de algunos países del denominado derecho civil, se reconoce la figura de la sentencia anticipada. Sin embargo, en algunos de ellos procede si se da algún evento previsto taxativamente por la ley. Ver, por ejemplo: artículo 278 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso colombiano, previendo la sentencia anticipada cuando se encuentre probada la cosa juzgada, la transacción, la caducidad, la prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa.

(22) *Véase* "*The English Arbitration Act 2025: State of the art or missed opportunity?",* de Burn, G. & Clark, V. (2025, p. 283), en el cual se cita las Reglas del Procedimiento Civil del Reino Unido, Parte 24.

(23) Sobre esta afirmación, *véase* "*Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or Agreed to be Fair", de* David Ryan & Kanaga Dharmananda (2018, p. 35).

(24) Para profundizar en ello, *véase* "Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or *Agreed to be Fair", de* David Ryan & Kanaga Dharmananda (2018, p. 39), en el cual se señala que el *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) fue la primera institución del arbitraje comercial internacional en incorporar las decisiones sumarias en su reglamento.

(25) La reforma al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del año 2026, incluye expresamente las decisiones sumarias en su artículo 30.

(26) El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 35(3), ha adoptado procedimientos de decisiones sumarias cuando una reclamación es manifiestamente infundada o constituye un abuso en las vías de derecho.

(27) *Véase* "Reglamento de Arbitraje del ICDR", del International Centre for Dispute Resolution (2021).

de éxito, (b) eliminará, o limitará uno o más aspectos de la disputa, y (c) considerar la solicitud resultará probablemente en una mayor eficiencia y economía, que diferir el asunto para que sea resuelto junto con el fondo.
2. Cada una de las partes tendrá el derecho de ser oída y una justa oportunidad para presentar su caso con respecto a si la solitud debe ser presentada, y si se otorgara el permiso para presentarla, si debe ser estimada.
3. El tribunal arbitral tendrá la facultad para emitir cualquier orden o laudo que considere necesario o adecuado en relación con la decisión anticipada sobre algún aspecto presentado en una demanda o reconvención. En cualquier laudo, el tribunal deberá expresar sus razones."

A su turno, el Reglamento de Arbitraje de LCIA[28] de 2020 señala lo siguiente:

"Artículo 22. Facultades adicionales
22.1 El Tribunal Arbitral estará facultado, a instancia de cualquiera de las partes o (salvo lo dispuesto en el apartado (x) siguiente)[29] de oficio, pero en cualquier caso solo después de haber dado a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse al respecto y en los términos (en materia de costas y otros) que el Tribunal Arbitral decida para:
(…)
(viii) determinar que toda demanda, contestación, reconvención, demanda cruzada, contestación a la demanda reconvencional o contestación a la demanda cruzada está manifiestamente fuera de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, o es inadmisible o manifiestamente carente de fundamento; y, cuando sea apropiado, emitir una orden o laudo a tal efecto (una 'Determinación Temprana');"

Igualmente, el Reglamento de Arbitraje del HKIAC[30] de 2024 se refiere en forma detallada a las decisiones sumarias así:

"Artículo 43 – Procedimiento de Determinación Temprana
43.1 El tribunal arbitral estará facultado, a petición de cualquiera de las partes y previa consulta con todas las demás, para decidir una o más cuestiones de hecho o de derecho mediante un procedimiento de determinación temprana, sobre la base de que:
(a) tales cuestiones de hecho o de derecho adolecen de una manifiesta falta de fundamento; o
(b) dichas cuestiones de hecho o de derecho son manifiestamente ajenas a la competencia del tribunal arbitral; o
(c) incluso si tales cuestiones de hecho o de derecho son presentadas por otra parte y se asumen como correctas, no podría dictarse un laudo a favor de dicha parte.
43.2 Cualquier parte que solicite un procedimiento de determinación temprana deberá comunicar la solicitud al tribunal arbitral, al HKIAC y a todas las demás partes.
43.3 Toda solicitud de procedimiento de determinación temprana deberá formularse lo antes posible después de que se hayan presentado las cuestiones de hecho o de derecho pertinentes, a menos que el tribunal arbitral disponga algo diferente.
43.4 La solicitud de procedimiento de determinación anticipada deberá incluir lo siguiente:
(a) una solicitud de determinación temprana de una o más cuestiones de hecho o de derecho y una descripción de dichas cuestiones;
(b) una exposición de los hechos y argumentos jurídicos en que se basa la solicitud;
(c) una propuesta de la forma del procedimiento de determinación anticipada que adoptará el tribunal arbitral;
(d) comentarios sobre cómo el formulario propuesto al que se hace referencia en el Artículo 43.4(c) lograría los objetivos establecidos en los Artículos 13.1 y 13.5[31]; y
(e) confirmación de que se han comunicado o se están comunicando simultáneamente a todas las demás partes copias de la solicitud y de cualquier material justificativo incluido con ella por uno o más medios de notificación que se identificarán en dicha confirmación.
43.5 Después de dar a las demás partes la oportunidad de presentar sus comentarios sobre la solicitud, el tribunal arbitral emitirá una decisión ya sea desestimando la solicitud o permitiendo que la misma continúe mediante la fijación del procedimiento de determinación temprana en la forma que considere apropiada. El tribunal arbitral tomará dicha decisión dentro de los 30 días siguientes a la fecha de presentación de la solicitud. Este plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes o, en circunstancias apropiadas, por el HKIAC.
43.6 Si la solicitud es admitida a trámite, el tribunal arbitral dictará su orden o laudo, que podrá ser en forma sumaria, sobre las cuestiones relevantes de hecho o de derecho. El tribunal arbitral dictará dicha orden o laudo dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su decisión de proceder con el procedimiento. Este plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes o, en circunstancias apropiadas, por HKIAC.
43.7 Mientras se resuelve la solicitud, el tribunal arbitral podrá decidir si el arbitraje prosigue y en qué medida."

(28) *Véase* "LCIA Arbitration Rules 2020" del *London Court of International Arbitration* (2020).
(29) Esta disposición prevé la incorporación de terceros como parte en el arbitraje.
(30) Sobre ello, *véase* "HKIAC *Administered Arbitration Rules", de Hong Kong International Arbitration Centre* (2024).
(31) Estas disposiciones, de carácter general, se refieren a la adopción de procedimientos adecuados y eficientes, que consulten el debido proceso de las partes.

El Reglamento de Arbitraje de la CCI[32] de 2026 –vigente a partir del 1 de junio del mismo año–, también incluye la siguiente previsión sobre las decisiones sumarias:

"Artículo 30. Determinación anticipada
1. Cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral la determinación anticipada de una o varias demandas o defensas, en base a que:
   a) dichas demandas o defensas carecen manifiestamente de fundamento; o
   b) dichas demandas o defensas están manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral.
2. El tribunal arbitral decidirá de manera discrecional si permite que proceda la solicitud. Si el tribunal permite que proceda la solicitud, éste adoptará las medidas procesales que considere apropiadas, tras consultar a las partes.

Respecto del arbitraje de inversión, el 1 de julio de 2022 entraron en vigencia las enmiendas al Reglamento y Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Allí se detallaron los alcances de las decisiones expeditas –que ya estaban previstas, desde el año 2006, en las Reglas de Arbitraje–.

La disposición vigente de las Reglas de Arbitraje del CIADI dice lo siguiente:

"Regla 41. Manifiesta Falta de Mérito Jurídico.
(1) Una parte podrá oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro, o a la competencia del Tribunal.
(2) Se aplicará el siguiente procedimiento:
   (a) una parte presentará un escrito a más tardar 45 días después de la constitución del Tribunal;
   (b) el escrito especificará las causales en que se funda la excepción y contendrá una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos;
   (c) el Tribunal fijará plazos para las presentaciones sobre la excepción;
   (d) si una parte opone la excepción antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General fijará plazos para los escritos sobre la excepción, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la excepción con prontitud una vez constituido; y
   (e) el Tribunal dictará la decisión o el laudo sobre la excepción dentro de los 60 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la excepción.
(3) Si el Tribunal decide que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto. De lo contrario, el Tribunal emitirá una decisión sobre la excepción y fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.
(4) Una decisión según la cual la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción preliminar en virtud de la Regla 43 o a argumentar posteriormente en el procedimiento que una reclamación carece de mérito jurídico."

3.2. Las decisiones sumarias en la reforma del estatuto arbitral inglés

La reforma al *English Arbitration Act* buscó contrarrestar la reticencia existente para emitir decisiones sumarias en los arbitrajes. Algunas industrias, como el sector financiero, solicitaron que se incluyeran expresamente las decisiones expeditas en el plano legislativo.[34].

La norma señala lo siguiente:

"39A Facultad de emitir laudo sumario
(1) Salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una parte en el procedimiento (conforme a la notificación a las otras partes), emitir un laudo sumario en relación con una reclamación, o de un asunto específico derivado de una reclamación, si el tribunal considera que:
   (a) una parte no tiene perspectiva real de éxito en la reclamación o el asunto, o
   (b) una parte no tiene perspectiva real de éxito en la defensa de la reclamación o el asunto.
(2) Para efectos de la subsección (1), un tribunal arbitral emite un laudo 'sumario' en relación con una reclamación o asunto si el tribunal ha ejercido su facultad bajo la sección 34(1)[35] de decidir todos los aspectos de procedimiento y probatorios con miras a darle celeridad al procedimiento referente a la reclamación o asunto.
(3) Antes de ejercer su potestad bajo la sección 34(1) como se señala en la subsección (2), un tribunal arbitral debe darles a las partes una oportunidad razonable para presentar sus posiciones al tribunal."[36] (traducción del autor).

(32) *Véase* "Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional (2026).
(34) Para profundizar en ello*, véase* "The English Arbitration Act 2025: State of the art or missed opportunity?", de Burn, G. & Clark, V. (2025, pp. 283-284).
(35) Esta sección prevé que el tribunal arbitral puede decidir todos los asuntos procedimentales y probatorios, sujeto a la posibilidad de las partes de acordar cualquier aspecto.
(36) "39A Power to make award on summary basis.
Unless the parties otherwise agree, the arbitral tribunal may, on an application made by a party to the proceedings (upon notice to the other parties), make an award on a summary basis in relation to a claim, or a particular issue arising in a claim, if the tribunal

4. Alcances de las decisiones sumarias

Las cortes inglesas han señalado que este tipo de decisiones son procedentes cuando es evidente, en términos jurídicos, que las pretensiones de una de las partes fracasarán aún si dicha parte probase los hechos en que basa su reclamación, o cuando los hechos que soportan dicha reclamación carecen íntegramente de mérito(37).

En términos generales, y sujeto al régimen jurídico aplicable al respectivo arbitraje, la determinación expedita o sumaria opera cuando uno o varios asuntos, de carácter fáctico o legal, son manifiestamente improcedentes; resultan manifiestamente ajenos a la competencia de los árbitros; o simplemente no alterarían el desenlace del litigio pese a que puedan favorecer a alguna de las partes(38).

Las decisiones sumarias operan a petición de parte, la cual busca dejar sin efectos una reclamación o defensa en aquellos casos en que la una o la otra sean manifiestamente improcedentes o estén por fuera de la competencia del tribunal arbitral(39).

Al acoger una solicitud de decisión expedita, el tribunal arbitral desestima la reclamación o defensa respectiva que ha sido cuestionada por su manifiesta improcedencia. Queda entonces sin efecto un asunto referente al fondo del litigio o a la competencia de los árbitros(40). Así, por ejemplo, en un importante caso reciente, un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI acogió una solicitud o excepción presentada por la República de Colombia, consistente en que se declarara que la reclamación presentada por el inversionista carecía manifiestamente de mérito jurídico por ser extemporánea en virtud del tratado de inversión aplicable(41).

Según las reglas aplicables al arbitraje, el radio o alcance de una decisión sumaria puede ser amplio o limitado. Es así como se ha sostenido que en los arbitrajes bajo las reglas del CIADI la decisión sumaria –que deja sin efectos una reclamación– se basa en su falta de mérito jurídico(42), y no en la ausencia de circunstancias fácticas que la sustentan(43).

Además, en dichos casos sujetos a las reglas del CIADI, la solicitud de una decisión sumaria se focaliza en una reclamación carente de mérito jurídico, y no en una defensa(44). *Contrario sensu*, los reglamentos en materia de arbitraje comercial internacional no circunscriben las decisiones sumarias a las reclamaciones(45).

Tal como se indicó en una sección anterior, el umbral o tipo de examen para determinar si prospera una solicitud de decisión expedita, suele ser alto y riguroso(46). En tal sentido, un asunto manifiestamente improcedente es

---

considers that: a party has no real prospect of succeeding on the claim or issue, or a party has no real prospect of succeeding in the defence of the claim or issue.
For the purposes of subsection (1), an arbitral tribunal makes an award "on a summary basis" in relation to a claim or issue if the tribunal has exercised its power under section 34(1) (to decide all procedural and evidential matters) with a view to expediting the proceedings on the claim or issue.
Before exercising its power under section 34(1) as mentioned in subsection (2), an arbitral tribunal must afford the parties a reasonable opportunity to make representations to the tribunal."

(37) Por ejemplo, *véase* "Three Rivers District Council vs. Bank of England", de House of Lords del Reino Unido (2001, par 995).
(38) Para profundizar en ello, *véase* "Arbitraje comercial internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable", Talero Rueda, Santiago (2022, p. 469).
(39) Sobre ello, *véase* "International commercial arbitration" de Gary Born (2024, §15.08 [R]).
(40) Sobre ello, *véase "*Summary dismissal: Useful but risky", de Pierre Tercier (2023, pp. 222-223).
(41) Véase Laudo sobre la excepción preliminar formulada por la demandada con base en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI: "AFC Investment Solutions S.L. vs. República de Colombia" (CIADI, 2022).
(42) También se habla, en el contexto de los arbitrajes de inversión bajo las reglas del CIADI, de "reclamaciones obviamente infundadas". Sobre dicha idea, *véase* "*The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*", de Antonio Parra (2007, p. 56).
(43) Sobre ello, véase: Decisión sobre las Excepciones opuestas por la Demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela", de la CIADI (2009).
(44) Por ejemplo, *véase* "*The Emergence of Early Disposition Procedures in International Arbitration"*, de David Wallach (2021, p.843).
(45) Por ejemplo, *véase* "Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional. (2021), en la cual se señala, en su párrafo 109, que la solicitud de una decisión expedita abarca demandas o defensas manifiestamente injustificadas. Esto se refrenda en el artículo 30 del Reglamento de la CCI de 2026.
(46) Algunos reglamentos arbitrales no contienen el estándar o umbral exigente de revisión, basado en la determinación sobre la manifiesta improcedencia de una reclamación o defensa. Por ejemplo, *véase "Reglamento de Arbitraje de la ICDR", de la International Centre for Dispute Resolution* (2021, artículo 23)

aquel que en forma clara y obvia esté llamado al fracaso, de manera que la decisión sumaria se pueda adoptar con relativa facilidad y celeridad[47].

Se ha planteado que las decisiones sumarias tienden a ser más útiles frente a cuestiones jurídicas sin mérito, y no tanto frente a las fácticas[48]. Incluso, se ha sostenido que:

> "(…) si una reclamación o defensa prospera o fracasa según la determinación del tribunal frente a una cuestión de derecho, el asunto es propicio para la decisión sumaria al margen de que involucre un problema jurídico difícil o específico. Por definición, los asuntos de puro derecho no implican un desarrollo probatorio. Por ende, no tiene sentido insistir en una audiencia probatoria robusta para decidir cuestiones de derecho complejas si la decisión temprana puede terminar o afinar significativamente el arbitraje"[49] [traducción del autor]

En atención a la práctica judicial en algunos países del *common law*, se han esbozado los siguientes requisitos de procedencia de decisiones sumarias que desestiman reclamaciones o defensas[50]:

- Acreditar que el planteamiento en contra de la reclamación o defensa es más que plausible –*more than merely arguable*– sin que sea necesario probar su éxito definitivo;
- Determinar que existe amplia certeza sobre la improcedencia de la reclamación o defensa, conforme al material probatorio disponible; y
- Determinar si podrían aportarse pruebas, en etapas posteriores del arbitraje, que pudiesen afectar o impactar la respectiva reclamación o defensa que se ha cuestionado.

5. Trámite y otras consideraciones aplicables a las decisiones sumarias

En general, los reglamentos arbitrales prevén que las solicitudes o aplicaciones relativas a las decisiones sumarias se tramiten en dos pasos: en primera medida, los árbitros determinan si la solicitud es admisible, es decir, si reúne los requisitos del caso para ser tramitada[51]; y, en segundo lugar, es decir, si se considera admisible la solicitud, se define un procedimiento breve y específico para que las partes aporten sus posiciones frente a la solicitud, con miras a que el tribunal arbitral emita su decisión.

El procedimiento concreto para la adopción de decisiones tempranas, supone entonces que las partes tengan la oportunidad razonable de presentar sus posiciones al tribunal arbitral. Esto puede implicar un intercambio de memoriales y eventualmente una audiencia, todo lo cual debe quedar claramente documentado pues las alegaciones de violación al debido proceso, en este contexto, suelen ser más incisivas. Si se realizare una audiencia, es posible limitarla a la presentación de argumentos o a la práctica de algunas pruebas[52].

Igualmente, el régimen jurídico aplicable al respectivo arbitraje determinará si hay o no plazos para presentar una solicitud de decisión expedita y para la adopción de decisiones en el trámite por parte del Tribunal. En tal sentido, a falta de un término expreso para elevar una solicitud, es pertinente que ésta se formule a la mayor brevedad posible frente a la cuestión que se busca controvertir, dado que el móvil de eficiencia subyacente a este trámite se puede afectar si no se procede con prontitud. De hecho, en un arbitraje bajo las reglas del CIADI, un tribunal arbitral sostuvo que el procedimiento para desestimar

(47) Sobre esto, véase: Decision on the Respondent's objection pursuant to Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules: "Trans-Global Petroleum, Inc. vs. Reino Hachemita de Jordania", del CIADI (2009); y Decisión sobre la Solicitud de Aplicación de la Regla 41 presentada por la Demandada. "Bank of Nova Scotia vs. República del Perú.", del CIADI (2024).

(48) *Véase* "*International commercial arbitration*" de Gary Born (2024, §15.08 [R]).

(49) Para revisar la fuente de la información, *véase* "*The Emergence of Early Disposition Procedures in International Arbitration"*, de David Wallach (2021, p.849). En ella se menciona: [(…) *if a claim or defense stands or falls on the tribunal's determination of a contested point of law, that issue should be open to determination on early disposition regardless of whether it involves a difficult or close question. By definition, pure issues of law do not turn on the evidence. It therefore makes little sense to insist on a full evidentiary hearing before deciding difficult legal issues where doing so early could end or significantly streamline the arbitration.]*

(50) *Véase* "*The New English Arbitration Act: Power to Make and Award on a Summary Basis", de Axbey Rosalin*d (2024).

(51) Por ejemplo, *véase* "Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional. (2021), en cuyo párrafo 111 se señala que los árbitros cuentan con *"(…) discreción plena para decidir si permite que proceda la solicitud teniendo en cuenta las circunstancias que considere pertinentes, tales como la fase en que se encuentra el procedimiento y la necesidad de asegurar eficiencia en cuanto a tiempo y costos*." El Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2026 no contradice este lineamiento.

(52) Para profundizar en dicha idea, *véase* "*The Emergence of Early Disposition Procedures in International Arbitration"*, de David Wallach (2021, p.836).

o no una reclamación debía ocurrir en una etapa muy temprana, todo lo cual era importante en la medida en que la solicitud respectiva se debía formular antes de que se fijara el calendario para la presentación de escritos en el caso[53].

La pertinencia de las decisiones sumarias o expeditas incide en el trámite y, en últimas, en la decisión de las partes de excluir o no dichas decisiones en su respectivo arbitraje. Así, por ejemplo, no habría lugar a tramitar una solicitud de esta naturaleza en los casos que involucren cuestiones fácticas altamente complejas o múltiples asuntos técnicos, pues allí se suele requerir un amplio debate probatorio, el cual, en últimas, denota que no se configura el requisito de obviedad del fracaso o carencia de mérito del asunto discutido. Por el contrario, el escenario es más propicio en casos en que se deban resolver cuestiones de derecho concretas. Igualmente, se ha señalado que las decisiones expeditas son útiles si la parte interesada quiere obtenerlas para facilitar una negociación con su contraparte y así transigir sus diferencias en una fase temprana del arbitraje[54].

6. Naturaleza y efectos de las decisiones sumarias

En términos generales, los reglamentos arbitrales que reconocen expresamente las decisiones expeditas o sumarias señalan que éstas se pueden emitir en la forma de orden procesal o de laudo[55]. *Contrario sensu*, la legislación arbitral inglesa sólo se refiere a las decisiones sumarias como laudos.

En la práctica, las decisiones tempranas le ponen punto final a algún asunto litigioso, generalmente porque éste carece manifiestamente de fundamento o porque está visiblemente por fuera de la competencia del tribunal arbitral. Ello, a su vez, revive la discusión sobre la diferencia entre laudos y órdenes procesales.

La identificación de una decisión como laudo no depende de su forma o ropaje jurídico, sino de su esencia o materialidad.

La Corte de Casación francesa, en un conocido caso, sostuvo que un laudo es "(…) la decisión de un tribunal arbitral que resuelve definitivamente, en todo o en parte, la controversia subyacente bien sea en cuanto al fondo, a la competencia o a cualquier aspecto procesal que termine el procedimiento arbitral"[56] (traducción del autor). También se ha dicho que "(…) un laudo es final no solamente cuando pone fin a la totalidad del arbitraje, terminando también la jurisdicción de los árbitros, sino que igualmente final es el laudo que resuelve de manera definitiva una o más de las controversias que le han sido sometidas al tribunal, o una parte de dichas controversias, poniendo fin a la cuestión litigiosa materia de la decisión."[57]

Un laudo es aquella:

> "(…) decisión de los árbitros que, al margen de su denominación, resuelva un asunto o aspecto estructural o material del respectivo arbitraje de manera definitiva y vinculante para las partes, con lo cual la cuestión –sea o no litigiosa– quede finalmente evacuada. De ahí que un laudo sea aquel que resuelve los méritos del caso, que decide sobre la competencia del tribunal arbitral o que resuelve una solicitud de medidas cautelares, entre otros asuntos"[58]

La decisión sumaria de uno o varios puntos litigiosos es definitiva, concluyente o final frente a dichos asuntos; no es transitoria ni temporal. Esto apunta hacia su condición de laudo. Se ha señalado que este tipo de decisión, de carácter concluyente, tiene efectos de cosa juzgada, aunque haya reglas arbitrales que permitan expedirla en la forma de una orden procesal. Así, la cosa juzgada se da porque la decisión le pone fin a una

(53) *Véase Laudo* "*Lotus Holding Anonim Şirketi vs. República de Turkmenistán*" del CIADI (2020)
(54) Sobre este punto, *véase* "*The New English Arbitration Act: Power to Make and Award on a Summary Basis"*, de Axbey Rosalind (2024).
(55) En el caso de la CCI, se ha señalado que la decisión sumaria se puede adoptar como orden o laudo, Si se trata de un laudo, se debe adelantar su escrutinio ante la Corte de la CCI. Dicha revisión debe tardar aproximadamente una semana desde que le es transmitida a la Corte por la Secretaría. En ese sentido, *véase* "Nota a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI", de la Cámara de Comercio Internacional. (2021, par. 113-114). El Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2026 no contradice este lineamiento.
(56) Corte de Casación de Francia (2011, 12 de octubre). *Groupe Antoine Tabet v. République du Congo*: ["(…) *les actes des arbitres qui tranchent de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur est soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un moyen de procédure qui les conduit à mettre fin à l'instance.."].*
(57) *Véase* "¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, al laudo final y el laudo interino", de Eduardo Zuleta (2008).
(58) Para acceder al origen de la cita, *véase* "Arbitraje comercial internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable", Talero Rueda, Santiago (2022, p. 599).

cuestión material del proceso; sólo que lo hace conforme a una revisión probatoria limitada(59).

7. Control judicial de las decisiones sumarias

En general, especialmente en el marco del arbitraje comercial internacional, los laudos arbitrales están sujetos a un control judicial de validez en la denominada jurisdicción primaria, es decir, mediante un recurso de anulación surtido ante las cortes o jueces competentes del Estado sede del arbitraje. Allí se determina si el laudo encaja o no en las causales de anulación previstas en la legislación arbitral de dicho Estado. A su turno, las cortes o jueces de las denominadas jurisdicciones secundarias ejercen un control de eficacia territorial, y no de validez del laudo. Esta modalidad de control tiene por objeto determinar si el laudo debe ser o no reconocido en el Estado respectivo, esto es, si se les otorga o no el carácter de cosa juzgada dentro del ordenamiento jurídico interno del Estado donde se intente el reconocimiento de la decisión arbitral. En términos generales, se determina si, bajo el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, procede o no el reconocimiento.

De este modo, un laudo contentivo de una decisión sumaria es susceptible de control judicial, bien sea a través del recurso de anulación o del trámite de reconocimiento.

Tratándose de la anulación de laudos, se excluye, en general, una revisión de fondo o *in judicando* del laudo por parte del juez(60). Lo propio sucede en los trámites de reconocimiento, que se deben caracterizar por su celeridad y por una mínima interferencia judicial en función del móvil de la Convención de Nueva York consistente en darle la mayor circulación y eficacia posibles a los laudos arbitrales(61).

Así, se ha sostenido que, si la decisión sumaria resuelve un aspecto de fondo, el control judicial, es decir, mediante el recurso de anulación, será limitado y con marcada deferencia frente a lo decidido por el tribunal arbitral. Si aquella resuelve un asunto referido a la competencia de los árbitros, el control judicial será *de novo*(62), es decir, el juez revisará lo decidido en forma independiente e integral y sin deferencia frente al tribunal arbitral(63). De todos modos, en cualquiera de estos casos, existe una marcada tendencia de las cortes a respaldar la validez y eficacia de los laudos.

8. Conclusión

Tradicionalmente, e independientemente de su creciente reconocimiento normativo, los tribunales arbitrales han abordado las decisiones sumarias o expeditas con reticencia y cautela.

En efecto, dichas decisiones pueden resolver, en forma anticipada y concluyente, determinadas cuestiones que resultan obvia o manifiestamente improcedentes en un arbitraje. Si bien las decisiones expeditas buscan la eficiencia y la economía procesal,

(59) Sobre esto , *véase* "*Summary dismissal: Useful but risky*", de Pierre Tercier (2023, pp. 222-223).

(60) Por ejemplo, véase "Inforad Ltd vs. TES Elec. Solutions", de la Corte de Apelaciones de París, Francia. (2010), providencia en la cual se señala que, bajo el régimen jurídico francés, está prohibido revisar los méritos o el fondo de la decisión arbitral. También, véase "Esther Ventura y Juan María Rendón vs. Michael Ventura", de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2019), providencia en la cual se señala que el recurso de anulación del laudo excluye "(…) la posibilidad de que la anulación fuera utilizada como una instancia adicional al trámite arbitral o que pudiera enarbolarse para criticar las decisiones sustanciales de los árbitros, cuyos razonamientos resultan intangibles para la justicia ordinaria."

(61) Sobre esto, véase: "Encyclopaedia Universalis SA vs. Encyclopaedia Britannica", de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito (2005), la cual, citando el caso de Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc., 126 F.3d 15, 23 (2d Cir. 1997), señaló que "[D]ada la férrea política pública en favor del arbitraje internacional (…) la revisión de laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York es 'muy limitada en aras de evitar que se afecten dos objetivos afines del arbitraje, como lo son resolver las controversias eficientemente y prevenir litigios prolongados y costosos'" (traducción del autor): ["Given the strong public policy in favour of international arbitration … review of arbitral awards under the New York Convention is 'very limited in order to avoid undermining the twin goals of arbitration, namely, settling disputes efficiently and avoiding long and expensive litigation."]

(62) Sobre este punto, *véase* "*Summary dismissal: Useful but risky*", de Pierre Tercier (2023, pp. 223-224).

(63) En general, se ejerce una revisión judicial integral o de novo de asuntos que cuestionan la competencia de los tribunales arbitrales, como las decisiones arbitrales que exceden el alcance del pacto arbitral. En Estados Unidos, por ejemplo, véase "Amedeo Hotels Ltd vs. N.Y. Hotel & Motel Trades Council", del Tribunal de Apelaciones para el Distrito para el Distrito Sur de Nueva York (2011). En el Reino Unido, véase "Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. vs. Ministry of Religious Affairs", de la Corte Suprema del Reino Unido (2010).

también generan tensiones con las garantías del debido proceso de la parte afectada por ellas, la cual puede argumentar que lo decidido, además de ser apresurado, se basa en un ejercicio probatorio insuficiente en el cual se le ha desconocido su derecho a presentar su caso.

Las decisiones sumarias son relativamente conocidas en distintos regímenes procesales –principalmente en los países del *common law*–, pero su desarrollo en el arbitraje internacional ha sido lento y paulatino. Además de los reparos basados en el debido proceso, las decisiones sumarias no gozaban de reconocimiento expreso en los reglamentos y legislaciones aplicables al arbitraje, todo lo cual explicaba su escasa aplicación.

Inicialmente, se consideró que los árbitros podían emitir este tipo de decisiones con base en su potestad general de desarrollar el procedimiento. Con el paso del tiempo, los reglamentos arbitrales –tanto en el arbitraje comercial internacional como en el arbitraje de inversión– han incluido expresamente la posibilidad de emitir este tipo de decisiones en los arbitrajes. Recientemente ocurrió lo propio en la reforma al estatuto arbitral inglés, la cual constituye un avance notable en el plano legislativo. De ahí que las decisiones sumarias, en la actualidad, gocen de reconocimiento expreso en el arbitraje internacional y no sean catalogadas como potestades implícitas de los árbitros para adelantar el respectivo procedimiento.

Así, en ejercicio de su libertad contractual, las partes pueden optar –cada vez más– por acudir a un arbitraje que prevea expresamente la posibilidad –amplia o limitada– de decisiones sumarias o expeditas.

De todos modos, tal como se vio, el umbral o tipo de examen para determinar si prospera una solicitud de decisión expedita, suele –*y debe*– ser alto y riguroso. La decisión sumaria sólo debe prosperar cuando los árbitros determinen que una cuestión específica del proceso es clara, obvia o manifiestamente improcedente, de manera que dicha decisión pueda ser adoptada con relativa facilidad y celeridad. El procedimiento concreto para la adopción de decisiones tempranas, supone que las partes tengan la oportunidad razonable de presentar sus posiciones al tribunal.

En general, y salvo determinadas excepciones, se suele prever la posibilidad de que las decisiones sumarias o expeditas se adopten como órdenes procesales o laudos. Con todo, las decisiones arbitrales, en general, no se identifican por su forma sino por su esencia o materialidad. En este sentido, las decisiones sumarias –al establecer el carácter manifiestamente frívolo o improcedente de una reclamación o defensa– se asemejan más a los laudos que a las órdenes procesales, en la medida en que resuelven asuntos o aspectos estructurales del respectivo arbitraje. Su control judicial, bien sea a través del recurso de anulación o del trámite de reconocimiento, es limitado y excluye la revisión de fondo de lo decidido.

Pese a su creciente reconocimiento reglamentario y legislativo, es previsible –y razonable– considerar que las decisiones sumarias prosperen en pocos casos. Dado el rigor que acompaña el examen sobre su procedencia, la adopción de este tipo de decisiones –desestimando una reclamación o defensa– debe ser residual o excepcional y circunscribirse a situaciones que, por su propia naturaleza, inclinen decisivamente la balanza en favor de la eficiencia del respectivo arbitraje. En últimas, la evolución de este mecanismo dependerá de su prudente aplicación a las circunstancias excepcionales que justifiquen su utilización.

Referencias Bibliográficas

Arbitration Act 2025. 2025. Reino Unido.

Arbitration Act 1996. 1996. Reino Unido.

AFC Investment Solutions S.L. vs. República de Colombia. Caso No. ARB/20/16. Laudo sobre la excepción preliminar formulada por la demandada con base en la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje CIADI. (24 de febrero de 2022).

Amedeo Hotels Ltd vs. N.Y. Hotel & Motel Trades Council. Caso No. 2011 WL 2016002. Tribunal de Apelaciones para el Distrito Sur de Nueva York. (2011).

Brandes Investment Partners, LP vs. República Bolivariana de Venezuela. Caso No. ARB/08/3. Decisión sobre las excepciones opuestas por la demandada en virtud de la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. (2 de febrero de 2009).

Bank of Nova Scotia vs. República del Perú. Caso No. ARB/22/30. Decisión sobre la solicitud de aplicación de la Regla 41 presentada por la demandada. (31 de mayo de 2024).

Beale, N., Bench, L., & Nieuwveld, M. (2010). Summary Arbitration Proceedings: A Comparison Between the English and Dutch Regimes. *Arbitration International, 26*(1),139-160. https://doi.org/10.1093/arbitration/26.1.139

Born, G. (2024). *International commercial arbitration* (3ª ed.). Wolters Kluwer.

Burn, G. & Clark, V. (2025). The English Arbitration Act 2025: State of the art or missed opportunity?. *b-Arbitra| Belgian Review of Arbitration*, *2025*(1), 281-293.

Cámara de Comercio Internacional. (2021, 1 de enero). *Nota a las partes y a los tribunales arbitrales*

sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje de la CCI (ICC Arbitration Rules). (2021).

Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje de la CCI (ICC Arbitration Rules). (2026).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Reglas de Arbitraje del CIADI (ICSID Arbitration Rules). (2022).

China Machine New Energy Corp. vs. Jaguar Energy Guatemala LLC y AEI Guatemala Jaguar Ltd. Caso No. [2020] SGCA 12. Corte de Apelaciones de Singapur. (2020).

Collins, Michael. Summary Disposition in International Arbitration. En A. van den Berg (Ed.), *50 Years of the New York Convention*. Wolters Kluwer, 2009.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Compendio sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. Naciones Unidas. (2012).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (4 de noviembre de 1950).

Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. vs. Ministry of Religious Affairs, Pakistan. Caso No. [2010] UKSC 46. Corte Suprema del Reino Unido. (2010).

David Ryan & Kanaga Dharmananda (2018).'Summary Disposal in Arbitration: Still Fair or *Agreed to be Fair. Journal of International Arbitration*, *35*(1), 31-57. https://doi.org/10.54648/joia2018002

David Wallach (2021). The Emergence of Early Disposition Procedures in International Arbitration. *Arbitration International*, *37*(4), 835–850.

Encyclopaedia Universalis SA vs. Encyclopaedia Britannica, Inc. Caso No. 403 F.3d 85 (2d Cir. 2005). Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito. (2005).

Esther Ventura y Juan María Rendón vs. Michael Ventura. Proceso. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (15 de enero de 2019).

Groupe Antoine Tabet vs. República del Congo. Corte de Casación de Francia. (12 de octubre de 2011).

Hong Kong International Arbitration Centre. HKIAC Administered Arbitration Rules. (2024).

Inforad Ltd vs. TES Elec. Solutions. Corte de Apelaciones de París, Francia. (24 de junio de 2010).

International Centre for Dispute Resolution. Reglamento de Arbitraje del ICDR. (2021).

Ley 1564 de 2012. 2012. (República de Colombia).

London Court of International Arbitration. LCIA Arbitration Rules 2020. (2020).

Lotus Holding Anonim Şirketi vs. República de Turkmenistán. Caso No. ARB/17/30. Laudo CIADI. (6 de abril de 2020).

Parra, A. (2007). The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *22*(1), 55–68. https://doi.org/10.1093/icsidreview/22.1.55

Partasides, Constantine & Prewett, Ben (2017). Rediscovering the lost promise of international arbitration. En Laurent Lévy & Michael Polkinghorne (Eds.), *Expedited procedures in international arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law.

Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N. & Partasides, C. (2015). *Redfern and Hunter on international arbitration* (6th ed.). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780198714248.001.0001

Rosalind, Axbey (2024, 4 de marzo). *The New English Arbitration Act: Power to Make and Award on a Summary Basis*. Kluwer Arbitration Blog. https:///legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-new-english-arbitration-act-power-to-make-an-award-on-a-summary-basis/

Sussman, Edna (2015). The Arbitrator Survey: Practices, Preferences and Changes on the Horizon. *The American Review of International Arbitration*, *26*(4).

S. City Motors, Inc. vs. Automotive Industries Pension Trust Fund. Caso No. 17-cv-04475-JST. Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de California. (25 de mayo de 2018).

Talero Rueda, Santiago (2022). *Arbitraje comercial internacional: Instituciones básicas y derecho aplicable* (2ª ed.). Tirant Lo Blanch.

Tercier, Pierre (2023). Summary dismissal: Useful but risky. En Brekoulakis S., Weeramantry R. & Nagapetyan L. (Eds.), *Achieving the arbitration dream: Liber amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC*. Wolters Kluwer.

Three Rivers District Council vs. Bank of England. Caso No. [2001] UKHL 16. House of Lords del Reino Unido. (2001).

Travis Coal Restructuring Holdings LLC vs. Essar Global Fund Limited. Caso No. [2014] EWHC 2510 (Comm). High Court of England and Wales. (2014).

Trans-Global Petroleum, Inc. vs. Reino Hachemita de Jordania. Caso CIADI No. ARB/07/25. Decisión sobre la objeción de la demandada conforme a la Regla 41(5). (2 de febrero de 2009).

Triulzi Cesare SRL vs. Xinyi Group (Glass) Co. Ltd. Caso No. [2015] 1 SLR 114. High Court of Singapore. (2015).

Weirton Medical Center, Inc. vs. Community Health Systems, Inc. Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de Virginia Occidental. (12 de diciembre de 2017).

Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. vs. Toys “R” Us, Inc. Caso No. 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997). Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito. (1997).

Zuleta, Eduardo (2008). ¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino. En Eduardo Zuleta & Guido Tawil (Dirs.), El Arbitraje Comercial Internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 5º aniversario. Abeledo Perrot.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.012

Crónica de una Madurez Anunciada: el triunfo del precedente en el Arbitraje Deportivo(*)

Chronicle of Maturity Foretold: the triumph of precedent in Sports Arbitration

Cecilia O'Neill de la Fuente(**)
Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España)

Andrea Chumpitaz Ortiz(***)
Universidad del Pacífico (Lima, Perú)

Resumen: En el presente artículo se analiza la consolidación del sistema de precedentes en el arbitraje, haciendo especial énfasis en el uso de esta herramienta en el arbitraje deportivo. Se concluye que, en cuanto al uso del precedente, el arbitraje deportivo muestra un grado de madurez institucional superior frente al arbitraje comercial y de inversiones. Así, a través de un análisis comparativo, se examina cómo la estructura centralizada del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS/CAS) y su potestad de revisión *de novo* han permitido la transición de un precedente persuasivo hacia una autoridad *de facto* vinculante. El estudio profundiza en la naturaleza de la *Lex Sportiva* como un ordenamiento transnacional autónomo y discute cómo la transparencia dota al sistema deportivo de mayor predictibilidad y seguridad jurídica.

Palabras clave: Arbitraje Deportivo - Precedentes - Precedente Arbitral - *Ratio Decidendi* - TAS/CAS - *Lex Sportiva* - Predictibilidad - Seguridad Jurídica - Derecho Deportivo - Derecho Comparado

Abstract: This article analyzes the consolidation of the precedent system in arbitration, with a particular focus on the use of this tool in sports arbitration. It is noted that, regarding the use of precedent, sports arbitration demonstrates a higher degree of institutional maturity compared to commercial and investment arbitration. Thus, through a comparative analysis, the study examines how the centralized structure of the Court of Arbitration for Sport (CAS) and its power of de novo review have enabled the transition from persuasive precedent to a binding authority. The study delves into the nature of *Lex Sportiva* as an autonomous transnational legal system and discusses how transparency provides the sports system with greater predictability and legal certainty.

Keywords: Sports Arbitration - Precedents - Arbitral Precedent - Ratio Decidendi - TAS/CAS - Lex Sportiva - Predictability - Legal Certainty - Sports Law - Comparative Law

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 23 de mayo de 2026 y su publicación fue aprobada el 30 de julio de 2026.
(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por University of Pennsylvania. Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora en la Universidad Carlos III de Madrid. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7024-7813. Correo electrónico: ceciliaoneill@oneillarbitraje.com.
(***) Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). ORCID: https://orcid.org/0009-0003-2270-9221. Correo electrónico: ad.chumpitazo@gmail.com.

1. Introducción

El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de controversias basado en la autonomía de la voluntad de las partes. Este mecanismo ha experimentado una evolución significativa y se ha consolidado como uno de los instrumentos más importantes en la solución de conflictos. A diferencia de la jurisdicción estatal, el arbitraje es un sistema privado mediante el cual las partes establecen, de mutuo acuerdo, que sus disputas se someterán y serán resueltas por uno o más árbitros. Estos árbitros serán quienes emitan una decisión vinculante mediante un laudo arbitral.

Esta naturaleza consensual, unida a la flexibilidad y adaptabilidad, ha permitido que el arbitraje trascienda fronteras y se establezca como un mecanismo idóneo para la resolución de controversias tanto nacionales como internacionales. De esta manera, el arbitraje no solo constituye una alternativa a la jurisdicción ordinaria, sino que en muchos sectores se ha convertido en la mejor opción para resolver conflictos.

> El arbitraje se ha convertido en un mecanismo de resolución de controversias aceptado internacionalmente en casi todos los ámbitos del Derecho. En la actualidad, las controversias que surgen en los ámbitos del Derecho marítimo, el Derecho deportivo y el Derecho de inversiones recurren ampliamente al arbitraje. El arbitraje se considera un instrumento de resolución de controversias que adopta un enfoque transnacional, con la expectativa de que desarrolle una práctica y una norma jurídica internacionales (Dhawan, 2021, p. 550) [Traducción propia].

El crecimiento del arbitraje como mecanismo preferente para la resolución de conflictos se explica a partir de varios factores. En primer lugar, la especialización de los árbitros es una característica primordial del arbitraje, dado que suelen ser expertos en la materia objeto de la controversia, lo cual permite una resolución bajo estándares técnicos y adecuados para conflictos que versan sobre materias especializadas.

En segundo lugar, la flexibilidad procedimental del arbitraje permite a las partes adecuar el proceso a sus necesidades específicas, evitando que la rigidez propia del sistema judicial afecte sus intereses o la efectividad de la decisión. El arbitraje, al fin y al cabo, se fundamenta en la voluntad de las partes.

Adicionalmente, el foro arbitral se caracteriza por su neutralidad, lo cual resulta especialmente importante en disputas internacionales, donde las partes tienden a desconfiar de los tribunales estatales. De esta forma, el arbitraje ofrece un espacio institucional neutral que contribuye a generar confianza entre las partes.

Finalmente, la eficacia en la ejecución de los laudos arbitrales, garantizada en gran medida por instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York de 1958, ha reforzado la posición del arbitraje como un mecanismo eficaz y confiable.

Por estas razones, el arbitraje ha adquirido una dimensión transnacional y se ha convertido en un mecanismo ampliamente aceptado y utilizado en diversos sectores del derecho. Así, el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que se utiliza en una gran variedad de materias, desde el comercio internacional hasta el deporte y las inversiones extranjeras.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de su expansión, el arbitraje enfrenta desafíos estructurales relacionados a la coherencia y uniformidad del derecho aplicable. Esto se debe, por ejemplo, a la flexibilidad procesal que permite que las controversias se resuelvan a través de arbitrajes de equidad. Sin embargo, otra de las razones por las cuales el arbitraje enfrenta este desafío es la ausencia de un sistema formal de precedentes.

> Aunque el uso del arbitraje internacional ha crecido exponencialmente, sigue existiendo la necesidad de leyes que se resuelvan predominantemente a través de este mecanismo. Sigue habiendo incoherencias en las normas internacionales y en las leyes sobre las que suelen decidir los árbitros. Esta falta de coherencia y desarrollo en el derecho se ha atribuido a menudo a la ausencia de un sistema vinculante de jurisprudencia en el arbitraje internacional (Dhawan, 2021, p. 550) [Traducción propia].

En los sistemas judiciales estatales existe una estructura jerárquica que permite la consolidación de jurisprudencia. En cambio, el arbitraje se caracteriza por la existencia de tribunales, tanto *ad hoc* como institucionales, que están descentralizados, sin vínculos entre sí. Considerando esta característica, no es extraño que exista dificultad para formar un cuerpo coherente de precedentes que evite la emisión de decisiones divergentes en casos similares.

En este contexto, surge la pregunta sobre el papel que deben desempeñar los precedentes en el arbitraje. Si bien formalmente no existe un sistema de *stare decisis* en el arbitraje internacional, la práctica demuestra que los árbitros recurren con frecuencia a decisiones anteriores como fuente de orientación. Esta tendencia en la práctica arbitral responde a la necesidad de

generar previsibilidad y al sistema arbitral, especialmente en ámbitos donde la repetición de controversias similares exige soluciones consistentes.

Frente al riesgo de la emisión de decisiones divergentes ante supuestos fácticos análogos, la práctica muestra que los árbitros recurren con frecuencia a decisiones anteriores como fuente de orientación persuasiva, buscando dotar al sistema de cierta previsibilidad y racionalidad (Costa e Silva et al., 2018, p. 8). Ahora bien, la viabilidad e intensidad normativa con la que se invoca el precedente varía sustancialmente según el ámbito en el que se formule. Aunque por razones distintas, en el arbitraje comercial y en el arbitraje de inversiones no hay uniformidad de criterio en las decisiones, mientras que el arbitraje deportivo revela un fenómeno distinto, de madurez jurisprudencial acelerada.

Dentro de la estructura del Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (CIAS/ICAS, en adelante "CIAS") y del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS/CAS, en adelante "TAS"), el ecosistema deportivo ha construido una práctica jurisprudencial sistematizada. Evidencia de este tránsito se constata en la *ratio decidendi* de laudos emblemáticos, tales como el caso CAS 2009/A/1912 & 1913 Pechstein v. ISU y el caso CAS 2004/O/645 USADA v. Montgomery.

Por un lado, en el caso CAS 2009/A/1912 & 1913 Pechstein v. ISU, el panel del TAS ratificó la validez del arbitraje obligatorio en el deporte y la constitucionalidad de la lista de árbitros del tribunal frente a cuestionamientos de falta de independencia. No obstante, un litigio ordinario posterior derivó en la célebre sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Mutu y Pechstein c. Suiza), que forzó la modificación de los reglamentos del TAS para garantizar el derecho a audiencias públicas cuando el atleta lo solicite. De este modo, la *ratio decidendi* sobre las garantías del debido proceso redefinió de manera definitiva los estándares procedimentales del arbitraje deportivo global.

Por otro lado, en el caso CAS 2004/O/645 USADA v. Montgomery el panel revolucionó el derecho disciplinario sustantivo al determinar que una Infracción de las Normas Antidopaje (ADRV) puede ser probada "por cualquier medio fiable" de carácter no analítico (*non-analytical evidence*, tales como testimonios o documentos incautados) liberando al sistema de la exigencia rígida de un resultado biológico positivo de laboratorio. La regla de interpretación fijada en este laudo fue posteriormente absorbida de forma expresa por el Código Mundial Antidopaje en sus versiones de 2009 y 2015 (artículo 3.2), demostrando cómo los laudos del TAS trascienden la resolución de un litigio individual para modelar y crear normativamente la *Lex Sportiva* transnacional.

A partir de estas consideraciones, el análisis del uso de precedentes en el arbitraje no solo permite comprender mejor la dinámica interna de este mecanismo, sino que plantea interrogantes sobre su evolución futura. En particular, resulta pertinente cuestionar si el arbitraje debe avanzar hacia un modelo más estructurado en términos de precedentes o si su esencia flexible resulta incompatible con la adopción de un sistema vinculante de jurisprudencia.

Con el objetivo de examinar el papel de los precedentes desde una perspectiva comparada y determinar en qué medida la práctica ha evolucionado hacia formas de coherencia jurisprudencial, en este trabajo se sostiene que la estructura institucional centralizada del TAS bajo el CIAS y su potestad procesal de revisión *de novo* han permitido que el precedente arbitral deportivo transite de ser una autoridad meramente persuasiva hacia una autoridad *de facto* vinculante, convirtiendo al arbitraje deportivo en el paradigma de la seguridad jurídica en el derecho transnacional.

Para desarrollar y fundamentar esta propuesta, este artículo se estructura en tres secciones. Primero, se aborda el marco teórico del precedente, analizando sus matices en el *Common Law* y el *Civil Law*, y explicando la inviabilidad del *stare decisis* tradicional en el arbitraje. Segundo, se examinan las razones de la madurez del arbitraje deportivo, abordando sus cimientos históricos, la *Lex Sportiva* y el rol del TAS como órgano unificador mediante la gobernanza del CIAS, la transparencia de los laudos de apelación y la revisión *de novo*. Por último, se presenta un análisis comparativo entre el arbitraje comercial, el de inversiones (CIADI/UNCITRAL) y el deportivo, demostrando empíricamente por qué la predictibilidad exige una autoridad central que dote al precedente de una función sistémica.

2. El concepto de precedente en el arbitraje: entre la tradición jurídica y la práctica transnacional

Para abordar la problemática del precedente en el arbitraje, primero es necesario delimitar su definición. En términos generales:

> El "sistema de precedentes" o "doctrina de los precedentes" puede definirse como la práctica

> de aplicar resoluciones anteriores a la resolución de nuevos litigios. El sistema de precedentes tiene su origen en la doctrina del *stare decisis et non quieta movere*, que significa acatar los precedentes y no alterar lo establecido. Los precedentes han desempeñado un papel fundamental en el desarrollo del derecho y se han descrito como el alma de los sistemas jurídicos. Sin embargo, esta interpretación del principio de precedente no es aplicable ni relevante para todos los aspectos y formas de los sistemas jurídicos (Dhawan, 2021, p. 550) [Traducción propia].

2.1. Desmitificando el precedente: de la decisión anterior a la *ratio decidendi*

Un precedente no es lo mismo a una decisión pasada. En palabras de Duxbury (2008, p. 1), un precedente en términos generales se suele definir como un hecho pasado que sirve de guía para la actuación actual y, en el ámbito jurídico dicho hecho pasado, es casi siempre una resolución o decisión. Un precedente no es sinónimo de "decisión anterior". Según Costa e Silva et al. (2018), es la *ratio decidendi* la que puede aportar elementos susceptibles de establecer conexiones tan relevantes con casos posteriores que a partir de allí surjan precedentes.

Es importante entender que en la doctrina se suele diferenciar los precedentes vinculantes de los precedentes persuasivos.

> Existen precedentes vinculantes y persuasivos, y mientras que los primeros son reconocidos como tales por todos los tribunales pertenecientes a un orden jurídico nacional —aunque solo unos pocos estén realmente obligados por dichos precedentes (ya sea porque así lo establece la ley o porque los propios tribunales asumen la responsabilidad de seguir la *ratio decidendi* de determinadas resoluciones judiciales)—, los segundos se extraen de cualquier resolución que el órgano jurisdiccional considere adecuada para resolver (o ayudar a resolver) el caso que se le ha sometido: podemos, en este punto, concluir ya que toda resolución que aplique la ley de un determinado país puede considerarse un precedente y que se considera como tal siempre que otro decisor que aplique dicha ley lo considere adecuado. Esto significa que la ratio decidendi de una resolución de un tribunal judicial de primera instancia, de un tribunal de apelación, así como de una resolución arbitral, puede constituir un precedente, tenido en cuenta por un decisor en el proceso de decisión. Es, por supuesto, natural que un juez de un tribunal judicial decida de la misma manera que lo hizo anteriormente un árbitro, siempre que los hechos relevantes (tal y como los considera el juez) sean análogos a aquellos que el árbitro tuvo en cuenta para decidir de una determinada manera, en la medida en que el juez considere que la conclusión a la que llegó el árbitro es la correcta; si así lo considera, el juez debe ser capaz de explicar el proceso de razonamiento que le llevó a tal conclusión, justificando la decisión adoptada (Costa e Silva et al., 2018, p. 8).

Como se puede apreciar, esta distinción es especialmente importante al desarrollar el rol de los precedentes en el arbitraje. A diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria, en el arbitraje no existe jerarquía entre los propios tribunales arbitrales.

2.2. Divergencias de tradición: el precedente en el *Common Law* y en el *Civil Law*

Estas precisiones conceptuales son especialmente importantes porque el uso de los precedentes será determinado por el sistema legal en el que uno se encuentre. De esta manera, un precedente no tiene el mismo tratamiento en el *Civil Law* que en el *Common Law* y, a su vez, un precedente no tiene el mismo rol en la jurisdicción ordinaria que en el arbitraje. Dicho de otro modo, el tratamiento y la intensidad normativa del precedente dependen directamente del sistema jurídico en el que se formule. En palabras de Gottheil (1960), "la obligatoriedad del precedente es al Common Law lo que la obligatoriedad de la ley al Civil Law" (Citado en Lagarre & Rivera, 2006, p. 112).

Por un lado, en el sistema jurídico del *Common Law*, "el precedente es una fuente de derecho que limita la autonomía de los tribunales al obligarlos a fallar en función de una decisión de un tribunal anterior sobre una cuestión de derecho específica" (Cano et al., 2019). De esta manera, el precedente actúa como una norma parlamentaria, lo cual permite aplicar en cada fallo una tendencia jurisprudencial.

Amaral (2017, p. 4) explica lo siguiente sobre los precedentes en el *Common Law*:

> Los precedentes funcionan desde dos perspectivas diferentes. La perspectiva vertical implica que los tribunales inferiores, y los jueces en general, están sujetos a los precedentes de los tribunales superiores de la misma jurisdicción. Evidentemente, los tribunales superiores pueden verse influidos por los precedentes de los tribunales inferiores, del mismo modo que los tribunales paralelos pueden verse influidos por los precedentes de los demás [énfasis agregado]. Sin embargo, cuando se trata de tribunales diferentes, el efecto vinculante solo se produce cuando existe una jerarquía.
>
> La perspectiva horizontal, por otro lado, implica que cualquier tribunal debe seguir sus propios precedentes, incluso cuando estos se derivan de resoluciones dictadas por un tribunal compuesto por jueces totalmente diferentes. Esa es la idea básica que subyace al principio de *stare decisis* (atenerse a lo que se ha decidido) [Traducción propia].

Así, en palabras de Walker "el precedente debe haber sido decidido por el mismo tribunal o un tribunal superior dentro de la jerarquía a la que pertenece el tribunal que considera el caso" (Citado por Cano et al., 2019). En el *Common Law*, un tribunal está obligado a seguir la *ratio decidendi* usada por un tribunal anterior de superior jerarquía o por los tribunales de apelación.

Para flexibilizar la rigidez de esta doctrina, el *Common Law* ha desarrollado dos mecanismos "de escape" por los cuales un tribunal puede apartarse de un precedente. Primero, mediante la figura del *distinguishing*, cuando en un caso no hay elementos suficientes para que este se considere similar al caso en el que se desarrolló el precedente, un tribunal puede apartarse de la *ratio decidendi* anterior. Segundo, mediante la aplicación del *overruling* se puede dejar sin efecto un precedente para casos futuros.

Por otro lado, en el *Civil Law*, el precedente judicial se entiende como una herramienta adicional para la argumentación de decisiones resolutivas en casos concretos. De acuerdo con Iturralde (2013) inicialmente el precedente en el sistema *Civil Law* solo debía ser utilizado ante la carencia de una norma sin constituir una fuente formal de derecho, por lo que su aplicación servía como medio auxiliar de interpretación de la ley.

Con el tiempo se evidenció que, mediante sus decisiones, algunos jueces podían llegar a conseguir una función creadora del derecho. De acuerdo con Cano et al. (2019), "dicha situación generó un cambio en el sistema de fuentes de la mayoría de los países con tradición de derecho Continental Europeo, reconociendo que las decisiones que constituyen precedente tienen naturaleza vinculante para los jueces y tribunales".

Al respecto, Dhawan indica:

> Aunque los órganos decisorios de los ordenamientos jurídicos de derecho civil no están sujetos a la doctrina del precedente, sigue siendo notable el uso que hacen de las resoluciones anteriores en sus procedimientos. Algunos ordenamientos jurídicos de derecho civil han adoptado una forma modificada del precedente que, aunque no es idéntica al uso que se hace en el common law, encarna, no obstante, la esencia de la doctrina del "*stare decisis et non quieta moveré*" (Dhawan, 2021, p. 551).

Así, si bien en el *Civil Law* no se prevé que el precedente sea fuente de derecho, las tendencias jurídicas muestran que este es utilizado no solo como fuente de interpretación, sino que se le ha otorgado una función creadora de derecho.

2.3. La inviabilidad del *stare decisis* tradicional y la emergencia del precedente de facto en el arbitraje

Al intentar trasplantar estas categorías al arbitraje internacional, surgen incompatibilidades estructurales. Como Amaral (2017) explica, estas ideas no necesariamente sirven para explicar el poder de los precedentes judiciales sobre los árbitros, porque esto dependerá de la vinculatoriedad otorgada a las decisiones en cada jurisdicción.

Al referirnos al término "precedente", entendido como un precedente vinculante en virtud del cual un árbitro tiene la obligación legal de seguir lo previamente decidido, nos enfrentamos a varios problemas. Por ejemplo, no existe una jerarquía entre tribunales arbitrales, por lo que no es posible la aplicación de un precedente desde la perspectiva "vertical".

El uso de la doctrina de los precedentes de "forma modificada" vista en el *Civil Law* se manifiesta también en el arbitraje internacional. Dado que el arbitraje carece de una estructura jerárquica formal o de una corte de casación universal, se ha adoptado una postura híbrida. Si bien no existe una obligación legal de seguir laudos anteriores, similar a la flexibilidad del *Civil Law*, existe una tendencia pragmática a recurrir a ellos para garantizar la predictibilidad del sistema. En este sentido, el precedente arbitral no opera por imposición, sino por su fuerza persuasiva y su capacidad para generar coherencia y seguridad. Esta búsqueda de predictibilidad y congruencia permite dotar de legitimidad a las decisiones de los tribunales *ad hoc*.

Entonces, aun ante la ausencia de un sistema de *stare decisis* formal, hay una respuesta que explica por qué los árbitros y las partes dedican esfuerzos considerables a citar laudos previos. El proceso de toma de decisiones racional obliga a los árbitros a investigar decisiones pasadas para interpretar normas y aplicar principios generales de manera coherente (Costa e Silva et al., 2018, p. 8).

El uso del precedente en el arbitraje busca evitar la fragmentación absoluta del derecho. Aunque cada tribunal es autónomo, la reiteración de criterios en temas como la jurisdicción, la validez del acuerdo arbitral o los estándares de protección en inversiones, permite que el arbitraje trascienda y se consolide como un sistema de justicia coherente y predecible.

De esta manera, a diferencia del sistema judicial, en el cual el precedente es un mandato, el precedente arbitral debe entenderse como una categoría jurídica en fase de evolución. Este sitúa al precedente en un espectro de autoridad persuasiva que depende de la madurez del foro donde se invoca.

Bajo este contexto, el precedente arbitral puede definirse como aquel laudo cuyas normas innovadoras o interpretaciones jurídicas son susceptibles de ser aplicadas por tribunales posteriores en casos análogos. Su naturaleza no es *de jure*, sino *de facto*. Es indispensable entender esta distinción porque mientras el juez nacional busca la uniformidad por deber jerárquico, el árbitro investiga decisiones pasadas como parte de un proceso de toma de decisiones racional. Los árbitros recurren a los precedentes buscando alcanzar la resolución óptima para el caso concreto mediante el análisis de criterios previamente evaluados por la comunidad arbitral (Costa e Silva et al., 2018, p. 8).

Por consiguiente, se pueden identificar tres características esenciales que delimitan este concepto. Primero, el precedente arbitral es de carácter persuasivo, no vinculante. El laudo previo no ata al árbitro, pero su *ratio decidendi* ejerce una influencia proporcional a la calidad de su argumentación y al prestigio de quienes lo emitieron.

Segundo, el precedente arbitral tiene una función de creación normativa como *soft law*. Los laudos arbitrales pueden suministrar normas innovadoras que, al ser adoptadas por tribunales sucesivos, terminan consolidando estándares transnacionales, especialmente en áreas donde la ley estatal es insuficiente o ambigua (Costa e Silva et al., 2018).

Finalmente, el precedente arbitral dependerá altamente del contexto institucional. Es decir, la viabilidad del precedente varía según el ámbito. En definitiva, el precedente arbitral no debe ser visto como una "excusa" para suplir deficiencias de razonamiento, sino como una herramienta de seguridad jurídica que permite que el arbitraje madure como un cuerpo de creación de normas autónomo (Pal, 2024, p. 5).

Considerando esto, es importante remarcar una precisión terminológica. En palabras de Kaufmann-Kohler (2007):

> El término precedente se utiliza para referirse a un precedente vinculante en virtud de la doctrina del *stare decisis*, que literalmente significa "atenerse a lo decidido". También se emplea para abarcar el concepto de precedentes persuasivo, aunque algunos comentaristas considerar que se trata de una contradicción en sí misma. Aun así, es difícil negar la posibilidad de que el stare decisis exista tanto en forma *de jure* (formal) como de facto. En el primer caso, el tribunal tiene la obligación legal de seguir los precedentes, mientras que, en el segundo, los sigue sin estar legalmente obligado a hacerlo. Por último, el término "precedente" se utiliza a menudo para referirse a casos anteriores en general, sin que ello implique que dichos casos tengan algún valor vinculante [énfasis agregado].

Así, más allá del debate doctrinal sobre la existencia y vinculatoriedad del denominado precedente arbitral, una realidad innegable es que los tribunales arbitrales tienden a apoyarse de los razonamientos previos de otros tribunales para emitir decisiones. Es decir, a pesar de la ausencia de una doctrina formal de *stare decisis*, los árbitros internacionales recurren cada vez más a decisiones previas para fundamentar sus laudos (Kaufmann-Kohler, 2007).

Considerando lo anterior, el uso de los precedentes constituye un instrumento fundamental en el desarrollo arbitral. Si bien la doctrina indica que en el arbitraje no se encuentran precedentes vinculantes bajo la misma rigurosidad que en la jurisdicción ordinaria, los tribunales arbitrales los utilizan como instrumentos fundamentales para fundamentar sus decisiones. En la práctica, los precedentes se emplean con carácter persuasivo; sin embargo, su relevancia y el grado de deferencia que reciben dependen estrictamente del ámbito en el que se desarrolle el arbitraje.

Muestra de ello es lo que ocurre en el arbitraje deportivo. Al estar altamente institucionalizado y dotado de una competencia de revisión *de novo* que le permite sustituir íntegramente las decisiones federativas previas, este sistema ha logrado generar las condiciones necesarias para que los precedentes adquieran una fuerza normativa que guía a los tribunales de forma consistente.

En el fondo, los tribunales arbitrales deportivos ya no se limitan a resolver disputas aisladas, sino que fijan estándares interpretativos de alcance más amplio. De este modo, la autoridad persuasiva transita inevitablemente hacia una autoridad *de facto* vinculante, contribuyendo a la madurez de un sistema jurídico deportivo autónomo.

Al respecto, Costa e Silva et al. (2018) explican la naturaleza de este fenómeno y la labor del árbitro como desarrollador del sistema:

> (...) entendemos que las resoluciones arbitrales pueden constituir un precedente, ya que los árbitros también aplican la legislación del país (salvo cuando las partes eligen la equidad como criterio para la resolución...). W. Mark C. Weidemeier explica que es evidente que los árbitros citan las decisiones de otros árbitros. Esto es especialmente cierto en el caso del arbitraje institucionalizado, como el arbitraje deportivo, donde la falta de un conjunto de principios o normas aplicables significa que una de las tareas del árbitro es desarrollar el sistema sustantivo, lo que implica que cada

> árbitro es consciente de estar creando una nueva norma [énfasis agregado] (que guiará a futuros árbitros) [Traducción propia].

Sin embargo, es preciso matizar que la fuerza del precedente en el ámbito deportivo no nace propiamente de un vacío normativo, sino de la necesidad de interpretar de manera uniforme y transversal el conjunto de principios que dan forma a la *Lex Sportiva*. Es a través de esta interpretación global que los laudos del TAS trascienden el caso en concreto para dotar de coherencia al sistema.

Existe una visión tradicional que considera al arbitraje como "un foro *ad hoc* en el que los árbitros hacen justicia (en el mejor de los casos) dentro de los límites de casos concretos" (Weidemaier, 2010, p. 1883) [Traducción propia]. Sin embargo, se observa que claramente esto no es así, mucho menos en el arbitraje deportivo, que no se trata de un mecanismo destinado exclusivamente a resolver un caso concreto omitiendo analizar decisiones anteriores.

3. La madurez del arbitraje deportivo

Existen diversas características que han permitido la consolidación del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias. Sin embargo, en el ámbito del deporte, la preferencia por el arbitraje trasciende a ser una necesidad operativa fundamental. La efectividad de la tutela en el deporte exige el acceso a un procedimiento extraordinariamente célere, resuelto por un tribunal especializado e imparcial capaz de emitir decisiones con alcance uniforme e internacional.

Javaloyes (2014) define el arbitraje deportivo de la siguiente manera:

> Estaremos ante un arbitraje deportivo cuando sometamos a la decisión de los árbitros litigios derivados de la práctica o desarrollo del deporte, de sus connotaciones económicas, y en definitiva todos aquellos que surjan de actividad concerniente al deporte en su sentido amplio, y siempre que sean de libre disposición de las partes. Por lo tanto, se tratará de un arbitraje especial con respecto al arbitraje común, especialidad de viene dada por razón de la materia objeto de arbitraje, la llamada "questio deportiva" (p. 41).

En el contexto deportivo, la rapidez de los procesos de solución de conflictos se convierte en una necesidad para mitigar riesgos profesionales para los participantes en el arbitraje. Veamos el ejemplo de un atleta que se ve envuelto en una controversia que será resuelta en arbitraje. De acudir a la jurisdicción ordinaria, este conflicto podría ser resuelto en varios años, durante los cuales su tiempo como deportista activo habría concluido. Ante esta posibilidad altamente limitante, que el atleta pueda abogar por sus derechos en un proceso más célere es indispensable para poder obtener una resolución efectiva. De igual manera, el calendario de las competiciones internacionales exige respuestas inmediatas y, adicionalmente, un entendimiento técnico considerando las complejidades de los conflictos derivados del deporte profesional.

Con la globalización, la complejidad y el matiz de los conflictos que surgen en el ámbito deportivo han aumentado considerablemente, exigiendo un sistema que garantice dos pilares fundamentales: consistencia y confidencialidad. En este punto, el arbitraje deportivo revela una fisonomía propia, especialmente frente al arbitraje comercial. Mientras que este último suele regirse por una estricta confidencialidad, el arbitraje deportivo ha evolucionado hacia un régimen de "publicidad relativa". Esta transparencia, manifestada principalmente en la publicación sistemática de los laudos de apelación, permite que atletas, clubes y federaciones conozcan con certeza el sentido y alcance de las normas que los rigen, para ajustar su conducta a estándares procedimentales definidos, promoviendo así la fe en el proceso arbitral.

Ahora bien, el elemento diferenciador que ha permitido al arbitraje deportivo alcanzar un grado de madurez superior en materia de precedentes es su elevado nivel de institucionalización. El sistema del arbitraje deportivo no podría operar con tal eficacia sin esta característica distintiva.

Bajo la estructura centralizada del TAS, se han generado las condiciones idóneas para agilizar los procesos y dotar a las decisiones previas de una fuerza normativa que guía a los tribunales de forma consistente. Esta estructura no solo dota al deporte de un ordenamiento transnacional autónomo, denominado *Lex Sportiva*, sino que consolida la seriedad, legitimidad y predictibilidad del deporte profesional ante la comunidad internacional.

3.1. Cimientos históricos: la institucionalización del deporte

El arbitraje deportivo nace de la necesidad de contar con un ordenamiento especializado y unificado para resolver las disputas surgidas en el seno del deporte organizado. Desde sus orígenes, este cimiento denotaba una tendencia hacia la consolidación de una práctica jurisprudencial estructurada.

De este modo, el arbitraje deportivo es un sistema especializado cuya evolución ha sido paralela a la profesionalización del deporte. Sus raíces son tan antiguas como el deporte organizado. Desde el surgimiento de disputas sobre eventos atléticos en la Antigua Grecia, donde se iniciaron los Juegos Olímpicos, se designaban a miembros destacados de la sociedad para actuar como jueces-árbitros (*Hellanodikai*), quienes "eran la principal autoridad ejecutiva encargada de supervisar los juegos, especialmente en lo que respecta al cumplimiento de las normas olímpicas" (Papakonstantinou, 2021, p. 595).

Esta necesidad de ordenamiento legal y fiscalización estatal no se limitó a los eventos competitivos, sino que configuró una compleja estructura institucional en torno a la infraestructura deportiva helénica. En palabras de Papakonstantinou (2021):

> Existe un corpus significativo de pruebas relacionadas con la gestión de las instalaciones deportivas en el mundo griego. Los gimnasios y las palaistrai existieron en zonas urbanas y en santuarios interregionales hasta la Antigüedad tardía. Se utilizaban ampliamente con diversos fines culturales y deportivos, entre ellos el entrenamiento para competiciones y los programas de educación física (por ejemplo, como parte de la efebia). Algunas palaistrai eran de propiedad y gestión privadas, pero había varias públicas, a menudo construidas en un complejo junto con un gimnasio. Las autoridades cívicas regulaban en gran medida la administración, el funcionamiento y las actividades de estas instalaciones, especialmente en los periodos clásico y helenístico temprano [énfasis agregado]. El método de nombramiento y las responsabilidades de los gimnasiarcas y otros funcionarios asociados con los gimnasios y las palaistrai variaban en todo el mundo griego (Cordiano 1997). Las personas que supervisaban los complejos deportivos solían ser funcionarios públicos que gestionaban fondos estatales y rendían cuentas de sus actos [Traducción propia].

Esta estructuración y control cívico sobre el entorno físico del deporte demuestra que el ámbito atlético ya operaba bajo un marco normativo propio. Esta realidad institucional no es extraña a la evolución posterior del deporte: a medida que este se fue organizando y se crearon instituciones formales, no solo se estandarizaron las reglas de juego, sino que también se estandarizaron los procesos para solucionar los conflictos internos. Así, con la Revolución Industrial en el siglo XIX, las organizaciones deportivas comenzaron a incluir cláusulas arbitrales como parte de sus estatutos de constitución.

Como señalan Villalba Cuéllar y Moscoso Valderrama (2008), la influencia de las ideas griegas sobre el arbitraje en nuestra visión moderna de la diplomacia y el pensamiento jurídico actual es profunda, marcando el origen de un tipo de solución de controversias autónomo frente a tribunales estatales.

Sin embargo, el verdadero hito hacia la modernidad ocurrió en 1984 con la fundación del TAS en Lausana, Suiza. El TAS nació como respuesta a la creciente internacionalización de los conflictos deportivos que las cortes nacionales no lograban absorber con la especialidad requerida. A través de este organismo, se creó una plataforma imparcial y especializada para la resolución de conflictos internacionales vinculados al deporte. No obstante, en sus inicios, el tribunal presentaba una estructura orgánica que hoy consideraríamos cuestionable. El tribunal combinaba funciones judiciales y ejecutivas bajo una misma institución, estaba financiado totalmente por el Comité Olímpico Internacional (COI). El COI poseía la facultad de modificar sus estatutos, y tanto la institución como el presidente del COI tenían un poder significativo para nombrar a sus miembros (McLaren, 2023). Desde su creación, el TAS ha experimentado transformaciones estructurales críticas**.**

En palabras de Javaloyes (2014):

> En definitiva, en sus [más de] 30 años de vida el TAS ha sido cuestionado en numerosas ocasiones (por la doctrina y ante el Tribunal Federal suizo), ha reaccionado ante los acontecimientos modificando su normativa de aplicación, ha mejorado su organización interna y se está convirtiendo en la institución de referencia en la resolución extrajudicial de litigios de ámbito deportivo principalmente de carácter internacional (p.118).

Esta evolución ha demostrado que la existencia de un tercero imparcial no solo agiliza los procesos y permite que el deporte sea más aceptable, sino que lo dota de una legitimidad jurídica global denominada *Lex Sportiva*. Estos cimientos históricos se han visto reforzados por casos emblemáticos que sentaron precedentes en temas de dopaje, derechos de imagen y desafíos a las decisiones de federaciones internacionales. A diferencia del arbitraje comercial, el arbitraje deportivo bajo el paraguas del TAS ha construido un cuerpo de jurisprudencia que garantiza la equidad en el trato a deportistas de distintas nacionalidades.

Es importante resaltar que la formación del arbitraje deportivo se ha desarrollado a través de diversas fases y bajo la influencia de múltiples figuras clave, evolucionando de un mecanismo privado inicial hacia un sistema de justicia transnacional. Históricamente, los árbitros solían ser voluntarios o jugadores con

un profundo conocimiento empírico de las reglas, aunque sus decisiones resultaban frecuentemente subjetivas o propensas a sesgos. En la actualidad, el arbitraje deportivo no puede reducirse únicamente a ser una instancia decisoria sobre aspectos estrictamente técnicos de un campo de juego.

De esta manera, la necesidad de uniformidad y objetividad impulsó la profesionalización de los jueces y la estandarización de los reglamentos. En el ámbito profesional, tanto las asociaciones deportivas como los deportistas deben poder defender legalmente sus derechos en instancias superiores, dejando atrás la premisa de que la decisión del árbitro de campo es inimpugnable. La posibilidad de acceder a un tercero imparcial que resuelva controversias aplicando normas preestablecidas permite que el deporte profesional sea visto con mayor seriedad y confiabilidad en la era moderna.

3.2. El marco normativo transnacional: definición y naturaleza de la *Lex Sportiva*

Como se ha evidenciado, la profesionalización del deporte y la creación de una instancia centralizada como el TAS exigieron trascender la simple resolución de controversias técnicas para dar un paso a un verdadero ordenamiento normativo autónomo. Esta evolución institucional encuentra su sustento normativo en la consolidación de un marco legal transnacional capaz de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho.

El arbitraje deportivo se define como un mecanismo alternativo de resolución de controversias diseñado específicamente para el ámbito deportivo y basado principalmente en el derecho contractual. En la actualidad, este sistema se rige por un conjunto de normas de derecho internacional conocido como *lex sportiva*.

El deporte es un fenómeno multifacético, exclusivo de la humanidad. Es, ante todo, una forma de conducta social, regida por un conjunto de reglas acordadas por los participantes, que define la conducta esperada como resultado de dichas reglas. El deporte puede ser una experiencia satisfactoria y gratificante que enriquece la vida de quienes participan e incluso de quienes simplemente lo ven.

La clave del deporte (la condición *sine qua non*) son las reglas que lo rigen y que son adoptadas y aceptadas por los participantes. Sin tales reglas, sea cual sea la actividad, no puede haber deporte. Las reglas deben ser sensatas e intuitivas, y deben responder a un criterio de igualdad de oportunidades. ¿Por qué existen categorías de peso en ciertos deportes, especialmente en los de combate? ¿Por qué hay límites de edad para ciertas competiciones? ¿Por qué hay pruebas separadas para hombres y mujeres en la mayoría de las disciplinas? Las respuestas a algunas de estas preguntas son bastante obvias; pero otras, no tanto.

La respuesta definitiva, en algunos aspectos, es que en realidad no importa. Lo que importa es que los participantes hayan acordado las reglas que regirán su conducta y determinarán el resultado de cualquier competición. Las reglas son, como se señaló anteriormente, un contrato social. Reflejan el acuerdo entre los participantes. Si este enfoque en las reglas del deporte parece excesivo, es porque en esta forma de comportamiento social, el no actuar de acuerdo con las reglas destruye el propósito y la validez de todo el ejercicio y lo vuelve sin sentido. Quienes participan en el deporte también lo saben y entienden la necesidad de establecer reglas que sean claras y aplicables.

Esto no significa que los participantes deben tener la misma habilidad o que el resultado de cualquier competencia deba ser certero, pues esto únicamente acabaría con el interés en el deporte. El objetivo de las reglas es establecer igualdad de condiciones (*level playing field*), es decir, que todos los participantes tengan la misma oportunidad de competir y triunfar. Pero la incertidumbre del resultado es de vital importancia. Los participantes también saben que la fragilidad y la naturaleza humanas son tales que, inevitablemente, habrá infracciones de las reglas en el transcurso de la competencia o en su preparación, ya sean involuntarias o deliberadas. Las reglas deportivas prevén esto. Si se obtiene una ventaja como resultado de una infracción de las reglas, se aplican sanciones.

Así, la velocidad y la complejidad de muchas disciplinas son tales que las reglas contemplan la necesidad de contar con árbitros imparciales. La función de estos terceros imparciales es garantizar que la competencia se desarrolle de acuerdo con las reglas. Sus decisiones son, en efecto, un arbitraje de primera línea en tiempo real. De por sí, el hecho de no aceptar las decisiones tomadas por esta primera línea constituye una infracción a las reglas que está sujeta a los procedimientos de apelación previstos en estas mismas reglas.

Así, desde un enfoque sistémico, la propensión organizativa de nuestra sociedad ha generado una estructura coherente y autónoma altamente autorregulada, la cual tiene en cuenta la salud y seguridad de

los participantes y considera los riesgos de cada deporte. Sin embargo, dado que las reglas acordadas se incumplen con frecuencia, el propio sistema ha adoptado normativas adicionales de carácter disciplinario e interpretativo, lo que conduce a la necesidad de contar con un marco institucional e interpretativo superior.

3.3. Origen y evolución del TAS

En este nivel se sitúa la *Lex Sportiva*, entendida como un ordenamiento jurídico transnacional, de carácter esencialmente privado y autónomo, que regula las actividades deportivas a nivel global. A diferencia de los ordenamientos estatales, la *Lex Sportiva* no emana de un legislador nacional, sino de la combinación de las normas dictadas por las federaciones deportivas internacionales y, fundamentalmente, de la jurisprudencia técnica desarrollada por el TAS (Pérez Pereda, 2024, p. 33).

En términos precisos, la *Lex Sportiva* se manifiesta como un conjunto de principios generales del derecho, tales como la equidad (*aequitas*), el debido proceso, el derecho a ser oído, la proporcionalidad de las sanciones y el principio de legalidad, adaptados a las necesidades del fenómeno deportivo. Su objetivo primordial es garantizar un "nivel de juego igualitario" (*level playing field*) en el plano jurídico. De esta manera, en el arbitraje deportivo se busca asegurar que, por ejemplo, un atleta en Colombia sea juzgado bajo los mismos estándares técnicos y jurídicos que un atleta en Suiza o Japón (Pérez Pereda, 2024, p. 35).

Para comprender cómo una norma se integra a este cuerpo normativo y se invoca en el proceso, es imperativo remitirse al Artículo R58 del Código de Arbitraje Deportivo (2025), en el cual se establece lo siguiente:

> R58. Ley aplicable al fondo de la controversia
>
> La Formación resolverá la controversia de acuerdo con las regulaciones aplicables y, subsidiariamente, con las normas jurídicas elegidas por las partes [énfasis agregado] o, en ausencia de dicha elección, de acuerdo con la ley del país en el que la federación, asociación o entidad deportiva que haya emitido la decisión recurrida esté domiciliada o de acuerdo con las normas jurídicas que la Formación considere apropiadas. En este último caso, la Formación deberá motivar su decisión.

Esta norma es la "puerta de entrada" para la aplicación de este derecho especializado. El artículo establece que el panel decidirá la disputa de acuerdo con los reglamentos aplicables (de la federación o entidad deportiva) y, de forma subsidiaria, según las normas de derecho elegidas por las partes.

Es en esta facultad de elegir las "normas de derecho" (*rules of law*) donde las partes y los árbitros suelen invocar los principios de la *Lex Sportiva*. Como explica Cáraves Toval (2020), esta disposición permite que el TAS no esté atado estrictamente a una ley nacional, sino que pueda aplicar este cuerpo de principios transnacionales para asegurar la uniformidad en el deporte internacional.

La *Lex Sportiva* puede ser invocada por cualquier parte (atletas, clubes o federaciones) que someta su disputa al TAS. Su relevancia ha crecido gracias a que, a diferencia del arbitraje comercial, el TAS publica la mayoría de sus laudos en la División de Apelaciones. Esta transparencia selectiva permite que los laudos dejen de ser decisiones aisladas y se conviertan en fuentes de derecho. Kaufmann-Kohler (2007) destaca que, aunque no existe un *stare decisis* formal, la práctica constante de los árbitros de citar casos anteriores ha permitido que "comiencen a emerger los elementos básicos de una *lex sportiva*" (p. 357).

Por consiguiente, la *Lex Sportiva* se consolida cuando un criterio jurídico (por ejemplo, sobre la responsabilidad objetiva en dopaje o la estabilidad contractual en el fútbol) es adoptado y repetido por diversos paneles arbitrales. Esto dota al sistema de una predictibilidad que permite a los actores del deporte conocer de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos, elevando el precedente persuasivo a un pilar de estabilidad sistémica global (Pal, 2024, p. 5).

3.4. La arquitectura institucional del TAS como motor de coherencia y autoridad de *facto* vinculante

Las organizaciones deportivas desempeñan un papel determinante al proporcionar la infraestructura institucional y normativa necesaria para la resolución de conflictos. Entidades como el COI y las federaciones internacionales definen el marco global del arbitraje, estableciendo sus propios órganos disciplinarios o adhiriéndose al TAS para asegurar que la aplicación de las reglas responda a la especialidad de cada disciplina.

La verdadera cuestión es cómo abordar de manera eficaz la resolución de los conflictos que inevitablemente surgirán cuando haya desacuerdos. Las dificultades en relación con el deporte residen, primero, en que los tribunales estatales no cuentan con la experiencia necesaria para abordar con facilidad los asuntos deportivos y el proceso legal no se adapta a la necesidad de una resolución rápida. Mientras que en la jurisdicción ordinaria un proceso puede tardar

varios años, esto es excesivo para un deportista cuya vida profesional activa puede verse limitada por una disputa extensa.

Segundo, existe disparidad en la disposición de recursos; mientras algunos litigantes carecen de medios, otros atletas o clubes financieramente sólidos pueden permitirse honorarios legales elevados, generando una brecha en el manejo de los procesos. Por último, las decisiones estatales solo son efectivas en los países donde se dictan. Si un atleta suspendido por una federación internacional obtiene un fallo a favor en Canadá, por ejemplo, ese derecho legal a competir solo sería efectivo en dicho país, obligándolo a relitigar el caso en otras jurisdicciones.

Este tipo de situaciones llevó al COI a crear en 1984 el TAS, con sede en Lausana, Suiza. Inicialmente, su mandato se centraba en el Movimiento Olímpico(1), pero no se ocupaba de las decisiones dictadas por el propio COI. Es decir, el TAS no contaba con la competencia para revisar o anular los actos emitidos por el COI. Sin embargo, posteriormente el COI aceptó que sus decisiones fueran apelables, lo que dio lugar a cambios organizativos para garantizar que el TAS no fuera percibido como una entidad bajo su control.

Desde la perspectiva de la gobernanza, el TAS está supervisado por el CIAS. Este órgano se compone de veintidós miembros: el COI, las Federaciones Internacionales (FI) y las organizaciones que representan a los Comités Olímpicos Nacionales (CON) designan cuatro miembros cada uno (12 en total); estos doce miembros seleccionan a otros cuatro en representación de los deportistas, y finalmente los dieciséis eligen a seis miembros independientes con amplia experiencia en arbitraje internacional para garantizar las mejores prácticas y la equidad institucional. Como señala la doctrina, el CIAS actúa como un escudo protector frente a la influencia externa, garantizando que los árbitros operen con total autonomía (Watson Farley & Williams, 2022, p. 2).

El funcionamiento del TAS no es arbitrario, sino que está estrictamente regulado por el Código de Arbitraje Deportivo (el "Código"). El TAS, "la verdadera corte suprema del deporte mundial", es una institución independiente que resuelve disputas relacionadas con el deporte a través del arbitraje y la mediación mediante procedimientos hechos a medida (Watson Farley & Williams, 2022, p. 1).

El sistema procesal del TAS se distingue por la bifurcación de sus procedimientos según la naturaleza de la disputa. Por un lado, el TAS es competente para actuar en calidad de jurisdicción arbitral ordinaria y, por otro lado, en apelación como última instancia (Javaloyes, 2014, p. 227). El procedimiento de arbitraje ordinario se utiliza para controversias contractuales, donde las partes eligen el derecho sustantivo. De acuerdo con la Regla 43 de Código, el procedimiento de arbitraje ordinario seguido ante el TAS tiene carácter confidencial. Así, las partes, los árbitros y el TAS no pueden revelar información relacionada al litigio o al procedimiento a terceros, sin autorización del TAS. Además, los laudos no son publicados, salvo si todas las partes están de acuerdo o si el Presidente del tribunal lo decide.

Por otro lado, el procedimiento de arbitraje de apelación es el corazón del sistema de precedentes. En esta vía, activada para revisar las decisiones de órganos disciplinarios o asociativos de las federaciones, el panel revisa el caso con plena potestad (*de novo*), examinando tanto hechos como derecho para corregir inconsistencias de instancias inferiores (Cáraves Toval, 2020, p. 45).

Esta potestad de revisión *de novo* es la herramienta técnica que permite al TAS corregir interpretaciones inconsistentes de los órganos inferiores y fijar la *ratio decidendi* que regirá en el futuro. Un ejemplo reciente de esta potestad de estandarización procesal se encuentra en el caso CAS 2024/A/11026. En este caso, el panel del TAS reafirmó la fuerza vinculante e imperativa de las suspensiones provisionales impuestas por los órganos disciplinarios internacionales y delimitó el alcance del procedimiento de arbitraje de apelación. Respecto a este último, determinó que la potestad de revisión del tribunal no puede ser instrumentalizada para alterar indebidamente el marco procesal de una medida cautelar vigente. Así, se reafirma que el objeto del recurso de apelación viene delimitado por la decisión recurrida y que no es factible ampliar la discusión a controversias, actuaciones o decisiones ajenas a esta.

Además, las apelaciones tienen su sede legal en Lausana, Suiza, lo que somete los laudos al control judicial (limitado) del Tribunal Federal Suizo, dotando al sistema de seguridad jurídica internacional y garantizando la ejecutoriedad internacional de las decisiones al amparo de la Convención de Nueva York de 1958.

(1) El Movimiento Olímpico es el ecosistema global liderado por el COI que se guía por los valores de la Carta Olímpica, incluyendo a las Federaciones Internacionales (FI), los Comités Olímpicos Nacionales (CON) y los atletas.

Además, los laudos dictados en procedimientos de apelación son públicos, a menos que las partes soliciten su confidencialidad o la publicación de una versión redactada. A menos que la cláusula estatutaria que establece el arbitraje del TAS o un acuerdo ulterior entre las partes disponga lo contrario, no hay obligación de no divulgar la información relacionada con el litigio. Esta circunstancia no se aplica a los árbitros, quienes por su condición no pueden revelar a terceros los hechos conocidos en su calidad de árbitros. De esta manera, salvo acuerdo expreso en contrario, el laudo completo o un extracto de este, y/o un comunicado de prensa indicando el resultado del procedimiento, serán publicados por el TAS.

La estructura institucional se complementa con el uso de una lista cerrada de árbitros administrada por el CIAS. Aunque la rigidez de este mecanismo fue objeto de intensos debates jurídicos, su compatibilidad con los estándares de independencia e imparcialidad fue ratificada en el caso *Claudia Pechstein* (CAS 2009/A/1912 & 1913 *Claudia Pechstein & DEVG v. International Skating Union*).

La posterior revisión del caso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Mutu y Pechstein c. Suiza*, TEDH, Asuntos N° 40575/10 y 67474/10) confirmó la validez del arbitraje obligatorio en el deporte, ordenando la modificación de las reglas del TAS para garantizar el derecho a audiencias públicas a solicitud del atleta, lo cual reforzó aún más la transparencia institucional del foro[2].

Asimismo, el TAS mantiene su especialización mediante herramientas como la División *ad hoc* para los Juegos Olímpicos y eventos continentales. Esta división especial, instalada en las sedes operativas de las competiciones, resuelve disputas de elegibilidad y campo de juego en plazos de 24 horas. La División *ad hoc* es un tribunal especial que el TAS instala físicamente en diversas ciudades y, especialmente, en las sedes de grandes eventos deportivos. Su función es resolver disputas de elegibilidad, disciplina o campo de juego de manera célere, evitando conflictos que afecten el desarrollo de las competencias o la participación de los atletas.

A lo largo de más de cuatro décadas de funcionamiento, el TAS ha construido una jurisprudencia constante que consolida y nutre de contenido a la *Lex Sportiva*. Muestra palmaria de esta madurez es la interacción entre el TAS y la Agencia Mundial Antidopaje (AMA/WADA) en la formulación de estándares probatorios para el juzgamiento de Infracciones de las Normas Antidopaje (ADRV).

Históricamente, la persecución del dopaje se limitaba a la prueba analítica estricta, basada en la presencia de una sustancia prohibida en la muestra de un atleta (*Adverse Analytical Finding* - AAF). Sin embargo, ante la sofisticación de las tramas de dopaje sistemático e institucionalizado, la justicia ordinaria y los órganos disciplinarios internos resultaban ineficaces por la ausencia de un marco probatorio adaptado. Fue el TAS el organismo que, mediante la construcción de su propia jurisprudencia, desarrolló la validez de la prueba no analítica, la evidencia circunstancial y la prueba testimonial de terceros (*non-analytical evidence*).

El hito jurisprudencial que cimentó esta doctrina fue el asunto CAS 2004/O/645 USADA v. Montgomery[3]. En dicho laudo, el panel del TAS estableció una *ratio decidendi* revolucionaria: una infracción a las normas antidopaje puede ser probada "por cualquier medio fiable", incluyendo testimonios de coautores, documentos incautados o registros de conversaciones, aun en ausencia de una muestra biológica positiva (*AAF*). El panel razonó que exigir exclusivamente un resultado positivo en laboratorio equivaldría a consagrar la impunidad para aquellos atletas que emplean métodos de enmascaramiento sofisticados o sustancias indetectables para la ciencia del momento.

Este estándar jurisprudencial fue posteriormente ratificado y profundizado en el emblemático caso CAS 2011/A/2384 *UCI v.*

(2) Según explica Juliá (2018), el caso Pechstein es fundamental para entender la evolución de las garantías procesales en el arbitraje deportivo internacional. La patinadora alemana Claudia Pechstein impugnó su sanción por dopaje ante tribunales civiles alemanes, argumentando que el TAS no era un tribunal independiente debido a su "lista cerrada" de árbitros. El caso llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en 2018. Si bien el TEDH confirmó que el sistema de lista cerrada es aceptable, falló a favor de Pechstein en un punto clave: el derecho a una audiencia pública, lo que obligó al TAS a cambiar sus reglas para permitir audiencias públicas si el atleta lo solicita.

(3) El proceso del caso *USADA v. Montgomery* se desencadenó tras la investigación federal al laboratorio BALCO en California, el cual distribuía sustancias dopantes diseñadas específicamente para ser indetectables en los controles de rutina de la época. El laboratorio proveía a los atletas de un esteroide sintético, el cual tenía una estructura química modificada, lo cual impedía que los laboratorios acreditados por el COI lo detectaran. El caso CAS 2004/O/645 marcó un hito al sancionar al velocista Tim Montgomery con dos años de suspensión y la anulación de sus récords por su implicación con el laboratorio BALCO.

Alberto Contador & RFEC(4) y alcanzó su máxima consolidación técnica en el expediente relativo a la investigación *USADA v. Lance Armstrong* (2012)(5). En este último, la sanción de por vida y la desposesión de siete títulos del Tour de Francia no se fundamentaron en muestras de laboratorio contemporáneas, sino en un entramado de pruebas circunstanciales, peritajes hematológicos retrospectivos y confesiones de antiguos compañeros de equipo.

Lejos de quedar como fallos aislados, la *ratio decidendi* de estos laudos fue absorbida normativamente por el Código Mundial Antidopaje en sus versiones de 2009 y 2015 (específicamente en el artículo 3.2 sobre la libertad de medios probatorios). Este fenómeno es una muestra de que los laudos del TAS no solo resuelven una controversia particular, sino que ejercen una función de creación normativa transnacional donde la jurisprudencia arbitral moldea y precede a la codificación escrita.

Así, la combinación de una estructura centralizada bajo el CIAS, la publicidad de los laudos de apelación y, fundamentalmente, la potestad de revisión *de novo* de sus paneles arbitrales demuestra que el TAS no actúa como un tribunal *ad hoc* inconexo. Por el contrario, este es un órgano de cierre cuyas decisiones han transitado de una autoridad persuasiva hacia un sistema de precedentes con fuerza *de facto* vinculante en el derecho deportivo transnacional.

3.5. El precedente como pilar de la coherencia e integridad sistémica en el TAS

A diferencia del arbitraje comercial, donde la confidencialidad es la norma imperante y los laudos suelen permanecer en el ámbito privado de las partes, el sistema del TAS se fundamenta en un principio de transparencia que resulta esencial para la formación de precedentes. Según el Código de Arbitraje Deportivo, la regla general para la División de Apelaciones es la publicación de los laudos, a menos que las partes acuerden lo contrario (Watson Farley & Williams, 2022, p. 2). Esta publicidad no es un aspecto meramente administrativo; es el catalizador que permite al tribunal desarrollar una "jurisprudencia constante", transformando resoluciones aisladas en un cuerpo doctrinal coherente y predecible.

La invocación sistemática de decisiones anteriores por parte de los paneles del TAS no es sino una respuesta al proceso racional de toma de decisiones. Como explican Costa e Silva et al. (2018), "es el proceso de toma de decisiones en sí mismo lo que obliga a un juez [o árbitro] a investigar decisiones pasadas y opiniones jurídicas para interpretar mejor las leyes y aplicar reglas y principios" (p. 8).

Esta práctica jurisprudencial se ve potenciada por el poder de revisión *de novo* de la División de Apelaciones. Al tener la facultad de revisar tanto los hechos como el derecho de la controversia (Artículo R57 del Código), el TAS no se limita a ratificar formalmente las decisiones de las federaciones deportivas internacionales, sino que las estandariza. Este poder le permite actuar como un filtro de uniformidad transnacional, corrigiendo interpretaciones divergentes que se apartan de los precedentes y consolidando una *ratio decidendi* que servirá de modelo para casos futuros (Watson Farley & Williams, 2022, p. 2).

En este ecosistema, la consistencia no es solo un valor técnico del derecho, sino una exigencia de justicia material. Como señala Atul Pal (2024), el arbitraje deportivo "habita" en la jurisprudencia previa porque la desviación injustificada de los criterios establecidos rompería el *level playing field* o nivel de juego igualitario (p. 4).

Si el TAS no mantuviera esta coherencia, se pondría en grave riesgo la integridad de

(4) El caso *UCI v. Alberto Contador & RFEC* es un caso en el que la Unión Ciclista Internacional apeló la decisión de la Real Federación Española de Ciclismo de absolver a Alberto Contador tras detectarse una cantidad mínima de clembuterol en un control antidopaje realizado durante el Tour de Francia 2010. El 6 de febrero de 2012, el TAS declaró al ciclista responsable de una infracción de las normas antidopaje, aplicando el principio de responsabilidad objetiva al considerar que no se había demostrado de manera suficiente que el resultado positivo se debiera al consumo de carne contaminada, como alegaba la defensa. Como consecuencia, Contador recibió una suspensión de dos años y fue despojado de los títulos obtenidos en el Tour de Francia 2010 y el Giro de Italia 2011.

(5) El caso de *USADA v. Lance Armstrong* versa sobre el ciclista estadounidense y su equipo, el U.S. Postal Service, quienes lideraron lo que la Agencia Antidopaje de Estados Unidos (USADA) describió como el «programa de dopaje más sofisticado, profesionalizado y exitoso que el deporte haya visto jamás» (Sebastián & Páramo, 2014, p. 52). Tras una investigación exhaustiva en 2012, se reveló una trama sistemática de uso de sustancias prohibidas y transfusiones sanguíneas que permitió al atleta obtener siete títulos del Tour de Francia de manera fraudulenta. Cabe resaltar que el caso USADA v. Lance Armstrong no llegó al TAS porque la decisión no fue apelada. En su lugar, el procedimiento se tramitó conforme al Protocolo de la USADA y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), mientras su demanda federal (Armstrong v. USADA, N° 1:12-cv-00606-SS) fue desestimada el 20 de agosto de 2012. La resolución de este conflicto no solo resultó en la pérdida de todos sus títulos y una sanción de por vida, sino que consolidó la autoridad del sistema TAS/AMA para imponer sanciones basadas en pruebas de carácter no analítico y confesiones de terceros ante esquemas de fraude a gran escala.

las competiciones internacionales y la confianza de los atletas, clubes y federaciones. Estos requieren la certeza de las reglas del juego, tanto técnicas como estrictamente jurídicas, son objetivas, universales e idénticas para todos los competidores y/o involucrados.

Como señala Javaloyes (2014), pese a la inexistencia de un principio de precedente vinculante o jurisprudencia obligatoria, el TAS está construyendo una verdadera *lex sportiva*. La creación y el mantenimiento de una línea homogénea en sus pronunciamientos ha permitido, por ejemplo, instaurar el principio de responsabilidad objetiva en materia de dopaje. De esta manera, como indica Javaloyes (2014):

> … se cumplen todas las condiciones para poder hablar de una jurisprudencia arbitral coherente que pueda desarrollar con el tiempo una verdadera lex sportiva, cuya aplicación aseguraría a la vez la unidad del ordenamiento jurídico deportivo (Derecho deportivo) y el respeto de los principios fundamentales de orden público del ordenamiento jurídico estatal en general [énfasis agregado]. El reto principal de la jurisprudencia arbitral deportiva es ser capaz de hacer surgir una serie de reglas que sean a la vez respetuosas con los intereses institucionales del deporte y que sean capaces de armonizar las necesidades del buen desarrollo de las competiciones deportivas y de intereses individuales de los sujetos actores, principalmente los deportistas (p. 403).

En definitiva, mediante la combinación de transparencia institucional y una estructura de apelación robusta, el TAS ha logrado que el arbitraje deportivo evolucione de un simple método de resolución de disputas a un sistema de justicia global, elevando el precedente persuasivo a la categoría de pilar de estabilidad sistémica (Pal, 2024, p. 5).

4. Breve comparación: el precedente en las diversas ramas del arbitraje

Como se ha establecido, la viabilidad de un sistema de precedentes no depende solo de la voluntad de los árbitros, sino de la estructura institucional y los intereses presentes en cada tipo de arbitraje. De acuerdo con la doctrina, se puede situar al arbitraje en un espectro de "madurez interpretativa" donde el arbitraje deportivo y el de inversiones ocupan polos opuestos respecto al comercial (Pal, 2024, p. 4).

En el arbitraje comercial internacional, el precedente es, por naturaleza, fragmentario y de alcance limitado. Esta condición obedece principalmente a dos factores estructurales. Por un lado, a diferencia de otros subsistemas, la confidencialidad es un pilar del arbitraje comercial. Al no publicarse la inmensa mayoría de los laudos, no existe un acervo jurisprudencial accesible que permita a futuros tribunales rastrear y consolidar una línea doctrinal. Por otro lado, los tribunales suelen ser *ad hoc* e, incluso, en el caso de arbitrajes institucionales, como los administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o la *London Court of International Arbitration* (LCIA), cada panel es único para el caso concreto y no existe una jerarquía que obligue a un tribunal a acatar lo resuelto por otro tribunal arbitral anterior.

El objetivo es resolver una disputa contractual específica entre dos privados, no desarrollar normas transnacionales. Por ello, la cita de precedentes se limita usualmente a cuestiones procesales o interpretaciones de reglamentos institucionales, como los de la CCI o la LCIA, pero rara vez sobre el fondo del derecho sustantivo (Dhawan, 2021, p. 555).

En cambio, el arbitraje de inversiones presenta una de las paradojas más complejas del derecho transnacional contemporáneo. A diferencia del arbitraje comercial, el sistema de inversiones goza de un alto grado de publicidad, especialmente bajo el auspicio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Sin embargo, esta transparencia no ha derivado en una jurisprudencia uniforme, sino que ha puesto de manifiesto una fragmentación profunda que amenaza la estabilidad del sistema (Pal, 2024, p. 4), ante la falta de predictibilidad.

En estos casos, los tribunales arbitrales no se limitan a resolver una disputa patrimonial privada, sino que actúan como revisores de la legalidad de los actos soberanos de los Estados. Al evaluar si un Estado ha cumplido con el estándar de "Trato Justo y Equitativo" o si ha incurrido en una expropiación indirecta, por ejemplo, los árbitros están ejerciendo una función cuasi-judicial sobre el poder público.

Se acusa que esta función de control público sea ejercida mediante mecanismos de derecho privado. Al no existir una estructura jerárquica ni un tribunal superior que unifique los criterios interpretativos de los miles de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) existentes, el sistema cae en una "anarquía interpretativa", según este punto de vista. Como señala Dhawan (2021):

> Sigue habiendo incoherencias en las normas internacionales y en las leyes sobre las que suelen decidir los árbitros. Esta falta de coherencia y desarrollo en el derecho se ha atribuido a menudo a la ausencia de un sistema vinculante de jurisprudencia en el arbitraje internacional (p. 550).

De esta manera, a diferencia del sistema del TAS, donde la División de Apelaciones

centraliza y estandariza los criterios, en el ámbito de las inversiones cada tribunal es soberano y sus decisiones son definitivas, sujetas solo a limitados mecanismos de anulación (como el artículo 52 del Convenio CIADI) que no revisan el fondo del derecho ni la corrección de la interpretación jurídica.

Esta falla estructural ha generado situaciones en las que tribunales distintos, analizando hechos casi idénticos y bajo TBIs con redacciones similares, han emitido fallos diametralmente opuestos.

Un primer ejemplo paradigmático lo constituyen los arbitrajes planteados tras la crisis económica argentina de 2001. Mientras en el caso *CMS Gas Transmission Company v. República Argentina* (CIADI N° ARB/01/8) el tribunal condenó al Estado rechazando la defensa de estado de necesidad, en *LG&E Energy Corp. v. República Argentina* (CIADI N° ARB/02/1) otro tribunal exoneró de responsabilidad al país reconociendo el mismo eximente de responsabilidad. Estas contradicciones flagrantes erosionan la seguridad jurídica y han desencadenado una crisis de legitimidad que ha llevado a diversos Estados a denunciar el Convenio del CIADI o a renegociar sus tratados para acotar la discrecionalidad arbitral.

Un segundo hito de contradicción sobre el fondo sustantivo atañe al alcance de la expropiación indirecta y las medidas regulatorias de exportación bajo el Capítulo 11 del TLCAN/NAFTA. En el asunto *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* (Arbitraje UNCITRAL, Laudo de 13 de noviembre de 2000), el tribunal concluyó que una prohibición de exportación de desechos no constituía una expropiación indirecta, al tratarse de un ejercicio regulatorio legítimo (*police powers*); mientras que en *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* (Arbitraje UNCITRAL, Laudo de 26 de junio de 2000), respecto a cuotas regulatorias de exportación de madera, el tribunal adoptó un estándar sustancialmente más amplio sobre el impacto económico, sosteniendo que las medidas regulatorias generales sí pueden equipararse a una expropiación si reducen severamente la rentabilidad del inversionista.

Un tercer ejemplo, aún más evidente sobre el fenómeno de las decisiones paralelas respecto a un mismo beneficiario económico, se dio en las disputas iniciadas contra la República Checa tras la revocación de la licencia de la emisora TV Nova. En el asunto *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* (Arbitraje UNCITRAL, Laudo Final de 3 de septiembre de 2001), el tribunal desestimó las pretensiones del inversionista al no constatar violación regulatoria; sin embargo, diez días después, en el proceso paralelo *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic* (Arbitraje UNCITRAL, Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001), un tribunal distinto, actuando sobre la misma medida estatal, condenó al Estado checo al pago de una indemnización superior a los 350 millones de dólares.

Finalmente, esta impredictibilidad trasciende el fondo sustantivo e impacta la propia competencia procesal de los tribunales a través de la interpretación de la Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF). Mientras el tribunal en *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España* (CIADI N° ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000) dictaminó que la cláusula de NMF permite a un inversionista importar reglas de procedimiento arbitral más favorables contenidas en otros tratados, el tribunal en *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005) rechazó categóricamente esta doctrina, sosteniendo que las reglas procesales de jurisdicción no pueden modificarse por analogía.

Estas contradicciones flagrantes erosionan la seguridad jurídica y han provocado una crisis de legitimidad que ha llevado a varios Estados a denunciar el Convenio del CIADI o a renegociar sus tratados para limitar la discrecionalidad arbitral.

Considerando lo anterior, es factible afirmar que existe la premisa errónea de que la simple publicación de laudos genera, por sí sola, un sistema de precedentes. El CIADI ha hecho esfuerzos significativos por fomentar la transparencia, promoviendo la publicación de decisiones para intentar forzar una "jurisprudencia constante" por la vía de la persuasión. Sin embargo, al evaluar comparativamente este intento con el modelo del TAS, la diferencia se revela de carácter estructural y no meramente informativo. Mientras el TAS es una organización centralizada que actúa como una verdadera cúspide del sistema deportivo, el CIADI funciona meramente como un administrador de procedimientos (*clearing house*).

> En el TAS, la publicidad de los laudos sirve para que los paneles de apelación ejerzan su función unificadora. En el CIADI, al no existir una estructura centralizada que obligue a la coherencia, la transparencia en el arbitraje de inversiones termina alimentando la desconfianza, ya que las partes pueden constatar cómo la "lotería de árbitros" influye más en el resultado que la propia norma jurídica (Pal, 2024, p. 4).

Esto no significa que en el arbitraje ante el TAS exista un principio de precedente vinculante o jurisprudencia obligatoria. Por el contrario, en el arbitraje deportivo también existen muestras de pronunciamientos contradictorios. Por ejemplo, en el caso CAS 2009/A/1926 y 1930, también conocido como caso Gasquet, consta la falta de uniformidad en la interpretación de normas antidopaje. Sin embargo, como indicó el tribunal del TAS en el caso CAS 2002/O/372, CON et al. vs. COI:

> La jurisprudencia del TAS ha refinado y desarrollado notablemente un número de principios de derecho deportivo, como lo son el principio de responsabilidad objetiva (en casos de *doping*) y la equidad, que pueden considerarse parte de una "*lex sportiva*" emergente. Dado que la jurisprudencia del TAS está ampliamente basada en una variedad de reglamentos deportivos, la utilización por las partes de los precedentes del TAS en sus argumentaciones constituye una elección de dicho cuerpo normativo conformado por casos que comprenden ciertos principios generales derivados de, y aplicables a, los reglamentos deportivos (Citado por Javaloyes, 2014, p. 150).

El arbitraje deportivo ha logrado transitar de un "precedente persuasivo" a uno "*de facto* vinculante". Como se ha analizado, esta diferencia se explica por la estructura institucional del TAS. Mientras en lo comercial hay cientos de instituciones, en el deporte el TAS es la instancia final única. Esta estructura facilita la uniformidad que el arbitraje de inversiones no posee (Cáraves Toval, 2020, p. 18).

Además, en el arbitraje deportivo, la inconsistencia es inaceptable. Si un tribunal sanciona un tipo de dopaje con dos años y otro con cuatro ante hechos idénticos, se rompe el principio de *fair play*. Esta presión por la igualdad de condiciones obliga al TAS a seguir sus propios precedentes de manera mucho más rigurosa que en cualquier otra rama (Pérez Pereda, 2024, p. 35). Adicionalmente, a diferencia del arbitraje comercial, que aplica leyes nacionales, el TAS aplica y crea la *Lex Sportiva*. Al ser el TAS quien maneja este ordenamiento, sus laudos previos son la fuente primordial del derecho, adquiriendo una autoridad casi legislativa.

5. Conclusiones

La tensión entre la naturaleza consensual del arbitraje y la necesidad de predictibilidad jurídica no es una dicotomía insalvable, sino un proceso de evolución institucional. Si bien la doctrina clásica ha categorizado al arbitraje como un foro estrictamente descentralizado caracterizado por tribunales temporales constituidos para resolver una disputa específica y cuya competencia se agota con la emisión del laudo, el análisis de los diversos tipos de arbitraje permite concluir que la viabilidad de un sistema de precedentes depende directamente del grado de madurez y centralización del foro en el que se invoca.

En primer lugar, es fundamental concluir que la celeridad, aunque es el factor que impulsa originalmente a los actores hacia el arbitraje, no es suficiente para sostener la legitimidad del sistema a largo plazo. En el ámbito deportivo, donde una carrera profesional puede extinguirse en el tiempo que tarda un proceso judicial ordinario, la rapidez es una necesidad de supervivencia. Sin embargo, como se ha analizado, esta eficiencia operativa perdería su valor si no estuviera respaldada por la consistencia interpretativa. La verdadera seguridad jurídica en el arbitraje no nace solo de la rapidez de la decisión, sino de la capacidad de las partes para anticipar el resultado basándose en criterios previos.

En segundo lugar, el arbitraje deportivo, bajo la protección del TAS, se erige como la excepción sistémica dentro del panorama del derecho transnacional. A diferencia del arbitraje comercial, limitado por la confidencialidad, y del arbitraje de inversiones, que carece de una estructura jerárquica, el sistema deportivo ha logrado centralizar su función unificadora. La existencia de una instancia final única y una División de Apelaciones con facultades de revisión *de novo* ha permitido que el TAS actúe como una verdadera "corte suprema" del deporte, filtrando las inconsistencias de las federaciones internacionales y garantizando un trato equitativo global.

En tercer lugar, la publicación de laudos es una condición necesaria pero no suficiente para la creación de un sistema de precedentes robusto. El ejemplo del arbitraje de inversiones demuestra que la transparencia, sin una autoridad central que dote a los laudos de una función sistémica, puede erosionar la confianza en el mecanismo. Por el contrario, en el TAS, la publicidad de las decisiones sirve como el combustible de la *Lex Sportiva*, permitiendo que el precedente persuasivo transite hacia una autoridad *de facto* vinculante debido a la presión por mantener el *fair play* y la igualdad de condiciones (*level playing field*).

En cuarto lugar, respecto a la *Lex Sportiva*, no nos encontramos ante un simple conjunto de normas privadas, sino ante un ordenamiento jurídico transnacional en plena madurez. Al amparo del Artículo

R58 del Código del TAS, los árbitros han asumido un rol cuasi-legislativo según el cual, sin perjuicio de las inconsistencias aisladas en la interpretación de ciertas normas, la reiteración de criterios en sus laudos establece estándares que sirven como norma de referencia para futuros paneles. Esto ocurre porque, ante la ausencia de un legislador global y la existencia de lagunas en los reglamentos federativos, los árbitros deben desarrollar el sistema sustantivo. De esta manera, por razones de coherencia sistémica y para garantizar la igualdad de condiciones (*level playing field*), cada laudo no solo resuelve un caso concreto, sino que consolida un criterio interpretativo que sirve como norma de referencia para futuros paneles.

En quinto lugar, es imperativo destacar que el precedente arbitral debe entenderse como un ejercicio de racionalidad jurídica. Los árbitros recurren a decisiones previas no por una obligación jerárquica impuesta por ley (*de jure*), sino por una necesidad técnica de fundamentación (*de facto*). Investigar el pasado para resolver el presente es una exigencia del pensamiento jurídico que busca evitar la fragmentación del derecho. En el TAS, esta práctica se ha institucionalizado de tal manera que la desviación de un criterio establecido requiere una carga argumentativa superior, lo que otorga al precedente una fuerza normativa que se asemeja a los sistemas de *Common Law*.

En sexto lugar, el análisis comparativo permite concluir que el modelo del TAS ofrece lecciones valiosas para otras ramas del arbitraje. El éxito del arbitraje deportivo demuestra que es posible conciliar la autonomía privada con la coherencia sistémica, siempre que exista una infraestructura institucional (como el CIAS) que actúe como escudo protector de la independencia arbitral.

Finalmente, se reafirma la tesis de que el arbitraje deportivo es el paradigma de la seguridad jurídica en el derecho transnacional. La interconexión entre la alta institucionalización, la publicidad de los laudos y la especialización de sus miembros ha permitido que el TAS supere la naturaleza fragmentaria del arbitraje tradicional. Este sistema asegura que un atleta, independientemente de su nacionalidad o recursos, sea juzgado bajo estándares universales, protegiendo así el valor más sagrado del fenómeno deportivo: la integridad de la competencia.

A manera de cierre, cabe señalar que el sistema de precedentes arbitrales se encuentra en una fase de expansión. A medida que el arbitraje internacional continúe madurando como un cuerpo de creación de normas autónomo, el modelo deportivo seguirá sirviendo de brújula. La búsqueda de coherencia y congruencia es lo que permite que el arbitraje trascienda su origen contractual y se consolide como un sistema de justicia predecible, y legítimo.

Referencias Bibliográficas

Amaral, G. (2017). *Judicial precedent and arbitration: Are arbitrators bound by judicial precedent?* (2.ª ed.). Wildy, Simmonds & Hill.

Cano, J., Guzmán-Martínez, D., Castañeda, L., & Sánchez, J. (2019). El precedente en el arbitraje internacional. *UNA Revista de Derecho*, *4*.

CAS 2002/O/372, Comité Olímpico Nacional Italiano (CONI) et al. v. Comité Olímpico Internacional (COI) (Laudo de 28 de julio de 2003).

CAS 2004/O/645 USADA v. Tim Montgomery (Laudo de 13 de diciembre de 2005).

CAS 2009/A/1912 & 1913, Claudia Pechstein & DEVG v. International Skating Union (ISU) (Laudo de 25 de noviembre de 2009).

CAS 2009/A/1926 & 1930, International Tennis Federation (ITF) v. Richard Gasquet & WADA v. ITF & Richard Gasquet (Laudo de 17 de diciembre de 2009).

CAS 2011/A/2384, Union Cycliste Internationale (UCI) v. Alberto Contador Velasco & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) (Laudo de 6 de febrero de 2012).

CAS 2024/A/11026, Kiril Minchev Todorov v. World Aquatics (Laudo de 2 de mayo de 2025)

Cáraves, B. (2020). *El Tribunal Arbitral del Deporte (TAS): sus antecedentes, organización, estructura y procedimientos* [Memoria de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, Caso UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI/UNCITRAL], Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001).

CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, Caso CIADI N.° ARB/01/8 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Laudo, 12 de mayo de 2005).

Costa e Silva, P., de Lacerda, F., & França, M. (2018, 18 de octubre). *Arbitral precedent: Still exploring the path*. Kluwer Arbitration Blog. https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/arbitral-precedent-still-exploring-the-path/

Dhawan, P. (2021). Application of precedents in international arbitration. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, *87*(4), 550–574.

Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.

Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España, Caso CIADI N.° ARB/97/7 (Centro Internacional

de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Decisión sobre Jurisdicción, 25 de enero de 2000).

González de Cossío, F. (2006). *Arbitraje deportivo*. Editorial Porrúa.

Gottheil, J. (1960). *Common Law y Civil Law*. Editorial Abeledo-Perrot.

Íscar de Hoyos, J. (2022). *El arbitraje deportivo*. Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (4), 194-201.

Javaloyes, V. (2014). *El Régimen Jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte*. Editorial Aranzadi.

Julià, J. M. (2018). Breve comentario de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª), de 2 de octubre de 2018, en los asuntos Mutu y Pechstein c. Suiza. *Arbitraje*, *11*(3), 817-835.

Kaufmann-Kohler, G. (2007). Arbitral precedent: Dream, necessity or excuse? *Arbitration International*, *23*(3), 357-378.

Legarre, S., & Rivera, J. (2006). Naturaleza y dimensiones del "stare decisis". *Revista Chilena de Derecho*, *33*(1), 109-124.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina, Caso CIADI N.° ARB/02/1 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006).

López, F. (2016). La lucha antidopaje. ¿Es una política moderna o de otro tiempo? *Dilemata*, (21), 253-272.

Pal, A. (2024, 26 de noviembre). *The viability of precedents in arbitration*. American Review of International Arbitration. https://aria.law.columbia.edu/the-viability-of-precedents-in-arbitration/

Papakonstantinou, Z. (2021). Law, Litigation, and Sport in Ancient Greece. En T. F. Scanlon y A. Futrell (Eds.), *The Oxford Handbook of Sport and Spectacle in the Ancient World* (pp. 592-602). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199592081.001.0001

Pérez, D. (2024). Elementos particulares en el arbitraje deportivo. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, (5), 31-53.

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Caso CIADI N.° ARB/03/24 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005).

Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada, Caso UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI/UNCITRAL], Laudo, 26 de junio de 2000).

Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, Caso UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI/UNCITRAL], Laudo Final, 3 de septiembre de 2001).

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Caso UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI/UNCITRAL], Laudo, 13 de noviembre de 2000).

Sebastián, R. F., & Páramo, V. (2014). Ética del deporte y dopaje. El caso Armstrong. *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, *2*(1), 51-71.

United States Anti-Doping Agency v. Lance Armstrong, Caso USADA N.° 12-01 (United States Anti-Doping Agency [USADA] / Tribunal de Arbitraje Deportivo [TAS/CAS], Decisión Disciplinaria y Aceptación de Jurisdicción, 10 de octubre de 2012).

Villalba, J. , & Moscoso, R. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, *11*(22), 141-170.

Watson & Williams. (2022, 28 de noviembre). *Sports Arbitration - CAS, TCAS and Everything in between*. WFW. https://www.wfw.com/articles/sports-arbitration-cas-tcas-and-everything-in-between/

Weidemaier, W. M. (2010). Toward a theory of precedent in arbitration. *Berkeley Journal of International Law*, *24*(3), 1883-1927.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.013

Arbitrajes comerciales paralelos y sucesivos bajo derecho peruano: ¿son las medidas anti-arbitraje una solución?(*)

Parallel and Successive commercial arbitrations under peruvian law: are anti-arbitration injunctions a solution?

Rodrigo Hesse Martínez(**)
Universidad de Lima (Lima, Perú)

Resumen: Las medidas anti-arbitraje son órdenes que tienen como finalidad generar la terminación definitiva o temporal de un arbitraje paralelo. Este trabajo aborda la competencia de los árbitros para dictar estas medidas en arbitrajes comerciales regidos bajo *lex arbitri* peruana y demuestra que son nulas por (i) constituir un avocamiento indirecto en la competencia del tribunal paralelo (materia que es de su competencia exclusiva según el principio *competence-competence*) y (ii) una interferencia en su conducción independiente.

Palabras clave: Arbitraje Comercial - Procedimientos Paralelos - Medida Antiarbitraje - Interferencia - Competence Competence – Independencia - Perú

Abstract: Anti-arbitration injunctios are defined as restriction orders aimed at the definitive or temporary termination of parallel arbitrations. This paper addresses the competence of arbitrators to issue these measures in commercial arbitrations ruled by Peruvian law and demonstrates that they are null and void because they constitute (i) an indirect ruling on the competence of the parallel tribunal (a matter that is within its exclusive competence according to the competence-competence principle) and (ii) an interference in its independent management.

Keywords: Commercial Arbitration - Parallel Proceedings - Anti-arbitration Injunction - Interference - Competence Competence – Independence - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 13 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 16 de junio de 2026.
(**) Abogado por la Universidad de Lima (Lima, Perú). Diploma de especialidad en solución de controversias. Asociado del Área del Litigios y Arbitrajes del Estudio DLA Piper Perú. ORCID: 0009-0007-0475-9646. Correo electrónico: rhessem@outlook.com.

1. Introducción

Esta investigación versa sobre la denominada "medida anti-arbitraje" o *anti-arbitration injunction* (en adelante, MAA). Una orden de restricción dictada contra el demandante de un arbitraje iniciado "indebidamente" mediante la cual se le obliga a desistirse o realizar sus mejores esfuerzos para suspender el procedimiento.

Históricamente, ha sido una herramienta típica en el arsenal de las cortes estatales para controlar el arbitraje comercial, principalmente, ante la presunta ausencia de consentimiento. Cuando se hace alusión al "control previo" o *ex ante* (en oposición a un control posterior o *ex post*), se está haciendo referencia a la interferencia estatal en el arbitraje mediante la cual se "adelanta" la función supervisora y, precisamente, este adelanto se realiza a través de una MAA. Existe amplia producción académica que explica por qué es una mala idea realizar este tipo de intervenciones y algunos autores advierten que la hostilidad de ciertas cortes ha sido aprovechada por litigantes maliciosos como táctica de guerrilla para obstruir procedimientos (Gaillard, 2017; Born, 2021).

Lo relevante para este trabajo es que algunos tribunales arbitrales comenzaron a imitar esta práctica ante el inicio "indebido" de procedimientos paralelos. Primero, atacando procesos judiciales iniciados en contravención al convenio arbitral o la ley aplicable al procedimiento (también conocida como *lex arbitri*) a través de la denominada "*anti suit injunction*" o "medida anti-proceso", antecesora de la MAA estatal. Luego, comenzaron a dictar MAAs (esta vez "arbitrales") ante el inicio irregular de arbitrajes paralelos o sucesivos bajo el mismo fundamento.

Al igual que sus antecesoras, la MAA funciona como un torpedo(1). El desistimiento del demandante hunde el arbitraje paralelo o la suspensión lo deja gravemente dañado al paralizar el procedimiento. Incluso ha sido dictado junto con penalidades y su incumplimiento podría ser considerado una conducta de mala fe procesal que impacte la asignación de costos.

Precisamente, la MAA es altamente controversial por este efecto fulminante y es considerado invasivo en la independencia del tribunal arbitral paralelo, incluso cuando la orden no es dirigida contra ellos. En principio, cualquier irregularidad en el inicio de un arbitraje comercial (como la ausencia de consentimiento, incumplimiento del convenio o de la *lex arbitri)* es una materia que debe ser presentada ante el propio tribunal paralelo al objetar su competencia.

Bajo derecho peruano, existe un reconocimiento normativo al principio *competence-competence*. El tribunal es competente para determinar su propia competencia, así como para conocer cualquier objeción relativa a la continuación del procedimiento, conforme al artículo 41(1) de la Ley de Arbitraje. Esta determinación, como veremos más adelante, está sujeta a un control posterior realizado por las Salas Comerciales, las cuales son competentes para conocer potenciales recursos de anulación.

Esta distribución de competencias ha sido mejor explicada a través de la clásica "teoría de los disparos", según la cual los árbitros realizan el primer disparo para determinar su competencia, pero son las cortes quienes se reservan el disparo final (Hermann, 1993). El ordenamiento organiza el control de potenciales irregularidades a través de un sistema de objeciones y supervisión formal posterior. Sin embargo, tiene un defecto importante.

Incluso cuando los árbitros declinan competencia en un primer laudo de jurisdicción, las partes desperdician tiempo y recursos defendiéndose. En el peor de los casos, pierden aún más recursos cuando el tribunal paralelo declina competencia sin bifurcar (y se ven forzados a defenderse en los méritos, posiblemente presentando pericias, testigos e informes legales complejos) y -especialmente- cuando asume competencia y tienen que anular el laudo en el Poder Judicial. Ello crea un problema complejo.

El funcionamiento aislado y autónomo de los tribunales arbitrales (sin interferencias) tiene muchas ventajas, pero bajo el riesgo de que se constituyan múltiples tribunales y resuelvan sobre lo mismo (Hobér, 2014, p. 118). Ello sin que las partes cuenten con un remedio procesal interno como el contemplado bajo derecho peruano ante una contienda judicial(2); así, forzándolas a defenderse de múltiples arbitrajes paralelos.

(1) Coloquialmente, algunos foros de noticias europeos y ciertos autores han denominado esta medida como un "torpedo" porque su finalidad es "hundir" procesos paralelos.

(2) Artículo 41 del Código Procesal Civil (DL 768): "La contienda de competencia entre Jueces Civiles del mismo distrito judicial la dirime la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente. En los demás casos, la dirime la Sala Civil de la Corte Suprema (…)".

Como bien explicó una corte inglesa, el riesgo de proliferación de procedimientos paralelos es un "riesgo tolerado" creado por la ausencia de una consolidación no-consensual de procedimientos aceptado ante la percepción de mayores ventajas de un sistema estrictamente de objeciones(3). Lo crucial para esta investigación es que algunos ordenamientos les permiten a sus árbitros corregir este defecto (delegando en ellos la discreción interferir), mientras que otros no (cerrando la posibilidad legislativamente).

Este trabajo argumenta que la MAA solo será válida cuando la *lex arbitri* delegue en los árbitros están decisión y que el derecho peruano no lo permite. En consecuencia, argumenta que la MAA es nula porque viola los artículos 3 y 41(1) de la Ley de Arbitraje, así como el articulo 139(2) de la Constitución Política del Perú, normas que reflejan la ponderación legislativa a favor de la independencia arbitral.

Esta ponderación se expresa a través del reconocimiento legal del denominado "efecto negativo" del principio *competence-competence*, violado en el avocamiento indirecto e indebido sobre la competencia del tribunal paralelo. Asimismo, se manifiesta través del reconocimiento legal y constitucional del principio de no-interferencia, violado al impedir que el tribunal paralelo analice su propia competencia o, habiéndolo hecho previamente, que resuelva la controversia respecto de la cual se consideró competente.

2. Arbitrajes comerciales paralelos, sucesivos y mecanismos de control

La MAA sirve para neutralizar arbitrajes comerciales "indebidos" o "irregulares", sean paralelos (múltiples en curso) o sucesivos (uno después de finalizado otro). La clave está en la irregularidad. El mero hecho de iniciar múltiples arbitrajes derivados de una misma relación jurídica o fundamentos conexos no es una conducta prohibida ni patológica(4).

En este sentido, es un mecanismo de control, entre muchos otros, para corregir conductas patológicas y sus importantes consecuencias. Principalmente, la afectación a la seguridad jurídica por el riesgo de decisiones contradictorias y el despilfarro de recursos.

2.1. Arbitrajes comerciales paralelos y sucesivos

La clasificación entre arbitrajes "paralelos" y "sucesivos" es una distinción en razón del tiempo en la que los reclamos son formulados con respecto de otro procedimiento. La naturaleza paralela describe un arbitraje iniciado simultáneamente a otro, independientemente de las materias que se aborden en cada uno. Igualmente, la naturaleza sucesiva hace alusión a un arbitraje iniciado después de otro.

Esta distinción en específico no es patológica, aunque no resulta ideal cuando la conexidad entre las materias está lo suficientemente vinculado como para que sea más eficiente acumularlas en un solo procedimiento. Sin embargo, es un argumento únicamente de eficiencia y no una objeción.

2.2. Arbitrajes idénticos y vinculados/ conexos

Esta segunda clasificación es una distinción en función de la similitud de una materia discutida en un primer arbitraje con aquella discutida en otro procedimiento (sea paralelo o sucesivo). Distinguir -correctamente- entre dos arbitrajes vinculados por la discusión fáctica o jurídica y dos auténticamente idénticos es muy relevante.

Por un lado, la duplicación es un acto inherentemente patológico y consiste en la presentación del mismo reclamo ante dos o más tribunales arbitrales. La clave está en demostrar la identidad de ambos reclamos y, por este motivo, el éxito de una objeción de litispendencia (*lis pendens*) o cosa juzgada (*res judicata*) dependerá de la rigidez del *test* de triple identidad (tanto en la identidad de los méritos como de los sujetos involucrados).

(3) La Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (2004) en Lincoln v. Sun Life sostuvo que la ausencia de mecanismos forzosos de consolidación procesal en el arbitraje comercial responde a una percepción en de que las ventajas de su ausencia (confidencialidad y privacidad) son mayores a las de su presencia (párrafo 68). Luego agregó que, salvo que esto cambie, la "triste verdad" es la siguiente:
"*The sad truth is that in the absence of any third party or consolidation procedure in arbitration, parties may be put into the position of making inconsistent cases in different proceedings. In litigation, it is possible to make inconsistent cases in the same proceedings; doing so later, in different proceedings, may come under the head of abuse of process. But that is not a reason to extend the law of issue estoppel in arbitration proceedings beyond its proper sphere"* (párr. 83).

(4) No es relevante que ambos estén en curso, sino que la materia sometida a los múltiples tribunales sea la misma. Será paralelo cuando este pendiente de decisión y sucesivo cuando haya sido laudado, incluso si es uno parcial y el procedimiento continúa para el resto de las materias.

Por otro lado, la fragmentación debe entenderse como la presentación de dos o más pretensiones en activación del mismo convenio arbitral o incorporados en contratos conexos. A diferencia de la duplicación, la fragmentación no es patológica *per se*, pues presume el derecho a someter cada reclamo a un tribunal distinto. No hay una respuesta uniforme que permita filtrar adecuadamente la fragmentación legítima de una abusiva, que es contraria a la buena fe porque debió ser sometida oportunamente en el arbitraje fenecido, o la re-litigación de materias conexas. La objeción de cosa juzgada (*res judicata*) tiene el mismo problema que la litispendencia, el estándar de triple identidad necesario puede llegar a ser muy estricto y no alcanza la re-litigación de hechos o incertidumbres jurídicas presentes en la sección considerativa del laudo.

La proliferación de arbitrajes paralelos como fenómeno se distingue por la existencia de una contienda de árbitros (que no sucede en el inicio de procedimientos sucesivos o aislados) y resulta especial para este trabajo porque es únicamente en este contexto donde se han dictado las MAAs[5]. En este tipo de conflictos, el principal fundamento conocido es el incumplimiento el convenio (para calificar la pertinencia del arbitraje paralelo) aunque existen muchos otros por los que un arbitraje paralelo o sucesivo puede ser irregular.

2.3. Arbitrajes paralelos iniciados ante centros arbitrales distintos

El sometimiento de la misma materia o una conexa en arbitrajes paralelos o sucesivos ante centros distintos agrega una capa extra de complejidad. La duplicación o fragmentación abusiva de pretensiones son conductas patológicas por si solas que ameritan su improcedencia; sin embargo, nada tiene que ver con la elección del centro cuya legalidad dependerá del pacto entre las partes.

El convenio arbitral (que no debe confundirse con los contratos celebrados con los árbitros ni el centro arbitral) es un pacto complejo. No solo implica obligarse a arbitrar las potenciales o presentes controversias sino a extinguirlas bajo un procedimiento de ciertas características. Una de las principales características es la elección del centro que administrará la controversia y cuyas normas serán aplicables a la conducción del procedimiento, así como la constitución del tribunal arbitral.

Este pacto puede someter todas las controversias a un solo centro o fragmentarlas. Por ejemplo, puede someter las controversias de "baja cuantía" a un arbitraje administrado por un centro local, como la CCL o AMCHAM, o incluso a un arbitraje ad hoc regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2021, y reservar aquellas de "alta cuantía" para un centro extranjero, como la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI). Asimismo, algunos contratos con entidades públicas contemplan el sometimiento de determinadas controversias contractuales directamente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Otro ejemplo es el sometimiento de controversias técnicas a un arbitraje de conciencia y de aquellas no técnicas a uno de derecho.

El problema es que, surgida la controversia, las partes discrepan sobre la interpretación del convenio (y, por ende, qué centro fue pactado) o sobre la subsunción del caso a la regla acordada (discrepancias sobre la cuantificación o naturaleza de la controversia). También puede ocurrir que una parte fabrique controversias (por ejemplo, Caso Orellana, *véase* Cornejo Arizmendi, 2016) o, existiendo una, ignora el convenio (conociendo la verdadera interpretación o subsunción) y presenta sus pretensiones ante un centro claramente distinto al pactado con la intención de satisfacer intereses económicos ilícitamente (fraude).

En todos estos casos, las partes suelen objetar la competencia del tribunal constituido bajo el centro que consideren incorrecto. El problema es que no siempre resulta claro el fundamento de dicha objeción. Si cada parte sometió exactamente la misma disputa al centro que consideró correcto, ¿no estaríamos ante una litispendencia arbitral (también denominada *lis pendens arbitralis*)?

La respuesta es que no. Solo puede existir litispendencia entre órganos competentes para conocer la controversia (por ello no existe litispendencia entre árbitros y jueces). En este sentido, solo existirá litispendencia arbitral cuando se duplique el mismo arbitraje (mismo centro). Misma lógica aplica cuando se pretende re-litigar una controversia ante un centro distinto al pactado.

2.4. Sistemas de control

La duplicación o re-litigación de controversias son fenómenos negativos e indeseados por el ordenamiento porque crea el riesgo de laudos contradictorios, así como el despilfarro de tiempo y recursos. En respuesta, el derecho posee instituciones procesales para mitigar ambos riesgos o realizar un "control de daños" (*damage control*).

Recordemos que la duplicación de procedimientos es un problema complejo porque enfrenta la autonomía del adjudicador con objetivos de orden público que el sistema

tiene en sus mecanismos de solución de controversias. En sistemas jerarquizados y centralizados (órganos permanentes) como el poder judicial, los conflictos de competencia los resuelve un superior jerárquico perteneciente al mismo sujeto de derecho como es el Estado (denominada "contienda") antes de que cada uno lleve a cabo el procedimiento. Sin embargo, ¿qué sucede en mecanismos como el arbitraje, litigios ante cortes internacionales y litispendencia entre cortes de diferentes países donde no existen superiores jerárquicos? Hobér (2014) advierte que en este tipo de sistemas es usual que dos o más tribunales conozcan simultáneamente los mismos hechos o incertidumbres jurídicas (p. 118).

Asimismo, existen cuatro (4) técnicas legislativas para controlar la proliferación de procedimientos: (i) la tolerancia; (ii) el unilateralismo (*unilateralism*), que arriesga un conflicto entre órganos adjudicadores; (iii) reglas de prioridad y deferencia (obligatorios o discrecionales); (iv) y, la consolidación, coordinación y cooperación (Mclachlan, 2009, p. 265).

2.4.1. Tolerancia

La tolerancia como sistema de control no hace alusión a la tolerancia del ordenamiento jurídico (pues no estaríamos, entonces, ante un sistema de "control") sino a la indiferencia que debe mantener un adjudicador ante el procedimiento iniciado ante otro.

Esta indiferencia inicial suele compensarse con una garantía posterior: la existencia de un órgano que anule la decisión del adjudicador incompetente, por ejemplo. Todo tiene costo, pues a mayor indiferencia, más desprotegidas quedan las partes; pero, a mayor interferencia, menos independencia queda para quien debió solucionar la controversia (quien se ve impedido de solucionarla, también en perjuicio de las partes).

La denominada "ponderación" es el ejercicio mediante el cual un sujeto determina si vale la pena asumir un costo como ese y cuándo. En algunos casos, es el legislador quien establece predeterminadamente si predomina la independencia de los adjudicadores o los beneficios de interferir.

La ponderación suele ser a favor la tolerancia, aunque cada tradición adopta diferentes excepciones. En el Common Law, las cortes inglesas, por ejemplo, suelen intervenir bajo diferentes estándares cuando se acredita que el inicio de otro proceso se realizó en contravención a un pacto contractual (estándar bajo) o ante deberes extracontractuales como abuso de proceso o *forum non conveniens* (estándar alto).

En el *Civil Law*, la interferencia es mucho más excepcional. De hecho, bajo derecho peruano está prohibida constitucionalmente: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones" (artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú). Como veremos más adelante, el legislador peruano ponderó a favor de la independencia arbitral y, por ende, eligió un sistema de control ante que uno interferente.

En materia de derecho internacional público, uno de los principios que rige la convivencia entre soberanos es el principio de confianza mutua o *"mutual trust"* según el cual debe presumirse que el otro actuará conforme a derecho o lo aplicará correctamente. Asimismo, este principio se aplica conjuntamente con el clásico *"comity"* o "cortesía internacional" que, básicamente, impone una especie de "deber" de mostrar cortesía (su naturaleza es debatida) evitando realizar actos que colateral o directamente puedan interferir con las funciones soberanas de otro Estado. No se realizará una mayor explicación sobre ambos conceptos. Lo relevante es que estos principios limitan la discreción de los jueces ante el inicio de procesos judiciales paralelos en otros Estados.

Misma convivencia puede observarse cuando múltiples cortes internacionales o árbitros se declaran competentes sobre casos vinculados o incluso idénticos. Aunque en esferas muy distintas, no actúan en representación de ningún soberano ni son agentes del Estado. La particularidad del árbitro es que nace y muere para el caso concreto. Sin embargo, igualmente existen principios que velan por su independencia como el famoso *competence-competence* y el principio de no-interferencia.

En la interacción juez-árbitro, se han creado reglas para garantizar a plenitud estas garantías como el desplazamiento del control a un momento posterior y la naturaleza formal o superficial de dicho control en anulación, ejecución y reconocimiento. Si bien la producción académica en la interacción árbitro-árbitro es escasa (probablemente por la confidencialidad), en estos casos estas mismas protecciones son aplicables.

2.4.2. Unilateralismo ("*unilateralism*")

El unilateralismo es un sistema opuesto a la tolerancia. Presume la competencia exclusiva del adjudicador sobre la materia y le permite eliminar procedimientos que vulneren esta exclusividad. El género de *anti suit* y *anti arbitration injunction* son herramientas de este sistema. Como se indicó anteriormente,

depende de la ponderación realizada por el legislador quien podrá imponer la tolerancia o la interferencia, como también puede delegar en los adjudicadores la oportunidad de ponderarlo ellos mismos.

En Airbus Industrie GIE v. Patel, la House of Lords (1998) compartió una interesante reflexión sobre cómo cada tradición aborda la proliferación de procesos:

> Two different approaches to the problem have emerged in the world today, one associated with the civil law jurisdictions of continental Europe, and the other with the common law world. Each is the fruit of a distinctive legal history, and also reflects to some extent cultural differences (…) On the continent of Europe, in the early days of the European Community, the essential need was seen to be to avoid any such clash between member states of the same community (…)This system achieves its purpose, but at a price. The price is rigidity, and rigidity can be productive of injustice.
>
> In the common law world, the situation is precisely the opposite. There is, so to speak, a jungle of separate, broadly based, jurisdictions all over the world (...) The basic principle is that each jurisdiction is independent. There is therefore, as I have said, no embargo on concurrent proceedings in the same matter in more than one jurisdiction. There are simply these two weapons, a stay (or dismissal) of proceedings and an anti-suit injunction (párrs. 132-133).

Como bien destaca McLachlan (2009) en comentario a esta sentencia, el inicio paralelo de procesos civiles iniciados en países diferentes es una materia sumamente rica porque los Estados mantienen una relación horizontal entre ellos donde no existe reglas de prioridad del uno sobre el otro (p. 268). Históricamente, las *anti suit injunctions* fueron creadas para resolver disputas internas por poder entre las cortes inglesas y las cortes de equidad. Recién fueron aplicadas de forma transfronteriza contra Escocia e Irlanda, así como contra procesos iniciados en colonias británicas (McLachlan, 2009, p. 268).

Cualquiera que hayan sido las motivaciones en ese contexto imperial, probablemente ya no existan en la actualidad en el litigio civil moderno:

> In any event, the premise that it is possible to marry both principles as part of a general discretionary scheme for resolving conflicts of jurisdiction seems doubtful. After all, each discretion points in precisely the opposite direction: the stay in favour of deference to foreign proceedings; and the anti-suit injunction in favour of the assertion of control over those proceedings (McLachlan, 2009, p. 268).
>
> Un sistema de control de este tipo necesita una dinámica jerarquizada para funcionar que permita un ejercicio amplio de discreciones. Estas condiciones no suelen presentarse en sistemas del *Civil Law* y suelen crear conflictos entre adjudicadores (McLachlan, 2009, p. 265). De hecho, empeoran el conflicto y originan un intercambio infinito de *injunctions*.

2.4.3. Prioridad y deferencia

La prioridad y deferencia son reglas que asignan de forma predeterminada la competencia de un adjudicador sobre otro. No deja espacio a discreciones, salvo que la norma expresamente así lo reconozca.

Un ejemplo clásico es la litispendencia, según la cual existirá preferencia por aquel que conoció el caso primero. La *International Law Association* (2009), a cargo De Ly y Sheppard, realizó dos grandes reportes sobre la litispendencia y cosa juzgada en el arbitraje comercial. Particularmente, en el primero concluyó y recomendó que, cuando un tribunal tome conocimiento de que existe un arbitraje paralelo en marcha y ese haya iniciado primero, decline competencia si el tribunal a cargo de ese procedimiento ya se declaró competente o suspenda su procedimiento hasta que lo hagan (acto también conocido como *stay of proceedings*) para protegerla de un despilfarro innecesario de recursos y tácticas abusivas si consideraba que la *lex arbitri* lo permite, las partes lo consienten y el resultado del otro arbitraje afecta la materia sometida a su conocimiento (pp. 437-454).

Aunque solo es una recomendación para evitar un conflicto de competencia, es un ejemplo de cómo la deferencia puede ser utilizada como técnica para controlar la proliferación de procedimientos. Si fuese incorporada como regla estaríamos ante una técnica legislativa deferente.

Otro gran ejemplo es el principio *competence-competence* según el cual los árbitros son competentes para determinar primero su competencia. El artículo II de la Convención de Nueva York, el artículo 2 de la Convención de Panamá y el artículo 16 de la Ley de Arbitraje recogen esta regla, salvo que exista un convenio arbitral manifiestamente patológico. Sin embargo, no poseen una regla diferente que regule expresamente la interacción entre árbitros. La posición de este trabajo, como se abordará más adelante, es que el reconocimiento normativo del "efecto negativo" del *competence-competence* es una técnica legislativa que otorga "prioridad" al tribunal paralelo sobre el interferente para pronunciarse sobre las presuntas irregularidades de su procedimiento de forma independiente.

Otro buen ejemplo son las cláusulas de selección exclusiva de foro. Esta exclusividad puede ser originaria como, por ejemplo,

sucede en el art. 26 de la ICSID Convention, según el cual "*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy*". También puede ser sobrevenida y restringir el acceso a otros foros una vez elegida la vía (*fork in the road*).

2.4.4. Consolidación, coordinación y cooperación

Una de las principales estrategias para fragmentar o duplicar reclamos consiste en abusar de la ausencia de coordinación y jerarquía entre tribunales. Como bien anticipó un comentador hace más de 20 años, los "*forum shoppers*" estarán menos preocupados por los remedios procesales que puedan oponerse y se aprovecharán de que no existen coordinación ni subordinación entre los tribunales arbitrales internacionales y las cortes locales (Douglas, 2003, p. 151).

La consolidación reduce la cantidad de procedimientos e idealmente puede reducirlo a solo uno donde se aborden todas las materias. Este acto puede ser consensual y es la práctica común en materia arbitral. Los principales reglamentos permiten que las partes acumulen procedimientos iniciados ante el mismo centro si se cumplen algunos requisitos incluso si en el momento manifiestan su oposición tanto a nivel comercial(6), como de inversiones(7).

Sin ir muy lejos, el Reglamento 2025 del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece en su artículo 9 que su consejo podrá acumular procedimientos ante el pacto entre las partes o cuando alguna de ellos lo solicite. En este último caso deben ser arbitrajes provenientes de un mismo convenio arbitral o de convenios vinculados (compatibles, misma relación jurídica y mismas partes, o distintas que hayan consentido).

Otro ejemplo de consolidación consensual es la extensión objetiva del convenio arbitral sobre relaciones jurídicas conexas creados por actos no gobernados por convenios arbitrales o convenios compatibles que el tribunal considere pueden ser absorbidos en un mismo procedimiento porque así lo consintieron las partes (como la absorción de controversias derivados de contratos específicos bajo el convenio arbitral del contrato matriz). Mientras que un juez tiene, en principio, competencia para resolver en un mismo procedimiento las controversias de más de un contrato; un árbitro no (Cantuarias y Repetto, 2017, p. 138).

Sin embargo, aunque la consolidación es una excelente herramienta para evitar decisiones contradictorias y crear coordinación entre foros, necesita el consentimiento de las partes y ello no siempre sucede (Gaillard, 2019, párr. 79). La consolidación también puede ser no-consensual como sucede en materia judicial ante el inicio de procesos civiles paralelos (artículo 90 del Código Procesal Civil). A diferencia del arbitraje donde se requiere haber pactado esta regla (directamente en el convenio o por remisión a un reglamento), la acumulación de procesos en este caso está contemplado directamente en la ley. Este tipo de consolidación necesita tener fuente legal y, de no tenerlo, deja, lamentablemente, expuestas a las partes.

Finalmente, la coordinación y cooperación son técnicas más complejas y colindan con el incumplimiento al deber de confidencialidad. Implica que dos tribunales conversen sobre los alcances de sus respectivos arbitrajes y, por ejemplo, acuerden que primero se adopte una postura sobre sus respectivas competencias o simplemente uno defiera en favor del otro. Sin perjuicio de ello, puede ser la opción más eficiente en un contexto de discreción restringida.

3. Aspectos básicos de la MAA

La MAA es una orden de restricción y suele ser dictada como una medida cautelar al amparo del artículo 17(2)(b) de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborada por UNCITRAL (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL), bajo una redacción

(5) Hipotéticamente, bajo una *lex arbitri* que permita la MAA, no sorprendería que un tribunal arbitral ordene la terminación de un arbitraje iniciado para re-litigar una materia resuelta por un laudo parcial dictado en un arbitraje en marcha. No se ha identificado un caso así en la investigación.

(6) Por ejemplo, *véase* el artículo 22(1)(ix) del Reglamento 2014 de la LCIA (London Court of International Arbitration); Arts. 14-15 del Reglamento 2017 de la SCC (Stockholm Chamber of Commerce); Art. 28.1 del Reglamento 2013 HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre); Art. 19 del Reglamento 2015 CIETAC (China International Economic and Trade Commission); y, Art. 8 del Reglamento 2016 del SIAC (Singapure International Arbitration Centre).

(7) Por ejemplo, *véase* los arts. 1126(2)-1117(3) del NAFTA (North American Free Trade Agreement); Art. 10.25(1) del DR-CAFTA (Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement); Art. 33 del USA Model BIT del 2012 (United States Model Bilateral Investment Treaty); y, el Anexo 14.D, Art. 12 del USMCA (United States–Mexico–Canada Agreement).

idéntica al artículo 47(2)b) de la Ley de Arbitraje. Su objeto es ordenar el desistimiento o suspensión forzosa de uno o más arbitrajes con la finalidad de evitar el "menoscabo" actual o inminente del procedimiento arbitral[8], entendido como el riesgo de laudos contradictorios. Asimismo, el estándar predominante exige la presencia de un peligro en la demora (en este punto se repite el riesgo de laudos contradictorios y se agrega la pérdida de recursos involucrada en la defensa de procedimientos paralelos), así como la existencia prima facie de un derecho a arbitrar.

Su origen inmediato es la MAA dictada por jueces (MAA estatal)[9], la cual se distingue de la arbitral porque proviene de una entidad legítimamente supervisora que ejerce de forma prematura sus facultades sobre actuaciones distintas al laudo. Precisamente, Bachand (2005) es enfático en afirmar que el desplazamiento del control judicial hacia un momento posterior es un principio del arbitraje comercial que, al ser adelantado, es violado por la MAA (p. 112). Asimismo, su origen también es rastreable al dictado de medidas anti-proceso arbitrales.

El control *ex ante* de las cortes sobre las actuaciones arbitrales ha sido duramente criticado, en oposición a un control *ex post* en anulación. Desde mucho antes que algunos árbitros intenten asumir esta tarea, la MAA ha sido utilizada por las cortes estatales para interferir -principalmente- ante un vicio grave de consentimiento, dependiendo de la tradición jurídica[10].

Cuando es dictada por un árbitro (MAA arbitral) debe entenderse como un acto de supervisión horizontal. Un árbitro controlando la proliferación de arbitrajes paralelos al suyo, en desconfianza o desacuerdo con la actuación -presente o potencial- de otro árbitro. Esta posición de control también se ha manifestado ante el inicio indebido de procesos judiciales y el fundamento es el mismo. El inicio de un proceso judicial es considerado un incumplimiento al convenio arbitral y, en ejecución de este acuerdo, se le ordena a la parte infiel desistirse o suspenderlo hasta que el tribunal arbitral decida sobre su competencia ("*anti suit injunction* arbitral" o ASI arbitral)[11].

La MAA arbitral surge como alternativa a la naturaleza reactiva del sistema de objeciones, cuyo principal, problema es que no previene el despilfarro de recursos. Incluso si el segundo tribunal declina competencia, las partes igual perderán dinero en honorarios, *fees* administrativos, así como tiempo hasta que se adopte una decisión sobre la continuación del procedimiento. La pérdida es incluso peor si uno espera a que las Cortes anulen el laudo.

La restricción se materializa creando una obligación cuyo objeto es una prestación de no-hacer o hacer. Por un lado, ordenando la abstinencia de iniciar un arbitraje o realizar nuevos actos procesales (no-hacer) o, por el otro, desistirse de ciertas pretensiones o del procedimiento entero (hacer). Igualmente, también se materializa ordenando la suspensión del procedimiento. El efecto definitivo del desistimiento permite clasificar a la MAA entre aquellas permanentes y temporales.

La naturaleza jurídica de estas medidas es discutida. Si bien se dicta para proteger el futuro laudo de otros potenciales laudos contradictorios dictados por tribunales paralelos sobre sustancialmente lo mismo, no deja de ser un remedio contractual. Bajo la premisa de que una parte inició el arbitraje paralelo en incumplimiento al convenio, ordenarle el desistimiento es una ejecución forzosa de la prestación. Es una orden que tiene como objeto el cumplimiento forzoso de la obligación contractual de resolver la controversia según el convenio arbitral.

Precisamente, por este motivo, las cortes inglesas han considerado que las medidas

(8) Ley Modelo UNCITRAL, Art. 17(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: (…) 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").

(9) Para profundizar sobre el origen histórico y conexión de la MAA con otras *injunctions*, se recomienda "¿El orden de los factores sí altera el producto? El first shot entre tribunales paralelos y la invalidez de las *anti-arbitration injunctions* arbitrales en el arbitraje comercial" de Fernando Cantuarias Salaverry y Rodrigo Hesse Martínez (2025).

(10) La investigación identificó que, adicionalmente, se han dictado MAA estatales por falta de independencia de los árbitros, modificaciones del ordenamiento para desconocer convenios arbitrales. Para mayor desarrollo, *véase* el análisis sobre "Ley Lugovoy" en Rusia: https://globalarbitrationreview.com/article/lugovoy-law-survives-third-constitutional-challenge), incumplimiento de pactos de selección exclusiva de foro judicial, materia no arbitrables, entre otros.

(11) Se recomienda como lectura, en materia de derecho peruano, el siguiente paper: "Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano", de Mario Reggiardo Saavedra (2020).

anti-proceso que ordenan el desistimiento de un proceso no nacen de la competencia cautelar sino del poder de imponer remedios contractuales(12). Se trata de un remedio que podría ser materia de discusión en los méritos mientras se discute el potencial incumplimiento de otras cláusulas.

OAO Gazprom c. La República de Lithuania (I) es un caso que ejemplifica la autonomía de la MAA. En este caso se inició un arbitraje con sede en Estocolmo (Suecia) con la única finalidad de detener investigaciones penales iniciadas por la fiscalía lituana ante potenciales delitos corporativos sobre materias comprendidas en el convenio arbitral incorporado en un pacto de accionistas celebrado con el Estado lituano(13). El pedido fue exitoso y el tribunal arbitral eventualmente dictó su laudo final mediante el cual solo dictó la medida anti-proceso(14).

Esta autonomía fue mencionada (pero ignorada) como impedimento para catalogarla como medida cautelar durante los debates llevados a cabo en la redacción del artículo 17(2) (b) de la Ley Modelo UNCITRAL (Naciones Unidas, 2005)(15) aunque ha sido ligeramente abordado por algunos autores en los siguientes años quienes han catalogado a la *anti suit injunction* como un remedio contractual (Gaillard, 2007, p. 266) o simplemente la han considerado invalida en su forma permanente (Vishnevskaya, 2015, p. 178).

La autonomía y efecto permanente de la MAA es incompatible con la definición de medida cautelar contenida en el artículo 17(2) de Ley Modelo UNCITRAL, que las define como "medidas temporales" que, por su propia naturaleza, debería ser accesoria a una pretensión principal. Podría incluso argumentarse que estamos ante una medida autosatisfactiva o medida temporal sobre el fondo antes que una auténtica medida cautelar.

El debate sobre la correcta calificación jurídica de la MAA escapa el propósito de este trabajo. Sin embargo, es un análisis relevante para identificar los medios impugnatorios disponibles y la vía procedimental adecuada (reconsideración, anulación o amparo). Asimismo, identificar el estándar y contingencias en su reconocimiento y ejecución(16).

Finalmente, el tipo de acto restringido se refleja en el nombre. Algunos autores e instituciones utilizan el término "*anti suit injunction*" para referirse al género completo de ordenes de restricción dictadas contra procedimientos en general, incluyendo la MAA. Otro grupo de autores prefiere distinguirlo. Realmente no hay un criterio objetivo para identificar la terminología correcta. En aras de comunicar de forma más directa el tipo de procedimiento que pretende afectarse, el término "anti-arbitraje" resulta más útil que un genérico "anti-proceso".

4. La interferencia de la MAA sobre el arbitraje paralelo

Cuando el demandante de un arbitraje irregular cumple con desistirse, el tribunal de dicho procedimiento se ve impedido de pronunciarse sobre su propia competencia o la irregularidad de las pretensiones ahí formuladas.

Pierde la oportunidad de ejercer el *competence-competence* o, habiéndolo ejercido, de resolver los méritos de su disputa en ejercicio de aquella competencia declarada previamente. Este impedimento es una interferencia en la conducción independiente del arbitraje paralelo y, bajo derecho peruano, es un acto para el cual un árbitro carece de competencia por los motivos expuestos a continuación.

4.1. ¿Existe interferencia incluso si la orden no es dirigida al árbitro?

El laudo marca la terminación natural de un arbitraje, pero no siempre termina así. El artículo 60(2) de la Ley de arbitraje establece que el tribunal ordenará la terminación de las actuaciones ante el desistimiento del demandante (inciso a), salvo que el demandado se oponga a ello y el tribunal

(12) *Véase*, por ejemplo, la sentencia dictada en el caso Welex c. Rose Maritime [2002] EWHC 762 (Comm) por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales.

(13) El caso es también famoso porque permitió a la CJUE sentar un precedente importante sobre al ámbito de aplicación de la Convención de Bruselas a favor de las medidas anti proceso dictadas por árbitros, que antes la CJUE había prohibido cuando sean dictadas por jueces. Ver caso: Corte de Justicia de la Unión Europea. (sin año). Gazprom OAO c. República de Lithuania, [C-536/23].

(14) Para mayor detalle, *véase* el laudo final respecto al caso OAO Gazprom v. The Republic of Lithuania.

(15) Reporte del Grupo de Trabajo II de UNCITRAL ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en su trigésima novena sesion, párr 22: "(…) As well it was said that such anti-suit injunctions did not always have the provisional nature of interim measures and related to the question of the competence of the arbitral tribunal, which was a matter not to be confused with the granting of an interim measure." (UN DOC A/CN.9/589).

(16) Para mayor información, todos estos puntos fueron abordados en los capítulos IV y V en la tesis titulada "La anti arbitration injuction bajo derecho peruano" de Rodrigo Hesse (2025).

arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia, o un acuerdo entre las partes (inciso b)[17]. La Ley de Arbitraje no regula la suspensión del procedimiento, pero ello no impide que las partes puedan acordarlo en ejecución de una MAA temporal.

En ambos casos, la ejecución de la MAA impide la continuación del arbitraje paralelo. No es el tribunal arbitral quien independientemente decide continuar con el procedimiento o ponerle fin por declinar competencia, sino otro tribunal quien consideró que ese arbitraje no debía continuar y, en efecto, logró paralizarlo o terminarlo definitivamente. Este impedimento es una denegación de facto al ejercicio libre del *competence-competence* del tribunal paralelo (Kroll & Keller, 2023, p. 785) quien es denegado del poder de decidir sobre su propia competencia, explícita o implícitamente (Gaillard, 2006, p. 205).

Por este motivo, el desistimiento o suspensión forzosa de procesos judiciales también ha sido considerado como un acto interferente sobre las funciones de la corte. Al interferir en las funciones de un juez extranjero y -por ende- los actos soberanos de otro Estado, determinar si existe o no una afectación resultó vital en el dictado de ASI estatales incluso si la orden no era dirigida contra el representante del soberano.

La Corte Regional de Dusseldorf (Carter, 1997) afirmó que una corte extranjera no puede dictar instrucciones sobre cómo, si se puede y hasta qué punto una corte alemana puede y debe tomar acción en un caso concreto. En este caso, una de las partes de un convenio arbitral obtuvo una *anti-suit injunction* en la Corte Superior de Inglaterra y Gales que impedía la continuación de cualquier proceso diferente a un arbitraje ante la London Court of International Arbitration (LCIA). Sin embargo, la corte alemana consideró que las *anti-suit* constituyen una afectación a su jurisdicción y, por ende, su soberanía sin importar que la orden formalmente no fue dirigida a ella sino al demandante. Concluyó que su cumplimiento constituye una afectación directa al trabajo de una corte alemana y al derecho de acceso a la justicia[18].

La Corte de Justicia de la Unión Europea (en adelante, CJUE) impuso esta posición a nivel comunitario en *Turner c. Grovit* (2004) y determinó que estas medidas eran contrarias al deber de confianza mutua contenido en la Convención de Bruselas porque el desistimiento forzoso impide que el juez paralelo se pronuncie sobre su propia competencia, incluso si la orden no es dirigida contra él sino contra el litigante[19]. Incluso, el Reino Unido reconoció que interfiere en el procedimiento del juez extranjero, aunque insistió con que no existía un pronunciamiento sobre su competencia (argumento que también fue refutado por la CJUE quien declaró el intento de una supervisión indirecta).

La enseñanza es valiosa. El destinatario de la orden no es relevante para identificar un efecto interferente en la función del juez y en Allianz Spa c. West Tankers, la CJUE (2009) re-afirmó este criterio incluso cuando la orden tenga como objeto proteger un arbitraje comercial. Consideró que la medida anti-proceso dictada en auxilio de un arbitraje impedía al juez paralelo determinar su propia competencia ante una objeción por convenio arbitral y constituye una obstrucción al derecho constitucional de acceso a la justicia. Igualmente, los pocos casos confidenciales y públicos identificados siguen esta tendencia. En un arbitraje no reportado (confidencial) bajo *lex arbitri* peruana, el tribunal arbitral denegó el dictado de una medida anti-arbitraje por considerar que interfiere en la competencia del tribunal paralelo para determinar su propia competencia.

Una empresa china celebró un contrato de obra con una entidad estatal, el cual contenía un convenio arbitral que sometía todas sus controversias al centro de arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú (en adelante, CIP). Lo especial de este caso es que el CIP posee múltiples consejos departamentales y el texto expreso del convenio no especificaba cuál de estos administraría el procedimiento. Surgida la controversia, el contratista inició un arbitraje de emergencia ante el CIP en

(17) Se ha comentado que este artículo permite que las partes pongan fin al procedimiento "cuando así lo estimen conveniente, sin expresar motivo alguno" (Sologuren, 2011, p. 678). Así, dado que la norma no ha establecido requisitos de motivación ni mecanismos de control, solo bastaría con la manifestación de voluntad.

(18) Pronunciamientos similares fueron adoptados por la Corte de Apelación de Luxemburgo (1988) y una corte civil en Bruselas (1989), esta última afirmando que la interferencia resultaba repugnante al orden público belga, según Peter Carter (1997).

(19) En el caso Turner v. Grovit, de la Corte de Justicia de la Unión Europea (2004) se indicó: "*The effect of an injunction is that the court issuing it assumes exclusive jurisdiction and the court of another Contracting State is deprived of any opportunity of examining its own jurisdiction, thereby negating the principle of mutual cooperation underlying the Convention*".

Lambayeque y luego inició el arbitraje regular ante el mismo consejo departamental (también regido bajo *lex arbitri* peruana).

La entidad, por otro lado, argumentó que las partes pactaron someter su controversia ante el consejo departamental de Lima y se opuso a la competencia del tribunal desde el primer momento. En paralelo, inició un arbitraje ante el consejo departamental de Lima basándose en los mismos hechos y planteando pretensiones espejo en los aspectos donde cada parte creía tener la razón (validez de la resolución del contrato, incumplimiento, indemnización, etc).

En este último procedimiento la entidad estatal solicitó una *anti arbitration injunction* al tribunal arbitral con la finalidad de ordenarle al contratista que se desista o, subordinadamente, que solicite la suspensión del procedimiento. Si bien los árbitros consideraron que tenían competencia sobre su propio procedimiento (así, adoptando posición sobre la interpretación del convenio), denegaron la solicitud porque consideraron -entre otros motivos- que estarían "comprometiendo" la competencia del tribunal paralelo e interfiriendo con su *kompetenz-kompetenz:*

> No obstante, este Colegiado tiene en consideración que la decisión a favor de una medida cautelar anti-proceso podría comprometer la jurisdicción y/o competencia [énfasis agregado] de otros procesos, puesto que, si bien la orden cautelar contendría un pronunciamiento acerca de la competencia del Tribunal Arbitral al que hizo la solicitud, se deducirá a raíz de ello la competencia de otros tribunales arbitrales en los que se haya iniciado un arbitraje bajo el mismo convenio arbitral y con pretensiones similares.
> (…)
> El Tribunal Arbitral tiene en cuenta lo arriesgado que significa dictar una medida cautelar anti-proceso y los efectos que ocasionaría en la parte que lo resiste, como lo es la posible vulneración al derecho de acción, interferencia en el principio kompetenz-kompetenz [énfasis agregado], inejecutabilidad de decisiones contradictorias, gastos arbitrales desorbitantes, entre otros. (Resolución No. 5 que contiene la Medida Cautelar Anti-proceso, 2024).

Mismo criterio fue adoptado en un arbitraje societario no reportado (confidencial) regido bajo *lex arbitri* peruana. Se objetó la competencia del tribunal porque -según los demandados- las materias discutidas eran de competencia exclusiva de un tribunal comercial constituido en Nueva York.

Las particularidades del caso serán analizadas en la siguiente sección (avocamiento de la MAA), pero lo relevante para esta sección es que los demandados en el arbitraje iniciado en Estados Unidos obtuvieron una medida anti-arbitraje ordenándole a la matriz de uno de los demandantes en Lima que ocasione el desistimiento de dicha subsidiaria. En respuesta, el demandante solicitó al tribunal arbitral constituido en Lima que prohíba la ejecución de la MAA arbitral, pero fue denegada porque se consideró interferente con las decisiones del tribunal arbitral extranjero:

> El Tribunal Arbitral considera que, de acceder a la solicitud de ampliación de medida cautelar, la consecuencia conllevaría a que un Tribunal Arbitral invada la competencia y jurisdicción de otro Tribunal Arbitral [énfasis agregado], lo que contravendría el Artículo 41.1 de la Ley Peruana de Arbitraje y la independencia de las jurisdicciones arbitrales.
> En efecto, el presente Tribunal Arbitral es respetuoso de la jurisdicción judicial y también de la arbitral por lo que, así como ningún otro Tribunal Arbitral nacional o internacional puede dictar órdenes al presente Tribunal Arbitral sobre la conducción del presente arbitraje, este Tribunal Arbitral tampoco puede emitir órdenes a otros Tribunales Arbitrales [énfasis agregado].
> En tal medida, el Tribunal Arbitral considera que no resulta procedente amparar un pedido cautelar que consista en que de manera directa y/o indirecta se suspenda los efectos de una Decisión Arbitral de otro Tribunal Arbitral, ni que se ordene a otro Tribunal Arbitral suspender los efectos de sus decisiones arbitrales [énfasis agregado] (Decisión en Mayoría que resuelve solicitud de ampliación de medida cautelar, 2024)

En Patel Engineering c. Mozambique, el voto disidente del árbitro Stephen Anway explica con claridad las consecuencias jurídicas del *competence-competence* ante el conflicto de competencia entre árbitros (*overlapping arbitral tribunals*).

La empresa Patel Engineering Ltd y la República de Mozambique se vieron envueltos en dos arbitrajes paralelos derivados de la misma operación económica. Primero, se inició un arbitraje comercial ante la CCI en base al convenio arbitral contenido en un contrato de inversión[20]. Luego, se inició un arbitraje ante la Corte Permanente de Arbitraje La Haya (CPA) derivado de los mismos hechos y mismo contrato, pero por el incumplimiento del BIT Reino Unido-Mozambique. A raíz de esta intersección, Mozambique solicitó al tribunal comercial que dicte una medida anti-arbitraje contra Patel ordenándole que suspenda el arbitraje de inversiones.

(20) Entiéndase por "contrato de inversión" el contrato civil celebrado entre un inversionista extranjero y la entidad estatal en el marco de una inversión.

El tribunal comercial, conformado por Eduardo Silva Romero y Jan Kleinheisterkamp, en mayoría, dictó la medida bajo la premisa de que el convenio había sido incumplido. En contraste, y en posición que este trabajo comparte, el árbitro Stephen Anway emitió un interesante voto disidente donde cuestionó esta decisión por múltiples motivos. Entre ellos, que la MAA arbitral interfería con la conducción del arbitraje paralelo:

> It is not for Mozambique or for the Majority to determine what arguments PEL can and cannot raise before the Treaty Tribunal. For all of the reasons discussed above, I conclude that this Contract Tribunal should simply decide the claims before us, and the Treaty Tribunal should simply decide the claims before it—without interfering with each other's arbitral proceedings. (Anway, 2022, párr. 90).

La interferencia es un efecto material y no una característica creada por la voluntad del agente. El destinatario o propósito de la medida es irrelevante a efectos de identificar si interfirió sobre la conducción de un procedimiento. Clasificarlo entre interferencia directa o "indirecta", explicita o "implícita" es ilustrativo para distinguirlo entre aquellas ordenes que se atrevieron a dictarle la orden a un árbitro y aquellas que le sabotearon el procedimiento sometiendo al demandante.

4.2. ¿Es competente un árbitro para interferir en otro arbitraje?

La respuesta corta es que no. Para que un árbitro posea esta competencia, la *lex arbitri* debe permitirle decidir -en cada caso concreto- si resulta conveniente obstruir otro procedimiento para conservar la eficacia del laudo. Ello no sucede en el derecho peruano.

En el dictado de una MAA subyace una pugna entre el principio de economía procesal y la independencia del tribunal afectado. Esta ponderación en sistemas del *Civil Law* suele ser resuelta de forma predeterminada a favor de la independencia del árbitro (y de todo órgano adjudicador en general), mientras que en el *Common Law*, esta ponderación es delegada en el juez o árbitro (Birt et al, 2023, p. 461)[21]. La preferencia por una u otra técnica legislativa ha sido asociada a la tendencia de cada sistema por crear reglas predeterminadas o delegar su creación en el adjudicador (Núñez del Prado, 2019, pp. 425-426).

El derecho peruano adoptó la preferencia del *Civil Law* por una regla predeterminada a favor de la independencia. A nivel judicial, el artículo 139(2) de la Constitución prohíbe que una autoridad se avoque sobre causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni a "interferir en el ejercicio de sus funciones". A nivel arbitral, la independencia del árbitro comercial sigue la misma lógica.

El artículo 3(2) de la Ley de Arbitraje establece que goza de "plena independencia" y los siguientes artículos de la norma desarrollan exactamente cómo esa independencia es protegida. El mismo artículo establece que el árbitro "no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones" y el numeral (4) que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales "podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral".

Históricamente, esta protección ha sido principalmente utilizada en el Perú para proteger al arbitraje de las interferencias del poder judicial, especialmente de los juzgados constitucionales[22]. Bajo este contexto, el Tribunal Constitucional profundizó -hace 20 años- los alcances de las protecciones contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y estableció que los árbitros poseen "independencia jurisdiccional". Reconoció la aplicación del principio de no-interferencia y la competencia de los árbitros para desestimar cualquier "injerencia o intervención de terceros".

La prohibición normativa y jurisprudencial sobre la conducción independiente del arbitraje tiene consecuencias jurídicas importantes. Principalmente, que cualquier tercero (jueces, entidades administrativas u otros árbitros) carecen de competencia para realizar actos "injerentes" e "interferentes". Sin embargo, durante los últimos 15 años se han tolerado constantes interferencias de juzgados constitucionales sobre arbitrajes comerciales en marcha. Este tipo de actos ha sido considerado contrario al artículo 5 de la Ley Modelo UNCITRAL que restringe la supervisión estatal a los actos expresamente

(21) Birt comenta que cada sistema adopta una política legislativa y jurisprudencia que refleja la solución elegida y, en ese contexto, existe una clara divergencia entre el Common Law y la clara preferencia del Civil Law por la no-interferencia ante el inicio de procesos paralelos. Misma observación es realizada por la profesora Baltag (2016, pp. 253-254). Aunque autores como Born, De Jesús y Grigera Naon (2005) advierten que cada vez más cortes del Civil Law están empleando medidas anti-arbitraje.

(22) Para mayor profundización en esta materia, *véase* "La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina", de Alejandro De Jesús (2008); y "El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana", de Ricardo Velásquez Meléndez y Junny Chang Tokushima (2021).

previstos en la norma[23] e incluso a la obligación internacional de los Estados suscriptores de la Convención de Nueva York de referir a las partes al arbitraje pactado (lo que permitirá, además, que la corte de la sede pueda ejercer su rol supervisor)[24].

Estas contradicciones deben ser interpretadas como excepciones, especialmente ante las prohibiciones expresas y claras establecidas en el derecho objetivo (constitución y leyes). En este sentido, no deberían ser aplicadas por analogía a la competencia del árbitro. No solo porque el derecho peruano prohíbe expresamente la interferencia en el arbitraje, sino que, incluso cuando el TC ha hecho excepciones, lo ha realizado ante el ejercicio de facultades supervisoras de las cortes.

En un sistema a-jerárquico no pueden existir árbitros que supervisen a otros ni se dediquen a controlar sus actos, salvo aquellos casos donde la norma permita la creación de un tribunal arbitral de apelación como sucede en la apelación de laudos dictadas por tribunales arbitrales constituidos bajo la Convención CIADI ante el Comité ad-hoc de anulación (como solía contemplar la derogada Ley General de Arbitraje)[25].

La supervisión de las actuaciones arbitrales ha sido reservada a las cortes peruanas de manera posterior (*ex post*) en oposición a un control previo (*ex ante*). Como bien precisa Birt et al (2023), el principio de no-interferencia puede trazar limites distintos cuando se solicita una medida de este tipo ante un juez o un árbitro (p. 461, pie de página 10).

Normativamente, la prohibición es absoluta para todos y la claridad de la norma no permite interpretar a favor de una ponderación discrecional para interferir. Las lamentables excepciones han sido reservadas para las cortes estatales quienes ya ostentaban un poder supervisor sobre el arbitraje y, de esta manera, se ha permitido en contados casos que el control (que debería ser únicamente posterior) sea adelantado a través de uno previo. La naturaleza de este "adelanto excepcional" impide trasladarlo por analogía al campo del arbitraje.

El legislador peruano no delegó en los árbitros facultades supervisoras que les permita ponderar discrecionalmente la conveniencia de interferir en otros arbitrajes.

5. ¿Puede un árbitro pronunciarse sobre la regularidad de un arbitraje paralelo?

La incapacidad de controlar los conflictos de competencia entre árbitros comerciales tiene como consecuencia inmediata la proliferación de procedimientos. Seguido a ello, la posibilidad de que dos o más tribunales conozcan simultáneamente los mismos hechos o incertidumbres jurídicas (Hober, 2014, p. 118). Esta coexistencia es denominada "*jurisdictional overlap*" o, en español, superposición competencial. Este término es usualmente utilizado cuando se permite que el fondo de una misma disputa (hechos o incertidumbres jurídicas sobre los méritos) sea conocida por múltiples tribunales en paralelo.

Igualmente, el análisis subyacente al dictado de una MAA (calificación de otro arbitraje como irregular) se pronuncia sobre materias que también son conocidas por el tribunal paralelo a efectos de determinar su propia competencia o la admisibilidad de las pretensiones. Así, formándose una superposición sobre aquellas materias necesarias para que un tribunal determine si corresponde proteger la eficacia del laudo a través de una MAA y, al mismo tiempo, para

(23) Se recomienda revisar los textos de Bachand (2005, p. 87, pie de página 1), Born (2021, cap. 8, §8.04), quien indica "In many cases, anti-arbitration injunctions are part of deliberately obstructionist tactics, typically pursued in sympathetic local courts, aimed at disrupting the parties' agreed arbitral mechanism", y Gaillard (2023). Asimismo, una de las principales críticas a la importación de estos instrumentos anglosajones a la práctica judicial constitucional latinoamericana es sostenida por Alejandro De Jesús (2008, p. 71).

(24) Para mayor información, *véase* "La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos", de Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto Deville (2014).

(25) Art. 60. Ley N° 26572. Recurso de Apelación. - Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.

que el tribunal del proceso paralelo ejercite el *competence-competence*. Un auténtico *jurisdictional overlap* en sentido estricto.

Bajo esta línea argumentativa, para que una medida de este tipo sea válida, la *lex arbitri* debe permitir una competencia compartida sobre las materias comprendidas dentro del efecto positivo del principio *competence-competence*. La posición de este trabajo es que el derecho peruano regula el denominado "efecto negativo" del mismo principio, lo que otorga exclusividad sobre dichas materias y -por este motivo- no permite compartir competencia. Veamos.

5.1. Competencia exclusiva del tribunal paralelo para conocer objeciones jurisdiccionales y no-jurisdiccionales

La independencia del árbitro no solo está protegida de interferencias externas sino de avocamientos externos sobre las materias necesarias para determinar su propia competencia y la admisibilidad o improcedencia de las pretensiones. Esta competencia reconocida legalmente, proveniente del principio "*competence-competence*", permite que asuman funciones sin depender del análisis de un tercero (sea un juez u otro arbitro). En contraste con una situación de dependencia, esta facultad permite asumir la controversia de forma independiente (Silva, 2005, p. 579). Este principio posee dos grandes efectos.

El efecto positivo faculta al árbitro pronunciarse sobre todas aquellas materias necesarias para asumir o declinar competencia en el caso concreto. Por ejemplo, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje lista de forma expresa la inexistencia o patologías del convenio arbitral, la presentación de una materia no comprendida dentro de su alcance objetivo o "cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia". Adicionalmente, también son competentes para pronunciarse sobre objeciones no-jurisdiccionales como las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y "cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales".

El negativo otorga exclusividad para pronunciarse sobre estas materias. Impide a otros árbitros (y jueces) pronunciarse sobre aquellas materias comprendidas en el efecto positivo. A diferencia del efecto positivo (que solo dota de competencia para conocer la materia), el efecto negativo se distingue porque monopoliza esta competencia en el tribunal. Esta distinción es relevante porque el reconocimiento normativo del *competence-competence* no implica -per se- exclusividad sobre dichas materias, se requiere una norma expresa que así lo establezca. Declarar que un órgano es competente no implica necesariamente que otro carece de competencia (Kroll & Keller, 2023, p. 790).

El reconocimiento del efecto negativo refleja una ponderación legislativa a favor de la independencia que no puede deducirse directamente de la positivización del efecto positivo. Para advertir si la *lex arbitri* reconoce el efecto negativo del *competence-competence* la norma debe contener una redacción que haga referencia a una competencia "primaria" o "exclusiva" para determinar su competencia[26] (Kroll & Keller, 2023, p. 790).

El derecho peruano contiene una provisión de este tipo. El artículo 41(1) de la Ley de Arbitraje establece que: "El tribunal arbitral es el <u>único</u> [Énfasis agregado] competente para decidir sobre su propia competencia". En oposición a otras normas que solo adoptan el sentido positivo como la inglesa cuyo 30(1) establece que "*Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal <u>may rule</u>* [Énfasis agregado] *on its own substantive jurisdiction*". Misma fórmula adopta la Ley Modelo UNCITRAL (sin efecto negativo).

En este sentido, cuando una situación jurídica constituye la base para que un tribunal determine su competencia o continúe con su procedimiento, entonces nos encontramos ante una materia que cae dentro de la exclusión del efecto negativo del *competence-competence*.

5.2. Excepciones a la exclusividad

Las restricciones al *competence-competence* responden a necesidades muy específicas y excepcionales, siempre delimitadas por la voluntad expresa de la ley. La regla general sigue siendo que el tribunal arbitral es quien decide sobre su propia competencia (admisibilidad de las pretensiones), pero en ciertas circunstancias, la norma puede crear limitaciones en aras de mejorar la conducción eficiente y justa del procedimiento.

Asimismo, se trata de una restricción que opera dentro del principio de legalidad. La norma es clara en afirmar que el árbitro es el "único" competente y las partes no podrían pactar -por ejemplo- que la competencia del tribunal arbitral sea decidida en primera

(26) Como, por ejemplo, el artículo 1405 del Código de Procedimientos Civiles Francés: "El tribunal arbitral tiene competencia exclusiva para decidir sobre objeciones acerca de su propia competencia" o, en todo caso, alguna interpretación vinculante de la jurisprudencia disponible.

instancia por el Poder Judicial[27] (Avendaño, 2011, p. 704).

La mayoría de las limitaciones legales al *competence-competence* versan sobre la exclusividad de esta competencia y, dependiendo de las políticas arbitrales de cada país, existirán legislaciones con total, parcial o nula exclusividad. En este contexto, Perú adopta un sistema mixto[28].

El *primer supuesto* donde la ley flexibiliza la exclusividad es en el dictado de medidas cautelares fuera de proceso. Las cortes estatales pueden hacer un examen muy preliminar de competencia al realizar actos de colaboración judicial anteriores a la constitución del tribunal. El *segundo supuesto*, permite que el juez rechace una excepción de convenio arbitral ante el inicio de proceso civil sobre una relación jurídica sometida a un convenio arbitral cuando considere que dicho convenio padezca de una patología manifiesta[29].

El *tercer supuesto* flexibiliza la exclusividad agregándole una limitación temporal. Una vez que el árbitro cumple su mandato, las cortes asumen competencia para corroborar la competencia del árbitro para conocer la controversia[30]. Por este motivo se afirma que los árbitros realizan un "primer disparo" para determinar su competencia, pero las cortes reservan el "disparo final" para confirmarlo o anularlo (Hermann, 1993, pp. 41-50).

Finalmente, como *cuarto supuesto*, es la recusación o remoción de árbitros. La recusación es el mecanismo de control previsto para controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros, lo que podría afectar gravemente la legitimidad de un procedimiento. Para evitar que un árbitro resuelva sobre su propia recusación, la Ley de Arbitraje ha establecido ciertas reglas. Tratándose de un árbitro único, lo resuelve la entidad nominadora o la cámara de comercio correspondiente según el artículo 23 (incisos d y e). En el caso del tribunal arbitral, el mismo procedimiento se sigue en caso la recusación se presente contra el presidente y cuando sea presentado contra alguno de los otros resuelve este con voto dirimente. Si se recusa a más de un árbitro, resuelve la cámara de comercio correspondiente según el artículo 23 antes citado.

Esta es una materia que, definitivamente, podría impedir que el tribunal conozca la controversia y está comprendida dentro de los alcances del artículo 41(1) cuando faculta al tribunal conocer cualquier objeción que impide iniciar o continuar el procedimiento. Por la particularidad de la objeción, la ley restringe el *competence-competence*.

5.3. MAA viola el efecto negativo del *competence-competence*

Uno de los problemas principales ante el inicio de muchos procedimientos paralelos es determinar cuál de todos los tribunales es competente. El arbitraje comercial internacional moderno reconoce la competencia de los tribunales arbitrales para decidir sobre su propia competencia una vez que se le presenta la controversia (McLachlan, 2009, p. 542).

Si el efecto negativo del *competence-competence* otorga competencia exclusiva sobre las materias subyacentes a su competencia y admisibilidad de las pretensiones, el análisis -inherente a la MAA- sobre la "regularidad" de un arbitraje paralelo constituye un avocamiento indebido. Por este motivo, cuando la *lex arbitri* regula el efecto negativo, las cortes suelen rehusarse a dictar MAAs en casi cualquier circunstancia incluso cuando dude sobre la existencia del convenio arbitral (Gorskie, 2012, p. 318).

La literatura estudiada favorece esta posición. Cuando una corte estatal dicta una medida anti-arbitraje basándose en su interpretación de la validez o alcances del convenio arbitral está negando el principio *competence-competence* (Fouchard, 2005,

(27) Como sí podría suceder bajo derecho inglés. El artículo 30(1) del English Arbitration Act de 1996 reconoce el *competence-competence* positivo, pero lo somete a un potencial pacto en contra de las partes.

(28) También pueden existir limitaciones al efecto positivo que solo le permitan al tribunal conocer objeciones jurisdiccionales y no cuestiones de "admisibility". En el Perú, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje no impone este límite.

(29) Ley de Arbitraje, artículo 16(3) ("La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo"). Igualmente, el artículo II (3) de la Convención de Nueva York: ("El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.") [Énfasis agregado]

(30) La Secretaría de UNCITRAL (2006) (en comentario al artículo 16 de la Ley Modelo UNCITRAL) hace alusión a una "transferencia" de competencia: "La competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia (esto es, sobre el fundamento, contenido y alcance de su mandato y atribuciones) está, por supuesto, sometida a supervisión judicial. Si el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declara competente, el párrafo 3) del artículo 16 prevé la supervisión judicial inmediata a fin de evitar toda pérdida innecesaria de tiempo y recursos".

p. 155). El dictado de una medida anti-arbitraje implica un pronunciamiento explicito o implícito sobre la competencia del tribunal paralelo (Gaillard, 2007, p. 205).

Igualmente, se ha afirmado tajantemente que los árbitros no pueden decidir sobre la competencia de una corte ni la de otro tribunal arbitral tampoco, a fortiori, en la pertinencia del caso presentado ante dicha corte o tribunal arbitral. Incluso que aquel laudo dictado en ese contexto sería nulo pues el tribunal interferente habría sido "juez de su propia causa" y por ende carente de imparcialidad (Lévy, 2005, p. 120).

Igualmente, los pocos casos confidenciales y públicos identificados siguen esta tendencia. En un arbitraje no reportado (confidencial) bajo *lex arbitri* peruana (el mismo que fue citado en la sección sobre interferencia) el tribunal arbitral no solo denegó el dictado de la MAA por considerar que interferiría con el competence-competence del tribunal paralelo sino porque estaría pronunciándose implícitamente sobre su competencia.

Recordemos, el tribunal arbitral consideró que una MAA comprometería la "jurisdicción y/o competencia de otros procesos" (haciendo alusión al arbitraje comercial paralelo) incluso si la solicitud tiene como objeto aclarar su propia competencia:

> No obstante, este Colegiado tiene en consideración que la decisión a favor de una medida cautelar anti-proceso podría comprometer la jurisdicción y/o competencia de otros procesos, puesto que, si bien la orden cautelar contendría un pronunciamiento acerca de la competencia del Tribunal Arbitral al que hizo la solicitud, se deducirá a raíz de ello la competencia de otros tribunales arbitrales en los que se haya iniciado un arbitraje bajo el mismo convenio arbitral y con pretensiones similares [énfasis agregado] (Resolución No. 5 que contiene la Medida Cautelar Anti-proceso, 2024).

La entidad estatal solicitó la reconsideración de esta decisión afirmando que no existía un pronunciamiento implícito sobre la competencia del otro tribunal sino sobre la conducta del contratista a la luz del convenio arbitral. Sin embargo, el tribunal denegó esta solicitud insistiendo en que existe un pronunciamiento implícito sobre la competencia del tribunal paralelo:

> Ahora bien, si bien la entidad estatal ha señalado que no se está solicitando que se pronuncie sobre la competencia del tribunal arbitral del CIP Lambayeque, este tribunal arbitral considera que, indirectamente, sí lo está solicitando. En efecto, al solicitar como pretensión cautelar que el contratista se desista del arbitraje del CIP Lambayeque, lo que está solicitando es que se ordene una acción a una parte que implica que esa parte no reconozca la competencia de ese tribunal arbitral. No obstante, como ya se ha señalado en la decisión cautelar, la competencia o no del CIP Lambayeque y el respeto al convenio arbitral, deberá ser analizada por el Poder Judicial vía anulación de laudo, el cual la propia entidad estatal ha señalado que interpondrá prontamente [énfasis agregado] (Resolución No. 7 que Resuelve la Reconsideración contra la Medida Cautelar Anti-proceso, 2025).

Igualmente, en *Patel Engineering c. Mozambique*, el voto disidente del árbitro Stephen Anway (antes citado) explica con claridad las consecuencias jurídicas del competence-competence ante el conflicto de competencia entre árbitros (*overlapping arbitral tribunals*):

> Most significantly, anti-arbitration injunctions can be problematic when they violate the principle of competence-competence. That principle applies not only against a court that attempts to deprive an arbitral tribunal of its jurisdiction, but equally against an arbitral tribunal that does the same to another arbitral tribunal, which is exactly what has happened here. And it is that topic, therefore, to which I turn next [énfasis agregado] (Anway, 2022, párr. 55).

Ante lo cual agregó:

> It is not for Mozambique or for the Majority to determine what arguments PEL can and cannot raise before the Treaty Tribunal. For all of the reasons discussed above, I conclude that this Contract Tribunal should simply decide the claims before us, and the Treaty Tribunal should simply decide the claims before it—without interfering with each other's arbitral proceedings [énfasis agregado] (Anway, 2022, párr. 90).

Este avocamiento también ha sido reconocido en medidas análogas. En el famoso precedente sentado por la CJUE en *Turner v. Grovit (*citado anteriormente*)* la Corte consideró que calificar el inicio de un proceso judicial paralelo como abusivo era un avocamiento indirecto sobre su "pertinencia" y un control de competencia sobre el juez paralelo.

5.4. Entonces, ¿cuándo sí puede existir overlap?

Cuando exista competencia "exclusiva" esta no puede ser "compartida", lo que descarta aquellas materias comprendidas dentro del efecto positivo del *competence-competence* de la ley aplicable cuando esta reconozca el efecto negativo (caso peruano). El *overlap* es permitido cuando la declaración o constitución de situaciones jurídicas son diferentes sea por el tipo de situación jurídica (por ejemplo: obligación contractual vs internacional o administrativa) o directamente por tratarse de situaciones jurídicas diferentes (por

ejemplo: diferentes contratos), incluso si su creación, regulación modificación, o extinción comparten los mismos hechos. Veamos algunos ejemplos donde el *overlap* es permitido.

Por ejemplo, a nivel legislativo, el reconocimiento normativo de las excepciones de litispendencia y cosa juzgada son reglas que impiden la competencia compartida sobre procesos idénticos (test de triple identidad)[31], aunque su aplicación en el arbitraje es constantemente debatida.

El caso *Vivendi* (CIADI, Caso ARB/97/3) es emblemático ante conflictos de competencia entre árbitros comerciales y tribunales arbitrales de inversión. El Comité ad hoc de anulación sostuvo que el incumplimiento de un contrato no era, por sí mismo, competencia del tribunal de inversiones, pero sí podía analizarse como premisa fáctica para verificar la violación de un tratado. Esta regla ha sido fundamental para trazar límites funcionales entre tribunales comerciales y de inversión, al permitir una coexistencia tolerada siempre que cada foro asigne consecuencias jurídicas distintas sobre una misma base fáctica.

Este razonamiento también permitió resolver escenarios en los que los árbitros deben pronunciarse sobre hechos con posible relevancia penal, como en *Rutas de Lima*. En ese caso, el tribunal arbitral reconoció que no era su función sancionar penalmente, pero sí podía evaluar los efectos civiles de los hechos alegados para determinar la validez y exigibilidad del contrato (Orden Procesal No 5, 2023, párr. 287-290). Esta postura fue reforzada por precedentes como *World Duty Free v. Kenya y Metal-Tech v. Uzbekistán*, donde los árbitros se consideraron competentes para pronunciarse sobre las consecuencias civiles de actos con potencial relevancia penal en aplicación de la "*clean hands doctrine.*

Del mismo modo, once laudos arbitrales peruanos sobre contratos supervisados por OSITRAN han afirmado la competencia arbitral para evaluar las consecuencias civiles de actos administrativos[32]. Esta tendencia distingue entre el análisis de legalidad administrativa del acto (competencia del regulador) y el análisis de sus efectos contractuales (competencia del árbitro). Casos como *Consorcio Tren Eléctrico, Obrainsa-Astaldi y Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 4*, ilustran esta regla de convivencia funcional, que respeta las funciones de la entidad administrativa sin menoscabar el pacto entre las partes.

Asimismo, la coexistencia como solución ha sido replicada en laudos comerciales, siempre que tengan como objeto declarar consecuencias jurídicas distintas incluso si ambos son materias civiles/comerciales. En el arbitraje societario regido bajo lex arbitri peruana (antes citado en la sección de interferencia), se objetó la competencia del tribunal porque -según los demandados- las materias discutidas eran de competencia exclusiva de un tribunal comercial constituido en Nueva York.

Este caso involucró dos accionistas que en 2015 celebraron un acuerdo bajo las leyes de Nueva York para constituir una *holding* en las Islas Vírgenes Británicas que tenga como objeto el desarrollo de infraestructura pasiva de telecomunicaciones en Latinoamérica y el Caribe (*Shareholder´s Agreement*-SHA). Lo particular de este acuerdo es que la aprobación o denegación de oportunidades de inversión debía ser, necesariamente, aprobado por los directores designados por ambos accionistas (2 por cada uno).

(31) Otros ejemplos es el *forum non conveniens (solo es competente el juez más conveniente según las circunstancias del caso)*, *forum necesitatis (asume una corte incompetente cuando ninguna otra lo sea)*, así como todas las variantes del "*issue preclusión*" anglosajón (impide que múltiples tribunales se pronuncien sobre los mismos hechos o incertidumbres jurídicas).

(32) Revisar las siguientes decisiones: Resolución No. 6. (2015). Obrainsa Concesión Valle del Zaña S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 3169-2014-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2017). Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), con intervención coadyuvante del OSITRAN. Caso No. 0067-2016-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2019). Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), con intervención del OSITRAN. Caso No. 0072- 2016-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2019). Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Caso No. 0378-2016-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2018). Metro de Lima Línea 2 S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Caso No. 0064-2017-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2018). Aeropuertos Andinos del Perú S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 0129-2017-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2020). Aeropuertos Andinos del Perú S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 0168-2018-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo. (2019). APM Terminals Callao S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 0211-2017-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); Laudo en Mayoría. (2013). Aeropuertos del Perú S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 1846-095-2010, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL); y Laudo. (2021). APM Terminals Callao S.A. v. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Caso No. 3237-2015-CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

Años después, el accionista minoritario intentó vender las acciones del holding bajo el mecanismo contemplado en el acuerdo de accionistas. Estos intentos fueron rechazados por el accionista mayoritario quien, además, acusaba al minoritario de denegar injustificadamente las oportunidades de inversión a través de los votos negativos de sus directores en el holding. Bajo este contexto, se inició un arbitraje en Nueva York donde ambas partes le solicitaron al tribunal que declare el incumplimiento del SHA por parte del otro.

El tribunal decidió bifurcar el procedimiento para primero pronunciarse sobre la venta de la compañía y, luego, sobre la denegación de las oportunidades de inversión. Luego de que se dictara el primer laudo parcial ordenando la venta de la compañía, las subsidiarias iniciaron múltiples arbitrajes comerciales paralelos en Latinoamérica y el caribe, uno de los cuales fue iniciado en Lima, Perú.

En este arbitraje, las subsidiarias solicitaron que el tribunal declare el ejercicio abusivo del derecho estatutario a denegar el desarrollo del objeto social por parte del accionista minoritario (léase, denegar las oportunidades de inversión). En oposición, el demandado objetó la competencia del tribunal alegando que el derecho supuestamente abusado se encontraba en el SHA al tratarse del ejercicio del voto de los directores (que sometía las controversias a otro tribunal arbitral). En este sentido, la complejidad de este caso, entre otros motivos, radicaba en la fuente del derecho abusado cuya identificación determinaría la competencia del tribunal arbitral.

Finalmente, el tribunal de Lima se declaró competente, afirmando que nada impedía que una misma conducta generara consecuencias legales distintas bajo instrumentos jurídicos distintos:

> La cuarta razón es que nada impide que una conducta pueda tener consecuencias legales distintas en virtud de dos actos jurídicos distintos. La conducta desplegada por el DEMANDANDO respecto al desarrollo de infraestructura pasiva de telecomunicaciones puede tener consecuencias jurídicas en la esfera jurídica creada por el SHA y el *Development Agreement*, y también puede tener consecuencias jurídicas en la esfera jurídica creada por los Estatutos. Mas aun cuando los Estatutos de las Subsidiarias peruanas DEMANDANTES [énfasis agregado], según lo declarado por [***], están alineados con el SHA y el *Development Agreement*. (Laudo Parcial de Jurisdicción, 2024).

A diferencia del caso Vivendi, donde un tribunal determinaría el cumplimiento de una obligación internacional y otro de una contractual, en este caso ambos tribunales se pronunciarían sobre la ejecución de dos contratos distintos regidos -cada uno- por su propia ley doméstica. En un sentido general, ambos operan bajo un marco contractual, pero, en este caso específico, operan bajo actos jurídicos diferentes y eso marcó la diferencia.

6. Conclusiones

El eje principal de la investigación recayó en hacer la pregunta correcta. Antes de preguntarse ¿Cuál es el tribunal legitimo?, o ¿bajo qué criterio se identifica un arbitraje irregular?; la verdadera pregunta es la siguiente: ¿quién es competente para aclarar esta incertidumbre?

La Ley de Arbitraje otorga competencia exclusiva a cada tribunal, incluyendo el "paralelo" o presuntamente irregular, para responder esta pregunta, lo cual posee consecuencias jurídicas importantes. La conclusión principal de este trabajo es que la exclusividad competencial sobre un conjunto de materias (léase, aquellos comprendidos bajo el efecto positivo del *competence-competence*) impide que otros árbitros puedan pronunciarse simultáneamente sobre ellos. El *overlap* sobre estas materias está impedido por mandato legal y ello cumple un propósito.

Históricamente, el *competence-competence* ha protegido la independencia del árbitro frente a la interferencia de las cortes, pero cuando existe un conflicto entre árbitros comerciales impide el control entre iguales. La naturaleza a-jerárquica y descentralizada del arbitraje comercial es demasiado frágil para permitir una supervisión horizontal.

Sin una predeterminación de qué tribunal posee preferencia, solo existiría caos y un mayor despilfarro de recursos. Cualquier persona que se considere "exclusivamente" competente podría atacar procedimientos paralelos y no habría una regla procesal que lo ordene. Además, no debe olvidarse que generaría una triple supervisión: tribunal paralelo, tribunal interferente y, posteriormente, la corte de anulación.

Recordemos que la MAA fue pensada para la competencia de un juez, quien posee el "*final shot*" sobre quién es competente. Fueron creadas para que quién ostente poder supervisor adelante su veredicto en casos urgentes. La MAA es inadecuada porque los árbitros carecen de este poder. Replicar sin cuidado practicas judiciales es una solución facilista a un problema que debe ser abordado

desde el derecho arbitral. Ante la existencia de problemas sin una respuesta clara en la práctica arbitral, los árbitros deben evitar la tentación de imitar técnicas procesales pensadas para contextos distintos como el judicial (Bermann, 2023).

La proliferación de procedimientos es un problema económico y jurídico lo suficientemente grave por sí mismo como para empeorarlo innecesariamente. Lejos de proponer indiferencia, este trabajo propone prudencia. Bajo la creencia de practicidad, puede ponerse en peligro la eficiencia y seguridad jurídica que destaca al arbitraje como método de solución de controversias.

Entonces, ante la proliferación de procedimientos, el árbitro debe preocuparse por su propio procedimiento. Las Salas Comerciales poseen incluso más responsabilidad de la que usualmente se piensa ante la proliferación arbitrajes irregulares y especialmente cuando sean fraudulentos.

Otra herramienta muy relevante es la indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del convenio arbitral (incluso abuso de proceso o fraude) que el operador jurídico afectado podría solicitar tras defenderse en arbitrajes irregulares paralelos, una defensa poco estudiada en la academia nacional. Este punto será abordado en otro trabajo.

Referencias Bibliográficas

Arbitration Act 1996 [Parliament of the United Kingdom]. An Act to restate and improve the law relating to arbitration pursuant to an arbitration agreement; to make other provision relating to arbitration and arbitration awards; and for connected purposes. 17 de junio de 1996. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents

Airbus Industrie G.I.E. v. Patel and Others [House of Lords]. Sentencia del 2 de abril de 1998. https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980402/patel01.htm

Anway, S. P. (24 de noviembre de 2022). *Dissenting opinion to Procedural Order No. 14* [Dissenting opinion, *Mozambique v. Patel Engineering Limited*, ICC Case No. 25334/JPA].

Avendaño, J. (2011). Comentario al artículo 62. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

Bachand, F. (2005). The UNCITRAL Model Law's take on anti-suit injunctions. In E. Gaillard (Ed.), *Anti-suit injunctions in international arbitration* (No. 2, pp.

Ballantyne, J (2026, 6 de febrero). Russian court restrains billion dollar claim against Gazprom unit. *Global Arbitration Review.* https://globalarbitrationreview.com/article/lugovoy-law-survives-third-constitutional-challenge

Baltag, C. (2016). Anti-suit injunctions and other means of indirect enforcement of an arbitration agreement. En *The Evolution and Future of International Arbitration*.

Birt, A., Kurlekar, A., & Poorooye, A. (2023). Anti-suit injunctions at crossroads: Navigating unique jurisdictions. *Journal of International Arbitration*, *40*(4), 459–478. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/40.4/JOIA2023018

Born, G. B. (2021). *International commercial arbitration* (3ª ed.). Kluwer Law International.

Bermann, G. A. (2023). *Twilight Issues in International Arbitration*. Kluwer Law International.

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (2025). *Reglamento de Arbitraje*. Cámara de Comercio de Lima.

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2014). La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos. *Revista IUS ET VERITAS*, (49), 130–144. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13620

Cantuarias Salaverry, F., y Repetto Deville, J. L. (2017). Arbitraje y múltiples contratos. *THEMIS Revista De Derecho*, (71), 135–152. https://doi.org/10.18800/themis.201701.009

Cantuarias Salaverry, F y Hesse Martínez. R (2025) ¿El orden de los factores sí altera el producto? El first shot entre tribunales paralelos y la invalidez de las anti-arbitration injunctions arbitrales en el arbitraje comercial. *Iurgium. Revista del Club Español de Arbitraje*, (2), 9-60. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Iurgium+[previously+Spain+Arbitration+Review]/2025.52/IURG2025010

Carter, P. (1997) *Anti-Suit Injunctions in Private International Law*. Europa-Institut. Saarland University. https://europainstitut.de/fileadmin/schriften/368.pdf

Corte de Apelación de Düsseldorf. (s.f.). *Sentencia en el caso* [VA 11/95].

Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (2002). *Welex c. Rose Maritime* [2002] EWHC 762 (Comm).

Corte de Apelación de Inglaterra y Gales (2004). *Lincoln National Life Insurance Co. v. Sun Life Assurance Co. of Canada* [2004] EWCA Civ. 1660

Corte de Justicia de la Unión Europea (2009). *Allianz SpA v. West Tankers Inc.,* C185/07. https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62007CJ0185

Corte de Justicia de la Unión Europea. (s.f.). *Gazprom OAO c. República de Lithuania*, C-536/23.

Cornejo Arizmendi, J. (2016). Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿Corrupción entre privados? Una breve reflexión. Boletín Anticorrupción y Justicia Penal, (4), 14–19.

Decisión del Comité Ad-hoc de Anulación (2002, 3 de julio). *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/97/3.

De Jesús, A. (2008) La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la

constitucionalización del arbitraje en América Latina. *Revista de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones, 3*(1), -. http://hdl.handle.net/10637/13222

De Ly, F., & Sheppard, A. (2009). ILA Final Report on Lis Pendens and Arbitration. *Arbitration International, 25*(3).

Douglas, Z (2003). The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration. *British Yearbook of International Law, 74(1), 151-289.*

Fouchard, P. (2005). Anti-suit Injunctions in International Arbitration: What Remedies? En *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration,* IAI Series on International Arbitration No. 2.

Gaillard, E. (2006). Reflections on the Use of Anti-suit Injunctions in International Arbitration. En *Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International.

Gaillard, E. (2007). Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. En Van den Berg, A. (Ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* ICCA Series No. 13.

Gaillard, E. (2017). Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 32*(1), 17–37. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw036

Gaillard, E (2019) Parallel Proceedings: Investment Arbitration. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedias of International Law. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3329.013.3329/law-mpeipro-e3329#law-mpeipro-e3329-bibItem-142

Gaillard, E. (2023). Seven dirty tricks to disrupt an Arbitration and the responses of international arbitration law. *Arbitration International, 39*(3), 361–378. https://doi.org/10.1093/arbint/aiad037

Gorskie, J. (2012) US Courts and the Anti-arbitration Injunction. *Arbitration International, 28*(2) https://doi.org/10.1093/arbitration/28.2.295

Grigera, H. (2005). Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences. En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (p. 334). ICC.

Hesse, R. (2025). *La anti arbitration injunction bajo derecho peruano.* [Tesis para optar por el título profesional de abogado, Universidad de Lima]. Repositorio Institucional de la Universidad de Lima. https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/23740

Herrmann, G. (1993) The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts. En A. J. van den Berg (Ed.), *ICCA Congress Series N° 6: International Arbitration in a Changing World* (Vol. 6, pp. 41–55). Kluwer Law International.

Hobér, K. (2014). Res judicata and lis pendens in international arbitration (Vol. 366). En *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne.* Brill Nijhoff. https://doiorg.peacepalace.idm.oclc.org/10.1163/1875- 8096_pplrdc_A9789004263956_02

Kröll, S., & Keller, E. (2023). The competence-competence principle's positive effect. En S. Kröll, A. K. Bjorklund, & F. Ferrari (Eds.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration* (pp. 771–806). Cambridge University Press.

Laudo (2006, 4 de octubre). *World Duty Free Company Limited v. Kenya,* Caso CIADI No. ARB/00/7.

Laudo (2013, 4 de octubre). *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan,* Caso CIADI No. ARB/10/3.

Laudo final. (2012). *OAO Gazprom v. The Republic of Lithuania*. SCC Caso No. V125/2011, Stockholm Chamber of Commerce.

Lévy, L. (2005). Anti-Suit Injunctions issued by Arbitrators. En E. Galliard, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration.* (115-129). Juris Publishing; Staempfli Publishers.

Reggiardo Saavedra, M., & Cuba Horna, Álvaro. (2020). Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (77), 233–252. https://doi.org/10.18800/themis.202001.012

Silva Romero, E. (2005). Breves observaciones sobre el principio competence competence. En *El contrato de arbitraje* (p. 579). Legis S.A.

Sologuren, H. (2011). Comentario al artículo 60. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

McLachlan, C. (2009). *Lis pendens in international litigation* (Vol. 336). *The Hague Academy Collected Courses Online.* https://doiorg.peacepalace.idm.oclc.org/10.1163/1875- 8096_pplrdc_A9789004172913_02

Núñez del Prado, F. (2019). The fatal leviathan: A Hayekian perspective of lex mercatoria in civil law countries. *Pace International Law Review, 31*(2), 423-498. https://doi.org/10.58948/2331-3536.1389

Orden Procesal No. 5. (2023). *Rutas de Lima S.A.C v. Municipalidad Metropolitana de Lima*, CPA Caso No. 2023-34, Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.

Orden Procesal No. 14. (2022). *The Republic of Mozambique and the Mozambique Ministry of Transport and Communications v. Patel Engineering Limited*, ICC Caso No. 25334/JPA/AJP, International Chamber of Commerce.

Paulsson, J. (2005). Jurisdiction and admissibility. En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (pp. 601–617). ICC Publishing, Publication 693. https://www.iccbooks.com

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2004, 27 de abril). *Turner v. Grovit*, C-159/02.

United Nations Commission on International Trade Law. (2005). *Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its thirty-ninth session (Nueva York, 19 de Junio–7 Julio de 2004)* (UN Doc. A/CN.9/589). United Nations.

Velásquez Meléndez, R., & Chang Tokushima, J. (2021). El principio de no interferencia judicial

sobre los arbitrajes: Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *Revista IUS ET VERITAS*, (62), 182–203. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.010

Vishnevskaya, O. (2015). Anti-Suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil? *Journal of International Arbitration, 32*(2). 173–214. https://doi.org/10.54648/joia2015008

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.014

Transición energética y arbitraje de inversiones: tensiones estructurales entre protección internacional y acción climática estatal(*)

Energy transition and investment arbitrage: structural tensions between international protection and state climate action

Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas(**)
Universidad Científica del Sur (Lima, Perú)

Lidia Alexandra Gallardo Vera(***)
Universidad Nacional de Trujillo (Trujillo, Perú)

Resumen:

La transición energética ha intensificado la discusión sobre la relación entre el régimen internacional de protección de inversiones y las políticas climáticas adoptadas por los Estados. En particular, cuando estas políticas buscan reducir o eliminar progresivamente actividades intensivas en carbono, pueden incidir sobre inversiones protegidas por tratados internacionales. En ese contexto, el artículo examina en qué medida la interpretación contemporánea de los estándares sustantivos del derecho internacional de las inversiones, especialmente el trato justo y equitativo y la expropiación indirecta, incide en la eventual responsabilidad internacional del Estado ante tribunales arbitrales por medidas de transición energética.

La investigación adopta un enfoque jurídico - dogmático y analítico basado en el examen de doctrina especializada y jurisprudencia arbitral relevante. A partir de este análisis, se sostiene que la eventual responsabilidad estatal no depende únicamente de la existencia de un cambio regulatorio, sino de la forma en que dicho cambio interactúa con las expectativas legítimas del inversor, el contexto regulatorio del sector energético y la finalidad pública perseguida por la medida. En consecuencia, el análisis de este tipo de controversias exige una interpretación contextualizada de los estándares tradicionales de protección de inversiones.

Palabras clave: Transición Energética - Trato Justo y Equitativo - Expropiación Indirecta - Políticas Climáticas - Responsabilidad Internacional del Estado - Sector Energético - Arbitraje de Inversiones - Perú

Abstract: The energy transition has intensified the discussion on the relationship between the international investment protection regime and the climate policies adopted by States. In particular, when these policies aim to progressively reduce or eliminate carbon-intensive activities, they may affect investments protected under international

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de enero de 2026 y su publicación fue aprobada el 14 de febrero de 2026.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Máster en Dirección en Gestión de Proyectos por la Universidad Rey Juan Carlos. Árbitro y profesor del curso de MARC'S en la Universidad Científica del Sur. Egresado de la Maestría en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico. ORCID: https://orcid.org/0009-0001-3369-3259. Correo electrónico: rfreitas@cientifica.edu.pe.

(***) Estudiante de pregrado en la Universidad Nacional de Trujillo, miembro de la Delegación Oficial de Arbitraje: Arbitra UNT. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3443-1266. Correo electrónico: t1450600121@unitru.edu.pe.

treaties. In this context, the article examines the extent to which the contemporary interpretation of the substantive standards of international investment law, especially fair and equitable treatment and indirect expropriation, affects the potential international responsibility of States before arbitral tribunals in disputes arising from energy transition measures.

The research adopts a doctrinal and analytical legal approach based on the examination of specialized scholarship and relevant arbitral jurisprudence. From this analysis, it is argued that potential State responsibility does not depend solely on the existence of a regulatory change, but also on how such change interacts with the investor's legitimate expectations, the regulatory context of the energy sector, and the public purpose pursued by the measure. Consequently, the analysis of these disputes requires a contextualized interpretation of the traditional standards of investment protection.

Keywords: Energy Transition - Fair and Equitable Treatment - Indirect Expropriation - Climate Policies - International State Responsibility - Energy Sector - Investment Arbitration - Peru

1. Introducción

Durante la última década, delimitada a partir de 2015 por la adopción del Acuerdo de París y de la Agenda 2030, la disputa frente al cambio climático se ha transformado, dejando de ser únicamente una discusión política o académica y convirtiéndose en un motor clave para modificar los sistemas energéticos a nivel global, en tanto dichos instrumentos consolidaron la transición hacia modelos bajos en carbono como parte de la agenda climática y energética internacional (Cameron et al., 2021).

La transición energética es un proceso que va más allá de una simple transformación tecnológica o de la incorporación de nuevas fuentes de energía, pues conlleva "cambios en la composición de la canasta energética y en los hábitos de los consumidores" (Vives & Millán, 1999, p. 15).

Desde esa perspectiva, el desafío no se limita a sustituir una fuente energética por otra; sino que, la reestructuración requiere un "cambio de paradigma fundamental" que permita "asegurar que la política nacional en todos los sectores sea coherente con los objetivos climáticos" (Schmitz et al., 2026. p.202).

Cada vez es más común en varios países la implementación de acciones con el objetivo de disminuir las emisiones, fomentar las energías renovables o restringir ciertas actividades extractivas. No obstante, estas decisiones no se toman sin tener en cuenta el contexto jurídico. Numerosas inversiones que funcionan en el sector energético están amparadas por acuerdos internacionales de inversión que determinan normas concretas de protección para los inversores foráneos.

En este escenario, el sector energético tiene una posición especialmente importante dentro del sistema de arbitraje internacional de inversiones. Este fenómeno no es accidental. Los proyectos de energía, por lo general, necesitan inversiones enormes, abarcan extensos periodos de tiempo y están condicionados al marco regulatorio del país anfitrión.

Cualquier cambio en el marco normativo puede impactar la estabilidad económica bajo la cual se llevaron a cabo estas inversiones debido a estas particularidades. Por lo tanto, las acciones tomadas por los gobiernos para reconfigurar sus políticas de energía, por ejemplo, suprimir subsidios, cambiar los sistemas de incentivos o establecer nuevas restricciones regulatorias, han empezado a provocar un aumento en la cantidad de disputas arbitrales abiertas por inversores foráneos.

Es en este momento cuando surge el principal problema jurídico que es la razón de ser del estudio actual. En última instancia, lo que se manifiesta es una tensión estructural entre dos metas que el derecho internacional moderno considera legítimas.

Por un lado, el sistema internacional de protección a las inversiones persigue brindar protección legal a los inversores foráneos, disminuyendo los riesgos políticos relacionados con proyectos de gran magnitud y larga duración. Este objetivo responde a la necesidad de promover los flujos de inversión internacional que ayuden al crecimiento económico.

En otro orden de cosas, los Estados tienen el deber de conservar la autoridad soberana para tomar medidas regulatorias que protejan intereses públicos fundamentales. La protección del medioambiente y la observancia de compromisos internacionales para atenuar el cambio climático se representa en dos ejemplos importantes de estos intereses, que hoy en día ocupan un lugar central.

Se hace particularmente evidente esta tensión cuando los planes de transición energética impactan en las inversiones que ya se habían establecido. En estos casos, es habitual que los inversores argumenten que las regulaciones recientes infringen principios esenciales del derecho internacional de inversiones, como el trato justo y equitativo o la prohibición de apropiación indirecta,

al percibir que las condiciones regulatorias bajo las cuales hicieron su inversión han cambiado de forma inesperada o excesiva.

Por otra parte, a partir del punto de la óptica del Estado, es inevitable actualizar su política energética para adaptarse a nuevos requerimientos económicos y ambientales. Así, los tribunales arbitrales se enfrentan al reto de determinar el grado en que las modificaciones normativas vinculadas a la transición energética pueden dar lugar a responsabilidad internacional del Estado.

A partir de esta situación, se plantea la siguiente pregunta que guía el presente estudio: ¿Hasta qué punto la interpretación contemporánea de los esquemas sustantivos del derecho internacional de las inversiones afecta la eventual responsabilidad internacional del Estado en relación con las acciones regulatorias tomadas durante la transición energética?

Este artículo tiene como propósito analizar la manera en que el sistema jurídico arbitral internacional de inversiones enfrenta las disputas que surgen a partir de las políticas vinculadas con la transición energética. Específicamente, el objetivo es analizar cómo los tribunales arbitrales interpretan las normas convencionales del derecho internacional de inversiones, en particular la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo, cuando los planes del gobierno se orientan hacia metas de política climática.

La hipótesis que dirige este estudio afirma que la eventual responsabilidad internacional del Estado no se basa solo en la existencia de una modificación regulatoria que impacte a una inversión extranjera.

Más bien, depende de cómo la modificación se vincula con tres componentes esenciales: el marco regulatorio del sector energético, las expectativas legítimas del inversor y el objetivo público que busca la medida estatal. Por lo tanto, para analizar este tipo de controversias es necesario interpretar los estándares convencionales de protección de inversiones en un contexto determinado.

La distribución del artículo es la siguiente. Primero, se estudia la doble racionalidad normativa que distingue al sector energético actual, caracterizada por la presencia simultánea del régimen internacional de inversiones y el régimen internacional de protección climática. Luego, se examinan los estándares sustantivos más relevantes del derecho internacional de inversiones que son oportunos para las controversias vinculadas al sector energético.

A continuación, se analizan algunas de las manifestaciones más relevantes en el arbitraje del conflicto entre la transición energética y la protección de inversiones. Los siguientes son los criterios que los tribunales de arbitraje utilizan para determinar si el Estado tiene responsabilidad internacional cuando implementa medidas regulatorias en el marco de las políticas energéticas.

El trabajo termina con una reflexión crítica acerca de los retos que la transición energética supone para el futuro del sistema de arbitraje internacional de inversiones. La transición energética, en última instancia, no es solamente un reto económico o tecnológico.

Asimismo, plantea cuestiones esenciales para el derecho internacional de inversiones, en particular respecto de la capacidad del sistema arbitral para equilibrar la protección de las inversiones foráneas con el derecho que tienen los Estados de tomar medidas normativas enfocadas en hacer frente al cambio climático.

2. La doble racionalidad normativa del sector energético

El sector energético se ha convertido en un espacio donde confluyen dos racionalidades jurídicas distintas, a saber, el régimen internacional de inversiones y el régimen climático. Esto es, mientras que el primero se orienta a garantizar estabilidad y previsibilidad para las inversiones extranjeras, el segundo promueve cambios regulatorios estructurales destinados a reconfigurar los sistemas energéticos existentes.

Comprender esta doble racionalidad resulta esencial para analizar las controversias que surgen en el arbitraje de inversiones relacionadas con políticas energéticas y climáticas.

Por esta razón, el presente apartado examina, en primer lugar, la lógica de estabilidad que caracteriza al régimen internacional de protección de inversiones y, posteriormente, la racionalidad de transformación que impulsa el régimen climático de nuestros días.

2.1. La racionalidad del régimen internacional de inversiones

2.1.1. Origen histórico y función económica del sistema

Sin pretender realizar una reconstrucción histórica exhaustiva, resulta necesario identificar los principales hitos que explican la racionalidad del régimen internacional de

protección de inversiones. Como señala Kundmüller (2008), dicho régimen se fundamenta en la concentración histórica del capital en determinados polos económicos y en grandes empresas transnacionales, cuya expansión hacia Estados con distintos niveles de consolidación institucional generó la necesidad de mecanismos jurídicos orientados a reducir el riesgo político.

Prieto (2012) ubica este proceso en la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial, caracterizada por la expansión de las empresas estadounidenses entre 1945 y 1960 y, posteriormente, de corporaciones europeas y japonesas entre 1960 y 1990. El aumento de los flujos de capital hacia economías en desarrollo impulsó la creación de mecanismos de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros.

Antes de la consolidación de estos instrumentos, la protección de los intereses económicos extranjeros se ejercía principalmente mediante la protección diplomática, mecanismo que, según Sánchez (2008), dependía de la actuación discrecional del Estado de nacionalidad y no otorgaba legitimación directa al inversor, por lo que la solución de las controversias quedaba condicionada por factores políticos.

El tránsito hacia una mayor sistematización fue gradual. Según la Guía de la OEA (Comité Jurídico Interamericano , 2025), sus principales antecedentes fueron los tratados de amistad, comercio y navegación, así como las comisiones mixtas de reclamaciones del siglo XIX, que consolidaron conceptos como la responsabilidad internacional, la reparación del daño y la indemnización por expropiación, posteriormente incorporados al derecho internacional económico contemporáneo.

Durante el siglo XX se impulsaron diversos proyectos de codificación multilateral, como la Carta de La Habana de 1948, el Proyecto Abs-Shawcross de 1959 y la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1967, que no prosperaron por falta de consenso y tensiones políticas (Prieto, 2012). No obstante, el régimen se desarrolló principalmente mediante tratados bilaterales, tomando como referencia el acuerdo de inversiones entre Alemania y Pakistán de 1959, considerado el primer BIT moderno.

Venzke y Güntherb (2022) sostienen que este tratado no respondió únicamente a una lógica de cooperación internacional, sino también a la estrategia económica de la República Federal de Alemania en la posguerra, orientada a promover la exportación de capital mediante garantías públicas para la inversión exterior.

Ello permite afirmar que el régimen respondió, desde su origen bilateral moderno, a una racionalidad eminentemente económica, en tanto los BIT se consolidaron inicialmente como instrumentos dirigidos a reducir los riesgos políticos y jurídicos que enfrentaban los inversionistas de los Estados exportadores de capital, antes que como simples expresiones de cooperación interestatal.

2.1.2. Protección en sectores estratégicos

La expansión bilateral descrita en el apartado anterior no solo multiplicó instrumentos jurídicos, sino que configuró paulatinamente una estructura funcional del régimen internacional de inversiones.

Ante ello, Prieto (2012) manifestó que, los reiterados intentos de codificación multilateral contrastaron con el rápido desarrollo de tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI), fenómeno que terminó consolidando un sistema predominantemente articulado a través de acuerdos interestatales.

En cuanto a su organización, el régimen internacional de inversiones suele presentarse en dos planos que, de acuerdo con el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF, 2013), consiste en:

- En primer lugar, se encuentran los Acuerdos Internacionales de Inversión (en adelante, AII) celebrados entre Estados, categoría que comprende tanto los tratados bilaterales de inversión (APPRI/ TBI) como los capítulos de inversión en tratados de libre comercio y, en ciertos casos, instrumentos regionales con disciplina inversora.
- Dicho organismo tiende a organizarse alrededor de tres ejes funcionales, a saber, el ámbito de aplicación, donde se especifican las definiciones de “inversión” e “inversionista” y condiciones de cobertura; compromisos de trato que estructuran el estándar de protección y la conducta estatal exigible; y mecanismos de solución de controversias, tanto Estado - Estado como, de modo distintivo, inversionista – Estado (en adelante, ISDS).
- En segundo lugar, el sistema cuenta con instrumentos suscritos directamente entre el Estado y un inversionista específico, por ejemplo, contratos de inversión, concesiones o convenios de estabilidad jurídica, que pueden incorporar cláusulas arbitrales internacionales o remisiones a reglas institucionales para la resolución de disputas y que, pese a las garantías

brindadas, no constituyen una naturaleza convencional interestatal.

En este punto, conviene precisar que, según los datos actualizados de UNCTAD (2026), actualmente existen 2,864 TBI, de los cuales 2,242 están en rigor, y 518 tratados con disposiciones sobre inversión (TIP), de los cuales 417 están en vigor; lo que ha configurado una extensa red de tratados que articula la protección jurídica de la inversión extranjera en múltiples sectores económicos.

Ello se explica por el tipo de actividades en las que suele radicarse la inversión extranjera protegida; esto es, como se rescata de toda la doctrina revisada, en sectores intensivos en capital, fuertemente regulados, como la energía, la minería, la infraestructura y los servicios públicos.

En el ámbito latinoamericano, la incorporación de disciplinas de inversión en procesos de integración económica ha seguido trayectorias diversas. Como advierte Prieto (2012), instrumentos como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, NAFTA), la normativa de la Comunidad Andina, especialmente las Decisiones 24, 220 y 291, y los protocolos de promoción y protección de inversiones del Mercosur, constituyen ejemplos relevantes de cómo los acuerdos regionales han reproducido, con distinto alcance, los mecanismos de protección y solución de controversias característicos del régimen internacional de inversiones.

Desde una perspectiva más amplia, el Comité Jurídico Interamericano (2025) ha recopilado diversos ejemplos de instrumentos regionales que incorporan disposiciones sobre inversión en distintas partes del mundo. En América, el NAFTA y su sucesor, el T-MEC, constituyen referencias relevantes por el diseño de reglas aplicables a controversias inversionista-Estado, mientras que el CAFTA-DR incluye un capítulo de inversión que habilita el acceso del inversionista al arbitraje internacional.

Fuera de la región, el Comité Jurídico Interamericano (2025) identifica otros instrumentos tales como, en Asia, el ACIA (ASEAN) y el RCEP integran disposiciones de inversión dentro de esquemas de liberalización e integración económica; en África, se mencionan iniciativas como el Protocolo de Inversión de la SADC y el Código Panafricano de Inversiones orientadas a armonización y desarrollo regional; y en Europa, el Tratado de Lisboa atribuyó a la Unión Europea competencia en inversión extranjera directa, habilitando la negociación de acuerdos en nombre de los Estados miembros.

En esa misma línea, se han desarrollado instrumentos especializados orientados a sectores económicos concretos. Entre ellos destaca el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), considerado el principal acuerdo multilateral dedicado específicamente a la protección de inversiones en el sector energético.

Dentro del régimen internacional de protección de inversiones, el TCE constituye el principal instrumento multilateral específicamente orientado al sector energético.

Mientras que la proliferación de tratados bilaterales de inversión desde finales de la década de 1950 consolidó un esquema general de protección frente al riesgo político que enfrentan los inversionistas extranjeros (Prieto, 2012), el TCE introdujo un marco jurídico sectorial destinado a inversiones vinculadas con actividades económicas del sector energético, configurando así un espacio especializado dentro del derecho internacional de inversiones (Vorburger & Petti, 2018).

La doctrina revisada, de la mano de Rowe (2024), nos permite advertir que, el origen del tratado se vincula con la reorganización del sistema energético europeo tras el final de la Guerra Fría, donde la apertura económica de los países de Europa central y oriental generó la necesidad de modernizar infraestructuras energéticas mediante capital, tecnología y experiencia empresarial provenientes del exterior.

En ese contexto se promovió la creación de un instrumento que facilitara la cooperación energética y ofreciera garantías jurídicas a la inversión extranjera, siendo su antecedente inmediato la Carta Europea de la Energía de 1991, cuyos principios programáticos sirvieron de base para la negociación del tratado firmado en Lisboa en 1994 y vigente desde 1998.

Por ende, desde el punto de vista normativo, el TCE contiene disposiciones relativas al comercio de materiales y productos energéticos, al régimen de protección de inversiones y a diversas cuestiones sectoriales vinculadas con la soberanía sobre los recursos energéticos, aspectos ambientales y materias tributarias, siendo que, dentro de esta arquitectura, la Parte III establece el núcleo del régimen aplicable a las inversiones (Vorburger & Petti, 2018).

En particular, el artículo 10(1) dispone que las Partes Contratantes deberán promover condiciones estables, transparentes y equitativas para las inversiones de inversores

de otros Estados parte, incorporando estándares sustantivos característicos del derecho internacional de inversiones, entre ellos el trato justo y equitativo, la protección y seguridad constantes, la prohibición de medidas irrazonables o discriminatorias y la obligación de respetar compromisos asumidos frente a inversionistas; exigiéndose estas obligaciones a la luz del mecanismo arbitral previsto en el artículo 26 del tratado (Pearsall et al., 2023).

En cuanto al objeto protegido, la doctrina permite observar que el tratado adopta una noción amplia de inversión, que comprende diversas formas de participación económica del inversor, incluyendo activos tangibles e intangibles, participaciones societarias, derechos de crédito, relaciones contractuales con contenido patrimonial y autorizaciones otorgadas conforme al derecho interno.

No obstante, la protección se vincula con inversiones relacionadas con actividades del sector energético, concepto interpretado de forma extensiva para abarcar distintas etapas de la cadena energética, tales como exploración, extracción, producción, transporte, transmisión, distribución y comercialización (Vorburger & Petti, 2018). Por ello, el tratado puede aplicarse tanto a inversiones vinculadas con hidrocarburos como a proyectos asociados al desarrollo de energías renovables (Rowe, 2024).

Con todo, en los últimos años, el TCE ganó visibilidad en la discusión sobre transición energética, particularmente por lo que la literatura ha denominado *regulatory chill*, que, a su vez, se traduce en la posibilidad de que la expectativa de litigios ISDS influya en la oportunidad o intensidad de ciertas regulaciones de interés público.

En ese marco, diversos Estados europeos comenzaron a cuestionar la relación entre el tratado y determinadas estrategias de descarbonización, lo que condujo a un proceso político que culminó con la notificación de retirada de la Unión Europea del TCE el 30 de mayo de 2024 (Consejo Europeo, 2024).

Lo anterior conllevó a que se impulse con mayor énfasis un proceso de reforma del tratado destinado a actualizar su contenido normativo; y como resultado, el 03 de diciembre de 2024, la Conferencia sobre la Carta de la Energía aprobó un paquete de enmiendas cuya aplicación provisional se proyectó a partir de septiembre de 2025, sujeto a los procesos de ratificación correspondientes (CIAR, 2024).

Entre los cambios descritos, y pese a las críticas todavía existentes sobre su efectividad, Turner (2025) destaca los siguientes: (i) un esquema de exclusión progresiva de ciertas inversiones en combustibles fósiles para algunas Partes, (ii) la incorporación expresa de una regla para inaplicabilidad del ISDS intracomunitario y (iii) ajustes sustantivos que precisan el contenido del TJE y la expropiación indirecta, además de previsiones sobre derecho a regular y modificaciones procedimentales, tales como, la transparencia, financiación por terceros y costas.

No obstante, Pearsall et al. (2023) destacan que el TCE, aún antes de su modernización, brindaba protecciones importantes para las actividades relacionadas con energías renovables, lo que podría contribuir al logro de una transición energética a través de la atracción de inversores en ese rubro.

Con todo ello, resulta evidente que, el TCE junto a sus enmiendas constituye un punto de referencia relevante para evidenciar cómo las situación política y económica de un Estado puede influenciar en el aspecto normativo.

2.2. La racionalidad de transformación en el régimen climático

El régimen climático actual se estructura a partir de un diagnóstico sobre el origen del calentamiento global y las actividades que más impactan en este y en el desarrollo de la vida de los seres humanos.

Frente a ello, Lehmann (2025) explica que la energía constituye una infraestructura esencial para el funcionamiento de las economías modernas, ya que sostiene actividades básicas como el transporte, la producción industrial, la generación eléctrica y el funcionamiento de los servicios; siendo que los combustibles fósiles continúan representando más del 84,3 % del consumo energético global, mientras que la electricidad, que constituye aproximadamente una quinta parte del consumo final de energía, se produce todavía en gran medida a partir de fuentes fósiles.

No obstante, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, 2018) ha señalado que el aumento sostenido de la temperatura media del planeta responde principalmente a emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, derivadas en gran medida del uso de combustibles fósiles en el sector energético.

De este modo, en aras de alcanzar dicha transición, en el marco jurídico internacional se consolidó la adopción del Acuerdo de París de 2015, considerado uno de los pilares más fundamentales del régimen climático contemporáneo.

De acuerdo con Barker y Martin (2023), el tratado establece el objetivo de mantener el aumento de la temperatura media global muy por debajo de 2 °C respecto de los niveles preindustriales, procurando además limitarlo a 1,5 °C; y, para avanzar hacia esa meta, introduce un sistema de compromisos climáticos mediante las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC), a través de las cuales los Estados definen sus planes de reducción de emisiones y adaptación al cambio climático.

La estructura del Acuerdo de París se articula como un régimen de obligaciones de conducta reforzadas y de progresividad. Así, por ejemplo, el artículo 4 dispone que cada Parte prepare, comunique y mantenga sus NDC, y que estas sean sucesivas y progresivas, reflejando la mayor ambición posible; el artículo 13 organiza un sistema de transparencia basado en información periódica y revisión técnica para dar seguimiento al cumplimiento y a los avances; y el artículo 14 establece el balance mundial como instancia periódica de evaluación colectiva destinada a orientar el aumento de ambición (UNFCCC, 2015). Todo ello refleja que la transición climática requiere de un trabajo permanente e interconectado entre los distintos niveles de gobernanza internacional.

La implementación de este marco internacional, como indican Von Kumberg y Crow (2022), ha llevado a que los Estados adopten instrumentos económicos y regulatorios orientados a la reducción de emisiones, entre ellos sistemas de comercio de emisiones, como el Régimen Europeo de Comercio de Emisiones (EU ETS), impuestos al carbono y mecanismos de incentivo dirigidos al desarrollo de tecnologías energéticas bajas en carbono.

En esa misma línea, Bonafé (2021) destaca particularmente el uso de subastas de energías renovables como instrumento regulatorio destinado a promover la participación de tecnologías limpias en el sector eléctrico y atraer inversión privada hacia proyectos de generación baja en carbono.

Aunado a lo anterior, la UNCTAD (2022) ha destacado dos desarrollos relevantes en la interacción entre política climática y régimen internacional de inversiones.

En primer término, en 2022, donde junto con el International Institute for Environment and Development (IIED), la UNCTAD organizó un taller en el que funcionarios y expertos analizaron la relación entre los acuerdos internacionales de inversión y la acción climática, concluyendo que dichos instrumentos no deben obstaculizar la adopción de políticas climáticas ni la transición hacia economías bajas en carbono.

Paralelamente, este proceso de adaptación normativa también se reflejó en la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, que, como se analizó líneas arriba, ya fue aprobada e introduce ajustes en las definiciones del tratado, en las reglas de protección de inversiones y en el mecanismo ISDS, además de incorporar referencias al desarrollo sostenible y excluir las controversias intra-UE.

Como se observa, estas medidas forman parte de una transformación más amplia del sistema energético mundial, en la que la reducción de emisiones implica redirigir grandes flujos de inversión hacia infraestructura energética, movilidad sostenible y tecnologías de baja emisión, con necesidades de financiamiento que se calculan en grandes cantidades de dólares cada año para cumplir las metas climáticas planteadas a nivel internacional.

De esta manera, la transición energética no solo plantea desafíos ambientales, sino nuevas disyuntivas a nivel jurídico en torno a la protección de inversiones y el régimen regulatorio de cada Estado, cuestiones que sirven de base para el análisis desarrollado en los apartados siguientes.

3. Estándares protegidos en el arbitraje de inversiones

El análisis de la responsabilidad estatal en el arbitraje de inversiones exige examinar los estándares sustantivos de protección previstos en los AII, pues es a través de estas cláusulas que los tribunales determinan si una medida estatal constituye o no una violación del tratado.

Dado que el catálogo de protecciones previstas en los AII es amplio, incluyendo, entre otras, trato nacional, cláusulas de nación más favorecida, protección y seguridad plenas o libre transferencia de capitales, este apartado no pretende abordar exhaustivamente todas ellas.

El objetivo consiste más bien en delimitar los alcances dogmáticos de algunos de los estándares que con mayor frecuencia estructuran la imputación de responsabilidad, con especial atención al trato justo y equitativo (en adelante, TJE) y a la expropiación indirecta; debido a que, conforme a lo revisado en la doctrina, suelen ser las bases más habituales de reclamación en controversias entre inversionistas y Estados.

A partir de esta delimitación, el análisis se desarrollará en dos apartados. En primer

lugar, se examinará el contenido jurídico del estándar de trato justo y equitativo, prestando especial atención a la noción de expectativas legítimas del inversor y, en segundo lugar, se abordará la protección frente a la expropiación, en particular la expropiación indirecta, cuya delimitación plantea la dificultad de distinguir entre la privación sustancial de una inversión y el ejercicio legítimo del poder regulatorio estatal.

3.1. Trato Justo y Equitativo (TEJ o FET)

El TJE o *fair and equitable treatment* (FET), constituye uno de los estándares sustantivos más invocados ante tribunales estatales en virtud del surgimiento de cambios de regulación que afectan las inversiones extranjeras (Barker & Martin, 2023).

En términos funcionales, de la doctrina se puede concluir que el estándar busca asegurar que el Estado receptor no someta la inversión extranjera a un tratamiento incompatible con exigencias básicas de justicia, racionalidad, consistencia y buena fe.

Su antecedente más importante se encuentra en el estándar mínimo internacional de trato a los extranjeros, formulado clásicamente en el caso Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States de 1926. En ese precedente, la responsabilidad internacional del Estado quedó asociada a un umbral severo y restrictivo, pues el trato debía equivaler a un "ultraje, mala fe, negligencia deliberada" o a una actuación estatal manifiestamente inferior a los estándares internacionales (Reinisch & Schreuer, 2020, párr. 279).

Con posterioridad, la cláusula de TJE adquirió autonomía y centralidad en los tratados de inversión. Según Lascu (2019), su consolidación se produjo con su incorporación en instrumentos como el artículo 1105 del North American Free Trade Agreement (en adelante, NAFTA), el artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía y numerosos tratados bilaterales de inversión.

Sobre esa base convencional, la jurisprudencia arbitral comenzó a precisar el contenido del estándar. En ese contexto, Pope & Talbot Inc. v. *Government of* Canada mostró que el TJE no se agotaba en el umbral estricto de Neer. La controversia surgió por el régimen canadiense de cuotas para la exportación de madera blanda hacia Estados Unidos. Sin embargo, lo relevante no fue el régimen en sí, sino la forma en que la administración actuó durante el procedimiento de revisión aplicado al inversionista.

Según Dumberry (2013), el tribunal no condenó a Canadá por el régimen de cuotas de exportación de madera blanda en sí mismo, sino por la forma en que la administración condujo el procedimiento de revisión frente al inversionista. En concreto, se cuestionaron amenazas, negativa injustificada de información, exigencias documentales excesivas y tergiversaciones ante la autoridad competente. Por ello, el tribunal calificó ese episodio como una "denegación del trato justo" exigido por instrumentos como el artículo 1105 del NAFTA (p.236).

En este sentido, dicha evolución jurisprudencial evidencia que el contenido del TJE adquiere contornos más precisos mediante el análisis de las conductas estatales examinadas en cada controversia.

Desde una perspectiva dogmática, Pastor (2006) sostiene que el TJE opera como un concepto jurídico indeterminado, debido a que el tratado no enumera de manera cerrada todas las conductas estatales prohibidas, sino que emplea una fórmula abierta que debe concretarse en cada caso.

Precisamente por ello, el autor distingue entre un núcleo de certeza del estándar y un halo de incertidumbre que solo puede precisarse a través de la interpretación y de su aplicación a controversias concretas. En esa misma línea, añade que el TJE es una obligación autónoma, debido que no depende de comparar el trato recibido por el inversor extranjero con el dispensado a nacionales o a terceros Estados, sino de valorar directamente si la conducta estatal satisface el estándar pactado.

En cuanto a su fundamento, dicho autor explica que una de las discusiones clásicas consiste en determinar si el TJE se limita a reproducir el estándar mínimo internacional de trato derivado de la costumbre o si, por el contrario, establece una protección convencional adicional.

Para el autor, aun cuando la cláusula pueda proyectarse más allá del mínimo consuetudinario, siempre existe al menos un umbral básico de protección exigible conforme al derecho internacional general. Dicho de otro modo, el tratado puede ampliar la protección, pero no rebajarla por debajo de ese mínimo.

Ante ello, cabe precisar que, la práctica arbitral ha sido decisiva para concretar el contenido del estándar; de tal modo que, como señalan Monti y Fermeglia (2024), los tribunales suelen asociar el TJE con supuestos como la arbitrariedad, la falta de transparencia, la denegación de justicia, la violación del debido proceso y la frustración de expectativas legítimas.

De este modo, uno de los aspectos que ha adquirido mayor relevancia en la evolución

de este estándar es la tutela de las expectativas legítimas del inversor, debido a que, a través de esta se permite determinar si la actuación estatal desarticuló de manera repentina el entorno de seguridad jurídica y previsibilidad que sirvió de base para decidir la realización o continuidad de la inversión.

Siguiendo la clasificación de Bonnitcha, Monti y Fermeglia (2024) muestran que la jurisprudencia arbitral ha protegido expectativas derivadas de derechos legales adquiridos, de representaciones específicas del Estado, de la estabilidad del marco regulatorio y, en ciertos casos, de la estructura económica del proyecto o plan de negocios, pretendiendo con ello mostrar que la categoría no es uniforme, pues lo que se protege no siempre es lo mismo.

En una línea más concreta, Aggarwal y Kabra (2023) advierten que la jurisprudencia tampoco ha sido uniforme al determinar si la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico forman parte de las expectativas legítimas o si constituyen una garantía autónoma dentro del propio TJE. D

icha diferencia es importante, porque si la estabilidad se concibe como una obligación independiente, el inversor podría intentar fundar su reclamación sin necesidad de demostrar una representación estatal concreta.

Según Aggarwal y Kabra (2023), la jurisprudencia arbitral ha desarrollado dos métodos principales de evaluación para determinar si este tipo de cambios regulatorios vulnera el estándar de trato justo y equitativo.

El primero es la prueba del grado de cambio, el *degree of change test*; bajo el cual, el tribunal examina si la reforma regulatoria alteró de manera radical o fundamental el régimen jurídico en el que el inversor basó su decisión de invertir.

El segundo es la prueba de razonabilidad o proporcionalidad, el *reasonableness or proportionality test.* En este caso, el análisis no se centra únicamente en la magnitud del cambio, sino en su justificación regulatoria, de modo que, el tribunal evalúa si la medida responde a un objetivo legítimo de política pública, si existe una relación racional entre la medida y ese objetivo, y si la carga impuesta al inversor resulta excesiva o desproporcionada en relación con el interés público perseguido.

Consideramos que tal distinción es particularmente útil para la presente investigación, porque permite anticipar que la eventual responsabilidad estatal no dependerá únicamente de la existencia de una reforma normativa, sino también del método de valoración que adopte el tribunal arbitral.

De este modo, el TJE aparece como un estándar de gran centralidad práctica, pero también de notable complejidad, en atención a que, su estructura abierta, la discusión sobre su relación con el estándar mínimo internacional, la expansión de la categoría de expectativas legítimas y la falta de uniformidad en los test aplicables a los cambios regulatorios explican que siga siendo uno de los principales puntos de fricción entre la protección de inversiones y el ejercicio de la potestad regulatoria estatal.

3.2. Expropiación indirecta

En términos de Barker y Martin (2023), esta forma de expropiación se configura cuando la intervención estatal genera una privación sustancial y permanente de la inversión, aun cuando la titularidad formal permanezca en manos del inversor.

A partir de esta definición, uno de los problemas centrales del estándar consiste en distinguir entre una expropiación indirecta indemnizable y el ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado.

Un antecedente temprano de esta discusión es Ethyl *Corporation v. Government of Canada* (1998). La controversia surgió por una ley canadiense que restringía la importación y el comercio interprovincial del MMT, un aditivo utilizado en combustibles. Para Ethyl, esa restricción afectaba el valor de su inversión en Canadá y la posibilidad de explotarla económicamente, pese a que conservaba formalmente sus derechos.

El punto es relevante porque el artículo 1110 del NAFTA, tratado aplicable a esa controversia, comprendía la expropiación directa, la expropiación indirecta y las medidas equivalentes a una nacionalización o expropiación. Desde ese marco, el análisis de la expropiación indirecta empezó a vincularse con los efectos reales de la intervención estatal sobre la inversión, especialmente cuando la regulación reduce de manera sustancial su uso, valor o aprovechamiento económico.

A partir de ello, la jurisprudencia arbitral ha desarrollado distintos enfoques para determinar cuándo una afectación regulatoria alcanza intensidad expropiatoria. Aggarwal y Kabra (2023) explican que, en términos generales, pueden identificarse dos grandes aproximaciones.

Por un lado, algunos tribunales han aplicado un enfoque centrado principalmente en los efectos económicos de la medida estatal, conocido como la doctrina de los *sole effects*. Bajo esta perspectiva, el elemento decisivo consiste en determinar si la

intervención estatal produce una privación sustancial del valor económico de la inversión, siendo jurídicamente irrelevante la finalidad pública de la medida.

Este enfoque ha sido desarrollado doctrinalmente en torno al criterio del efecto privativo de la medida estatal. En esa línea, Velásquez Meléndez (2013) sostiene que la expropiación indirecta solo se configura cuando la intervención pública vuelve la propiedad significativamente inútil o carente de valor económico, produciendo un resultado comparable al de la expropiación forzosa.

El autor explica que esta aproximación ha sido descrita doctrinalmente como la "doctrina del único efecto", en la medida en que el elemento determinante para identificar una expropiación es la severidad del impacto que la medida estatal produce sobre la capacidad del inversor para utilizar o explotar su propiedad.

De esta manera, dicho criterio permite distinguir entre afectaciones patrimoniales ordinarias y privaciones equivalentes a expropiación, pues como se deduce de la doctrina, muchas medidas regulatorias pueden reducir el valor de una inversión sin eliminar completamente su utilidad económica.

En tales casos, la intervención estatal puede constituir una restricción relevante del derecho de propiedad, pero no alcanza el umbral necesario para configurar una expropiación indirecta, por lo que, el análisis decisivo consiste en determinar si la medida ha neutralizado de manera sustancial el valor económico de la inversión o si el inversor conserva todavía la posibilidad de explotarla de forma significativa.

Frente a esta aproximación centrada en los efectos económicos, la jurisprudencia arbitral también ha desarrollado una segunda línea interpretativa basada en la doctrina de los poderes de policía, según la cual, las medidas regulatorias adoptadas de buena fe, de carácter no discriminatorio y orientadas a la protección de intereses públicos legítimos, como la salud, el medio ambiente o la seguridad pública, no constituyen expropiación, aun cuando generen efectos económicos negativos para el inversor (Aggarwal y Kabra, 2023).

La coexistencia de estos enfoques refleja la dificultad de delimitar el alcance del estándar a tal punto de, en conformidad con Aggarwal y Kabra (2023), algunos tribunales han optado por aproximaciones intermedias que consideran simultáneamente la intensidad de la interferencia económica y la finalidad de la medida estatal, con el objetivo de distinguir entre regulación legítima y expropiación indirecta indemnizable.

En consonancia con esta tendencia, la literatura reciente ha destacado que la determinación de una expropiación indirecta suele implicar un análisis multifactorial. De acuerdo con Barker y Martin (2023), los tribunales arbitrales tienden a evaluar diversos elementos, entre ellos el impacto económico de la medida, el grado en que la acción estatal interfiere con las expectativas razonables del inversor y el carácter o naturaleza de la intervención gubernamental; buscando así, evitar que cualquier regulación con efectos económicos adversos sea automáticamente considerada expropiatoria.

Desde una perspectiva más reciente, Riffel (2022) subraya que la delimitación entre regulación legítima y expropiación indirecta constituye uno de los principales desafíos del derecho internacional de las inversiones, y en respuesta a esta dificultad, varios tratados contemporáneos han incorporado criterios interpretativos destinados a reducir la incertidumbre en la aplicación del estándar, tales como el análisis del impacto económico de la medida, el grado de interferencia con los derechos de propiedad y el contexto regulatorio en el que se adopta la intervención estatal.

Precisamente, uno de los elementos más relevantes destacados por Riffel (2022) es la importancia del contexto regulatorio en el que se realiza la inversión, puesto que, los inversores desarrollan sus actividades dentro de marcos regulatorios determinados, lo que implica aceptar que las autoridades pueden modificar dichos marcos para proteger intereses públicos.

Por estos motivos, la determinación de una expropiación indirecta requiere evaluar no solo el perjuicio económico ocasionado al inversor, sino también la intensidad del impacto de la medida, su duración, su justificación pública y el contexto regulatorio en el que se adopta, de tal manera que, solo cuando la intervención estatal priva de manera sustancial al inversor del valor o del uso de su inversión puede considerarse que se ha producido una medida equivalente a expropiación.

4. Manifestaciones en la práctica de la tensión estructural

El examen de la práctica arbitral permite observar de manera concreta cómo se materializa la tensión estructural entre la potestad regulatoria del Estado y la protección internacional de las inversiones.

En el ámbito energético, especialmente en contextos de reforma regulatoria o de transición energética, los tribunales arbitrales han debido determinar hasta qué punto los cambios normativos adoptados por los Estados constituyen un ejercicio legítimo de su soberanía regulatoria o, por el contrario, una violación de los estándares de protección previstos en los tratados de inversión.

En este punto, conviene realizar tres precisiones. En primer lugar, la mayor parte de controversias vinculadas directamente con la transición energética aún no han producido laudos definitivos, por lo que la práctica disponible se compone tanto de decisiones consolidadas como de casos aún en evolución.

En segundo lugar, los precedentes utilizados en este apartado proceden de distintas fuentes, algunos fueron identificados a partir de bases institucionales de seguimiento de arbitraje de inversiones, especialmente el Investment Dispute Settlement Navigator de UNCTAD, y en ciertos casos se incorporan decisiones ampliamente discutidas en la doctrina antes revisada.

En tercer lugar, las controversias que se examinan a continuación no constituyen aspectos aislados, sino expresiones empíricas de la doble racionalidad normativa antes descrita.

Bajo estas consideraciones, el análisis jurisprudencial se organiza según los problemas jurídicos que cada decisión permite esclarecer.

4.1. Expectativas legítimas y estabilidad regulatoria en el sector energético

Uno de los debates más significativos dentro del arbitraje de inversiones se refiere al alcance del estándar de trato justo y equitativo (TJE) y, en particular, a la medida en que este estándar protege la estabilidad del marco regulatorio.

Un caso paradigmático en este ámbito es Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (CIADI, Caso N.° ARB/13/36), el cual fue identificado a partir de la práctica arbitral sobre el Tratado sobre la Carta de la Energía y ha sido ampliamente analizado en la literatura especializada sobre arbitraje energético.

La controversia surgió a raíz de las reformas regulatorias adoptadas por España en 2013, que modificaron el sistema de incentivos económicos aplicable a proyectos de energía solar. Los demandantes alegaron que dichas reformas alteraron de manera sustancial el marco regulatorio sobre el cual habían estructurado sus inversiones.

En su laudo de 2017, el tribunal arbitral concluyó que España había violado el Artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía, al introducir cambios regulatorios que frustraron las expectativas legítimas del inversor; sosteniendo que, aunque los Estados conservan la facultad de modificar su legislación, el estándar de trato justo y equitativo exige preservar las características fundamentales del régimen jurídico vigente al momento de la inversión.

Ahora bien, debe precisarse que el laudo fue posteriormente anulado por un *comité ad hoc* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.(en adelante, CIADI) en 2020; sin embargo, ello obedeció únicamente a un conflicto de interés relacionado con la composición del tribunal (IISD, 2020); ocasionando que se haya iniciado un segundo procedimiento arbitral que, igualmente, concluyó en un resultado a favor del inversionista; por lo cual, el caso continúa siendo citado como una referencia relevante en la discusión doctrinal sobre expectativas legítimas en sectores altamente regulados.

Asimismo, es importante advertir que, pese a que el caso se refiere a energías renovables, conviene mencionarlo debido a que, responde al desarrollo efectuado sobre la reflexión general del riesgo regulatorio en el sector energético, caracterizado por inversiones intensivas en capital y horizontes de recuperación prolongados.

4.2. La crítica doctrinal al uso expansivo del TJE: la opinión disidente de Zachary Douglas

La interpretación expansiva del estándar de trato justo y equitativo no es, sin embargo, unánime dentro de la práctica arbitral. Una crítica particularmente influyente se encuentra en la opinión disidente del árbitro Zachary Douglas en el caso Mathias Kruck y otros c. Reino de España (CIADI, Caso ARB/15/23).

En su disidencia, Douglas cuestiona la tendencia de algunos tribunales a interpretar el TJE como una garantía general de estabilidad regulatoria. A su juicio, el estándar de trato justo y equitativo no protege expectativas comerciales abstractas ni asegura la congelación del marco regulatorio, sino únicamente aquellas expectativas que se derivan de compromisos jurídicos específicos asumidos por el Estado frente al inversor.

Desde su perspectiva, el derecho internacional de inversiones no debería transformarse en un mecanismo que impida a los Estados adaptar sus políticas regulatorias

frente a nuevas circunstancias económicas o sociales; por lo que, en sectores altamente regulados, como el energético, los inversores deben asumir necesariamente un riesgo regulatorio inherente.

Se hace especial énfasis en esta postura, en tanto resulta relevante para el análisis de la transición energética, debido a que, si se adopta una interpretación restrictiva del TJE, los tribunales tenderían a otorgar un mayor margen de actuación a los Estados cuando estos adopten reformas regulatorias orientadas a modificar el modelo energético o a introducir restricciones a determinadas actividades extractivas.

La disidencia pone de manifiesto, por tanto, que la jurisprudencia arbitral sobre expectativas legítimas se encuentra internamente dividida y, por ende, el equilibrio entre protección de inversiones y potestad regulatoria sigue siendo un terreno doctrinal en evolución.

4.3. Regulación ambiental y margen regulatorio del Estado

Una línea jurisprudencial distinta emerge en decisiones que han examinado la relación entre medidas regulatorias adoptadas con fines ambientales y los estándares de protección de las inversiones.

Un caso de bastante énfasis en este ámbito es Methanex Corporation c. Estados Unidos de América (UNCITRAL, 2005).

La controversia surgió cuando el Estado de California prohibió el uso del aditivo para gasolina MTBE, debido a los riesgos de contaminación que la sustancia generaba en acuíferos subterráneos. Methanex, empresa canadiense productora de metanol utilizado en la fabricación del MTBE, alegó que la medida constituía una expropiación indirecta y una violación del estándar de trato justo y equitativo.

El tribunal rechazó las reclamaciones del inversor y sostuvo que el artículo 1105 del NAFTA incorpora el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, interpretación bajo la cual el TJE no garantizaría la estabilidad general del marco regulatorio ni protegería expectativas económicas generales.

Asimismo, el tribunal afirmó que una regulación pública general, adoptada con fines legítimos y aplicada de manera no discriminatoria, no constituye una expropiación indemnizable aun cuando afecte económicamente a una inversión extranjera.

Por lo cual, dicho precedente evidencia, para los efectos de este artículo, que los tribunales arbitrales pueden reconocer un amplio margen regulatorio a los Estados cuando las medidas adoptadas persiguen objetivos legítimos de protección ambiental.

4.4. Expropiación indirecta y privación económica de la inversión

Para efectos metodológicos, este apartado busca recoger y sistematizar los principales contrastes jurisprudenciales identificados por Aggarwal y Kabra (2023), en materia de expropiación indirecta, debido al análisis respecto del contraste que se puede extraer sobre dichas decisiones tomadas.

Según exponen Aggarwal y Kabra (2023), la jurisprudencia arbitral en materia de expropiación indirecta no ha seguido una línea uniforme, sino que ha oscilado entre aproximaciones que privilegian, de un lado, los efectos económicos de la medida sobre la inversión y, de otro, el carácter legítimo del ejercicio de la potestad regulatoria estatal.

Dentro del primer grupo, los autores ubican el caso Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. Costa Rica, en el cual el tribunal entendió que el propósito ambiental de la medida no alteraba su carácter expropiatorio, partiendo de la afirmación de que, si la intervención estatal priva sustancialmente al inversor de su propiedad, la finalidad pública de la medida no excluye la obligación de compensar; evidenciándose con ello un especial énfasis en la producción de un efecto equivalente al desapoderamiento.

Dentro del segundo grupo se propone a Saluka Investments BV c. República Checa como una expresión clara del enfoque opuesto. Allí, el tribunal sostuvo que el Estado no incurre en expropiación indemnizable cuando, en el ejercicio normal de sus poderes regulatorios, adopta medidas de buena fe, no discriminatorias y orientadas al bienestar general; línea bajo la cual el daño económico sufrido por el inversor no basta por sí solo para activar responsabilidad internacional, si la medida se inserta en una actuación regulatoria legítima.

Los autores muestran también que entre ambos polos se han desarrollado posiciones intermedias. Así, en Casinos Austria International GmbH c. Argentina, el tribunal no se limitó ni al efecto económico ni a la sola invocación del interés público, sino que examinó conjuntamente la intensidad de la interferencia, la finalidad de la medida y la forma en que esta fue implementada; concluyendo en la existencia de expropiación indirecta, debido a que la privación de la inversión era permanente y sustancial, y

además la medida no satisfacía exigencias de buena fe, debido proceso y proporcionalidad.

Por su parte, en Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia, aun reconociéndose una afectación intensa sobre la inversión, el tribunal concluyó, según refieren Aggarwal y Kabra (2023), que la prohibición de determinadas actividades mineras respondía al ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado y, por ello, no configuraba expropiación indirecta indemnizable.

De la comparación entre estas decisiones puede advertirse que la diferencia no se explica solo por una apreciación distinta de los hechos del caso, sino por un desacuerdo más básico sobre el marco jurídico desde el cual se concibe la relación entre la inversión protegida y la actuación estatal orientada al interés general.

Así, mientras una corriente privilegia los efectos concretos de la medida sobre la inversión como criterio principal para identificar una expropiación indirecta, otra entiende que esos efectos no pueden evaluarse aisladamente, sino en función del espacio regulatorio que corresponde al Estado.

De ahí que la práctica arbitral continúe mostrando soluciones oscilantes frente a regulaciones complejas, sobre todo cuando estas se insertan en ámbitos particularmente expuestos a objetivos ambientales o climáticos.

4.5. Nuevas tensiones a la luz de políticas climáticas

Otra expresión reciente de esta tensión estructural aparece en los litigios vinculados con instrumentos regulatorios diseñados para la política climática, en particular los mercados de carbono.

Este tipo de controversias merece atención específica porque desplaza el debate desde las inversiones tradicionales en activos físicos hacia activos de configuración más inmaterial y estrictamente regulatoria, como los derechos de emisión.

Ello obliga a repensar, desde el derecho internacional de las inversiones, qué puede considerarse una inversión protegida, cuál es el grado de estabilidad que puede esperarse de un mercado creado por decisión estatal y hasta dónde llega el margen del Estado para rediseñarlo o suprimirlo.

El caso Koch Industries, Inc. y Koch Supply & Trading, LP v. Canada (ICSID Case No. ARB/20/52), incorporado del análisis de Barker y Martín (2023) y complementado con el seguimiento posterior del procedimiento, resulta especialmente ilustrativo.

Barker y Martín son útiles, sobre todo, para identificar el caso como una de las pocas controversias públicamente conocidas en materia de mercados de carbono.

Así se sabe que, la controversia surgió tras la supresión del sistema de *cap and trade* de Ontario, creado como instrumento de mitigación climática y luego articulado con los mercados de Quebec y California; en ese marco, Koch Supply & Trading adquirió en subasta pública derechos de emisión por cerca de USD 30 millones, pero el posterior cambio de orientación política bloqueó su transferencia y culminó con la cancelación legislativa del programa, dejando esos permisos sin valor económico ni compensación para quienes operaban en el mercado.

Sobre esa base, las demandantes alegaron que Canadá había vulnerado los artículos 1105 y 1110 del NAFTA, mientras que el Estado objetó la jurisdicción del tribunal sosteniendo que tales derechos de emisión no constituían una inversión protegida, con lo cual el litigio desplazó el debate desde la licitud de la medida hacia una cuestión previa, la de si un activo puramente regulatorio, dependiente por completo de un programa público, puede integrar el ámbito de protección del arbitraje de inversiones.

Según el seguimiento posterior del caso, en 2024 el tribunal del CIADI concluyó que carecía de jurisdicción, al considerar que los derechos de emisión involucrados no calificaban como inversiones protegidas; por lo que, lamentablemente, no hubo pronunciamiento sobre el fondo de las alegaciones relativas al trato justo y equitativo o a la expropiación (IISD, 2024).

Ahora bien, que el caso haya terminado en sede jurisdiccional no lo vuelve irrelevante, debido a que, su importancia radica precisamente en el debate que deja abierto. Aquello deja expuestas, entre otras, dos cuestiones que probablemente reaparecerán en futuras disputas relacionadas con instrumentos de política climática.

En primer lugar, el caso plantea el problema del estatuto de las expectativas legítimas en mercados enteramente creados por regulación.

Cuando el Estado diseña un sistema, organiza subastas, habilita transacciones y conecta el programa con otras jurisdicciones, es razonable que los agentes económicos aleguen haber confiado en cierta estabilidad mínima del esquema; sin embargo, esa expectativa no puede presumirse automáticamente, debido a que, cuanto más intensamente regulado sea el activo y más evidente resulte su dependencia de decisiones políticas, más sólido aparece el argumento de que el operador asumía un riesgo regulatorio elevado.

En segundo lugar, la controversia suscita interrogantes respecto de la expropiación indirecta.

En este sentido, podría discutirse que, si el activo existe exclusivamente porque el Estado decide reconocerlo y permitir su circulación dentro de un régimen regulatorio determinado, la eliminación de ese régimen puede provocar una pérdida económica total sin que ello implique necesariamente una expropiación en sentido jurídico.

Finalmente, el caso sugiere una cuestión más amplia vinculada con la propia dinámica de la transición energética. Las políticas climáticas no solo restringen actividades intensivas en carbono, sino que también crean nuevos mercados, incentivos y estructuras económicas que pueden generar expectativas y conflictos jurídicos cuando cambian las prioridades regulatoria; por lo que, la conflictividad futura en el arbitraje de inversiones no se limitará a disputas derivadas de la eliminación de combustibles fósiles o de proyectos extractivos, sino que también podría extenderse a los instrumentos regulatorios diseñados para promover la descarbonización.

Por todo lo anterior, se evidencia que, la jurisprudencia arbitral no ofrece una posición uniforme frente a los conflictos derivados de reformas regulatorias en el sector energético, debido a que, mientras algunos tribunales han enfatizado la protección de las expectativas legítimas del inversor, otros han reconocido un amplio margen regulatorio a los Estados, especialmente cuando las medidas adoptadas persiguen objetivos de interés público.

La práctica arbitral demuestra así que el equilibrio entre protección de inversiones y potestad regulatoria constituye un campo jurisprudencial en evolución, particularmente en el contexto de las transformaciones estructurales que acompañan la transición energética.

5. Determinación de responsabilidad frente a políticas de eliminación progresiva

En el fondo, el problema que atraviesa este capítulo puede formularse de manera relativamente directa, esto es, si las políticas de eliminación progresiva de combustibles fósiles, cada vez más frecuentes en distintos ordenamientos, pueden llegar a configurar responsabilidad internacional del Estado en el marco del arbitraje de inversiones.

Por ende, estimamos que el problema ya no consiste solo en verificar si una medida estatal afecta económicamente una inversión, sino en determinar cuándo esa afectación rebasa el umbral de la regulación legítima y se convierte en un incumplimiento internacionalmente relevante.

A partir de esta premisa, y sobre la base de lo ya desarrollado en el marco teórico, el presente apartado examina cuestiones centrales para el objeto de este estudio.

5.1. ¿Puede la transición redefinir el contenido del TJE?

El estándar de trato justo y equitativo constituye, como se ha visto, uno de los pilares más influyentes del régimen internacional de inversiones, debido a que, a través de este estándar, los tribunales arbitrales han buscado proteger a los inversionistas frente a decisiones estatales arbitrarias, imprevisibles o desproporcionadas, contribuyendo durante décadas a consolidar un marco relativamente estable para la protección de inversiones extranjeras.

Sin embargo, la transición energética introduce una variable que obliga a matizar esta lectura, en atención a que muchas inversiones en el sector energético fueron concebidas bajo marcos regulatorios diseñados en contextos distintos a los actuales, cuando la descarbonización global aún no ocupaba el lugar central que hoy tiene en la agenda internacional.

En este punto, Aggarwal y Kabra (2023) advierten que el verdadero dilema no radica solo en la existencia de una política climática, sino en la falta de uniformidad jurisprudencial respecto del método para balancear la protección del inversor y el derecho del Estado a regular.

Así, en virtud de la prueba de grado de cambio y de la razonabilidad y/o proporcionalidad reseñada en los capítulos anterior, es posible afirmar que, una misma política de eliminación progresiva puede ser leída como ruptura del marco de confianza del inversor o como respuesta regulatoria razonable frente a una finalidad climática legítima.

Esta tensión entre protección del inversor y margen regulatorio del Estado también se ha reflejado en la práctica arbitral reciente en controversias vinculadas al sector energético que no fueron expuestas anteriormente.

Por ejemplo, en el caso vatters Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, el arbitraje se originó en medidas regulatorias adoptadas por el Estado alemán en el marco de su política energética, particularmente en relación con restricciones ambientales

y con la posterior decisión de abandonar progresivamente la energía nuclear.

De manera similar, *en* Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, el tribunal examinó la prohibición italiana de nuevas actividades de exploración petrolera en determinadas zonas costeras, medida que el inversor consideró incompatible con las garantías del Tratado sobre la Carta de la Energía.

Más recientemente, controversias iniciadas por empresas energéticas contra los Países Bajos, como RWE AG and RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ilustran cómo las políticas de eliminación progresiva del carbón adoptadas en el marco de estrategias nacionales de descarbonización pueden dar lugar a reclamaciones fundadas, entre otros estándares, en el trato justo y equitativo.

Ahora bien, la referencia a estos casos no debe llevar a una conclusión automática en favor de la responsabilidad, más bien, permiten advertir que el arbitraje de inversiones se ha convertido en un espacio donde se proyecta una disputa más profunda sobre el contenido actual del TJE.

En esa línea, Monti y Fermeglia (2024) muestran que las cláusulas de TJE han otorgado a los árbitros un margen particularmente amplio para examinar la legitimidad de las políticas estatales, lo que puede restringir de hecho el espacio regulatorio disponible para adoptar medidas climáticas y generar efectos de enfriamiento regulatorio.

El problema, entonces, no es solo la amplitud del estándar, sino el tipo de control que permite desplegar sobre decisiones estatales adoptadas en contextos de transición energética.

En atención a ello, Riffel (2022) propone interpretar las expectativas del inversor a la luz del contexto regulatorio existente y de la posibilidad razonable de evolución normativa; de modo que, aunque su análisis se sitúa en el terreno de la expropiación indirecta, la premisa resulta trasladable al TJE debido a que, en sectores fuertemente regulados, como el energético, esa aproximación debilita la idea de que todo endurecimiento regulatorio frustra automáticamente expectativas protegidas.

De este modo, una política de transición energética no equivale por sí misma a una violación del TJE, salvo que la medida resulte arbitraria, discriminatoria o manifiestamente desproporcionada.

Estimamos que, en este contexto de transformación regulatoria del sector energético, el estándar de trato justo y equitativo podría ser objeto de una reinterpretación progresiva, no necesariamente mediante una redefinición formal del estándar, sino a través de una lectura contextual que reconozca que las expectativas legítimas deben evaluarse considerando el marco regulatorio general, el conocimiento del sector por parte del inversionista y la posibilidad razonable de cambios regulatorios en áreas vinculadas al interés público.

5.2. ¿Constituye la eliminación progresiva un supuesto de expropiación?

La segunda cuestión relevante se refiere a la posible caracterización de las políticas de eliminación progresiva como una forma de expropiación indirecta. Ello en atención a que, tradicionalmente, el derecho internacional de inversiones ha entendido la expropiación indirecta como una medida estatal que, sin transferir formalmente la propiedad de un activo, produce efectos equivalentes a una privación sustancial del valor económico de la inversión.

En principio, algunas políticas climáticas podrían parecer encajar en esta lógica, pues si un Estado decide prohibir determinadas actividades extractivas o cerrar anticipadamente instalaciones energéticas, es evidente que el valor económico de ciertas inversiones puede verse seriamente afectado.

Sin embargo, en sentido similar que el TJE, Aggarwal y Kabra (2023) muestran que la calificación de una medida como expropiatoria depende, en gran parte, del enfoque jurídico adoptado por el tribunal.

Así, si el tribunal privilegia un enfoque centrado en los efectos económicos de la medida, una política de cierre progresivo de actividades intensivas en carbono podría presentarse como una privación sustancial del valor económico de la inversión.

En cambio, si adopta una aproximación basada en la doctrina de los poderes de policía, la misma medida podría quedar fuera del ámbito indemnizable en la medida en que constituya una regulación general, no discriminatoria y orientada a un objetivo público legítimo, como la protección del clima.

En otras palabras, la respuesta jurídica depende menos del nombre de la medida que de la prueba aplicado para evaluar su impacto.

Por ello, aquí conviene detenerse un momento para poder identificar cuando una afectación económica constituye necesariamente una expropiación en términos del derecho internacional de inversiones. De hecho, la jurisprudencia arbitral ha insistido en distinguir entre medidas regulatorias legítimas adoptadas en ejercicio del poder público y

aquellas intervenciones que realmente privan al inversionista del uso o control esencial de su inversión.

En esta línea, Riffel (2022) resulta relevante, pues muestra que los tratados más recientes han intentado recalibrar la protección patrimonial del inversor mediante cláusulas que excluyen del concepto de expropiación indirecta a determinadas medidas regulatorias no discriminatorias dirigidas a fines legítimos de interés público.

Desde esa perspectiva, la eliminación progresiva de actividades intensivas en carbono no puede calificarse automáticamente como expropiación indirecta; en atención a que, para que exista una expropiación indemnizable, la medida estatal debe superar el umbral de una regulación general y producir una privación sustancial de los atributos esenciales de la inversión, de tal manera que la mera pérdida de rentabilidad, el deterioro del valor del activo o la afectación del modelo de negocio no equivalen, por sí solos, a una expropiación.

La cuestión decisiva es, por tanto, determinar si la política de eliminación progresiva, considerada en su diseño, intensidad y efectos, transforma la regulación en un desapoderamiento funcionalmente equivalente a la expropiación directa.

5.3. El margen regulatorio del Estado ante obligaciones climáticas internacionales

La discusión sobre expropiación y trato justo y equitativo conduce inevitablemente a una cuestión más amplia, la del alcance del margen regulatorio del Estado. En términos generales, el derecho internacional de inversiones ha reconocido que los Estados conservan la facultad soberana de regular en defensa de intereses públicos fundamentales, por lo que, la protección de las inversiones no implicaría que el marco regulatorio permanezca inalterado ni que el Estado renuncie a su capacidad de adaptar políticas públicas frente a nuevas circunstancias.

Sin embargo, la literatura especializada ha señalado que la red tradicional de acuerdos internacionales de inversión no se encuentra plenamente adaptada para respaldar de manera efectiva los objetivos de política climática.

En esa línea, Zhang (2024) advierte que numerosos AII carecen de disposiciones expresas que permitan equilibrar adecuadamente la protección de inversiones con la necesidad de adoptar medidas regulatorias orientadas a enfrentar el cambio climático.

A ello se suma que, como explican Swaroop y Barker (2023), la disciplina de los tratados de inversión y sus mecanismos de solución de controversias han permanecido en buena medida silenciosos respecto del cambio climático, lo que permitiría comprender por qué estándares concebidos para proveer seguridad jurídica hoy enfrentan dificultades cuando deben aplicarse a políticas de eliminación progresiva de combustibles fósiles u otras medidas de transición energética.

En este punto, el aporte más preciso de Aggarwal y Kabra (2023) consiste en destacar que la jurisprudencia más reciente ha tendido a reconocer que las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica no anulan el poder soberano del Estado para adaptar su derecho a circunstancias cambiantes, salvo que exista una cláusula de estabilización o una garantía específica atribuible al propio Estado.

Consideramos que dicho criterio puede ser decisivo, porque desplaza el análisis desde la mera alteración normativa hacia la existencia de compromisos concretos de invariabilidad.

Desde esta perspectiva, Riffel (2022) sostiene que el alcance de la protección debe interpretarse a la luz del marco regulatorio existente y de la posibilidad razonable de su evolución; enfoque bajo el cual, la política climática no aparece como una excepción externa al sistema de protección de inversiones, sino como un elemento que incide en la propia delimitación de la responsabilidad internacional del Estado.

Por ello, la determinación de responsabilidad frente a políticas de eliminación progresiva dependerá menos de la existencia de un cambio regulatorio en sí mismo y más de la forma en que dicho cambio interactúa con las garantías efectivamente ofrecidas al inversor, la intensidad de la afectación económica y la razonabilidad de la medida adoptada.

5.4. ¿Condicionamiento estructural o equilibrio posible?

A primera vista, podría parecer que el régimen internacional de inversiones y el régimen climático responden a lógicas difícilmente conciliables; sin embargo, el derecho internacional rara vez opera mediante lógicas de exclusión entre regímenes jurídicos, sino a través de normas que deben interpretarse de manera coordinada.

Desde esta perspectiva, la transición energética no implica necesariamente un conflicto inevitable con el régimen internacional de inversiones, sino que obliga a reexaminar el alcance del margen regulatorio estatal e interpretativo jurisdiccional dentro de ese sistema.

En este sentido, Aggarwal y Kabra (2023) precisan que la tensión actual no deriva únicamente de la adopción de políticas climáticas, sino de la falta de criterios jurisprudenciales uniformes para determinar cuándo una medida de transición permanece dentro del espacio regulatorio del Estado y cuándo, por el contrario, puede generar responsabilidad internacional.

Este escenario refleja una transformación más amplia del propio derecho internacional económico, ya que, como se ha visto, durante gran parte del siglo XX, la protección reforzada de las inversiones extranjeras fue concebida como un instrumento para estimular el flujo de capital hacia sectores estratégicos y no desde la perspectiva del cambio climático.

En este marco, resulta útil recordar, con Barker y Martin (2023), que el cambio climático constituye un ejemplo clásico de falla de mercado, en la medida en que el precio de los bienes y servicios intensivos en carbono no refleja adecuadamente los costos sociales, económicos y ambientales de las emisiones.

Bajo esa lógica, instrumentos como los mercados de carbono o las políticas de eliminación progresiva no aparecen como restricciones caprichosas, sino como respuestas regulatorias orientadas a internalizar una externalidad negativa.

De acuerdo a esta perspectiva, estándares como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta no deberían operar como mecanismos de congelación normativa, sino como límites frente a intervenciones arbitrarias o desproporcionadas, preservando al mismo tiempo la capacidad estatal de implementar políticas públicas orientadas a la descarbonización.

6. Reflexión crítica: compatibilidad, fricción o reconfiguración del sistema

6.1. Asimetrías entre protección de inversiones y deberes climáticos

Este capítulo aborda una pregunta central para el debate sobre el arbitraje de inversiones: ¿puede el régimen internacional de protección de inversiones coexistir con las crecientes obligaciones regulatorias de los Estados en materia de transición energética?

La tensión entre los campos discutidos se vuelve especialmente evidente cuando se observa el sector energético, donde las inversiones suelen ser de gran escala y están diseñadas para operar durante décadas, por lo que, como fue advertido por la doctrina, cualquier modificación en la regulación podría afectar el impacto económico de las inversiones prexistentes.

Precisamente por ello, las controversias analizadas en el capítulo IV muestran que el arbitraje de inversiones se ha convertido en un espacio donde se proyecta esta fricción entre protección patrimonial del inversor y potestad regulatoria del Estado.

Los casos examinados permiten ilustrar esta dinámica desde distintas perspectivas. En Eiser Infrastructure Limited y Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Spain, el tribunal entendió que las reformas regulatorias españolas en materia de energías renovables habían frustrado las expectativas legítimas de los inversores bajo el artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía.

En contraste, el caso Methanex Corporation v. United States refleja una aproximación distinta. Allí el tribunal sostuvo que una regulación pública general adoptada con fines ambientales y aplicada de manera no discriminatoria no constituye una expropiación indemnizable, aun cuando genere efectos económicos adversos para el inversor.

Otros precedentes examinados en el capítulo IV que refuerzan esta diversidad interpretativa son la controversia Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica, que ilustra una línea jurisprudencial centrada en los efectos económicos de la medida estatal; y la controversia de Saluka Investments v. Czech Republic, que enfatiza la legitimidad del ejercicio de los poderes regulatorios del Estado. Siendo que, otras decisiones como Eco Oro Minerals v. Colombia, han intentado equilibrar ambos enfoques al reconocer que una afectación económica significativa puede coexistir con el ejercicio legítimo de potestades regulatorias orientadas al interés público.

Claramente, el contraste entre estas decisiones revela una asimetría estructural dentro del sistema, debido a que, los tratados de inversión contienen estándares sustantivos relativamente definidos para proteger los intereses del inversor, mientras que las obligaciones climáticas de los Estados se derivan de un régimen jurídico distinto, con instrumentos que privilegian compromisos de conducta y progresividad normativa.

En otras palabras, el régimen de inversiones dispone de mecanismos adjudicatorios robustos, mientras que el régimen climático opera principalmente mediante compromisos regulatorios internos y cooperación internacional.

En este escenario surge otra pregunta inevitable: ¿hasta qué punto un Estado puede

modificar su marco regulatorio para responder a la crisis climática sin exponerse a reclamaciones arbitrales por parte de inversores extranjeros?

Ante ello, resulta evidente que no se trata únicamente de una cuestión meramente doctrinal, sino de legitimidad del sistema; ello en razón de que, si el arbitraje de inversiones comienza a percibirse como un obstáculo para la adopción de políticas climáticas, su aceptación política y social podría debilitarse progresivamente; pero, al mismo tiempo, debilitar excesivamente la protección jurídica de las inversiones podría afectar el flujo de capital necesario para financiar la transición energética global.

6.2. Riesgos de mantener interpretaciones expansivas en contextos de descarbonización

En este contexto, uno de los debates más intensos dentro del arbitraje de inversiones se refiere a la interpretación que los tribunales arbitrales realizan de los estándares de protección contenidos en los tratados de inversión, ello en razón de que estándares como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta han sido, en diversas ocasiones, interpretados de manera relativamente amplia por los tribunales arbitrales.

Consideremos, por ejemplo, una situación que ha ido creciendo en frecuencia en los últimos años. En su política climática, un Estado opta por limitar o prohibir determinadas actividades vinculadas a los combustibles fósiles, lo que desde una perspectiva ambiental la medida puede parecer plenamente razonable; sin embargo, desde la perspectiva de un inversor que ha realizado inversiones significativas o que contaba con permisos administrativos para desarrollar un proyecto, la situación puede interpretarse como una afectación relevante de sus derechos protegidos por un tratado de inversión.

La controversia Rockhopper Exploration plc v. Italy ilustra con claridad esta tensión, mediante la cual el tribunal arbitral concluyó que la prohibición italiana de nuevas perforaciones *offshore* generó una privación sustancial de la inversión del demandante, calificando la medida como una expropiación contraria al Tratado sobre la Carta de la Energía. Siendo curioso que el propio tribunal reconoció la legitimidad ambiental de la política estatal, pero aun así determinó la existencia de responsabilidad internacional.

Este tipo de decisiones plantea un riesgo evidente para el funcionamiento futuro del sistema, debido a que, si tribunales arbitrales continúan aplicando estándares tradicionales sin incorporar adecuadamente el contexto regulatorio global de la transición energética, el sistema podría generar un efecto disuasorio sobre las políticas climáticas estatales.

La preocupación extrapola lo teórico, debido a que, como muestran algunos de los casos examinados en el capítulo IV, los litigios energéticos pueden involucrar reclamaciones por miles de millones de dólares y, en un contexto donde los Estados deben implementar transformaciones regulatorias profundas en el sector energético, la posibilidad de enfrentar arbitrajes multimillonarios podría convertirse en un factor relevante dentro del proceso de toma de decisiones regulatorias.

6.3. ¿Reforma interpretativa o reforma normativa del ISDS?

Frente a este escenario, la discusión contemporánea ya no se limita al análisis de casos individuales; sino, la pregunta que comienza a emerger con mayor claridad en la doctrina es si el sistema de arbitraje de inversiones necesita adaptarse estructuralmente a la nueva realidad de la transición energética.

Una primera posibilidad consiste en una reforma interpretativa del sistema. Bajo este enfoque, los tribunales arbitrales continuarían aplicando los tratados de inversión existentes, pero incorporando de manera más explícita el contexto normativo del derecho internacional ambiental y climático dentro de sus procesos interpretativos, lo que implicaría reconocer con mayor claridad el margen regulatorio de los Estados cuando adoptan medidas orientadas a la protección de intereses públicos legítimos, como la protección del medio ambiente o la mitigación del cambio climático.

La práctica arbitral reciente muestra algunos indicios en esta dirección en decisiones como Methanex v. United States o Saluka v. Czech Republic, las cuales reflejan una cierta disposición a reconocer que los Estados conservan un espacio regulatorio necesario para la adopción de políticas públicas de interés general.

Una segunda alternativa, más ambiciosa, consiste en promover una reforma normativa del sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS). Dentro de este debate se han planteado propuestas como la creación de un tribunal multilateral de inversiones, la revisión de tratados existentes para incorporar cláusulas explícitas de derecho a regular o la redefinición más precisa de estándares sustantivos como el trato justo y equitativo.

De hecho, en los últimos años, varios Estados han reconsiderado su participación

en determinados tratados energéticos que han sido percibidos como incompatibles con los objetivos de descarbonización, siendo un claro ejemplo el Tratado sobre la Carta de la Energía.

Una tercera dimensión, advertida por todo lo revisado en el presente artículo, se refiere al diseño regulatorio de las políticas de transición energética.

La experiencia arbitral demuestra que muchas controversias no surgen exclusivamente del contenido de las medidas regulatorias, sino también de la forma en que estas se implementan; esto es, reformas regulatorias abruptas, inconsistentes o adoptadas sin mecanismos de transición podrían aumentar significativamente el riesgo de litigio.

En este sentido, los Estados pueden reducir la exposición a reclamaciones arbitrales mediante estrategias regulatorias más graduales, previsibles y transparentes, incorporando períodos de transición, mecanismos compensatorios limitados o marcos regulatorios que anticipen explícitamente la posibilidad de cambios normativos en sectores sujetos a transformación estructural.

Desde esta perspectiva, la evolución futura del arbitraje de inversiones no depende únicamente de la reinterpretación doctrinal del sistema, sino también de cómo interactúan tres niveles de adaptación institucional; esto es, la práctica interpretativa de los tribunales arbitrales, la reforma progresiva de los tratados internacionales de inversión y el diseño regulatorio interno de las políticas climáticas.

En definitiva, el desafío que plantea la transición energética no consiste en elegir entre la protección de las inversiones y la acción climática, el reto consiste en reconfigurar el equilibrio entre ambos objetivos dentro del derecho internacional económico contemporáneo; por lo que, lejos de implicar la desaparición del arbitraje de inversiones, este proceso puede conducir a una evolución del sistema hacia estándares de protección más contextualizados, capaces de preservar la seguridad jurídica de los inversores sin impedir que los Estados implementen las transformaciones regulatorias necesarias para enfrentar el cambio climático.

7. Conclusiones

La transición energética es uno de los procesos regulatorios más relevantes de nuestros tiempos. Ahora no se trata solamente de una discusión técnica acerca de la eficiencia tecnológica o las fuentes de energía. En realidad, nos encontramos ante un cambio radical de los marcos regulatorios que han regido el sector energético a nivel mundial durante décadas.

En este escenario, el derecho internacional de las inversiones se enfrente a una tensión que no puede ignorarse fácilmente: proteger las inversiones extranjeras sin impedir que los países implementen medidas regulatorias para manejar el cambio climático.

La verdad es que este conflicto no es una anomalía del sistema. Más bien parece ser una consecuencia natural de la interacción entre dos regímenes jurídicos que responden a lógicas distintas. Por un lado, el régimen internacional de protección de inversiones busca ofrecer estabilidad y seguridad jurídica a proyectos que, en muchos casos, implican inversiones de enorme magnitud y horizontes temporales de varias décadas.

Por otro lado, el derecho internacional ambiental y los compromisos climáticos empujan a los Estados a transformar sus políticas energéticas con una rapidez que, hace apenas unas décadas, habría parecido impensable.

El análisis desarrollado en este artículo permite identificar algunas conclusiones que ayudan a entender mejor esta tensión.

En primer lugar, la existencia de políticas de transición energética no excluye, por sí sola, la posibilidad de responsabilidad internacional del Estado. El hecho de que una medida estatal persiga objetivos ambientales legítimos, como la reducción de emisiones o la promoción de energías renovables, no significa automáticamente que quede fuera del alcance de los tratados de inversión. Sin embargo, la práctica arbitral muestra que los tribunales tienden a reconocer un margen regulatorio considerable cuando las medidas estatales responden de manera clara a intereses públicos relevantes. En otras palabras, la protección del medio ambiente no actúa como una inmunidad automática, pero sí incide de manera relevante en la interpretación de la conducta estatal.

En segundo lugar, la eventual responsabilidad internacional del Estado depende, en gran medida, de cómo se interpreten los estándares sustantivos tradicionales del derecho internacional de las inversiones. Conceptos como el trato justo y equitativo o la expropiación indirecta siguen siendo el centro del debate. Y es que, en este tipo de controversias, elementos como las expectativas legítimas del inversor, la previsibilidad del marco regulatorio o la proporcionalidad de las medidas adoptadas

adquieren un peso decisivo en el razonamiento de los tribunales arbitrales.

En tercer lugar, la práctica arbitral reciente muestra una tendencia interesante: los tribunales comienzan a adoptar interpretaciones más contextualizadas de estos estándares. Es decir, cada vez se observa con mayor claridad que los árbitros consideran el carácter dinámico del sector energético y el creciente peso de las políticas climáticas al evaluar la razonabilidad de las decisiones regulatorias de los Estados. Este enfoque permite reconocer que los tratados de inversión no operan en aislamiento, sino dentro de un sistema jurídico internacional más amplio que también incorpora objetivos ambientales.

Finalmente, la transición energética obliga a repensar algunas de las premisas sobre las que históricamente se ha construido el régimen internacional de protección de inversiones. Durante mucho tiempo, la estabilidad regulatoria fue entendida casi como una garantía de continuidad normativa. Sin embargo, en sectores sometidos a transformaciones estructurales, como el energético, esa expectativa de estabilidad absoluta resulta difícil de sostener. Los inversores que participan en estos mercados saben, o deberían saber, que las políticas energéticas están inevitablemente expuestas a cambios derivados de nuevas prioridades económicas, ambientales y sociales.

Desde esta perspectiva, el verdadero desafío para el arbitraje internacional de inversiones no consiste en optar entre la protección de las inversiones y la protección del medio ambiente. La cuestión es más compleja, y también más interesante, que eso. El reto consiste en desarrollar criterios interpretativos capaces de equilibrar ambos intereses de manera razonable y coherente con la evolución del derecho internacional contemporáneo.

Asimismo, parece que este tipo de conflictos seguirá expandiéndose en los años futuros. A medida que los países establezcan políticas climáticas con mayor ambición, como la reconfiguración total de los mercados energéticos o la eliminación progresiva de combustibles fósiles, es posible que los inversores recurran más al arbitraje internacional para cuestionar las consecuencias económicas de las decisiones estatales.

En esta situación, la legitimidad del sistema arbitral se basará en gran medida en su capacidad para adaptarse a esta nueva normativa. Un sistema que ignore la magnitud del desafío climático corre el riesgo de volverse anacrónico.

Pero, al mismo tiempo, un sistema que debilite excesivamente la protección de las inversiones podría afectar la confianza necesaria para financiar proyectos energéticos de gran escala, incluidos aquellos vinculados con la propia transición energética.

En definitiva, la transición energética no solo redefine la manera en que se produce y se consume la energía. Además, exige reevaluar el frágil balance entre la modificación regulatoria y la estabilidad jurídica en el derecho internacional de las inversiones.

Y es que, en el fondo, no solo está en juego la solución de conflictos entre inversores y Estados, sino también la habilidad del sistema arbitral para continuar siendo un mecanismo legítimo y eficiente en un mundo que está cambiando radicalmente cómo produce, reparte y regula su energía.

Referencias bibliográficas

Aggarwal, M., & Kabra, R. (2023). Regulating for climate change without breaching investment treaties. En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 165–178). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/KLI-KA-Magnusson-2024-Ch07

Barker, P., & Martin, M. (2023). Carbon markets, emissions trading, and investor-state disputes. En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 43–62). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-magnusson-2024-ch02

Bonafé, E. (2021). Enabling frameworks for energy investment in Latin America: A global perspective. En G. M. Alvarez & M. Riofrio Piché (Eds.), *International arbitration in Latin America: Energy and natural resources disputes* (pp. 401–416). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-alvarez-2021-ch17

Cameron, P. D., Mu, X., & Roeben, V. (2021). The concept of global energy transition and its agenda. In P. D. Cameron, X. Mu, & V. Roeben (Eds.), The global energy transition: Law, policy and economics for energy in the 21st century (pp. 327–336). Hart Publishing. https://doi.org/10.5040/9781509932511.0007

CIAR Global. (2024, diciembre 5). Aprobada la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía. https://ciarglobal.com/aprobada-la-modernizacion-del-tratado-sobre-la-carta-de-la-energia

Comité Jurídico Interamericano. (2025). Guía sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones (OEA/Ser.Q CJI/doc.720/24 corr.1). Organización de los Estados Americanos.

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award (17 February 2000).

Consejo de la Unión Europea. (2024, 27 de junio). Tratado sobre la Carta de la Energía: la UE notifica su retirada. https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/06/27/energy-charter-treaty-eu-notifies-its-withdrawal/

Dumberry, P. (2013). The substantive content of Article 1105. In The fair and equitable treatment standard: A guide to NAFTA case law on Article 1105 (pp. 127–274). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-dumberry-ch03

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Decision on Liability (2021).

Eiser Infrastructure Limited & Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, Award (4 May 2017).

Energy Charter Secretariat. (1994). *Energy Charter Treaty and related documents*.

Ethyl Corporation v. Government of Canada. (1998, June 24). Award on jurisdiction. UNCITRAL Arbitration under NAFTA Chapter 11. Jus Mundi. https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ethyl-corporation-v-the-government-of-canada-award-on-jurisdiction-wednesday-24th-june-1998

Franco, E., & Verdera, A. (2021). Achieving Latin America's energy transition: Looking into the roles of international arbitration and dispute avoidance. En G. M. Alvarez & M. Riofrio Piché (Eds.), *International arbitration in Latin America: Energy and natural resources disputes* (pp. 419–446). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-alvarez-2021-ch18

Intergovernmental Panel on Climate Change. (2018). *Global warming of 1.5°C: An IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways*. https://www.ipcc.ch/sr15/

International Institute for Sustainable Development. (2020, octubre 5). Comité de Anulación del CIADI anula laudo de Eiser vs. España por constitución incorrecta del tribunal y grave quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento. *Investment Treaty News*. https://www.iisd.org/itn/es/2020/10/05/comite-de-anulacion-del-ciadi-anula-laudo-de-eiser-vs-espana-por-constitucion-incorrecta-del-tribunal-y-grave-quebrantamiento-de-una-norma-fundamental-de-procedimiento/

International Institute for Sustainable Development. (2024, julio 2). Tribunal del CIADI dictamina que los derechos de emisión no constituyen inversiones "protegidas" en virtud del T-MEC. *Investment Treaty News*. https://www.iisd.org/itn/es/2024/07/02/tribunal-del-ciadi-dictamina-que-los-derechos-de-emision-no-constituyen-inversiones-protegidas-en-virtud-del-t-mec/

Koch Industries, Inc. & Koch Supply & Trading, LP v. Government of Canada, ICSID Case No. ARB/20/52.

Kundmüller Caminiti, F. (2008). Estado, inversiones, desarrollo económico y el arbitraje en el CIADI. *Revista de Derecho Administrativo, (4), 307–330. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14538*

Lascu, G. S. I. (2019). *El arbitraje internacional de inversiones: Panorama presente y perspectivas de futuro* [Trabajo de fin de máster, Universidad de Alcalá]. Repositorio Institucional e_Buah. http://hdl.handle.net/10017/40574

Lehmann, T. (2025). Energy investment protection in the net zero transition. En *Investment arbitration and international climate change law: Revaluing legitimate expectations* (pp. 31–46). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-lehmann-2025-ch01

Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction.

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award (3 August 2005).

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2013). *Guía de compromisos en los acuerdos internacionales de inversión y prevención de controversias internacionales de inversión en Perú*.

Monti, A., & Fermeglia, M. (2024). The FET standard between treaty reform and ISDS practice: An analysis of the modernized ECT. *Journal of International Arbitration, 41*(2), 155–178. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-410203

Pastor Palomar, A. (2006). Protección de inversiones con conceptos indeterminados: El trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España. *Revista Española de Derecho Internacional, 58*(1), 271–287. https://www.revista-redi.es/redi/article/view/1215

Pearsall, P., Ingle, D., & Smadja, G. (2023). The Energy Charter Treaty: A friend or foe of decarbonisation? En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 245–262). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-magnusson-2024-ch10

Prieto Muñoz, J. G. (2012). Evolución del derecho internacional de inversiones: Hacia un régimen global estable. *Foro: Revista de Derecho, (17), 5–30. https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/405*

Reinisch, A., & Schreuer, C. H. (2020). Chapter 2: Fair and equitable treatment. In A. Reinisch & C. H. Schreuer, International protection of investments (pp. 251–535). Kluwer Law International.

Riffel, C. (2022). Expropiación indirecta y la protección de los intereses públicos. *International and Comparative Law Quarterly, 71*(4), 945–974. https://doi.org/10.1017/S0020589322000343

Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/17/14, Award (2022).

Rowe, S. J. (2024). The Energy Charter Treaty and its role in the energy transition. En J. Menz & U. Weber-Stecher (Eds.), *ESG and disputes: Flash*

in the pan or game changer? (pp. 67–82). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-weber-stecher-2024-ch05

RWE AG & RWE Eemshaven Holding II BV v. Kingdom of the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4.

Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006).

Sánchez Rodríguez, L. I. (2008). La protección internacional de las inversiones y las recientes tensiones nacionalizadoras en el marco de la Unasur. Agenda Internacional, 15(26), 157–182. https://doi.org/10.18800/agenda.200801.007

Schmitz, E. C. et al. (2026). An uncontainable crisis: Climate change and air pollution vs. modern law. In À. Garcia Escolar & J. D. Rodríguez Álvarez (Eds.), Environmental Law: The Living Handbook. A Student-Authored Critical Handbook for International & EU Environmental Governance (pp. 171–207). Faculty of Law, Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/llibres/2026/325252/Book_Environmental_Law.pdf

Swaroop, S., & Barker, P. (2023). The Paris Agreement, net zero energy transition, and investor-state dispute settlement: Aligning the investment treaty system with climate change law & policy. Transnational Dispute Management. https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2983

Turner, D. (2025, febrero 10). La reforma del TCE finalmente avanza: Se eliminan gradualmente los combustibles fósiles y se excluyen las disputas intracomunitarias. *Baker Botts*. https://www.bakerbotts.com/thought-leadership/publications/2025/february/the-ect-finally-moves-forward-with-fewer-members-but-significant-changes

United Nations Conference on Trade and Development. (2022a). *The international investment treaty regime and climate action* (IIA Issues Note, Issue 3). https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development. (2022b). *Treaty-based investor–state dispute settlement cases and climate action* (IIA Issues Note, Issue 4). https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf

United Nations Conference on Trade and Development. (2026). *International investment agreements navigator*. Investment Policy Hub. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements

United Nations Framework Convention on Climate Change. (2015). Paris Agreement. https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12.

Velásquez Meléndez, R. (2013). Expropiación indirecta: Justificación, regímenes, casos, criterios y usos. *IUS ET VERITAS, 23*(46), 228–256. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970

Venzke, I., & Günther, P. (2022). ¿Protección internacional de inversiones hecha en Alemania? Sobre la dinámica de la política nacional y exterior tras los primeros TBI. *European Journal of International Law, 33*(4), 1183–1207. https://doi.org/10.1093/ejil/chac066

Vives Llabrés, A., & Millán Angel, J. (1999). El sector energético en el umbral del siglo XXI: Tendencias y retos. Banco Interamericano de Desarrollo. http://dx.doi.org/10.18235/0007790

Von Kumberg, W., & Crow, J. (2022). The development of investor-state mediation and its future in supporting energy transition. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 88*(3), 426–436. https://doi.org/10.54648/amdm2022028

Vorburger, S., & Petti, A. M. (2018). Arbitrating energy disputes. En M. Arroyo (Ed.), *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide* (2nd ed., pp. 1277–1319). Kluwer Law International. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-arroyo-edn2-vol1-082-n

Zhang, S., & Li, N. (2024). Addressing climate change through international investment agreements: Obstacles and reform options. *Sustainability*, 16(4), Article 1471. https://doi.org/10.3390/su16041471

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.015

Entre la Elevación y la Soberanía: la Cláusula Paraguas en los Tratados Bilaterales de Inversión y la jurisprudencia arbitral del CIADI(*)

Between Elevation and Sovereignty: The Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties and ICSID Arbitral Case Law

Ricardo Vásquez Urra(**)
Universidad de Chile (Santiago, Chile)

Resumen: Este artículo examina la cláusula paraguas en los tratados bilaterales de inversión (TBI), una disposición que exige a los Estados contratantes respetar los compromisos asumidos frente a inversores extranjeros. Se analizan sus orígenes históricos —desde el asesoramiento de Elihu Lauterpacht en la década de 1950 hasta su incorporación en los primeros TBI—, su evolución en la práctica convencional de los Estados, las divergencias en su redacción y ubicación dentro de los tratados, y las principales posiciones doctrinarias sobre su alcance. Asimismo, se realiza un examen detallado de la jurisprudencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con especial atención a los casos seminales SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas, así como a decisiones posteriores que han oscilado entre la teoría de la elevación y el enfoque de la acción soberana. Se concluye que, pese a la ausencia de consenso, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales favorece una interpretación amplia de la cláusula paraguas cuando esta se encuentra redactada en términos inclusivos.

Palabras clave: Cláusula Paraguas - Tratados Bilaterales de Inversión - Arbitraje de Inversiones – CIADI - Protección de Inversiones - Pacta Sunt Servanda - Derecho Internacional de las Inversiones - Jurisdicción Arbitral - Chile

Abstract: This article examines the umbrella clause in bilateral investment treaties (BITs), a provision requiring contracting States to honour commitments undertaken vis-à-vis foreign investors. It analyses its historical origins —from Elihu Lauterpacht's advisory work in the 1950s to its incorporation in the earliest BITs—, its evolution in State treaty practice, drafting and placement divergences within treaties, and the main doctrinal positions on its scope. A detailed review of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) case law is conducted, with particular focus on the seminal SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines cases, as well as subsequent decisions that have oscillated between the elevation theory and the sovereign action approach. It concludes that, despite the lack of consensus, the prevailing trend among arbitral tribunals favours a broad interpretation of the umbrella clause when drafted in inclusive terms.

Keywords: Umbrella Clause - Bilateral Investment treaties - Investment Arbitration - ICSID - Investment Protection - Pacta Sunt Servanda - International Investment Law - Arbitral Jurisdiction - Chile

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de abril de 2026 y su publicación fue aprobada el 1 de agosto de 2026.
(**) Abogado Universidad de Chile. LL.M The University of Sydney, Australia. Socio fundador de Vásquez Urra Abogados. Especialista en litigios y arbitrajes comerciales y de inversión. Árbitro en la lista del CIADI, del Centro de Arbitraje de Beijing y del CAM Santiago. ORCID: FALTA. Correo electrónico: rv@vua.cl.

1. Introducción

Uno de los asuntos controvertidos del arbitraje entre inversores y Estados ha sido la interpretación de la denominada «cláusula paraguas» que figura en muchos tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI).

Dichas cláusulas exigen a las partes que respeten los compromisos contraídos con los nacionales de la otra parte con el fin de proporcionar una protección adicional a los inversores extranjeros. Esa protección adicional se traduce en una extensión de la protección otorgada por el TBI más allá de incumplimientos de las disposiciones contenidas en dichos acuerdos —producto de medidas adoptadas o mantenidas por el Estado receptor de la inversión— sino también de aquellas cláusulas incorporadas en los contratos firmados con el inversor extranjero.

Desde la perspectiva del derecho internacional, un Estado es una entidad unitaria y la separación interna entre los diferentes poderes —legislativo, ejecutivo y judicial— es en gran medida irrelevante en lo que respecta a sus compromisos con otro Estado. Sin embargo, cuando un órgano del Estado celebra un contrato con una parte privada, en este caso con un inversionista, no lo hace en nombre del Estado como sujeto de derecho internacional. Normalmente es el Gobierno, u otra manifestación del poder ejecutivo, el que celebra contratos con partes privadas, y ello ciertamente no vincula a los poderes legislativo o judicial cuando lo hace. Esto se deriva tanto de la distinción entre el Estado como sujeto de derecho internacional y el «gobierno» como división interna del Estado que celebra contratos con particulares, como del hecho de que dichos contratos suelen regirse por el derecho interno y no por el derecho internacional (Douglas, 2023, pp. 472–483).

En palabras de Schwebel (1994):

> Si bien el mero incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con un extranjero (cuya ley aplicable no es el Derecho internacional) no constituye una violación del Derecho internacional, un acto «no comercial» de un Estado contrario a dicho contrato sí puede constituirla. Es decir, el incumplimiento de dicho contrato por parte de un Estado en el marco de las relaciones comerciales ordinarias no constituye, según la opinión predominante, una violación del derecho internacional, pero el uso de la autoridad soberana de un Estado, contrario a las expectativas de las partes, para anular o violar un contrato con un extranjero, sí constituye una violación del derecho internacional. (pp. 431–432).

La falta de uniformidad en cuanto a la competencia *rationae materiae* en virtud de los TBI, expresada en diversas formulaciones que figuran en dichos tratados, ha llevado a tribunales arbitrales constituidos bajo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI), a resolver reclamaciones de inversores asociadas a esta disyuntiva en direcciones diferentes, teniendo en cuenta distintos fundamentos y llegando a resultados distintos y algunas veces opuestos.

Este trabajo examina la denominada «cláusula paraguas», sus orígenes, su inclusión en los TBI, su lugar en la doctrina, su interpretación bajo el derecho internacional y la interpretación que le han dado los tribunales del CIADI.

2. Los Orígenes

Conocida como cláusula espejo, de ascensor (SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán, 2003, párr. 163), de efecto paralelo o *pacta sunt servanda* (i.e., cláusula de inviolabilidad del contrato), la cláusula paraguas es una disposición que se encuentra en varios TBI y que exige a cada Estado contratante que respete cualquier compromiso u obligación que haya asumido dicho Estado, incluidos los compromisos contractuales, con respecto a los inversores del otro Estado contratante (Wong, 2006, p. 142).

El origen de la idea de que un tratado internacional puede utilizarse eficazmente para elevar un contrato entre un inversor y un Estado receptor de dicha inversión al nivel de una obligación interestatal entre el Estado receptor y el Estado de origen del inversor se remonta al asesoramiento prestado por Elihu Lauterpacht a finales de 1953 y principios de 1954 a la Anglo-Iranian Oil Company en relación con la resolución del conflicto sobre la nacionalización del petróleo iraní (Sinclair, 2004, p. 412).

Se volvió a proponer una cláusula paraguas en el asesoramiento prestado por Lauterpacht en 1956-1957 a un grupo de empresas petroleras que contemplaban la construcción de un oleoducto principal desde Irak, en el Golfo Pérsico, a través de Siria y Turquía, hasta el Mediterráneo Oriental (Sinclair, 2004).

Sin embargo, la primera aparición de la cláusula paraguas como cláusula de protección de inversiones distinta (Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE, 2006, p. 4) se remonta al artículo 4 del Proyecto de Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en Países Extranjeros de 1956-59 (Abs, 1958, p. 33, como se citó en Sinclair, 2004), que establece:

En la medida en que se prometa un trato más favorable a los no nacionales que a los nacionales, ya sea en virtud de acuerdos intergubernamentales u otros acuerdos, o mediante decretos administrativos de una de las Altas Partes Contratantes, incluidas las cláusulas de nación más favorecida, prevalecerán dichas promesas.

Este enfoque se reformuló (Sinclair, 2004) en el Proyecto de Convenio Abs-Shawcross de 1959 sobre Inversiones Extranjeras, en su artículo II: "cada Parte garantizará en todo momento el cumplimiento de cualquier compromiso que haya contraído en relación con las inversiones realizadas por nacionales de cualquier otra Parte.

En el caso de los TBI, la primera cláusula marco (Wong, 2006, p. 147) se encuentra en el acuerdo Alemania-Pakistán de 1959, artículo 7: "cada Parte observará cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones realizadas por nacionales o empresas de la otra Parte".

Es significativo que el borrador Abs-Shawcross influyera posteriormente (Wong, 2006, p. 146) en el borrador de la Convención de la OCDE de 1967 sobre la protección de la propiedad extranjera (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 1967), cuyo artículo 2 establece: "cada Parte garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos contraídos por ella en relación con los bienes de los nacionales de cualquier otra Parte".

Las notas y comentarios del artículo 2 del proyecto de convenio establecían que: "(...) el artículo 2 representa una aplicación del principio general de *pacta sunt servanda*", principio que es "sin duda la norma básica de cualquier ordenamiento jurídico" y aplicable a los acuerdos entre Estados y nacionales extranjeros. Esta protección debe concederse a la propiedad de los nacionales extranjeros y al sucesor legítimo del título de propiedad al que se refieren, "a menos que el compromiso lo excluya expresamente". Según lo expresan los comentarios, el término "propiedad" debe entenderse en su sentido más amplio, lo que incluye, entre otros, las "inversiones" definidas en el artículo 9 como: "todos los bienes, derechos e intereses, ya sean directos o indirectos, incluidos los intereses que se considere que un socio de una sociedad tiene en los bienes de la sociedad".

De los principales convenios multilaterales de inversión actuales, la cláusula paraguas no figuraba en el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ni en el capítulo 14 del nuevo acuerdo denominado T-MEC, que reemplazó al TLCAN, pero sí se incluyó en el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). La última frase del artículo 10(1) establece que: "Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante".

Esta disposición se complementa, sin embargo, con una cláusula de excepción incluida en su anexo IA, que permite a las Partes Contratantes excluirse de la aplicación de la última frase del artículo 10(1), al no permitir que sus inversores sometan a arbitraje internacional una controversia relativa a esta disposición. Cuatro Partes Contratantes del TCE optaron por aplicar esta excepción, a saber: Australia, Canadá, Hungría y Noruega (Tratado sobre la Carta de la Energía, 1994). Sin perjuicio de que lo siguiente excede con creces el alcance de este artículo, el lector debe tener en cuenta que, producto del fallo en el caso República Eslovaca c. Achmea (Asunto C-284/16, EU:C:2018:158), el Tribunal de Justicia Europeo declaró una cláusula de arbitraje de un acuerdo internacional de inversión celebrado por los Estados miembros de la Unión Europea incompatible con el derecho de la UE. Este fallo fue seguido por República de Moldavia c. Komstroy LLC (Asunto C-741/19) y República de Polonia c. PL Holdings Sàrl (Asunto C-109/20), que reafirmaron este punto.

El primer caso ante el CIADI que abordó la cláusula paraguas se produjo en 1998. El caso fue Fedax N.V. c. la República de Venezuela, basado en el TBI entre los Países Bajos y la República de Venezuela. Se trató de una decisión en la que los titulares venezolanos de pagarés, que no tenían derecho a protección alguna, los transfirieron a ciudadanos extranjeros de un Estado con el que existía un tratado de inversión, quienes a su vez adquirieron el derecho a reclamar contra el Estado sobre la base de que el tratado protegía la inversión de cartera.

El artículo 3(4) del Acuerdo de 1991 sobre el fomento y la protección recíproca de las inversiones entre los Países Bajos y la República de Venezuela disponía lo siguiente: "cada Parte Contratante cumplirá cualesquiera obligaciones que pudiera haber asumido respecto al trato de las inversiones pertenecientes a nacionales de la otra Parte Contratante".

Si bien el tribunal ordenó que Venezuela estaba obligada a «cumplir estrictamente los términos y condiciones que rigen dicha inversión» (Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3, párr.

29), establecidos principalmente en el artículo 3 del Acuerdo, así como a "cumplir los pagos específicos establecidos en los pagarés emitidos" (Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3, párr. 29), el tribunal no se pronunció sobre la existencia de una cláusula paraguas, por lo que no se produjo ningún debate significativo sobre el significado de la misma.

Sin embargo, los dos primeros laudos dictados por tribunales CIADI que examinaron detenidamente la cláusula paraguas fueron SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República Islámica de Pakistán (Caso CIADI N.º ARB/01/13) y SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas (Caso CIADI N.º ARB/02/6), ambas decisiones sobre competencia.

Los dos laudos adoptan enfoques algo diferentes respecto a la cuestión de la interpretación de las cláusulas tal y como figuran en los tratados correspondientes. El argumento de que la cláusula paraguas tiene relevancia fue rechazado rotundamente por el laudo en el caso SGS c. Pakistán. La cuestión quedó más abierta en el caso SGS c. Filipinas (Sornarajah, 2004, p. 433). Examinaremos estos casos en detalle más adelante.

3. Evolución de la Cláusula Paraguas en los TBI

Ya en el año 2004, se estimaba que, de los más de 2500 TBI existentes a esa fecha, aproximadamente el cuarenta por ciento contenía una cláusula paraguas (Gill et al., 2004, p. 397; Sinclair, 2004, p. 5).

La práctica de los Estados en materia de tratados bilaterales sobre inversión no apunta a un enfoque uniforme en cuanto al tratamiento de estas cláusulas. Por ejemplo, mientras que Australia y Japón incluyen cláusulas paraguas en un número reducido de sus TBI, algunos de ellos reformulados en capítulos de inversión en Tratados de Libre Comercio integrales que adoptaron otro enfoque, el Reino Unido y Alemania suelen incluir cláusulas paraguas en sus TBI. De 89 TBI del Reino Unido revisados, 87 contienen una cláusula paraguas; de los 71 TBI de Alemania revisados, 68 contienen una cláusula paraguas (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], s.f.).

En el caso de los Estados Unidos de América (en adelante, EE.UU.), la práctica en materia de tratados cambió con el modelo de TBI presentado en 2004. Aunque varios TBI contenían una cláusula paraguas, esta cláusula no figuraba en el modelo de TBI de EE.UU. de 2004. El nuevo modelo contiene disposiciones elaboradas para abordar los objetivos de negociación en materia de inversión de la Ley de Autoridad Bipartidista para la Promoción del Comercio de 2002, que incorporó muchos de los principios de los TBI estadounidenses vigentes.

Ese nuevo modelo de TBI se aplicó en las negociaciones del capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio firmado, por ejemplo, entre Chile y EE.UU. (en vigor desde el 1 de enero de 2004). En adelante, es ese modelo el que ha sido integrado en sus negociaciones, incluido, por ejemplo, en T-MEC que reemplazó al TLCAN.

El nuevo modelo limitó la aplicación de esta cláusula para que cubriera únicamente aquellas derivadas de un acuerdo de inversión y no otras obligaciones contractuales. Así, el artículo 24(1)(c) del modelo de TBI de EE.UU., que es idéntico al artículo 10.15(1)(c) del TLC entre Chile y EE.UU., establece que: "(…) el demandante […] podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación por incumplimiento por parte del demandado de… c) un acuerdo de inversión".

A su vez, el artículo 26 del TBI modelo de EE.UU., similar al artículo 10.17(2)(b)(i) del TLC entre Chile y EE.UU., prevé una renuncia explícita a este derecho:

> No podrá someterse a arbitraje ninguna reclamación en virtud de la presente sección a menos que: …b) la notificación de arbitraje vaya acompañada i) en el caso de las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del artículo 24(1) a, de la renuncia por escrito del demandante… a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o judicial en virtud de la legislación de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento relativo a cualquier medida que se alegue que constituye un incumplimiento a que se refiere el artículo 24.

El modelo de TBI de EE.UU. ofrece una definición detallada de «acuerdo de inversión» en su artículo 1:

> "Acuerdo de inversión" significa un acuerdo escrito que entre en vigor en la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o después de ella, entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversor de la otra Parte, que otorgue a la inversión cubierta o al inversor derechos: (a) con respecto a los recursos naturales u otros activos que controla una autoridad nacional; y (b) en los que se basa la inversión cubierta o el inversor para establecer o adquirir una inversión cubierta, distintos del propio acuerdo escrito.

Por "acuerdo escrito" se entiende un acuerdo por escrito, firmado por ambas partes, ya sea en un único instrumento o en varios, que da lugar a un intercambio de derechos y obligaciones, vinculante para ambas partes en virtud de la ley aplicable. Para mayor certeza, (a) un acto unilateral de una autoridad administrativa o judicial, como un permiso, licencia o autorización expedida por una Parte únicamente en su capacidad reguladora, o una sentencia, por sí sola; y (b) un decreto o resolución administrativa o judicial de consentimiento, no se considerarán un acuerdo escrito. Esta definición tiene su equivalente en el artículo 10.27 del TLC entre Chile y EE.UU.

3.1. Incorporación y ubicación de la cláusula paraguas en el marco del tratado

La ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco del tratado bilateral de inversión es un punto de divergencia en la práctica de los Estados. Por ejemplo, el Reino Unido, Nueva Zelanda, Japón, Suecia y EE.UU. incluyen la cláusula paraguas en un artículo que detalla las protecciones sustantivas previstas en el Tratado. Por el contrario, el modelo suizo de TBI sitúa la cláusula paraguas en una disposición titulada «otros compromisos» y la separa de las disposiciones sustantivas mediante dos cláusulas de solución de controversias y una cláusula de subrogación (UNCTAD, s.f.).

3.2. El efecto de la ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco general del TBI

El efecto de la ubicación de la cláusula paraguas dentro del marco general del TBI sigue siendo incierto. Por ejemplo, el tribunal bajo el CIADI en el caso SGS c. Pakistán determinó que el artículo 11 no estaba «incluido junto con las obligaciones sustantivas asumidas por las Partes Contratantes en los artículos 3 a 7» (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 169); por lo tanto, «dada la estructura y secuencia anteriores del resto del Tratado, [si] Suiza y Pakistán hubieran tenido la intención de incorporar una obligación sustantiva de "primer orden", lógicamente habrían situado [la cláusula] entre las obligaciones sustantivas de "primer orden" establecidas en los artículos 3 a 7» (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 170).

Por otra parte, el tribunal bajo el CIADI en el caso SGS c. Filipinas, no consideró decisivo el factor de la ubicación. En este caso, el tribunal sostuvo que «resulta difícil aceptar que la misma formulación en otros TBI de Filipinas sea jurídicamente operativa, pero que sea jurídicamente inoperativa en el TBI entre Suiza y Filipinas simplemente por su ubicación» (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 124).

3.3. Disparidades y similitudes en su redacción

Como regla general, al interpretar un artículo de un tratado, un tribunal, en primer término, debiese atender a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), a la buena fe, al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Además, y de conformidad con el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deben tenerse en cuenta los trabajos preparatorios de un tratado para confirmar una interpretación resultante de la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados, o para determinar la interpretación adecuada cuando su significado sea ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo.

Al examinar la redacción de las diferentes cláusulas generales que figuran en los TBI examinados, pueden destacarse dos características comunes, a saber: a) el uso de lenguaje imperativo; y b) su relación con las obligaciones asumidas por el Estado sin hacer referencia a las obligaciones entre partes privadas.

Un uso de lenguaje imperativo se encuentra, por ejemplo, en el TBI Modelo del Reino Unido, artículo 2, que establece: "cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante".

En términos similares, el artículo 8(2) del Tratado Modelo alemán de 2005 establecía que el Estado receptor «cumplirá cualquier otra obligación que haya contraído con respecto a las inversiones en su territorio realizadas por inversores del otro Estado contratante». El nuevo modelo TBI de Alemania (2008) no contiene esta cláusula. Sin perjuicio de ello, el artículo 7(2) prescribe:

> Si la legislación de cualquiera de los Estados contratantes o las obligaciones internacionales existentes en la actualidad o que se establezcan en lo sucesivo entre los Estados contratantes, además del presente Tratado, contuvieran disposiciones, ya sean generales o específicas, que otorguen a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dichas disposiciones prevalecerán sobre el presente Tratado en la medida en que sean más favorables.

Cuando Australia incluye cláusulas generales en los tratados, tiende a incorporar una disposición estándar:

> Una Parte Contratante, con sujeción a su legislación, se atendrá a cualquier compromiso escrito asumido por una autoridad competente ante un nacional de la otra Parte Contratante en relación con una inversión, de conformidad con su legislación y las disposiciones del presente Acuerdo.

Pero en el artículo 10 del TBI entre Australia y Polonia de 1991 se encuentra una formulación diferente, redactada en términos menos contundentes:

> Una Parte Contratante, con sujeción a su legislación, hará todo lo que esté en su mano para garantizar que se respete cualquier compromiso escrito otorgado por una autoridad competente a un nacional de la otra Parte Contratante en relación con una inversión.

En cuanto a la segunda característica común, cabe destacar una excepción en el TBI de 1995 entre la República Checa y Singapur, cuyo artículo 15(2) establece lo siguiente: "cada Parte Contratante observará los compromisos, adicionales a los especificados en el presente Acuerdo, que haya contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante".

3.4. Ámbito de aplicación de la cláusula paraguas: efecto de una redacción diferente

Las diferentes formulaciones que se encuentran en los TBI pueden llevar a un tribunal a una interpretación distinta de otro en relación a la cláusula paraguas. Es por ello que la interpretación que realicen los tribunales es crítica, entendiendo que la misma podría alterar objetivos de política pública de los Estados, o atentar contra su espacio regulatorio. Actualmente el Grupo de Trabajo III: Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados de la CNUDMI trabaja, entre otros, en la redacción de una disposición referente al Derecho a Regular de los Estados (CNUDMI, Documento A/CN.9/WG.III/WP.263).

En el caso Eureko B.V. c. Polonia (2005, párr. 246), el tribunal se pronunció sobre la cláusula paraguas del TBI entre los Países Bajos y Polonia:

> El significado claro —el "significado ordinario"— de una disposición que establece que un Estado "cumplirá cualquier obligación que haya contraído" con respecto a determinadas inversiones extranjeras no es oscuro. La expresión "cumplirá" es imperativa y categórica. "Cualquier" obligación es amplia [sic]; significa no solo obligaciones de un determinado tipo, sino «cualquier" —es decir, todas— las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante.

A su vez, el tribunal en el caso SGS c. Pakistán se pronunció sobre la redacción del TBI entre Suiza y Pakistán. Así, consideró que la expresión «compromisos contraídos» era lo suficientemente amplia como para abarcar obligaciones unilaterales, incluidos los actos municipales y las medidas administrativas. El tribunal sostuvo que:

> Los «compromisos» cuyo cumplimiento debe «garantizar constantemente» una Parte Contratante no se limitan a los compromisos contractuales. Los compromisos a los que se hace referencia pueden estar incorporados, por ejemplo, en las medidas legislativas o administrativas municipales u otras medidas unilaterales de una Parte Contratante. (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 166)

El Tribunal en el caso Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Jordania (Caso CIADI N.º ARB/02/13, párr. 126) sostuvo:

> (…) Bajo artículo 2(4), cada Parte Contratante no se comprometió a "cumplir" ninguna "obligación" que hubiera asumido previamente con respecto a inversiones específicas de inversores de la otra Parte Contratante, como hizo Filipinas. Ni siquiera garantizó el cumplimiento de los compromisos que había contraído con respecto a las inversiones de los inversores de las otras Partes Contratantes, como hizo Pakistán. Solo se comprometió a crear y mantener un marco jurídico apto para garantizar el cumplimiento de todos los compromisos asumidos con respecto a cada inversor específico.

Sin embargo, algunos TBI ofrecen una mayor especificidad en cuanto a su ámbito de aplicación al identificar con mayor precisión los tipos de obligaciones cubiertas por la cláusula. Por ejemplo, los TBI de Australia celebrados con China, Papúa Nueva Guinea y Polonia se refieren todos a "obligaciones escritas". Del mismo modo, el artículo 2(4) del TBI entre Austria y Chile de 1997 hace referencia a cualquier "obligación contractual". Por último, la mayoría de los TBI que celebró México contienen cláusulas paraguas que parecen matizar su ámbito de aplicación, al establecer que "las controversias derivadas de tales obligaciones se resolverán con arreglo a los términos del contrato en que se base la obligación" (UNCTAD, s.f.).

4. La Cláusula Paraguas en la Doctrina

La incertidumbre sobre el efecto pretendido de esta cláusula queda ejemplificada por las numerosas y diversas metáforas utilizadas para describirla, entre ellas "ascensor", "efecto espejo", "efecto paralelo", "paraguas" o "*pacta sunt servanda*". No obstante, el término más utilizado es "cláusula paraguas".

El primer comentarista en adoptar la metáfora del paraguas fue Ignaz Seidl-

Hohenveldern, quien, en 1961, escribió que una cláusula paraguas situaba los contratos de concesión bajo el "paraguas de protección" (Sinclair, 2004, pp. 411–412).

A pesar de lo mencionado anteriormente, parece que surge una opinión coherente entre los comentaristas sobre el alcance de la cláusula paraguas.

Prosper Weil, en su conferencia de La Haya, utilizó el término *traité de couverture* (Weil, 1961, p. 130) para presentar la idea de que un tratado de inversión transformaría una mera obligación contractual entre el Estado y el inversor en una obligación de derecho internacional, en particular si el tratado incluía una cláusula que obligara al Estado a respetar dicho contrato.

El exsecretario general del CIADI, Ibrahim Shihata, afirmó que «los tratados pueden, además, elevar los compromisos contractuales a la categoría de obligaciones de derecho internacional, al estipular que el incumplimiento por parte de un Estado de un contrato con una parte privada del otro Estado constituirá también un incumplimiento del tratado entre los dos Estados» (Shihata y Wolfensohn, 1995, p. 601).

Dolzer y Stevens, en la misma línea, afirman que:

> Estas disposiciones pretenden garantizar que cada Parte del tratado respete compromisos específicos para con los nacionales de la otra Parte. La disposición reviste especial importancia porque protege los derechos contractuales del inversor frente a cualquier interferencia que pudiera causarse, ya sea por un simple incumplimiento de contrato o por actos administrativos o legislativos, y porque no está del todo claro, en virtud del derecho internacional general, si tales medidas constituyen incumplimientos de una obligación internacional. (como se citó en OCDE, 2006, p. 35)

Christoph Schreuer afirma que una cláusula paraguas es una disposición encontrada en un acuerdo de protección de inversiones que garantiza la observancia de obligaciones asumidas por el Estado receptor vis a vis el inversionista. Sostiene que el tema más controversial es si los contratos entre el Estado receptor y el inversionista pueden ser protegidos por el TBI. Ello, considera, dependerá de la interpretación sobre el consentimiento de las Partes del TBI; y la extensión de la jurisdicción del tribunal que conoce de la contienda dependerá de la interpretación de la cláusula hecha por ese tribunal (Dolzer y Schreuer, 2008, pp. 153, 246).

El análisis de la UNCTAD sobre esta disposición es menos categórico. Señala que:

> La redacción de la disposición es tan amplia que podría interpretarse de manera que abarque todo tipo de obligaciones, explícitas o implícitas, contractuales o extracontractuales, contraídas en relación con la inversión en general. Una disposición de este tipo podría alterar el régimen jurídico y someter el acuerdo a las normas del derecho internacional (Naciones Unidas, 1998, p. 56).

Thomas Wälde expresa un enfoque intermedio. Considera que el principio del derecho internacional solo protegería los incumplimientos y las injerencias en los contratos celebrados con el gobierno o sujetos a las facultades gubernamentales, si el gobierno ejerciera sus prerrogativas soberanas específicas para eludir sus compromisos contractuales o para interferir de manera sustancial en dichos compromisos. Esto se aplicaría también a los contratos celebrados únicamente con partes privadas en el Estado receptor si dichos contratos fueran anulados por las facultades gubernamentales. «…Si el núcleo o el centro de gravedad de una controversia no se refiere al ejercicio de poderes gubernamentales… sino a controversias contractuales "normales", entonces el TBI y la cláusula paraguas no tienen cabida» (Wälde, 2004).

La doctrina moderna ha profundizado este enfoque intermedio, interpretando la cláusula paraguas en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con las normas generales del derecho internacional y con el principio de integración sistémica de las cláusulas de contratos de inversión con el derecho internacional general.

En este sentido, el profesor Zachary Douglas (2023, pp. 472–483) ha postulado que la interpretación funcional de la cláusula paraguas se basa no en un enfoque de oposición o conflicto entre la ley contractual nacional o procedimientos domésticos para la resolución de disputas contractuales, por un lado, y las leyes de inversión internacionales y sobre tratados de arbitrajes de inversión, por el otro; sino que se funda en un enfoque más bien complementario entre ambos ordenamientos. Así, la cláusula paraguas no se dirige a los órganos o empresas de un Estado que contratan con inversionistas como sujetos privados; sino que se dirige al Estado como un sujeto de derecho internacional. En otras palabras, no está orientada a regular un sinnúmero de relaciones contractuales entre órganos ejecutivos de un Estado e inversionistas, sino que más bien regula la conducta del Estado como soberano, como cualquier otra obligación de protección propia de un TBI. Por lo tanto, el poder que tiene un

Estado en su ámbito de soberano, en el cual tiene poderes plenos sobre las personas y cosas dentro de su territorio, le permite interferir en relaciones contractuales que ha generado mediante sus órganos ejecutivos con inversionistas extranjeros. Este poder está regulado por la cláusula paraguas, para evitar abusos del Estado en uso de estos poderes.

Este enfoque se hace especialmente relevante para poder determinar cuándo un incumplimiento contractual puede ser elevado al nivel de violación o incumplimiento de obligaciones internacionales emanadas de un TBI.

En particular, la interpretación de la cláusula paraguas basada en la responsabilidad por culpa de los Estados, sostiene, se condice con el derecho internacional general relativo a la inmunidad de los Estados, que también otorga reglas relevantes de derecho internacional para efectos del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena. La regla sobre inmunidad distingue a su vez entre actos comerciales (iure gestionis) y actos soberanos (iure imperii), en una línea similar a lo postulado por el profesor Wälde sobre las facultades o prerrogativas soberanas. Esta distinción se emplea para determinar si acaso una disputa con un Estado debe resolverse por un tribunal nacional o bien ante un tribunal arbitral internacional de inversiones.

En definitiva, podemos decir que la función de la cláusula paraguas es proteger la inversión extranjera contra actos soberanos abusivos de los Estados, siendo ésta la esencia misma de la reclamación o pretensión fundada en una cláusula paraguas por parte del inversionista extranjero; todo ello, al interpretar el tratado de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a la redacción que los Estados le dieron a la cláusula, en su contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin.

5. Jurisprudencia del CIADI: Algunos Casos de Interés

5.1. SGS contra Pakistán

SGS alegó que Pakistán era responsable, en virtud del TBI, de todos los incumplimientos de un acuerdo (Acuerdo PSI) en virtud de una cláusula paraguas recogida en su artículo 11, que establecía: "cada Parte Contratante garantizará en todo momento el cumplimiento de los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante. (SGS c. Pakistán, Caso CIADI ARB/01/13, párr. 97)

Pakistán alegó que las reclamaciones eran esencialmente de naturaleza contractual y que SGS las estaba reformulando indebidamente como reclamaciones en virtud del TBI.

El Tribunal determinó que no tenía competencia sobre aquellas reclamaciones de SGS "basadas en supuestos incumplimientos del Acuerdo PSI que no constituían ni equivalían a incumplimientos de las normas sustantivas del TBI" (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 162). Así pues, rechazó el argumento de SGS de que el artículo 11 del TBI elevaba automáticamente cualquier incumplimiento del Acuerdo PSI a una violación del TBI.

Teniendo en cuenta que el texto del artículo 11 "parece susceptible de una ampliación casi indefinida" (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 166), el Tribunal consideró que las consecuencias jurídicas derivadas de la interpretación de SGS "eran de un alcance tan amplio, y tan automáticas, incondicionales y radicales en su aplicación, y tan gravosas en su impacto potencial sobre una Parte Contratante… que el demandante debía aportar pruebas claras y convincentes… de que tal era, en efecto, la intención compartida de las Partes Contratantes (…)" (SGS c. Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13, párr. 173).

Sin embargo, el Tribunal no encontró tales pruebas.

5.2. SGS contra Filipinas

En el caso SGS c. Filipinas, otro tribunal del CIADI llegó a una conclusión diferente al interpretar la cláusula paraguas del TBI entre Suiza y Filipinas, que establece lo siguiente: "cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio realizadas por inversores de la otra Parte Contratante" (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 34).

Al examinar el texto del artículo, el tribunal señaló que, al prever "cualquier obligación" relativa a la inversión entre las partes, la cláusula paraguas podía interpretarse fácilmente en el sentido de que incluía cualquier obligación derivada de un contrato entre las partes (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 115). Esta interpretación inclusiva de la cláusula era además coherente con el objetivo del TBI, que era "crear y mantener condiciones favorables para las inversiones (…)" (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 115).

En consecuencia, el Tribunal declaró que tenía competencia sobre las reclamaciones derivadas del acuerdo, ya que la cláusula paraguas, interpretada correctamente,

"considera que constituye un incumplimiento del TBI que el Estado receptor no respete los compromisos vinculantes, incluidos los compromisos contractuales, que haya asumido con respecto a inversiones específicas" (SGS c. Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6, párr. 128).

Así pues, contrariamente a la decisión en el caso SGS c. Pakistán, el Tribunal en el caso SGS c. Filipinas decidió que la cláusula paraguas se aplica a todos los incumplimientos del contrato pertinente entre el inversor y el Estado y rechazó explícitamente el razonamiento subyacente de la decisión en el caso SGS c. Pakistán.

Sin embargo, aunque el Tribunal consideró que tenía competencia sobre las reclamaciones contractuales de SGS, finalmente se abstuvo de ejercer dicha competencia por considerar que no procedía hacerlo en este caso, ya que el Acuerdo contenía una cláusula de elección de foro exclusiva que designaba un foro diferente para resolver tales controversias contractuales. No voy a referirme a esta situación concreta, dado que excede el alcance de este trabajo.

5.3. Otras decisiones

Varias resoluciones de arbitraje internacional posteriores a los casos SGS también han abordado la cláusula paraguas, aunque no siempre con el mismo nivel de detalle. Estas decisiones proponen una interpretación más amplia e inclusiva de la cláusula paraguas, y se acercan más al caso SGS c. Filipinas que al de SGS c. Pakistán, pero no se pronuncian de manera unánime sobre la cuestión (Yannaca-Small, 2006, p. 40).

Así, el tribunal en Joy Mining c. Egipto (Caso CIADI N.º ARB/03/11) examinó el artículo 2(2) del TBI entre Egipto y el Reino Unido, que establece en la parte pertinente que: "cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte".

El tribunal declaró:

> En este contexto, no puede sostenerse que una cláusula general incluida en el Tratado, y de forma poco destacada, pueda tener el efecto de transformar todas las controversias contractuales en controversias de inversión en virtud del Tratado, a menos, por supuesto, que se produzca una clara violación de los derechos y obligaciones del Tratado o una violación de los derechos contractuales de tal magnitud que active la protección del Tratado, lo cual no es el caso. La conexión entre el contrato y el Tratado es el eslabón perdido que impide tal efecto. (Joy Mining c. Egipto, Caso CIADI N.º ARB/03/11, párr. 81)

Del mismo modo, el tribunal en el caso CMS c. Argentina consideró que la cláusula paraguas se aplicaba a algunas obligaciones contractuales, pero no a todas. En ese caso, el tribunal examinó el efecto del artículo II(2)(c) del TBI entre Argentina y Estados Unidos, que establece que cada parte «cumplirá cualquier obligación que haya contraído en relación con las inversiones» (CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 296).

El Tribunal determinó que la cláusula paraguas distinguía entre «controversias comerciales» y aquellas «controversias derivadas del incumplimiento de las normas del tratado y sus respectivas causas de acción» (CMS c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 300). Así pues, según el Tribunal, la cláusula paraguas se aplicaba únicamente a estas últimas, lo que «probablemente» incluía situaciones que implicaran «una injerencia significativa por parte del Gobierno o de organismos públicos en los derechos de los inversores» (CMS c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, párr. 299).

El Tribunal, en el caso Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia, sostuvo que el TBI entre Italia y Argelia no contenía una cláusula paraguas, y afirmó que:

> El efecto de tales cláusulas es transformar las violaciones de los compromisos contractuales del Estado en violaciones de la cláusula paraguas del tratado y, con ello, otorgar competencia al Tribunal sobre el asunto (...) (Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia, párr. 25(ii)).

Como se ha señalado anteriormente, el tribunal en el caso Eureko B.V. c. Polonia (2005, párr. 246) sostuvo que el significado ordinario de una disposición que prescribe que un Estado "deberá cumplir cualquier obligación que haya contraído» con respecto a determinadas inversiones extranjeras no es oscuro, afirmando que la frase «deberá cumplir" era imperativa y categórica y que la palabra "cualquier" era amplia.

En el caso Noble Ventures, Inc. c. Romania (Caso CIADI ARB/01/11), el Tribunal examinó la cláusula paraguas del TBI entre Estados Unidos y Rumanía, que establece que "cada Parte observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones". Aunque el Tribunal reconoció que la redacción de la cláusula paraguas constituía "una clara referencia a los contratos de inversión", se abstuvo "de formular ninguna conclusión definitiva sobre si… [la cláusula paraguas] equipara perfectamente con un

incumplimiento del TBI cualquier incumplimiento por parte del Estado receptor de cualquier obligación contractual" (Noble Ventures c. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11, párr. 61), alegando que sus conclusiones en ese caso no se verían afectadas por la resolución de dicha cuestión.

En el caso Sempra Energy International c. República Argentina (Caso CIADI N.º ARB/02/16), el tribunal sostuvo que la controversia que se le había sometido se derivaba de la forma en que "la violación de los compromisos contractuales con las licenciatarias [demandantes] que se alegan, expresados en la licencia y otros actos, repercute en los derechos que el inversionista argumenta tener a la luz de las disposiciones del Tratado y de las garantías con que realizó la inversión protegida" (Sempra c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, párr. 100).

A continuación, sostuvo que tenía competencia sobre la reclamación del inversor, ya que

> [E]l fundamento de la reclamación se relaciona, por consiguiente, tanto con el contrato como con el Tratado, independientemente del hecho de que materias puramente contractuales que no repercuten en las disposiciones del Tratado puedan ser objeto de las acciones que se encuentren disponibles en el derecho interno de la República Argentina.

Tampoco tiene el Tribunal razón alguna para apartarse de este enfoque. El hecho de que el Tratado también establezca como garantía específica una cláusula general como la del Artículo II(2)(c) (umbrella clause), obligando al respeto de los compromisos contraídos respecto de la inversión, establece un vínculo todavía más estrecho entre el contrato, el contexto de la inversión y el Tratado (Sempra c. Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, párr. 101).

Dado que el Tribunal no especificó en qué disposiciones del TBI consideraba que se basaban las reclamaciones, no queda del todo claro si el Tribunal habría considerado que tenía competencia sobre reclamaciones puramente contractuales en virtud de la cláusula paraguas, y mucho menos sobre todas las reclamaciones contractuales.

En otro caso más, Gardabani and Silk Road c. Georgia (Caso CIADI N.º ARB/17/29), el tribunal examinó la cláusula paraguas del TBI, contenida en el artículo 3(4), que establece que: "cada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante". (Gardabani and Silk Road c. Georgia, Caso CIADI N.º ARB/17/29)

La mayoría del Tribunal señaló que esta disposición debía interpretarse de conformidad con los principios de interpretación de los tratados establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En cuanto al sentido corriente de esta disposición, los árbitros consideraron que el término "cualquier" sugería que la cláusula debía aplicarse de manera amplia a cualquier obligación. Esto se veía confirmado por el hecho de que no existía una limitación expresa del alcance de las obligaciones pertinentes en el texto, según la mayoría. Los árbitros añadieron que la expresión "contratadas en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante" sugería que debe existir "un cierto grado de especificidad, en el sentido de que deben ser en relación con o referirse a inversiones de nacionales" (Gardabani and Silk Road c. Georgia, Caso CIADI N.º ARB/17/29, párr. 687). Sin embargo, a diferencia de otras cláusulas paraguas, el artículo 3(4) no limitaba su alcance a las obligaciones contraídas con el inversor, razonaron los árbitros.

La mayoría consideró que esta interpretación amplia se veía confirmada por el objeto y la finalidad del TBI, tal y como se reflejaba en el preámbulo, que no era otro que el de ampliar e intensificar las relaciones económicas entre los dos Estados parte.

En este contexto, la mayoría discrepó de la alegación de Georgia de que la cláusula paraguas exigía una relación contractual directa entre las partes en la controversia del tratado. Por el contrario, la mayoría consideró que la redacción de la cláusula paraguas no exigía una relación contractual directa entre una parte contratante y la inversión de un nacional, ya que las obligaciones debían ser simplemente "relativas a" una inversión. Tribunales anteriores han discrepado sobre si la expresión "en relación con" puede interpretarse en el sentido de que permite reclamaciones basadas en la cláusula paraguas por parte de filiales de empresas que hayan celebrado un acuerdo contractual pertinente (véase, por ejemplo, Rasia FZE and Joseph Borkowski c. Armenia, Caso CIADI N.º ARB/18/28).

La mayoría razonó además que "la legislación y la normativa pueden crear obligaciones protegidas por una cláusula paraguas", siempre que contengan obligaciones contraídas con respecto a inversiones identificables de un inversor (Gardabani and Silk Road c. Georgia, Caso CIADI N.º ARB/17/29, párr. 691). Este es un interesante debate: el tribunal en el caso Greentech and Novenergia c. Italy (SCC Case N.º 2015/095) se mostró dividido sobre esta cuestión.

Los dos árbitros tampoco se mostraron convencidos por el argumento de Georgia de que las cláusulas paraguas solo podían infringirse mediante una conducta estatal que implicara el uso y abuso de la autoridad soberana, al no encontrar nada en el artículo 3(4) que respaldara tal interpretación.

En esta línea, recordemos que el debate entre los partidarios de una interpretación amplia de las cláusulas paraguas —la teoría de la elevación— y aquellos que consideran que las cláusulas paraguas solo pueden infringirse mediante una conducta soberana se remonta a los casos SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas. En épocas más recientes, el tribunal del caso Strabag c. Libia (Caso CIADI N.º ARB(AF)/15/1), por ejemplo, siguió la teoría de la elevación, mientras que tribunales como los de Supervisión y Control c. Costa Rica (Caso CIADI N.º ARB/12/4) y Pan American c. Argentina (Caso CIADI N.º ARB/03/13) siguieron el enfoque de la acción soberana.

6. Conclusiones

La cláusula paraguas, cuyo origen conceptual se remonta al asesoramiento prestado por Elihu Lauterpacht a finales de 1953 en el contexto de la nacionalización del petróleo iraní, fue concebida como un mecanismo para elevar las obligaciones contractuales asumidas por un Estado frente a un inversor extranjero al nivel de obligaciones de derecho internacional. Desde su primera aparición como cláusula de protección de inversiones distinta, en el artículo 4 del Proyecto de Convenio Internacional para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en Países Extranjeros de 1956-59, pasando por el Proyecto Abs-Shawcross de 1959 y el primer TBI que la incorporó —el acuerdo Alemania-Pakistán de 1959—, la cláusula ha experimentado una evolución considerable en su formulación, ubicación y alcance.

Su presencia en el universo de los Tratados Bilaterales de Inversión es significativa. Hacia el año 2004, aproximadamente el 45% de los más de 2500 TBI existentes contenía alguna variante de esta cláusula. La revisión de la práctica de los Estados revela, además, patrones diferenciados: de 89 TBI del Reino Unido examinados, 87 incorporan una cláusula paraguas; de 71 TBI de Alemania, 68 la contienen. En contraste, Australia y Japón la incluyen en un número reducido de sus acuerdos, y los Estados Unidos modificaron sustancialmente su práctica con el modelo de TBI de 2004, que limitó la cobertura del mecanismo arbitral exclusivamente a incumplimientos de un “acuerdo de inversión” —definido de manera restrictiva— y eliminó la cláusula paraguas en su formulación tradicional. Este cambio de paradigma, replicado en instrumentos como el TLC entre Chile y EE.UU. y posteriormente en el T-MEC, constituye una respuesta deliberada a los riesgos de interpretación expansiva que la cláusula había generado en la práctica arbitral.

El análisis de la doctrina permite identificar tres corrientes interpretativas principales. La primera, vinculada a la denominada teoría de la elevación, que sostiene que la cláusula paraguas transforma cualquier incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado —incluidas las contractuales— en una violación del TBI, creando para el inversor una base jurídica adicional para acceder al arbitraje internacional. Los trabajos de Prosper Weil sobre el concepto de traité de couverture, las afirmaciones de Ibrahim Shihata sobre la elevación de compromisos contractuales a obligaciones de derecho internacional, y las posiciones de Dolzer y Stevens, se inscriben en esta línea.

La segunda corriente, articulada con claridad por Thomas Wälde, propone un enfoque restrictivo conforme al cual la cláusula paraguas solo operaría cuando el Estado ejerce sus prerrogativas soberanas específicas para eludir compromisos contractuales o interferir de manera sustancial en ellos. Si el núcleo de la controversia se refiere a disputas contractuales «normales» sin componente soberano, el TBI y su cláusula paraguas no tendrían cabida.

La tercera corriente, desarrollada por Zachary Douglas, ofrece un enfoque funcional e integrador. La cláusula no se dirige a los órganos del Estado que contratan como sujetos privados, sino al Estado como sujeto de derecho internacional, regulando su conducta soberana para evitar abusos en el ejercicio de poderes que le permiten interferir en relaciones contractuales con inversionistas. Este enfoque se apoya en la integración sistémica del artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la distinción entre actos comerciales (*iure gestionis*) y actos soberanos (*iure imperii*) propia del derecho de inmunidades.

La jurisprudencia del CIADI, desde el primer caso que abordó tangencialmente la cláusula paraguas —Fedax N.V. c. Venezuela en 1998, donde el tribunal no desarrolló un debate significativo sobre su significado— hasta las decisiones más recientes, refleja una tensión persistente entre estas corrientes. Los dos laudos que cristalizaron la división

fueron SGS c. Pakistán y SGS c. Filipinas. El primero rechazó la elevación automática de incumplimientos contractuales, exigió pruebas claras y convincentes de la intención compartida de las partes para un efecto tan expansivo, y se apoyó en la ubicación de la cláusula fuera de las obligaciones sustantivas de "primer orden" del tratado. El segundo, con una redacción similar del TBI, concluyó que "cualquier obligación" podía abarcar compromisos contractuales, que esta lectura era coherente con el objetivo del TBI de crear condiciones favorables para las inversiones, y que la ubicación de la cláusula no era determinante.

Las decisiones posteriores no han zanjado la división, sino que la han matizado.

El tribunal en Joy Mining c. Egipto introdujo la noción del eslabón perdido entre el contrato y el tratado, exigiendo una violación de derechos del tratado o una violación contractual de magnitud suficiente para activar la protección convencional.

El tribunal en CMS c. Argentina distinguió entre controversias comerciales ordinarias y aquellas derivadas del incumplimiento de normas del tratado, vinculando la operatividad de la cláusula a situaciones de injerencia significativa del gobierno en los derechos del inversor.

El tribunal en Eureko B.V. c. Polonia aplicó una lectura textual amplia del significado ordinario de la cláusula, calificando el término "cumplirá" como imperativo y categórico, y "cualquier" como comprensivo de todas las obligaciones.

El tribunal en Noble Ventures c. Romania, aun reconociendo que la redacción constituía «una clara referencia a los contratos de inversión», se abstuvo deliberadamente de formular una conclusión definitiva sobre la equiparación plena entre incumplimiento contractual e incumplimiento del TBI.

El tribunal en Sempra c. Argentina sostuvo que la cláusula paraguas estrechaba el vínculo entre el contrato, el contexto de la inversión y el tratado, aunque sin precisar si la competencia se extendería a reclamaciones puramente contractuales.

La decisión más reciente analizada en este trabajo, Gardabani and Silk Road c. Georgia, representa una consolidación del enfoque amplio. La mayoría del tribunal, aplicando los principios interpretativos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, concluyó que el término "cualquier" sugería una aplicación amplia, que la cláusula no exigía una relación contractual directa entre el Estado y el inversor —bastando que las obligaciones fueran "relativas a" una inversión—, que incluso la legislación y la normativa podían crear obligaciones protegidas por la cláusula, y que nada en el texto respaldaba la exigencia de una conducta estatal que implicara uso y abuso de autoridad soberana como condición necesaria para su activación. No obstante, tribunales como los constituidos en Supervisión y Control c. Costa Rica y Pan American c. Argentina han seguido adhiriendo al enfoque de la acción soberana, mientras que Strabag c. Libia ha seguido la teoría de la elevación, lo que confirma que la divergencia persiste.

Del examen realizado se desprende que la interpretación de la cláusula paraguas depende de la confluencia de múltiples variables: la redacción específica de la cláusula —en particular, el uso de lenguaje imperativo y la amplitud de los términos empleados—; su ubicación dentro de la estructura del tratado; el tipo de obligación cubierta —contractual, legislativa, administrativa o regulatoria—; la exigencia o no de una relación contractual directa con el inversor; y la conexión material entre el contrato y el tratado. Estas variables, interpretadas a la luz de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —esto es, conforme al sentido corriente de los términos, en su contexto, a la luz del objeto y fin del tratado, y con recurso a los trabajos preparatorios cuando el significado sea ambiguo—, producen resultados diversos según la configuración específica de cada caso.

A pesar de la ausencia de consenso, puede identificarse una tendencia mayoritaria. Cuando la cláusula paraguas está redactada en términos amplios e inclusivos —con expresiones como "cualquier obligación" o "cumplirá"—, la mayoría de los tribunales arbitrales adopta una interpretación que abarca todas las obligaciones del Estado, incluidas las contractuales, y que no requiere necesariamente la demostración de un ejercicio abusivo de prerrogativas soberanas. Esta tendencia, sin embargo, coexiste con decisiones que mantienen viva la exigencia de un vínculo cualificado entre la conducta estatal impugnada y el ejercicio de poderes soberanos.

La cláusula paraguas permite potencialmente a los inversores someter sus controversias contractuales con el Estado ante un tribunal arbitral internacional, en lugar de recurrir a los tribunales del Estado receptor. Este efecto, de alcance considerable para la soberanía regulatoria de los Estados, explica tanto el creciente número de reclamaciones fundadas en esta disposición, como la reacción de ciertos Estados de redefinir sus modelos convencionales para acotar su operatividad.

Cabe esperar que los inversores extranjeros continúen fundando sus reclamaciones en la cláusula paraguas, y que los trabajos en curso del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular la disposición sobre el Derecho a Regular, incidan en la configuración futura de esta cláusula en nuevos instrumentos convencionales y en las decisiones sobre su alcance e interpretación.

Referencias bibliográficas

Abs, H. J. (1958). *Proposals for improving the protection of private foreign investments*. Institut International d'Etudes Bancaires.

Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de América, 6 de junio de 2003. https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/ee-uu

Acuerdo entre el Gobierno de Australia y la República de Polonia sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones, 7 de marzo de 1991. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/163/download

Acuerdo entre la República de Austria y la República de Chile sobre la promoción y protección recíprocas de las inversiones, 8 de septiembre de 1997. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/7769/download

CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/01/8, Laudo. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *Grupo de Trabajo III: Reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados* (Documento A/CN.9/WG.III/WP.263). https://docs.un.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.263

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (s.f.). *International investment agreements navigator*. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements

Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República de Argelia. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales de la OCDE. (2006). *Interpretación de la cláusula paraguas en los acuerdos de inversión* (Documento de trabajo sobre inversión internacional). OCDE.

Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of international investment law*. Oxford University Press.

Douglas, Z. (2023). The Umbrella Clause Revisited. *ICSID Review*, *38*(2), 472–483. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siad013

Eureko B.V. c. Polonia, Laudo parcial sobre responsabilidad (arbitraje ad hoc de 19 de agosto de 2005). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf

Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI N.º ARB/96/3. https://www.italaw.com/cases/432

Gardabani and Silk Road c. Georgia, Caso CIADI N.º ARB/17/29. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171096.pdf

Gill, J., Gearing, M. y Birt, G. (2004). Contractual claims and bilateral investment treaties: A comparative review of the SGS cases. *Journal of International Arbitration*, *21*(5), 397. https://doi.org/10.54648/joia2004025

Joy Mining Machinery Ltd. c. Egipto, Caso CIADI N.º ARB/03/11, Laudo sobre la competencia. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf

Malik, M. (2006). *Es hora de un cambio. Los tratados bilaterales de inversión de Alemania, el programa y la política de desarrollo*. IISD. Publikationen der Stiftung / Time for a change

Naciones Unidas. (1998). *Tratados bilaterales de inversión a mediados de la década de 1990*. https://digitallibrary.un.org/record/264901?ln=en&v=pdf

Noble Ventures, Inc. c. Romania, Caso CIADI N.º ARB/01/11. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (1967). *Proyecto de convenio sobre la protección de la propiedad extranjera y Resolución del Consejo de la OCDE sobre el proyecto de convenio* (Publicación N.º 23081).

Pan American Energy LLC c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/03/13. https://www.italaw.com/cases/808

Rasia FZE and Joseph Borkowski c. Armenia, Caso CIADI N.º ARB/18/28. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw171030.pdf

Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA c. Jordania, Caso CIADI N.º ARB/02/13, Decisión sobre jurisdicción, IIC 207 (2004). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf

Schwebel, S. (1994). *Justice in international law*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511551765

Sempra Energy International c. República Argentina, Caso CIADI N.º ARB/02/16, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la jurisdicción. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0769.pdf

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas, Caso CIADI N.º ARB/02/6. https://www.italaw.com/cases/1018

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI N.º ARB/01/13. https://www.italaw.com/cases/1009

Shihata, I. F. I. y Wolfensohn, J. D. (1995). Applicable law in international arbitration: Specific aspects in case of the involvement of state parties. En I. Shihata y J. D. Wolfensohn (Eds.), *The World Bank in a changing world: Selected essays and lectures* (Vol. II, p. 601). Brill.

Sinclair, A. C. (2004). The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection. *Arbitration International*, *20*(4), 411–434. https://doi.org/10.1093/arbitration/20.4.411

Sornarajah, M. (2021). The International Law on Foreign Investment (5th ed.). Cambridge: Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316459959

Strabag c. Libia, Caso CIADI N.º ARB(AF)/15/1. https://www.italaw.com/cases/8447

Supervisión y Control c. Costa Rica, Caso CIADI N.º ARB/12/4. https://www.italaw.com/cases/2052

TBI entre la República Checa y Singapur, 1995. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/981/download

Tratado bilateral de inversión entre los Países Bajos y la República de Venezuela, 1991. https://www.tradex.com.ve/wp-content/uploads/2019/07/TBI-Venezuela-Reino-de-los-Pa%C3%ADses-Bajos-1993.pdf

Tratado Modelo del Reino Unido sobre inversiones bilaterales. https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download

Tratado Modelo de Alemania sobre inversiones bilaterales (2005). https://edit.wti.org/document/show/9d4b7e80-3cfd-4ae2-9116-1b3a090cea67

Tratado sobre la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994. https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf

U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004). https://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf

Wälde, T. (2004). La cláusula «paraguas» (o de la inviolabilidad del contrato/*Pacta sunt servanda*) en el arbitraje de inversiones: Un comentario sobre las intenciones originales y los casos recientes. *Transnational Dispute Management*, *1*(4).

Weil, P. (1961). Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier. En *Collected courses of The Hague Academy of International Law* (Vol. 128, Parte I, pp. 95–130).

Wong, J. (2006). Umbrella clauses in bilateral investment treaties: Of breaches of contract, treaty violations, and the divide between developing and developed countries in foreign investment disputes. *George Mason Law Review*, *14*(1), 135–177.

Yannaca-Small, K. (2006). *Improving the system of investor-state dispute settlement* (OECD Working Papers on International Investment 2006/1). OCDE. https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2006/02/improving-the-system-of-investor-state-dispute-settlement_g17a1771/631230863687.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.016

Artificial Intelligence, Arbitration and the Global South: Addressing Algorithmic Asymmetries in Global Dispute Resolution(*)(**)

Inteligencia artificial, arbitraje y el Sur Global: abordando las asimetrías algorítmicas en la resolución internacional de controversias

Daniel Brantes Ferreira(***)
Founding Partner at DBFLaw (Rio de Janeiro, Brazil)

Elizaveta A. Gromova(****)
National Research South Ural State University (Chelyabinsk, Russia)

Abstract: This article examines whether the increasing use of artificial intelligence (AI) in international arbitration risks reinforcing and expanding Global North dominance over the Global South. While existing literature mainly focuses on efficiency, confidentiality, transparency, and due process in AI-assisted arbitration, this article addresses this gap by viewing AI not just as a technological innovation but as a form of private transnational governance embedded within broader structures of epistemic hierarchy, technological dependency, and Global North–South inequality. Methodologically, it combines doctrinal and literature-based legal analysis with a TWAIL-informed political economy perspective, drawing on scholarly literature, institutional reports, surveys, and soft-law instruments. The analysis highlights three main mechanisms through which inequalities may be reinforced: data concentration, vendor control, and the dominance of Global North standard-setting. It argues that AI may strengthen existing institutional, infrastructural, and normative advantages of actors at the center of the arbitral system. At the same time, the article does not oppose AI in arbitration. Instead, it concludes that AI should be governed with safeguards such as disclosure, explainability, contestability, confidentiality, and human oversight, while also addressing deeper inequalities in technological infrastructure and epistemic authority.

Keywords: Artificial Intelligence - International Arbitration - Global South – TWAIL - Data Colonialism - Vendor Control - Procedural Integrity - AI governance

---

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 15 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 14 de junio de 2026.

(**) AI use statement: Artificial intelligence tools were used only for limited language assistance in the preparation of this manuscript, including translation from Portuguese into English and editing to improve grammar, clarity, style, and proofreading. No AI tools were used to generate the article's arguments, legal analysis, conclusions, or scholarly claims. The authors take full responsibility for the content of the manuscript.

(***) Lawyer from the Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Brazil). Ph.D. in Legal Sciences, Constitutional Law, and State Theory from the same university. Editor-in-Chief of the "Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution" (RBADR) and Co-Editor-in-Chief of the "International Journal of Law in Changing World" (IJLCW). Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Founding partner of DBFLaw. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0504-1154. E-mail: daniel@dbflaw.com.br.

(****) Lawyer from the South Ural State University (Chelyabinsk, Russia). Doctor of Law from the same university. Professor at the Department of Civil Law, South Ural State University. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6655-8953. E-mail: gromovaea@susu.ru.

1. Introduction

In the international arena, arbitration has long been the default method for resolving commercial and investment disputes. It is valued for efficiency, neutrality, finality, enforceability, and confidentiality. International agreements like the 1958 New York Convention and the 1965 International Convention on the Settlement of Investment Disputes support its use. The New York Convention alone has 172 signatory members (United Nations Commission on International Trade Law, n.d.). However, critics argue that arbitration is not always cost-effective or quick (Gicquello, 2020). Sometimes it is costlier and slower than court litigation. These delays often happen due to heavy provider backlogs or party actions (Najar, 2009). Dispute resolution providers are innovating with new frameworks to keep arbitration attractive.

A 2025 study by White & Case LLP and the School of International Arbitration at Queen Mary University of London found parties most often choose expedited procedures to lower costs (65%) and speed up proceedings (58%). Technology is also key to maintaining arbitration's appeal. The same study found that the main reasons parties adopt AI are to save time (54%), reduce costs (44%), and decrease human error (39%). Some behaviors, such as lawyers' adversarial tactics (24%) and arbitrators' inadequate case management (23%), harm the process. The survey shows that institutions are adopting new rules to boost efficiency. Innovations include expedited arbitration, early decisions, consolidation, joinder, and emergency measures. Arbitration now depends on both these rules and technological progress. Technology and AI are now central to arbitration.

The focus of this analysis moves beyond technological tools and cost-benefit considerations to examine governance, asserting that regulatory and technological frameworks are central in shaping transnational disputes. When such frameworks exist, they structure disputes; in their absence, resolution becomes more complex. Transnational private governance is identified as essential to both arbitration and AI development, particularly in rulemaking, application, and enforcement (Whytock, 2008). Governance influences each domain and its integration in distinct ways. Unlike judicial procedure, arbitration is largely structured through privately governed institutional rules developed outside public legislative processes, often within competitive service-provider environments that may prioritize efficiency, flexibility, and market responsiveness (Horton, 2020). This creates a parallel procedural system, a phenomenon also observed in AI governance. Commercial arbitration exemplifies private adjudication (Landes & Posner, 1979), offering market-driven judicial services shaped by institutional competition among providers, law firms, and arbitrators. The arbitration market remains concentrated in the Global North, both economically and geopolitically.

Building on this analysis of transnational private governance, states now position themselves as attractive, arbitration-friendly jurisdictions. Many have enacted or revised laws to align with the 1985 UNCITRAL Model Law (Drahozal, 2004), while others have modernized laws for new technologies and institutional innovations. Currently, 93 states and 127 jurisdictions have adopted or been influenced by the Model Law (United Nations Commission on International Trade Law, n.d.). Since 2020, 13 states and one jurisdiction have adopted such statutes, including Tonga (2020), Uzbekistan (2021), Sierra Leone (2022), Albania (2023), Greece (2023), Japan (2023), Nigeria (2023), Trinidad and Tobago (2023), Azerbaijan (2024), Costa Rica (2024), Guyana (2024), Israel (2024), Malawi (2024), and Puerto Rico (2024). Of these, only four, namely Greece, Japan, Israel, and Puerto Rico, are in the Global North; the remainder are classified as Global South jurisdictions. This trend highlights these countries' drive to become leading arbitration venues, as legislative changes also function as marketing strategies (Berger, 1993), reinforcing each jurisdiction's user-focused arbitration ecosystem.

Consequently, as technology continues to shape arbitration, integrating artificial intelligence into forums has procedural implications beyond mere technical assistance. AI tools currently serve many functions in arbitration (Solhchi & Baghbanno, 2023; Yıldırım, 2024). These include document review, predictive analysis, case management, and drafting support. The American Arbitration Association (AAA) recently launched an AI arbitrator for high-volume, low-complexity cases, under human oversight (American Arbitration Association, n.d.).

This AI framework shifts informational and strategic advantages. It enables outcome prediction and informs decisions on arbitrator selection, procedural tactics, and settlement timing. Entities with access to advanced data and proprietary models, primarily law firms, institutions, or companies that own sophisticated AI, may maintain private legal

databases, predictive tools, and models trained specifically for arbitration. A select group of organizations predominantly controls these expensive resources. This group includes major Global North tech firms. Use of AI in arbitration raises several concerns, including reliance on data, potential confidentiality breaches, limited training data, and machine bias and opacity (a lack of transparency in algorithmic decisions) (Kasap, 2021). These challenges are significant because AI outputs can influence assessment and reasoning in disputes.

Regulatory questions are central. Emerging frameworks and guidelines from arbitration institutions and professional bodies are critical (Tsuvina & Tsuvina, 2024). Much of the regulatory infrastructure originates from the Global North, such as the Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (Chartered Institute of Arbitrators, 2025) and the Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC) (Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024). This prevalence may reinforce inequities in global dispute resolution. The majority of AI tools and guidelines stem from the Global North. The only prominent Global South country advancing in this field is China. The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) has issued AI Guidelines (China International Economic and Trade Arbitration Commission, 2025), and the Guangzhou Arbitration Commission (GZAC) is at the forefront of AI use in arbitration.

Given the challenges from technological and regulatory shifts, the use of technology in arbitration calls for basic procedural safeguards. For example, due process and the right to present a case safeguard procedural integrity while supporting innovation. If institutions require explainable outcomes, algorithmic decision-making can advance both arbitration and fairness (Fortes, 2020; Pasquale, 2017). In this context, algorithmic transparency becomes crucial. Without it, whether in data collection, code, or system development, companies and law firms may gain unfair advantages. Auditing application code is one solution that addresses this concern (Susskind, 2018).

In this scenario, AI rules in arbitration are not neutral. Powerful institutions, especially those in the Global North, establish both AI guidelines and the technology behind arbitration standards, shaping governance from a Foucauldian perspective (Foucault, 2013). Similarly, the political economy approach views legal technologies and regulatory choices as rooted in historical power structures rather than as neutral tools (Cox, 1981). Regulatory frameworks for AI in arbitration are therefore expressions of broader epistemic and institutional power, not merely technical fixes. As power is closely tied to economic dominance, it is unsurprising that most AI guidelines originate from the Global North's legal and technological environments.

In light of these arguments, the central question is whether the proliferation of AI in international arbitration risks reinforcing and expanding the Global North's dominance over the Global South. Three mechanisms are identified for analysis: data concentration, vendor control, and the adoption of governance standards originating from the Global North. The key hypothesis is that these dynamics may not only enhance efficiency but also exacerbate existing asymmetries in arbitration. Ultimately, AI has the potential to extend the epistemic and infrastructural advantages of arbitration providers and users in the Global North, particularly regarding preferred venues, standards, institutions, and datasets.

Although recent studies address transparency, confidentiality, and due process in AI-assisted arbitration, the literature still lacks a thorough analysis of how data concentration, vendor control, and Global North standard-setting may reinforce structural inequalities between the Global North and the Global South. This article fills that gap by examining AI in arbitration not merely as a procedural innovation, but as a form of transnational private governance embedded in broader dynamics of epistemic hierarchy, technological dependency, and North–South inequality.

Methodologically, this article combines doctrinal and literature-based legal analysis with a TWAIL-informed political economy perspective. It examines scholarly literature, institutional reports, surveys, and soft-law instruments to assess how AI governance in arbitration is shaped by asymmetries in data access, technological infrastructure, and normative production. The article also develops a normative framework for evaluating procedural safeguards in AI-assisted arbitration from a Global North–Global South perspective. The analysis primarily reviews scholarly literature, supplemented by grey literature, including institutional reports, surveys, and guidelines.

The subsequent sections are organized to align with the outlined methodology. Section 2 presents the theoretical and structural framework by examining the Global North–Global South divide in international arbitration, the concentration of arbitral ecosystems, and the interplay between private adjudication,

market dynamics, and emerging forms of digital and epistemic domination. Section 3 analyzes the integration of artificial intelligence into arbitration, focusing on its technological roles, governance frameworks, structural asymmetries, and the procedural safeguards needed to uphold due process, transparency, and contestability in AI-assisted proceedings. The article concludes by considering the broader implications of AI-driven arbitration for the future distribution of power in global dispute resolution.

2. The Global North–Global South Divide in International Arbitration

This section establishes the theoretical framework for the subsequent analysis. It argues that the Global North–Global South divide in international arbitration must be understood within the larger historical and structural inequalities of the international legal order. TWAIL offers the most relevant critical perspective for this purpose, as it uncovers how domination is maintained not only through formal legal rules and institutions but also via governance structures, epistemic hierarchies, and technological infrastructures.

2.1. TWAIL Beyond Classical International Law: Technology, Arbitration, and New Forms of Global Hierarchy

Third World Approaches to International Law (TWAIL) is best understood as a critical intellectual and political movement that aims to reveal how international law has historically contributed to the subjugation of the Third World and continues to uphold global hierarchy today. In a classic formulation, Mutua (2000) describes TWAIL as a broad oppositional project focused on how international law legitimizes and maintains the unequal structures of the international order. Similarly, Chimni (2006) states that international law has become "the principal language in which domination is coming to be expressed in the era of globalization," as it helps legitimize and sustain the growing North–South divide. TWAIL, therefore, is not just a doctrinal critique of specific rules but a broader methodological and normative effort to examine the relationship among law, empire, capitalism, and resistance (Okafor, 2008).

In this sense, TWAIL scholarship should be understood not merely as a body of doctrine but as a critical methodological framework that interrogates the historical and structural conditions under which international law operates. As Rajagopal (2003) emphasizes, TWAIL scholarship also seeks to recover the agency of Third World actors and social movements in shaping international legal norms and institutions.

The intellectual history of TWAIL is often explained through a distinction between TWAIL I and TWAIL II, although that periodization should not be viewed as fixed. TWAIL I is generally associated with the anti-colonial and decolonization era, when jurists from Asia, Africa, and the broader Third World challenged the Eurocentric assumptions of classical international law and called for a more universal international legal order (Anand, 1962; 1966a; 1966b; 1967). In this earlier phase, the focus was on sovereignty, sovereign equality, self-determination, non-intervention, and restructuring international economic relations. TWAIL II, on the other hand, is typically associated with a later group of scholars who moved beyond external critique of exclusion to argue that colonialism was embedded in international law itself. Anghie's work (1996) on the colonial roots of international law, Mutua's critique of international law as an imperial structure, and Chimni's analysis of contemporary international institutions as part of a developing imperial global order all exemplify this second stage. As Chimni (2006) describes, the relationship between state sovereignty and international law has been reshaped in the era of globalization, weakening the autonomy of Third World states and peoples and shifting economic power to international institutions and transnational actors (Rajagopal, 2003).

At the same time, the TWAIL I/TWAIL II distinction should be approached carefully. Gathii (2011) emphasizes that TWAIL is a decentralized and evolving intellectual network rather than a fixed canon, while Galindo (2016) warns that strict periodization might obscure continuities within Third World critiques of international law. Although this article does not claim the existence of a fully stabilized "TWAIL III," it asserts that an emerging third TWAIL phase can be identified in the governance of technology and arbitration. At this point, Boaventura de Sousa Santos becomes especially significant. His critique of abyssal thinking explains how modern Western knowledge draws visible and invisible lines that make alternative knowledges nonexistent, subordinated, or irrelevant (Santos, 2007). Similarly, his sociology of absences and emergences demonstrates how hegemonic structures waste social experiences and suppress counter-hegemonic forms of knowledge production (Santos, 2002). When applied to arbitration and artificial intelligence, this indicates that Global North institutions do not only materially dominate rulemaking; they

also influence which datasets, standards, and expertise are considered authoritative. In this light, the interaction between AI, arbitration, and private transnational governance reflects an emerging third TWAIL moment focused on technological control, arbitral governance, and epistemic authority.

The broader critical literature on postcolonial power and the universalizing tendencies of international law supports this argument. Pahuja's analysis (Pahuja, 2011) is especially significant in this context. As she demonstrates, the failure of international law in the postcolonial world is linked to the universalization of development and economic growth as regulatory rationalities, transforming international law into a form of power rather than a neutral framework for emancipation. The outcome is a technical, universal legal order that claims neutrality while maintaining asymmetric relations with the North.

Chimni's manifesto (2006) emphasizes that globalization has reshaped the relationship between the state and international law, benefiting transnational capital and diminishing the autonomy of the Third World. This is evident in international institutions, the internationalization of property rights, and the spread of transnational adjudicatory mechanisms such as international commercial arbitration. In this context, arbitration is not separate from the TWAIL issue; it is a key platform through which global hierarchy is reinforced.

From this perspective, a third TWAIL moment can be seen as emerging around the Global North's dominance not only over international law in the traditional sense but also over the infrastructures that now shape international commerce and dispute resolution. Artificial intelligence, proprietary datasets, digital platforms, arbitral institutions, soft law guidelines, and professional expertise are increasingly concentrated within Global North legal and technological systems. This concentration enables the North to influence not just the substance of transnational dispute resolution but also the epistemic and technological conditions under which disputes are processed, interpreted, and governed. Therefore, the issue is no longer limited to the colonial roots of international law or the imperial nature of international institutions. It also involves the expansion of Global North dominance through the governance of arbitration and technology, and the merging of both in AI-assisted dispute resolution. In this way, this article argues that the interaction between artificial intelligence, arbitration, and private transnational governance may reflect an emerging third TWAIL moment: one centered on how technological control, arbitral governance, and epistemic authority together perpetuate new forms of North–South subordination in international economic life.

2.2. Arbitration as Private Adjudication, Market and Geographic Concentration of the Arbitral Ecosystems

International arbitration is best characterized as private adjudication within a competitive, transnational marketplace for dispute resolution. As Landes and Posner (1979) note, adjudication is not inherently public; commercial arbitration exemplifies its private form. In this market, parties deliberately select rules, arbitrators, and the institutional and territorial frameworks for their disputes. Arbitral institutions, seats, professional service providers, and national legal systems, in turn, compete for users by offering distinct reputational, procedural, and legal advantages (Landes & Posner, 1979; Drahozal, 2004). Thus, arbitration's distinctive feature is not merely that it is private, but that it operates within a global market for adjudicatory services.

This market-oriented character helps explain why arbitration has developed around a small number of highly reputed arbitral ecosystems. Surveys by Queen Mary University of London and White & Case show that users continue to prefer a limited group of seats and institutions. In 2015, the five most preferred seats were London, Paris, Hong Kong, Singapore, and Geneva. The five top institutions were the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA), the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), the Singapore International Arbitration Centre (SIAC), and the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute (SCC) (White & Case LLP & School of International Arbitration, Queen Mary University of London, 2015). The 2018 survey identified London, Paris, Singapore, Hong Kong, and Geneva as the leading seats. ICC, LCIA, SIAC, HKIAC, and SCC again ranked as the top institutions. Similarly, the 2021 survey reported London, Singapore, Hong Kong, Paris, and Geneva as the top seats. The top institutions were ICC, SIAC, HKIAC, LCIA, and CIETAC. In 2025, the five most preferred seats shifted to London, Singapore, Hong Kong, Beijing, and Paris. The preferred rules were ICC, HKIAC, SIAC, LCIA, and UNCITRAL. These findings reveal both persistence and change: the market remains concentrated, but regional arbitral centers, especially in Asia, have achieved prominence.

The persistence of London, Paris, Geneva, Singapore, and Hong Kong across successive surveys demonstrates the

stickiness of established arbitral hubs. At the same time, Beijing's rise in the 2025 survey and the growing visibility of Chinese institutions such as CIETAC in the 2021 survey suggest that the geography of arbitration is evolving rather than fixed. This evolution, however, should not be mistaken for a full decentralization of arbitral power. Rather, it indicates a selective expansion of leading regional centers within a still highly concentrated global market. In other words, new participants may enter the upper tiers of arbitral competition. However, they do so in a field whose structure is still organized around prestige, enforceability, institutional experience, and legal infrastructure. These features have historically favored Global North seats and, more recently, a limited number of powerful Asian hubs, such as Singapore, have a dual identity: historically and geographically classified as part of the Global South due to its colonial past, but operating as high-income technology hubs, which is typical of the Global North (The GeoEconomics, n.d.).

This pattern fits the logic of regulatory competition discussed by Drahozal (2004). Parties often choose the place of arbitration with close attention to the seat's legal environment. As a result, states have strong incentives to modernize arbitration laws and signal user-friendliness to the international arbitration community. Drahozal (2004) shows that when countries revise their arbitration statutes, they may attract more arbitration proceedings. This is true even if the economic effects are more modest than reformers hope. The legal environment becomes part of the market. National arbitration laws, judicial support, enforceability records, and reputational signaling all serve as competitive assets in attracting arbitral business. This context helps explain why the diffusion of Model Law-based legislation, the growth of modern arbitral institutions, and the appearance of new regional seats are not isolated reforms. Instead, they are part of a broader market for transnational adjudicatory services.

From this perspective, the increasing prominence of regional arbitral centers, particularly in China, does not displace the argument about structural concentration; rather, it refines it. What emerges from the empirical record is not a flat, fully plural arbitral order, but a hierarchically organized ecosystem in which a small number of seats and institutions persistently dominate user preferences, even as selected regional actors, such as Beijing, Guangzhou, Shenzhen, and Dubai, gain influence. International arbitration, therefore, remains a market of private adjudication, characterized by both competition and concentration, and its geography continues to display a broader distribution of economic power, legal prestige, and institutional authority.

The market-driven aspect of international arbitration also encourages forum shopping, the strategic choice of the most advantageous forum from among available procedural, institutional, and territorial options. In transnational disputes, forum shopping should not be viewed merely as opportunistic manipulation; rather, it is often a rational response to variations in costs, predictability, legal infrastructure, and enforcement prospects across different forums (Assareh, 2013; Bookman, 2016). Parties are frequently able to assess key variables in advance, such as forum fees, adjudicator fees, and other access-to-justice costs, making the selection of a forum an essential part of dispute resolution planning. Likewise, global forum shopping can serve important functions, including safeguarding access to justice, promoting private enforcement, and even fostering legal reform, rather than simply being an unfair tactic. It also involves strategic considerations about where precedent, remedies, and procedural leverage will be most valuable in future disputes (Busch, 2007).

In arbitration, this tendency often concentrates disputes within a few highly regarded seats and institutions, as parties typically favor forums that offer legal certainty, procedural sophistication, enforceability, strong reputations, and sit in arbitration-friendly jurisdictions. At the same time, as new regional centers seek to attract disputes, arbitral forum shopping increasingly serves as both a sign and a driver of competition among arbitral ecosystems, including emerging investment corridors and treaty-based dispute-resolution frameworks (Idrees et al., 2019). An example of an emerging investment corridor is the China–Pakistan Economic Corridor (CPEC), which has created new pressures for arbitral forum selection and dispute-resolution planning related to large-scale infrastructure, energy, and connectivity projects (Idrees et al., 2019; McLaughlin, 2023).

Empirical data from leading arbitral institutions further confirm the concentration of international arbitration within a few highly reputable institutional hubs, while also highlighting the growing participation of parties from the Global South. For analysis, this section focuses on the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA), the Singapore International Arbitration Centre (SIAC), and the International Centre for

Settlement of Investment Disputes (ICSID). These institutions were chosen because they are among the most influential dispute-resolution providers in the global arbitration market and collectively demonstrate patterns across commercial and investment arbitration. Their large caseloads, longstanding reputations, and key roles in shaping arbitral rules, best practices, and procedural innovations position them as gatekeepers of international arbitration governance. The analysis uses 2024 as the baseline year to ensure consistency in institutional statistics.

The LCIA continues to handle hundreds of international disputes annually, reaffirming its position as a leading Western arbitration institution (London Court of International Arbitration [LCIA], 2025). Likewise, SIAC reported a significant caseload in its 2024 annual report, with the majority of cases involving international disputes (Singapore International Arbitration Centre [SIAC], 2024). The ICC Court of Arbitration also manages several hundred new cases each year involving parties from numerous jurisdictions globally (International Chamber of Commerce [ICC], 2024). In investment arbitration, ICSID 2024 statistics also demonstrate the large and geographically diverse caseload administered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules, underscoring ICSID's central role in disputes involving states and investors from emerging economies (International Centre for Settlement of Investment Disputes [ICSID], 2024).

Although these institutions handle disputes involving parties from around the world, they remain embedded within institutional ecosystems historically linked to the Global North. London and Paris have long served as central hubs for international arbitration, while Singapore, despite its geographic location in Asia and its historical classification as part of the Global South, functions today as a high-income legal and financial center closely connected to Global North legal markets. Consequently, ICC, LCIA, SIAC, and ICSID form a transnational core of international arbitration, combining high caseloads, advanced legal infrastructure, and strong reputational capital. Their influence extends beyond case administration: these institutions actively shape arbitration governance through rule-making, institutional policies, conferences, and thought-leadership initiatives. In this way, they serve not only as service providers but also as norm-setters within the global arbitration ecosystem.

It should be noted that this institutional asymmetry does not imply that arbitration institutions make no effort to promote inclusiveness. On the contrary, many institutions seek to incorporate professionals from diverse jurisdictions worldwide, both as potential arbitrators and as participants in the institutional governance of arbitration providers (International Chamber of Commerce, n.d.). A notable example is the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), which currently comprises 170 members, of whom 69 are from Global North jurisdictions and 101 from Global South jurisdictions. Accordingly, representatives from the Global South account for approximately 59.4% of the Court's composition. While this distribution may be seen as evidence of the institution's commitment to geographical inclusiveness, it also reflects a strategic effort to ensure representation across the markets in which the institution operates, thereby reinforcing its global reach and institutional legitimacy.

At the same time, the statistics reported by these institutions reveal a notable structural imbalance in the arbitral marketplace. Although arbitration users have become geographically diverse, the institutional authority regulating dispute resolution remains highly centralized. Parties from the Global South frequently act as claimants, respondents, or contractual partners in complex cross-border disputes, particularly in sectors such as infrastructure, construction, energy, and international investment. However, the administration of these disputes often remains within a small group of globally recognized arbitral institutions such as ICC, LCIA, SIAC, and ICSID. As a result, international arbitration can be seen as globally diverse in participation but not fully decentralized in governance. The system increasingly includes Global South actors as users, but the institutional frameworks shaping arbitral procedures, expertise, and technological infrastructure remain concentrated in a few powerful arbitration hubs.

These patterns of arbitral concentration must also be considered alongside the expanding literature on digital and data colonialism. This research highlights how control over technological infrastructure, data extraction, and platform governance may perpetuate older North–South hierarchies in new forms. Couldry and Mejias (2018) argue that contemporary capitalism increasingly relies on the appropriation of human life through data, creating a new colonial logic where social activity itself becomes a resource for extraction. Similarly, Mann and Daly (2019) and Ferreira and Gromova (2025) show how informational power can serve as a form of digital colonialism,

reinforcing asymmetries between the Global North and Global South through control over data flows, surveillance capabilities, and technological systems, and how humans are being quantified into data in their everyday lives. Schneider (2022) also highlights those digital infrastructures are not neutral but structured through "stacks" of governance and technical control that may deepen dependency when held by a small number of powerful actors.

In the arbitral context, this indicates that structural concentration is no longer solely geographic or institutional; it is also digital and epistemic. As arbitration increasingly depends on data-driven tools, proprietary platforms, and AI-assisted processes, the dominance of Global North institutions extends beyond seats and rules to the very infrastructures through which disputes are processed, interpreted, and governed. Therefore, the rise of AI-assisted arbitration occurs not on neutral ground but within a landscape already marked by asymmetries in infrastructure, data access, and technological power.

The concept of digital colonialism can be seen as a contrast to the ideas of digital and data sovereignty. Digital sovereignty refers to a country's ability to control incoming information, strengthen its authority over online accounts, data, and the personally identifiable information (PII) of its residents, and increase trade protectionism in the digital sector (Grimm, 2015). In contrast, data sovereignty involves regulating data flow through filtering technologies on the internet and establishing rules and infrastructure to protect the country and its citizens, such as data storage and data protection (Karlstad, 2023; Gromova & Ferreira, 2024). Given these definitions, countries in the Global South clearly lack both digital and data sovereignty in the field of artificial intelligence and in the use of technological tools in arbitration, especially in the latter.

Seen in this broader context, the idea of an emerging third TWAIL moment becomes even more convincing when considered alongside the literature on digital and data colonialism. TWAIL I revealed the exclusion of the Third World from shaping classical international law, and TWAIL II showed how colonial dominance was embedded in international legal doctrines and institutions. A contemporary TWAIL III can be understood as addressing the expansion of those hierarchies into digital infrastructures, data collection, and technological governance. In the context of arbitration, this means that the focus on seats, institutions, and expertise is increasingly connected to data, platforms, and AI tools. Therefore, an emerging TWAIL III does not replace earlier critiques but builds on them: from colonialism and international legal doctrine to today's regime, where arbitral governance and digital infrastructures together foster new forms of North–South subordination.

3. Artificial Intelligence in Arbitration: Governance, Asymmetries, and Procedural Integrity

Given this structural context, the question is no longer whether artificial intelligence will impact international arbitration, but rather how that influence will be structured, who will manage it, and what the distribution of benefits and burdens will be. Recent research shows that AI is already integrated into arbitral practices, including document review, legal research, predictive analytics, case management, and drafting assistance. This indicates that AI's significance extends beyond procedural ease into the governance of dispute resolution itself (Gicquello, 2020; Tsuvina & Tsuvina, 2024).

As AI becomes increasingly embedded in the creation and sharing of arbitral knowledge, concerns about legitimacy, fairness, and due process must be addressed alongside issues of technological dependence and epistemic control (Fortes, 2020). In international arbitration, where institutional authority and professional influence are already unevenly distributed, the widespread adoption of AI risks entrenching current hierarchies unless its governance is critically examined and meaningful safeguards are put in place to protect its application. Therefore, it is essential to explore, first, how AI governance might reproduce existing structural inequalities within the arbitral field, and second, what procedural protections are necessary to uphold the integrity of AI-supported proceedings. In this sense, AI does not enter arbitration on neutral institutional terrain, but into a field already shaped by concentrated arbitral authority, market dependency, and epistemic hierarchy.

3.1. AI Governance and Structural Asymmetries in International Arbitration

Artificial intelligence in arbitration should not be understood merely as a set of efficiency-enhancing tools, but as an emerging layer of private governance that may reinforce existing asymmetries in data access, technological control, and normative authority within global dispute resolution. Recent scholarship has shown that AI can already perform, or assist

with, a wide range of arbitral functions, including document review, legal research, predictive analytics, drafting support, and case management (Gicquello, 2020; Solhchi & Baghbanno, 2023; Yıldırım, 2024). Gicquello (2020) argues that the introduction of AI into international arbitration is often justified on the basis that it may enhance legitimacy, fairness, and efficiency while also engaging broader systemic concerns. At the same time, Tsuvina and Tsuvina (2024) correctly note that the growing use of large language models in arbitration raises not only practical questions of utility, but also regulatory and theoretical questions concerning how adjudicative processes are structured and governed. Once AI becomes part of how disputes are organized, assessed, and strategically managed, its significance is no longer purely technical. It becomes institutional, distributive, and ultimately political.

The structural risks examined in this section operate through three interrelated mechanisms: the unequal distribution of arbitral data, the growing control of privately owned technological infrastructures, and the concentration of AI-related rulemaking in Global North institutions and professional networks.

The first major asymmetry concerns data. AI systems depend on the availability, quality, and structure of datasets, yet arbitral data is unevenly distributed and often privately held. Unlike many domestic judicial systems, arbitration is marked by confidentiality, fragmented publication practices, and unequal access to awards, pleadings, procedural orders, and case management records. Łągiewska (2024) highlights that arbitral awards are rarely published, and if they are, they appear in a heavily redacted form that initially harms machine learning capabilities and, more than that, structurally constrains the data, giving disproportionate advantages to the actors holding proprietary internal archives, which can be considered a concentration of knowledge and power.

This means that the actors best positioned to benefit from AI are not necessarily those with the strongest legal arguments, but those with the greatest access to proprietary databases, internal archives, and computational resources. In practice, this tends to favor major arbitral institutions, large international law firms, repeat players, and technology providers predominantly located in the Global North. The resulting asymmetry is not merely informational; it is epistemic. It affects who can predict outcomes, identify patterns, model arbitrator behavior, and optimize procedural strategy.

In this respect, the integration of AI into arbitration resembles what Couldry and Mejias (2018) describe as data colonialism: a process through which social life is appropriated through data extraction and converted into asymmetrical forms of value. Mann and Daly (2019) likewise show that data-driven infrastructures often reproduce North–South relations of domination. Applied to arbitration, these insights suggest that AI may intensify the preexisting concentration of legal knowledge and strategic capacity within the arbitral marketplace.

A second asymmetry concerns vendor control and the increasing dependence of arbitral practice on privately owned technological infrastructures. As AI-assisted arbitration develops, the relevant tools are not being built primarily by arbitrators or public institutions, but by commercial actors operating through proprietary platforms, subscription databases, cloud environments, and integrated legal-information ecosystems. This matters because the exercise of procedural and strategic power may gradually shift toward those who control the architecture through which arbitral work is performed. In practical terms, the market is shaped not only by general-purpose technology providers, including large Global North digital firms active in cloud computing, enterprise software, and AI development, but also by specialized legal-information and arbitration-focused actors such as Thomson Reuters, Wolters Kluwer, and Jus Mundi. By way of illustration, Thomson Reuters presents artificial intelligence as part of its legal-information ecosystem; Wolters Kluwer similarly frames AI as central to its professional services strategy; and Jus Mundi markets Jus AI specifically within the international law and arbitration space.

These companies do not formally decide disputes, but they increasingly mediate access to authorities, analytics, workflow tools, research environments, and structured arbitral knowledge. In that sense, their role is infrastructural: they shape the informational conditions under which parties, counsel, institutions, and tribunals prepare, organize, and evaluate claims.

One way to reduce vendor control would be for countries in the Global South to establish regulatory sandboxes (Gromova & Ferreira, 2025). These sandboxes could be within public institutions, private arbitration providers, or associations to develop AI technologies for arbitration, which would be limited to that jurisdiction or provider and protect digital sovereignty principles. A regulatory sandbox is a secure testing environment with relaxed regulations, first introduced in 2014 when the UK Financial Conduct Authority (FCA) launched the first

FinTech sandbox. Since then, many regulatory sandboxes have been established in both the Global North and the Global South. Therefore, creating new AI technologies for arbitration and other tools within a specialized regulatory environment makes sense, as arbitration is part of a country's domestic jurisdiction embedded in the concept of a multi-door courthouse system (Sanders, 1976).

It is also important to distinguish between general-purpose AI infrastructure, often developed by large technology companies, and arbitration-focused AI applications built into legal information and dispute-resolution platforms, since arbitral dependency may arise from interactions between these layers.

This development is significant because these providers increasingly operate not as isolated software vendors but as integrated legal-information ecosystems. Their services may combine databases, analytics, drafting support, workflow management, search functions, and AI-assisted knowledge retrieval within a single proprietary environment. As a result, arbitral practice may become dependent on vertically integrated infrastructures that shape not only access to information but also the filtering, prioritization, and operationalization of legal knowledge. In practical terms, this means procedural sophistication may increasingly be tied to subscription access, platform familiarity, and purchasing power, thereby reinforcing inequalities between repeat players and less-resourced parties, including many actors from the Global South.

The literature on algorithmic governance helps explain why this form of private technological power should be taken seriously. Pasquale (2017) warns that opaque digital systems may undermine attribution, responsibility, and explainability precisely because they influence outcomes without being fully visible or contestable. Fortes (2020) similarly argues that digital decision-support systems must be critically assessed in light of transparency, legitimacy, and due process, rather than being treated as inherently reliable simply because they are technologically sophisticated. In the arbitral context, the concern is not limited to hypothetical robot arbitrators. As Kasap (2021) shows, the deeper problem lies in how AI-assisted systems may affect fact organization, legal reasoning, and the conditions of independent adjudicative judgment. The same concern appears in the arbitration-specific literature on large language models, where Tsuvina and Tsuvina (2024) note that AI tools may appear persuasive while remaining probabilistic, opaque, and difficult to verify. Once such systems are embedded in research, drafting, document review, and strategic forecasting, vendor-controlled infrastructures can influence arbitral practice long before any formal decision is rendered.

This creates a risk of technological dependency, especially from a Global South perspective. The more arbitration relies on subscription-based legal platforms, proprietary analytics, and privately curated AI environments, the more access to procedural sophistication becomes tied to market position and purchasing power rather than to legal merit alone. This may produce a form of infrastructural lock-in, in which the actors with the greatest financial and technological resources gain disproportionate advantages in speed, organization, predictive capacity, and informational reach. The problem is therefore not simply market concentration in legal tech; it is the fusion of arbitral governance with privately controlled systems that are disproportionately developed, financed, and governed in the Global North. Read through a TWAIL III lens, vendor control becomes part of a broader pattern in which technological infrastructure, like arbitral rulemaking and epistemic authority, is externalized from the Global South and reimported on asymmetrical terms. In that setting, private technological power does not replace older hierarchies in international arbitration; it digitizes and deepens them.

A third asymmetry lies in the production of normative standards governing AI in arbitration. The current soft law and institutional guidance on the use of AI in arbitration have emerged predominantly from organizations, institutions, and epistemic communities located in the Global North. This is evident in initiatives such as the CIArb Guideline on the Use of AI in Arbitration (Chartered Institute of Arbitrators, 2025), the SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration (Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024), and institutionally framed experiments such as the AAA AI Arbitrator (American Arbitration Association, n.d.). These instruments are important and often sophisticated, but they also reveal who currently has the authority to define responsible AI use in global dispute resolution.

Bianchi (2020) shows that international arbitration is shaped by epistemic communities whose influence extends well beyond formal sources of law. Through best practices, professional discourse, institutional prestige, and repeated interaction among elite actors, these communities shape how problems are defined and which solutions appear legitimate. From a TWAIL-informed perspective, the key concern is not simply that these standards originate in the Global North, but that they

may universalize assumptions developed in Global North professional and technological environments as if they were globally neutral. This reproduces the broader concern raised by Chimni (2006) and Pahuja (2011): transnational legal governance often presents itself as technical and universal while remaining deeply embedded in asymmetrical global structures. Although China offers an important partial counterpoint through initiatives such as CIETAC's engagement with AI governance, the dominant regulatory frameworks still emerge from Northern arbitral and technological ecosystems.

While the SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration and the CIArb Guideline on the Use of AI in Arbitration make an important contribution by addressing transparency, human responsibility, confidentiality, and procedural fairness, they also illustrate how the governance of AI in arbitration is being shaped predominantly by institutions and epistemic communities located in the Global North (Chartered Institute of Arbitrators, 2025; Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024). Both instruments are framed as neutral and practical responses to technological change, emphasizing that AI should be used in a manner consistent with due process, party autonomy, and the integrity of arbitral proceedings.

Nevertheless, their very existence as leading reference points in the field reveals a deeper asymmetry: the normative frameworks that define responsible AI in arbitration are not being produced through genuinely plural or globally representative processes, but through professional networks centered in London, Silicon Valley, and adjacent legal-technological hubs. Their authority, therefore, derives not only from the quality of their recommendations but also from the prestige and institutional centrality of the communities producing them, which raises questions of representational legitimacy in a field that presents itself as global.

In this sense, the issue is not that these guidelines are normatively misguided; many of their recommendations are sensible and necessary. The problem is that they consolidate the Global North's position not only as the primary producer of arbitral technologies, but also as the principal author of the soft law that governs those technologies. As Bianchi (2020) suggests, epistemic communities exercise influence by determining which ideas become authoritative in international arbitration, and these guidelines are a contemporary example of that process in the AI context.

The importance of BRICS initiatives in this context lies not just in diversifying institutions but also in their potential to shift norm-making, technological testing, and arbitral governance beyond the traditional Global North hub of international dispute resolution. Early proposals, like the BRICS Supranational Arbitration Center (2014), gradually developed into more decentralized and collaborative models, including the BRICS Arbitration Institute proposal (2021), the BRICS Arbitration Court launched by the Guangzhou Arbitration Commission in 2023, and the BRICS+ Arbitration Mechanism (BRICSAM) suggested by the Russian Arbitration Center in 2024. Instead of creating a single centralized body, these efforts increasingly favor a network-based structure where national arbitration institutions manage proceedings together under shared rules and coordinated governance frameworks. Although these efforts still face significant issues such as legal fragmentation, enforcement uncertainties, institutional disparities, geopolitical tensions, and economic sanctions, they show a strategic move toward stronger cooperation among BRICS countries.

In this way, the growth of BRICS and the enhancement of arbitration collaboration could be an important step in reducing the long-standing dominance of Global North institutions in international dispute resolution (Fatima, 2022). Even though these efforts are still in early stages, they are meaningful because they indicate that institutional cooperation outside traditional Northern arbitral centers can promote not only greater diversity in forums but also a wider range of approaches to technological governance in the changing world of global dispute resolution.

From a TWAIL-oriented perspective, this dynamic is especially significant because it reflects what this article describes as an emerging TWAIL III moment: the extension of North–South hierarchy into digital infrastructures, technical standards, and algorithmic governance. The SVAMC and CIArb texts seek to discipline AI use. However, they do so from within institutional environments that already possess disproportionate access to data, vendors, technical expertise, and reputational capital. As a result, the governance of AI risks reproducing what Couldry and Mejias (2018) call data colonialism.

The Global South is thus placed in a structurally subordinate position: not only is it less likely to control the relevant datasets and technological platforms, but it is also less likely to shape the norms by which

those platforms are assessed and legitimized. Even where the guidelines invoke universal values such as fairness, transparency, and accountability, they may still function as vehicles of normative dependency by universalizing regulatory assumptions developed in Global North settings. Read in this way, the guidelines are not merely instruments of best practice; they are also part of a broader political economy of arbitral digitalization in which the Global North retains leadership over infrastructure, knowledge production, and rule-making, thereby reinforcing new forms of digital colonialism within transnational dispute resolution.

This broader trend is also evident in transnational commercial harmonization. UNCITRAL has already begun addressing automation and artificial intelligence through the UNCITRAL Model Law on Automated Contracting (2025), which expressly recognizes the "increasing relevance of automation in contracting, including through the deployment of artificial intelligence systems" and defines, in Article 1 (1a), an "automated system" as a computer system capable of carrying out actions without the necessary review or intervention of a natural person (UNCITRAL, 2025). The Model Law further clarifies, in Article 1 (2), that automated systems may operate in deterministic or non-deterministic ways, addresses attribution and unexpected actions, and preserves the role of information requirements regarding the design, operation, or use of automated systems (UNCITRAL, 2025). Although this instrument is not arbitration-specific, it is highly relevant because it shows that automated systems and AI are no longer peripheral to transnational commercial law. They are already being treated as a subject of harmonized legal regulation. This demonstrates that AI-related automation is moving from the margins of legal experimentation into the mainstream vocabulary of transnational commercial regulation.

For this article, the UNCITRAL initiative is significant in two ways. First, it confirms that AI-related automation is becoming normalized within the legal architecture of cross-border commerce, which will inevitably affect dispute resolution environments, including arbitration. Second, it reveals that the governance of automation is increasingly framed through technology-neutral and market-facilitating instruments that aim to provide legal certainty for digital trade. That development is valuable, but it also underscores the need for a more explicit distributive analysis. The legal recognition of automated systems may promote efficiency and predictability. However, it does not by itself resolve who controls those systems, who benefits from their deployment, or whether parties from the Global South will participate in this new technological order on equal terms. In that sense, even global harmonization efforts must be read alongside the broader TWAIL III concern that emerging legal frameworks for AI and automation may universalize technologically advanced models of commerce without adequately confronting their asymmetrical material foundations.

Accordingly, AI governance in arbitration must be understood as part of a broader structure of private transnational ordering. It is not limited to the use of smart tools by individual lawyers or tribunals. Rather, it concerns who controls the data, who owns the infrastructure, who drafts the standards, and whose knowledge becomes authoritative in shaping the future of dispute resolution. In that sense, AI does not enter arbitration as a neutral innovation. It enters an already concentrated field and may strengthen the existing nexus between arbitral governance, technological dependency, and epistemic hierarchy.

3.2. Procedural Integrity and Safeguards in AI-Assisted Arbitration

These structural concerns are important because they have direct procedural implications. If some parties have access to better predictive tools, larger databases, and more advanced AI-assisted document and argument analysis, equality of arms may be compromised even if formal procedural rights stay the same. Similarly, if arbitrators, counsel, or institutions rely on AI tools without enough disclosure, parties might be affected by technological mediation they cannot recognize, understand, or challenge. Fortes (2020), writing on digital justice and due process, argues that automated and algorithmic systems need procedural guarantees that let affected parties examine the logic and impact of digital decision-support mechanisms. Although arbitration is not the same as public courts, the core concern is similar: procedural fairness is threatened when an influential technological layer remains hidden, unchallengeable, or immune from genuine scrutiny.

This matters especially because AI can influence arbitral procedures at many levels without ever formally deciding the case. It can affect document production, legal research, internal drafting, witness preparation, settlement evaluation, and strategic forecasting. In such cases, the line between support and influence becomes more unclear. Gicquello (2020) notes that AI might, in some ways, improve arbitral

legitimacy, fairness, and efficiency, but that depends on how it is introduced and managed. The same technology that can reduce human error or improve consistency could also increase bias, embed unequal assumptions, or hide relevant reasoning behind non-transparent computational processes. Kasap (2021) emphasizes that using AI in adjudication raises concerns not just about substantive bias but also about fact-finding, reasoning, and the overall integrity of decision-making. Therefore, the issue is not whether AI is inherently good or bad, but whether its use is protected by safeguards that maintain party equality, due process, and adjudicative accountability.

At a minimum, this requires a procedural integrity framework adapted to AI-assisted arbitration. Such a framework should include, first, transparency obligations regarding whether AI tools are used, who uses them, and for what purpose. Second, it should incorporate a proportional principle of explainability: the greater the AI's influence on strategy, evidence organization, or adjudicative reasoning, the stronger the justification for disclosure and scrutiny. Third, parties should have some degree of contestability, meaning a meaningful opportunity to challenge the use of AI where it might affect fairness, confidentiality, evidentiary balance, or the integrity of deliberation. This concern is especially important with large language models, whose outputs may seem persuasive but remain probabilistic, non-deterministic, and susceptible to hallucination or hidden bias (Tsuvina & Tsuvina, 2024). Fourth, confidentiality and data protection must stay central, particularly when parties upload sensitive documents to third-party systems or when data could be retained, reused, or processed beyond the parties' expectations. Fifth, human oversight must remain essential. Even if AI tools support drafting, information management, or predictive assessment, responsibility for procedural decisions and final adjudicative results must remain with human decision-makers.

In practice, these safeguards could be implemented through procedural orders, institutional rules, or soft-law guidance requiring disclosure of material AI use by parties, counsel, arbitrators, or institutions; identification of the functional role played by the system; preservation of confidentiality and data provenance; and providing an opportunity for the opposing party to object if AI use might compromise procedural fairness. While these measures would not eliminate all asymmetries, they would help reduce the risk that AI functions as an invisible layer of influence in arbitral proceedings.

In this regard, the most convincing approach is not to reject AI in arbitration altogether, but to reject unregulated AI. AI use should still align with fundamental procedural guarantees such as the right to be heard, equal treatment, impartial decision-making, and the obligation to provide reasons. Fortes (2020) and Pasquale (2017) are especially helpful here because both emphasize, in different ways, that due process in algorithmically mediated settings requires transparency, accountability, and opportunities for challenge. Their insights are highly relevant in the arbitral context. If a party cannot determine that AI was used, cannot understand its role, and cannot object if that role impacts procedural fairness, then the value of arbitral due process is greatly diminished. Similarly, legal technologies affect not only the speed of dispute resolution but also the framework within which authority is exercised. Therefore, AI cannot be regarded as a neutral procedural tool; it must be considered an integral part of the adjudication structure.

Existing soft-law initiatives already point in this direction, even if they do not fully resolve the structural inequalities identified in this article. In this way, the CIArb Guideline on the Use of AI in Arbitration (Chartered Institute of Arbitrators, 2025) is an important effort to integrate AI into arbitration while ensuring the parties' autonomy, fairness, and ethical standards. It presents the benefits and risks of using AI in arbitration, offers general recommendations, and includes, in Appendix A, a template agreement on AI use in arbitration and, in Appendix B, a template procedural order for its application. The institution highlights risks, including threats to confidentiality, data integrity, impartiality, independence, and the enforceability of arbitral awards. This underscores the importance of disclosing the use of an AI tool to maintain the integrity of the proceedings.

The arbitrator must, when necessary, impose AI-related disclosure requirements on the parties through a case-by-case analysis as outlined in Guideline 3 of the Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration (Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024). Łągiewska (2025) further develops this disclosure logic, proposing a tiered, color-coded framework modeled on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest that distinguishes among prohibited uses (red list, non-waivable), uses permissible only with the parties' consent (red list, waivable), uses that merely warrant disclosure (orange list), and uses for which there is no obligation to disclose (green list). She illustrates the stakes through the *LaPaglia* dispute, in which

an arbitrator's undisclosed reliance on AI was challenged. Conversely, all decisions made by arbitrators must be human, meaning AI tools should serve as supporting aids rather than replacing legal analysis, interpretation, or the application of facts and law. An arbitrator is responsible for the decision rendered; therefore, he cannot delegate any part of the decision-making process to AI.

Major Brazilian arbitral institutions have so far adopted a cautious and transparency-focused approach to artificial intelligence. While encouraging participants in arbitral proceedings to discuss and disclose the use of AI tools when appropriate, institutions like CAM-CCBC and CAM/Amcham have explicitly stated in recent administrative resolutions that they do not currently use artificial intelligence in managing proceedings, due to the range of risks associated with such technologies, including concerns about confidentiality, procedural fairness, and governance (CAM-CCBC, 2025; CAM/Amcham, 2025). This development is notable, as it indicates that leading Brazilian providers acknowledge both the practical importance of AI and the need for institutional caution until stronger safeguards are established.

From the perspective of the Global South, these safeguards must go beyond generic compliance language. They should be crafted to address structural inequality in access to technology, datasets, and influence over standard-setting. Otherwise, AI governance in arbitration risks becoming another example of what this article has highlighted as an emerging third TWAIL moment: a form of transnational ordering where historical North–South hierarchies are redefined through digital infrastructures, computational power, and epistemic control. In this context, the issue is not just that the Global South may have limited access to AI tools; it is that these tools may be integrated into an arbitral environment in which the relevant tools, datasets, standards, and governance models are predominantly created elsewhere. Therefore, the future of AI in arbitration should not only focus on innovation and efficiency but also emphasize institutional justice, technological sovereignty, and the equitable distribution of epistemic power in global dispute resolution.

4. Conclusion

This article argues that the increasing integration of artificial intelligence into international arbitration should not be viewed solely as a technological advancement aimed at improving efficiency, reducing costs, or expediting proceedings. Instead, AI must be understood within the broader political economy of international dispute resolution, a field already influenced by market concentration, private governance, and epistemic hierarchy. From this perspective, the key question is whether the spread of AI in arbitration risks reinforcing and extending the Global North's dominance over the Global South. The analysis in this article supports a nuanced affirmative answer. This does not mean that AI is inherently incompatible with arbitration, nor that all initiatives led by the Global North are necessarily problematic. Rather, it highlights that the distributive and structural conditions under which AI is created, deployed, and governed must be acknowledged if technological progress is not to perpetuate existing hierarchies. AI undoubtedly offers significant practical benefits, including increased speed, consistency, organization, and access to information. However, these benefits are being introduced into an arbitral system that is already structurally dominated by a limited number of institutions, seats, professional networks, and technological ecosystems historically tied to the Global North.

The approach demonstrates that this risk manifests through at least three interconnected mechanisms. First, AI relies on data, which remains unevenly distributed, often concentrated among major institutions, large law firms, repeat players, and platform providers. Second, the growing importance of vendor control indicates that arbitral practices are being mediated by privately owned technological infrastructures, including legal information ecosystems and AI-powered platforms developed primarily by companies based in the Global North. Third, the standards for responsible AI use in arbitration are also mainly emerging from institutions and epistemic communities in the Global North, meaning that the rules governing technological change are created asymmetrically. Collectively, these developments suggest that AI could extend not only arbitration's efficiency but also the epistemic, infrastructural, and normative advantages already held by actors at the core of the global arbitral system.

Therefore, the article argues that the relationship between AI, arbitration, and the Global South is best understood through the framework of an emerging TWAIL III. TWAIL I highlighted how the Third World was excluded from shaping classical international law, and TWAIL II exposed how dominance became embedded in modern international legal institutions and doctrines. The current

moment marks a further stage in which hierarchy is reproduced through digital infrastructures, proprietary systems, data concentration, and algorithmic governance. In the arbitral context, this means that governing AI is not just about managing innovation; it also involves who controls the tools, defines the standards, and whose knowledge is deemed authoritative. The rise of AI-supported arbitration, therefore, risks becoming another arena where the Global South participates as a user of systems largely designed, owned, and regulated elsewhere.

While this article does not argue that AI should be rejected in arbitration, it emphasizes that AI in arbitration must be governed in ways that are procedurally fair, institutionally transparent, and distributively conscious. The challenge lies not in technological modernization itself but in the uncritical adoption of technology within a structurally unequal transnational legal system. Therefore, procedural safeguards such as disclosure of AI use, explainability proportional to the procedural impact, contestability, data protection, confidentiality, and strong human oversight are essential. However, safeguards alone are not enough if they are only framed in generic or formal terms. A truly fair AI governance model for arbitration must also address the unequal distribution of technological infrastructure, market power, and epistemic authority between the Global North and the Global South.

Ultimately, the future of AI in international arbitration should not be judged solely based on efficiency, speed, or user satisfaction. Instead, it should be evaluated on whether it promotes a more equitable and diverse system of global dispute resolution or perpetuates existing inequalities under the guise of innovation. If AI governance continues to be shaped mainly by the same institutions, vendors, and professional communities that already dominate international arbitration, then the digital shift may reinforce rather than challenge arbitral hierarchies. Conversely, if AI governance is approached critically and inclusively, with attention to technological sovereignty, representational diversity, and procedural integrity, AI may be integrated into arbitration without reproducing the structural patterns of historical North–South subordination identified in this article. Unless those structural and distributive conditions are made visible and addressed, the digital transformation of arbitration is more likely to consolidate existing hierarchies than to democratize global dispute resolution.

This study also notes certain limitations. The analysis is mainly qualitative and conceptual, relying on doctrinal literature, institutional reports, and policy documents rather than large-scale empirical data on the use of artificial intelligence in arbitration. Because arbitration proceedings are confidential and the use of AI tools is still developing, systematic empirical evidence remains limited. Additionally, the article primarily focuses on major arbitral institutions and global technology providers, which might not fully reflect practices in smaller or emerging arbitration centers, especially in the Global South. Future research could supplement this approach with empirical and interdisciplinary studies.

Future research should therefore explore institutional mechanisms that allow Global South arbitral institutions, regulators, and scholars to take a more active role in shaping AI governance in international dispute resolution.

Bibliographic references

American Arbitration Association. (n.d.). *AI arbitrator*. https://www.adr.org/ai-arbitrator/

Anand, R. P. (1962). Rôle of the "New" Asian-African Countries in the Present International Legal Order. *American Journal of International Law*, *56*(2), 383–406. https://doi.org/10.2307/2196445

Anand, R. P. (1966a). Attitude of the Asian-African States Toward Certain Problems of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, *15*(1), 55–75. https://doi.org/10.1093/iclqaj/15.1.55

Anand, R. P. (1966b). Sovereign Equality of States in International Law—II. *International Studies*, *8*(4), 386-421.

Anand, R. P. (1967). Sovereign equality of states in international law—I. *International Studies, 8*(3), 213–233.

Anghie, A. (1996). Francisco de Vitoria and the colonial origins of international law. *Social & Legal Studies, 5*(3), 321–336.

Berger, K. P. (1993). *International economic arbitration*. Kluwer Law International.

Bianchi, A. (2020). Epistemic communities in international arbitration. In J. d'Aspremont & S. Singh (Eds.), *Concepts for international law: Contributions to disciplinary thought* (pp. 569–590). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780198796190.003.0024

Centro de Arbitragem e Mediação da Amcham Brasil. (2025). *Resolução administrativa n.º 05/2025*. https://mkt.amcham.com.br/materiais/cam/resolucao-adm-05-2025.pdf

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. (2025). *Orientação administrativa n.º 07/2025*. https://www.ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/orientacao-administrativa-no-07-2025/

Chartered Institute of Arbitrators. (2025). *Guideline on the use of AI in arbitration (Updated September 2025).* https://www.ciarb.org/media/bpndtcgu/

guideline-on-the-use-of-ai-in-arbitration_updated-sept-2025.pdf

Chimni, B. S. (2004). International institutions today: An imperial global state in the making. *European Journal of International Law, 15*(1), 1–37. https://doi.org/10.1093/ejil/15.1.1

Chimni, B. S. (2006). Third World approaches to international law: A manifesto. *International Community Law Review, 8*(1), 3–27. https://doi.org/10.1163/187197306779173220

China International Economic and Trade Arbitration Commission. (2025). *CIETAC explores the use of artificial intelligence in arbitration*. https://www.cietac.org/articles/33752

Couldry, N., & Mejias, U. A. (2018). Data colonialism: Rethinking big data's relation to the contemporary subject. *Television & New Media, 20*(4), 336–349. https://doi.org/10.1177/1527476418796632

Cox, R. W. (1981). Social forces, states and world orders: Beyond international relations theory. *Millennium: Journal of International Studies, 10*(2), 126–155. https://doi.org/10.1177/03058298810100020501

Drahozal, C. R. (2000). Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. *Vanderbilt Journal of Transnational Law, 33*, 79–113.

Drahozal, C. R. (2004). Regulatory competition and the location of international arbitration proceedings. *International Review of Law and Economics, 24*(3), 371–384. https://doi.org/10.1016/j.irle.2004.10.002

Fatima, N. (2022). Future of dispute resolution and investment in BRICS. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR)*, *4*(8), 187–209. https://doi.org/10.52028/rbadr.v4i8.9

Ferreira, D. B., & Gromova, E. (2025). The bossware era and the e-panopticon: Current technologies and legal challenges. *Industrial Law Journal*, *55*(1), 181-212. https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaf006

Fortes, P. R. B. (2020). Paths to digital justice: Judicial robots, algorithmic decision-making, and due process. *Asian Journal of Law and Society, 7*(3), 453–469. https://doi.org/10.1017/als.2020.12

Foucault, M. (2013). *The archaeology of knowledge*. Routledge.

Galindo, G. R. B. (2017). Splitting TWAIL? *Windsor Yearbook of Access to Justice, 33*(3), 37–56. https://doi.org/10.22329/wyaj.v33i3.4886

Gathii, J. T. (2011). TWAIL: A brief history of its origins, its decentralized network, and a tentative bibliography. *Trade, Law and Development, 3*(1), 26–64.

Gicquello, M. (2020). Artificial intelligence in international arbitration. In T. Schultz & F. Ortino (Eds.), *Concepts for international law: Contributions to disciplinary thought* (pp. 591–616). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780198796190.003.0025

Grimm, D. (2015). *Sovereignty: The origin and future of a political and legal concept*. Columbia University Press.

Gromova, E., & Ferreira, D. B. (2024). On the way to BRICS+ digital sovereignty: Opportunities and challenges of a new era. *BRICS Law Journal, 11*(3), 54–69. https://doi.org/10.21684/2412-2343-2024-11-3-54-69

Gromova, E. A., & Ferreira, D. B. (2025). Regulatory sandbox: Bridging the gaps by designing a dispute resolution system. *Conflict Resolution Quarterly*, *43*(1), 91–98. https://doi.org/10.1002/crq.21482

Horton, D. (2020). The arbitration rules: Procedural rulemaking by arbitration providers. *Minnesota Law Review, 105*, 619–678.

International Centre for Settlement of Investment Disputes. (2024). *The ICSID caseload: Statistics*. World Bank Group. https://icsid.worldbank.org/resources/publications/icsid-caseload-statistics

International Chamber of Commerce. (2024). *ICC dispute resolution statistics 2024*. https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2024/

International Chamber of Commerce. (n.d.). *ICC International Court of Arbitration: Court members*. Retrieved March 15, 2026, from https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/icc-international-court-of-arbitration/court-members/

Jus Mundi. (n.d.). *Jus AI*. Retrieved March 14, 2026, from https://jusmundi.com/en/jus-ai

Karlstad, W. (2023, May 17). *Explore the path to digital sovereignty!* Tietoevry. https://www.tietoevry.com/en/blog/2023/05/all-you-need-to-know-about-digital-sovereignty/

Kasap, G. H. (2021). *Can artificial intelligence ("AI") replace human arbitrators? Technological concerns and legal implications*. *Journal of Dispute Resolution*, *2021*(2), 209-254. https://doi.org/10.31235/osf.io/k4g8s

Łągiewska, M. (2024). New technologies in international arbitration: A game-changer in dispute resolution? *International Journal for the Semiotics of Law, 37*(3), 851–864. https://doi.org/10.1007/s11196-023-10070-7

Łągiewska, M. (2025). *Artificial intelligence and international arbitration law: Revolution or evolution*. Routledge. https://doi.org/10.4324/9781003667834

Landes, W. M., & Posner, R. A. (1979). Adjudication as a private good. *The Journal of Legal Studies, 8*(2), 235–284. https://doi.org/10.1086/467609

London Court of International Arbitration. (2025). *LCIA annual casework report 2024*. Retrieved March 14, 2026, from https://www.lcia.org/News/lcias-2024-annual-casework-report.aspx

Mann, M., & Daly, A. (2019). (Big) data and the North-in-South: Australia's informational imperialism and digital colonialism. *Television & New Media, 20*(4), 379–395. https://doi.org/10.1177/1527476418806091

McLaughlin, M. R. (2023). The geoeconomics of Belt and Road disputes: A case study on the China–Pakistan Economic Corridor. *Asian Journal of International Law, 14*(1), 94–122. https://doi.org/10.1017/S2044251323000176

Mutua, M. (2000). What is TWAIL? *Proceedings of the ASIL Annual Meeting, 94*, 31–38. https://doi.org/10.1017/S0272503700054896

Najar, J. C. (2009). Inside out: A user's perspective on challenges in international arbitration. *Arbitration International, 25*(4), 515–528.

Okafor, O. C. (2008). Critical Third World approaches to international law (TWAIL): Theory, methodology, or both? *International Community Law Review, 10*, 371–378.

Pahuja, S. (2011). *Decolonising international law: Development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge University Press.

Pasquale, F. (2017). Toward a fourth law of robotics: Preserving attribution, responsibility, and explainability in an algorithmic society. *Ohio State Law Journal, 78*(5), 1243–1255.

Rajagopal, B. (2003). *International law from below: Development, social movements, and Third World resistance*. Cambridge University Press.

Santos, B. de S. (2002). Toward a sociology of absences and a sociology of emergences. *Revista Crítica de Ciências Sociais, 63*, 237–280.

Santos, B. de S. (2007). Beyond abyssal thinking: From global lines to ecologies of knowledges. *Review (Fernand Braudel Center), 30*(1), 45–89.

Schneider, N. (2022). Governable stacks against digital colonialism. *tripleC: Communication, Capitalism & Critique, 20*(1), 19–36. https://doi.org/10.31269/triplec.v20i1.1281

Silicon Valley Arbitration & Mediation Center. (2024). *SVAMC guidelines on the use of artificial intelligence in arbitration* (1st ed.). https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf

Singapore International Arbitration Centre. (2024). *SIAC annual reports*. https://siac.org.sg/annual-reports

Solhchi, M. A., & Baghbanno, F. (2023). Artificial intelligence and its role in shaping the future of arbitration. *International Journal of Law in Changing World, 2*(2), 56–76. https://doi.org/10.54934/ijlcw.v2i2.56

Susskind, J. (2018). *Future politics: Living together in a world transformed by tech*. Oxford University Press.

The GeoEconomics. (n.d.). *Singapore's dual identity: Heart of Global South and soul of North*. Retrieved March 13, 2026, from https://thegeoeconomics.com/singapores-dual-identity-heart-of-global-south-and-soul-of-north/

Thomson Reuters. (n.d.). *Introduction to artificial intelligence at Thomson Reuters*. https://www.thomsonreuters.com/en/artificial-intelligence/introduction-to-artificial-intelligence-at-thomson-reuters

Tsuvina, T., & Tsuvina, A. (2024). Rethinking regulation: Integrating large language models in international arbitration. *Problems of Legality*, (165), 212–225. https://doi.org/10.21564/2414-990x.166.315451

UNCITRAL. (2025). *UNCITRAL Model Law on Automated Contracting*. United Nations. https://uncitral.un.org/en/mlac

United Nations Commission on International Trade Law. (n.d.). *Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)*. Retrieved March 5, 2026, from https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2

United Nations Commission on International Trade Law. (n.d.). *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Retrieved March 7, 2026, from https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

White & Case LLP, & School of International Arbitration, Queen Mary University of London. (2015). *2015 international arbitration survey: Improvements and innovations in international arbitration*. https://www.qmul.ac.uk/arbitration/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf

White & Case LLP, & School of International Arbitration, Queen Mary University of London. (2018). *2018 international arbitration survey: The evolution of international arbitration*. https://www.qmul.ac.uk/arbitration/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF

White & Case LLP, & School of International Arbitration, Queen Mary University of London. (2021). *2021 international arbitration survey: Adapting arbitration to a changing world*. https://www.qmul.ac.uk/arbitration/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

White & Case LLP, & School of International Arbitration, Queen Mary University of London. (2025). *2025 international arbitration survey: The path forward—Realities and opportunities in arbitration*. https://www.qmul.ac.uk/arbitration/media/arbitration/docs/White-Case-QMUL-2025-International-Arbitration-Survey-report.pdf

Whytock, C. A. (2008). Litigation, arbitration, and the transnational shadow of the law. *Duke Journal of Comparative & International Law, 18*, 449–475.

Wolters Kluwer. (n.d.). *Artificial intelligence*. Retrieved March 14, 2026, from https://www.wolterskluwer.com/en/about-us/artificial-intelligence

Yıldırım, A. C. (2024). The use of technology in case management in international investment arbitration: A realistic approach. *Arbitration International, 40*(2), 233–250. https://doi.org/10.1093/arbint/aiae010

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.017

Los precedentes en el arbitraje: ¿Vincula la jurisprudencia judicial, constitucional y arbitral?(*)

Legal precedents in arbitration: Are judicial, constitutional, and arbitral precedents binding?

Raffo Velásquez(**)
RVM Abogados (Lima, Perú)

Resumen: En este trabajo el autor analiza la relación entre el arbitraje y los precedentes en el ordenamiento jurídico peruano, abordando la cuestión de si los árbitros se encuentran vinculados por la jurisprudencia judicial, constitucional y arbitral. Para ello, el autor parte de una distinción conceptual entre el precedente del *common law* y el denominado precedente continental, en el que los precedentes se configuran como reglas abstractas o máximas generales desprendidas de decisiones previas. Sobre esta base, el autor examina el régimen normativo y los efectos vinculantes de los precedentes civiles dictados por la Corte Suprema, los precedentes y la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional, así como la práctica arbitral en relación con la invocación de laudos anteriores. El autor sostiene que los árbitros no se encuentran jurídicamente vinculados por los precedentes judiciales civiles ni por la denominada jurisprudencia arbitral, aunque sí deben considerar los precedentes constitucionales en virtud de la supremacía normativa de la Constitución. Asimismo, el autor argumenta que, aun cuando no exista una obligación formal de seguir precedentes civiles o arbitrales, su consideración razonada puede resultar relevante para evitar riesgos de anulación del laudo y para fortalecer la coherencia y legitimidad del razonamiento arbitral.

Palabras clave: Arbitraje - precedente - jurisprudencia - Tribunal Constitucional - Anulación del laudo - Perú

Abstract: In this paper, the author examines the relationship between arbitration and precedents within the Peruvian legal system, addressing the question of whether arbitrators are bound by judicial, constitutional, and arbitral case law. To this end, the author begins by drawing a conceptual distinction between precedent in the common law tradition and the so-called continental precedent, in which precedents are conceived as abstract rules or general maxims derived from prior decisions. On this basis, the author analyzes the regulatory framework and the binding effects of civil precedents issued by the Supreme Court, the precedents and constitutional case law of the Constitutional Court, as well as arbitral practice concerning the invocation of prior awards. The author argues that arbitrators are not legally bound by civil judicial precedents nor by so-called arbitral jurisprudence, although they are required to take constitutional precedents into account by virtue of the normative supremacy of the Constitution. Furthermore, the author contends that, even in the absence of a formal obligation to follow civil or arbitral precedents, their reasoned consideration may be relevant in order to mitigate the risk of annulment of the award and to enhance the coherence and legitimacy of arbitral reasoning.

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de abril del 2026 y su publicación fue aprobada el 3 de agosto de 2026.
(**) Abogado por la Universidad Nacional mayor de San Marcos (Lima, Perú). Magister en argumentación jurídica por la Università degli studi di Palermo. Magister en derecho constitucional por la Universidad Castilla La Mancha. Especialista en arbitraje comercial y de las inversiones por la Universidad Complutense. Socio de RVM Abogados. ORCID: 0000-0002-1208-5959. Correo electrónico: rvelasquez@rvmlegal.com.

Keywords: Arbitration – precedent - case law - Constitutional Court - Annulment of awards - Peru

1. Introducción

Es innegable la evolución del arbitraje en el sistema jurídico peruano. Como fruto de ese desarrollo han surgido distintos tópicos que, a diferencia de otros, no son usualmente estudiados en los sistemas comparados de los que nos nutrimos. Uno de ellos tiene que ver con la relación entre el arbitraje y los precedentes o la jurisprudencia.

En los últimos años, el debate sobre el alcance y la fuerza vinculante de los precedentes ha adquirido una relevancia creciente en los sistemas jurídicos de tradición continental. La progresiva consolidación de mecanismos de uniformización jurisprudencial, así como la atribución de efectos normativos a determinadas decisiones judiciales, ha generado un escenario en el que se pueden distinguir entre distintas modalidades de precedente y/o de jurisprudencia. Este fenómeno plantea interrogantes particularmente complejos cuando se traslada al ámbito del arbitraje, un espacio caracterizado por la autonomía privada y por una estructura decisoria diferenciada respecto de la jurisdicción estatal en donde tradicionalmente se dictan precedentes.

En el ordenamiento jurídico peruano, la cuestión se manifiesta con especial intensidad. Mientras que el Poder Judicial ha desarrollado un sistema de precedentes civiles dotados de fuerza vinculante formal, y el Tribunal Constitucional ha consolidado un régimen de precedentes constitucionales obligatorios, el arbitraje se presenta, en principio, como un ámbito que parece ajeno a dichas reglas de vinculación.

Sobre esta base, el problema que busca resolver esta investigación es el siguiente: ¿se encuentran los árbitros jurídicamente vinculados por la jurisprudencia judicial civil, constitucional o arbitral al resolver controversias sometidas a arbitraje de Derecho?

El objetivo de este trabajo es analizar la relación entre el arbitraje y los precedentes en el ordenamiento jurídico peruano, examinando el régimen normativo y los efectos vinculantes de tres modalidades distintas: (i) los precedentes civiles dictados por la Corte Suprema; (ii) los precedentes y la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional; y (iii) la práctica arbitral en torno a la invocación de los criterios vertidos en laudos anteriores (jurisprudencia arbitral).

Los árbitros, desde nuestro punto de vista, no se encuentran jurídicamente vinculados por los precedentes judiciales civiles ni por la denominada jurisprudencia arbitral, aunque sí deben observar los precedentes constitucionales en virtud de la supremacía normativa de la Constitución; sin perjuicio de ello, aun cuando no exista una obligación formal de seguir los precedentes civiles o arbitrales, su consideración razonada resulta relevante en la práctica, tanto para reducir los riesgos de anulación del laudo por defecto de motivación como para fortalecer la coherencia y legitimidad del razonamiento arbitral.

Para llegar a esa conclusión, en el trabajo empleamos un análisis dogmático-normativo del entramado legal peruano aplicable, Código Civil (en adelante, CC), Código Procesal Constitucional (en adelante, CPConst), Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), Código Procesal Civil (en adelante, CPC) y Ley de Arbitraje (en adelante, LA), así como de la regulación arbitral estatuida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). Este análisis normativo se complementa con el estudio comparado de las nociones de precedente y jurisprudencia (derecho inglés, español, italiano y brasileño) y con el examen de jurisprudencia constitucional relevante, en particular el precedente María Julia (STC 0142-2011-AA), empleado como caso ilustrativo de la lógica del precedente continental.

Para desarrollar lo anterior, en el presente trabajo se seguirá la siguiente estructura analítica: en la sección II se traza la distinción conceptual entre el precedente propio del *common law*, construido sobre la *ratio decidendi*, y el denominado precedente continental, entendido como regla o máxima abstracta desprendida de los hechos del caso. Sobre esa base conceptual, la sección III examina el régimen y los efectos vinculantes de los precedentes judiciales civiles y su incidencia sobre la función arbitral; la sección IV analiza los precedentes y la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional; y la sección V estudia la denominada jurisprudencia arbitral y las razones, normativas y prácticas, que explican su seguimiento o inobservancia por los tribunales arbitrales. Finalmente, la sección VI recoge las conclusiones del estudio.

Antes de emprender dicho análisis, conviene precisar que la vinculatoriedad de un precedente u otro no se presenta como una categoría unívoca, sino que admite distintos grados o modalidades de eficacia jurídica. En efecto, a lo largo de este trabajo distinguiremos entre (i) la vinculación jurídica formal, entendida como la obligación de aplicar un determinado criterio bajo sanción de invalidez, propia de los precedentes constitucionales; (ii) la carga de motivación reforzada, que no impone la aplicación obligatoria del criterio, pero exige del árbitro una justificación razonada en caso de apartamiento, bajo riesgo de que dicha omisión sea invocada como causal de anulación del laudo por defecto de motivación, propia de los precedentes civiles; y (iii) el valor persuasivo, en virtud del cual el criterio previo carece de toda consecuencia jurídica formal ante su desatención, y su seguimiento responde únicamente a razones de prestigio, coherencia argumentativa o uniformización práctica, propia de la jurisprudencia arbitral.

2. El precedente en el common y civil law

2.1. El precedente en el derecho inglés: *ratio decidendi y obiter dicta*

En el derecho inglés se distingue entre jurisprudencia y precedentes, distinción que no se corresponde con la existente en el derecho continental y, en particular, en el ordenamiento peruano, pero que resulta necesario poner de relieve para evitar confusiones. En dicho sistema el precedente es el criterio o mandato específico que se deriva de un caso concreto, mientras que el término *jurisprudencia* suele emplearse para designar, bien al conjunto de decisiones judiciales que regulan la vida en común, o bien a la teoría general del Derecho.

Con esa advertencia, pasemos a profundizar en la noción de "precedente", que presenta diversas acepciones. Un error frecuente consiste en asumir que los precedentes, en su sentido inglés originario, son normas generales o principios abstractos que consagran criterios de justicia establecidos en casos concretos y que deban ser aplicados automáticamente en el futuro. La lógica del sistema, sin embargo, radica en el *stare decisis*, esto es, en el respeto de los criterios judiciales contenidos en decisiones previas; pero, el problema no se reduce a la mera reproducción del mismo principio empleado con anterioridad. Al menos en el *common law* inglés, los precedentes no se presentan como mandatos generales previamente dados, sino que su identificación exige una labor interpretativa particularmente compleja[(1)].

A modo de simplificación general, puede afirmarse que dicha labor se articula en dos fases. En primer lugar, se requiere el análisis de casos previos, no tanto desde los fundamentos jurídicos explícitamente invocados por el juez, sino, sobre todo, a partir de las circunstancias fácticas específicas del caso, a fin de extraer la regla de decisión central empleada, esto es, el vínculo inescindible entre los hechos relevantes y la solución adoptada, lo que se conoce como *ratio decidendi*. En segundo lugar, corresponde evaluar la concurrencia de elementos sustancialmente similares o disímiles entre el caso precedente y el caso por resolver (existiendo, además, diversas alternativas interpretativas para efectuar dicha diferenciación)[(2)]. Solo a partir de este examen el juzgador estará en condiciones de determinar si se encuentra obligado o liberado de aplicar un determinado precedente

Por lo tanto, en el *common law* inglés los precedentes se construyen a partir de la relación entre los hechos relevantes y la decisión adoptada. La regla que subyace a dicha relación, la *ratio decidendi*, es la que se eleva a la condición de precedente. Los demás extremos del fallo constituyen *obiter dicta* o criterios secundarios, los cuales pueden cumplir una función orientadora o pedagógica, pero carecen de fuerza vinculante. De este modo, los criterios jurídicos expresados en una decisión judicial no adquieren necesariamente la calidad de precedente, pues, según su relación con los hechos relevantes, pueden ser *ratio decidendi* u *obiter dicta*. Detectar el precedente inglés es como descubrir la partitura de una melodía, nuestros sentidos detectan el sonido, pero nuestro razonamiento debe determinar la estructura matemática y el orden de las notas que constituyen la partitura que sostiene dicho sonido. De modo similar, podemos leer una sentencia, pero eso no siempre indica la relación de justicia entre hechos del caso y decisión tomada.

(1) Sobre la doctrina del precedente y *stare decisis*, *véase* Fisch (2003, pp. 97 y ss.); Duxbury (2008, pp. 22 y ss.); Postema (2019, pp. 187 y ss.) y Eisenberg (1988, pp. 43 y ss.).

(2) Existe un debate en torno a qué método debe emplearse para identificar la ratio decidendi de los casos, así como respecto de qué circunstancias resultan relevantes, qué regla se desprende del caso y hasta dónde se extiende su alcance normativo. Uno de los métodos más influyentes es el propuesto por Goodhart (1930, pp. 161 y ss.). Para un resumen y una crítica de los principales métodos existentes *véase* Duxbury (2008, pp. 76 y ss.) y Chiassoni (2019, pp. 209 y ss.).

2.2. El precedente continental: reglas abstractas desprendidas de los hechos

En el trabajo de la doctrina y la jurisprudencia del derecho continental se suelen extrapolar los criterios reiterados en las decisiones judiciales, tratándolos como si fueran de principios o normas generales, a los que se denomina, de manera indistinta, precedentes. Sin embargo, esta aproximación constituye solo una errada simplificación de lo que realmente ocurre, pues el precedente en el derecho inglés emerge del análisis de casos concretos. La cuestión es que nuestro sistema jurídico (al igual que otros ordenamientos de tradición continental) ha terminado por asumir la noción de precedente como una regla o principio general previamente formulado en decisiones anteriores.

En efecto, una práctica frecuente, y conceptualmente distinta, consiste en identificar el precedente con el criterio, la máxima, el razonamiento o el concepto expresamente formulado en decisiones previas, los cuales son asumidos como una suerte de normas abstractas. Bajo esta concepción, el trabajo con precedentes se reduce, en gran medida, a una operación de subsunción del caso nuevo en una solución jurídica previamente formulada y aplicada en casos anteriores. En este contexto, no resulta sorprendente que incluso un *obiter dictum* sea posteriormente invocado como precedente o como jurisprudencia, sin que se examine si dicho criterio guardó o no relevancia directa con la decisión adoptada; basta, más bien, con que contenga un enunciado general susceptible de ser replicado en otros casos.

De hecho, bajo esta forma de entender el precedente, deja de ser relevante la similitud o no entre los hechos del caso nuevo y los del caso previo del que se dice emana el precedente. Lo determinante ya no es la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi*, sino la existencia de un principio, razonamiento general o regla susceptible de ser invocada en otros casos. Para ilustrar esta dinámica, examinemos el precedente del caso Minera María Julia (STC 0142-2011-AA), aplicado a los denominados amparos arbitrales.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) consagró como precedente tres máximas o reglas abstractas y vinculantes en materia arbitral, a saber: (i) solo los terceros pueden interponer demanda de amparo contra decisiones arbitrales; (ii) las partes pueden acudir al amparo únicamente si los árbitros ejercen control difuso; o, (iii) contravienen un precedente del TC. Fuera de esos supuestos excepcionales, se estatuyó como regla general que para todos los demás supuestos solo procede activar la vía judicial de anulación del laudo.

Lo curioso es que, en el caso concreto del precedente Minera María Julia, la parte demandante había peticionado la invalidez del laudo por presuntos vicios en su motivación. Es decir, el laudo no había ejercido control difuso ni contravenido precedente alguno del TC, y la demandante no era un tercero, sino parte del arbitraje. Esto permite advertir que las reglas generales (i), (ii) y (iii) estatuidas como precedentes, en realidad, no guardaban ninguna relación directa con la solución del caso concreto, por lo que constituían *obiter dicta*. A su vez, los fundamentos específicamente dedicados al análisis del caso concreto sostuvieron que la demanda debía ser declarada infundada, en la medida en que pretendía una revisión judicial de fondo de la interpretación realizada por el árbitro, lo cual no resulta constitucionalmente admisible. Desde esta perspectiva, incluso la regla general del precedente carecía de relevancia decisoria y debía ser calificado, igualmente, como *obiter dictum*. Pese a ello, todos estos enunciados generales fueron elevados por el TC al rango de precedentes vinculantes.

Lo expuesto confirma una realidad claramente identificable: el TC no construye sus precedentes a partir de la *ratio decidendi* de los casos concretos, sino que eleva al rango de precedente máximas o reglas abstractas destinadas a orientar la resolución de casos futuros, prescindiendo del nexo decisorio con el caso específico que les dio origen. En contraste, en el *common law* el precedente se configura como la respuesta jurídicamente correcta empleada para resolver un caso concreto, y es precisamente esa *ratio decidendi* la que adquiere fuerza vinculante para la decisión de casos posteriores sustancialmente similares[(3)].

Por estas razones, denominaremos a esta práctica *precedente continental*, en la medida en que se aparta de forma significativa del modelo propio del *common law* inglés, en el cual los precedentes se identifican con los criterios que subyacen a las decisiones judiciales y que dependen estrechamente de los hechos relevantes del caso concreto. En el precedente continental, por el contrario, se verifica un fenómeno inverso: el precedente se desprende de los hechos y se identifica

(3) En una línea crítica similar se pronuncian Streck y Raatz (2016, p. 401), al referirse a los precedentes brasileños, los cuales también se configuran como enunciados de reglas generales.

con el criterio, la máxima, el razonamiento o el concepto expresamente formulado en decisiones anteriores. De este modo, el precedente opera de manera análoga a los tópicos o adagios del Derecho romano, deliberadamente despojados de las particularidades fácticas del caso, para funcionar como reglas generales o, en general, como normas jurídicas(4).

Este fenómeno puede observarse con claridad en Brasil, a través de las súmulas vinculantes, las cuales, cuando provienen del Tribunal Supremo Federal, operan como precedentes en la medida en que sintetizan criterios o principios generales extraídos de una o varias decisiones judiciales, prescindiendo de la consideración de las particularidades fácticas de los casos (Da Rosa de Bustamante, 2013, pp. 76 y ss.).

En Italia se advierte un fenómeno análogo mediante la denominada maximización de la jurisprudencia de la Corte de Casación, que consiste en un trabajo administrativo de sistematización de sus principales decisiones con el objeto de extraer máximas jurídicas oficiales, igualmente desvinculadas de los hechos de los casos concretos; dichas máximas, sin embargo, no poseen fuerza vinculante, sino que operan únicamente como criterios persuasivos (Nazzicone, 2021, pp. 2-5).

Por su parte, en España se reconoce la denominada doctrina legal o jurisprudencial, la cual se construye mediante un proceso de objetivación por abstracción de los criterios jurídicos que emanan de decisiones previas. Este mecanismo permite configurar un estereotipo de problema y solución jurídica, funcionalmente equiparable al esquema de supuesto de hecho y consecuencia jurídica propio de la norma, y adquiere relevancia vinculante en la medida en que puede ser invocado como causal de casación (De la Oliva, 1975a, pp. 813-820).

En nuestro país se advierte un fenómeno semejante tanto en sede civil como en la constitucional: se denomina jurisprudencia, doctrina jurisprudencial o precedente a criterios jurídicos abstractos empleados en decisiones anteriores, pero inmunizados de los hechos concretos que le dieron origen. Sin embargo, la denominación de "precedente" debe reservarse únicamente para aquellos supuestos en los que se establecen auténticas reglas generales, esto es, enunciados que prevén un supuesto de hecho abstracto y su correspondiente consecuencia jurídica, o bien definiciones jurídicas destinadas a ser observadas en el futuro, al igual que ocurre con cualquier otra norma jurídica típica, ya sea reguladora de conductas o definitoria de conceptos jurídicos.

En otras palabras, contamos con una Corte Suprema y un TC que actúan, en la práctica, como auténticos jueces-legisladores, en la medida en que dictan precedentes de "carácter normativo". Esta configuración resulta difícilmente inteligible para un observador extranjero que intente aproximarse a nuestro sistema jurídico y plantea serias tensiones con el principio de separación de poderes, al punto de rozar la inconstitucionalidad; sin embargo, esa es una cuestión que excede los límites del presente análisis.

Veremos que, en el ámbito arbitral, lo más habitual es el uso del precedente en su sentido continental. En efecto, los tribunales arbitrales suelen invocar criterios, máximas, razonamientos o definiciones generales contenidos en otros laudos o decisiones arbitrales como parámetros de referencia. No se detienen, por lo general, en el examen detallado de las circunstancias fácticas del caso precedente para identificar la *ratio decidendi* que se desprende de la relación entre hechos y decisión, sino que trasladan el concepto o razonamiento previamente formulado a la resolución de nuevos casos.

Aclarado lo anterior, precisamos que en lo sucesivo nos referiremos a precedente continental para designar aquellas decisiones judiciales o arbitrales que contienen tópicos abstractos (tales como definiciones, argumentos, interpretaciones, máximas o reglas) susceptibles de ser aplicados en litigios posteriores distintos, en la medida en que estos presenten situaciones en las que dichos tópicos resulten pertinentes.

3. Los precedentes judiciales civiles

3.1. Marco normativo y terminología: doctrina jurisprudencial, precedentes, principios jurisprudenciales y plenos casatorios

Para comprender adecuadamente este asunto resulta necesario analizar los artículos 22(5) y

(4) Sobre la distinta forma de construir precedentes en el derecho continental, *véase*. Galgano (1985: 701 y ss.) y Wróblewski (1988: 25 y ss.).

(5) Artículo 22 de la LOPJ. Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial
Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

80.4[6] de la LOPJ, así como el art. 400 del CPC[7], disposiciones que regulan las potestades de las Salas de la Corte Suprema de Justicia para establecer jurisprudencia o dictar precedentes. En dicho marco normativo se emplean una serie de términos afines que requieren ser precisados, tales como doctrina jurisprudencial, jurisprudencia, principios jurisprudenciales, precedentes y plenos casatorios.

La expresión "Doctrina Jurisprudencial" figuraba en la sumilla del texto original del art. 400 del CPC y se mantiene en la sumilla del art. 22 de la LOPJ. Su origen se encuentra en el art. 1.6 del Código Civil español (reforma de 1976), que dispone: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Conforme a esta formulación, la reiteración de un mismo criterio en, al menos, dos sentencias de las Salas del Tribunal Supremo dan lugar a la formación de una doctrina, la cual pasó a denominarse "doctrina jurisprudencial"[8]. Con ello se ponía de relieve que el uso reiterado de un criterio por las salas supremas adquiría eficacia vinculante para los demás jueces, a tal punto que en España su contravención es causal de casación[9]. Por tanto, debemos interpretar que la referencia a "doctrina jurisprudencial" se relaciona con los criterios reiterados o consolidados de las salas supremas.

Sobre los términos "Precedentes y principios jurisprudenciales". El art. 22 de la LOPJ parece establecer entre ambas nociones una relación de continente y contenido. El "precedente" constituye la denominación general asignada a la decisión o regla vinculante emanada de un órgano jurisdiccional, del mismo modo en que se denomina "ley" a la norma dictada por el Parlamento. En cambio, el principio jurisprudencial alude al concepto, razonamiento o máxima específica que concreta dicho criterio, como ocurre, por ejemplo, con el principio conforme al cual la Administración no debe beneficiarse de su propia demora. En otros términos, debemos entender que el "principio jurisprudencial" representa el criterio material, la pauta o la razón de corrección jurídica establecida por las Salas Supremas, mientras que el "precedente" es la decisión o resolución vinculante que recoge y expresa normativamente esa razón.

Respecto del término "Jurisprudencia", el art. 80.4 de la LOPJ permite establecer

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial El Peruano en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

(6) Artículo 80 de la LOPAJ. Atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema
Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República:
(…)
4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales
(…)

(7) Artículo 400 del CPC. Precedente judicial
La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.
La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.
Los abogados podrán informar oralmente en la audiencia, ante el pleno casatorio.
El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

(8) La noción de "doctrina jurisprudencial" se vinculó históricamente con la denominada "doctrina legal", de la cual tomó inspiración, si bien en la actualidad tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles se refieren únicamente a la primera. Sobre la distinción histórica entre ambas nociones *véase* Fairén Guillén (1975, pp. 824-842), mientras que su configuración actual es analizada por Bercovitz (2013, pp. 88-91).

(9) De la Oliva resaltaba que "se debe reservar el nombre de doctrina para designar la objetivación que, mediante la abstracción, se opera a partir de las sentencias concretas", pues, agrega, se trata de un proceso de dogmatización que puede terminar generando leyes positivas (1975, p. 441). La Laguna también comentaba ese dispositivo señalando que "sólo cuando dos o más sentencias, dictadas para casos singulares que guardan entre sí una clara semejanza, utilizan el mismo criterio interpretativo como fundamento de la decisión se forma la 'doctrina' en que consiste la jurisprudencia propiamente dicha" (1978, p. 382).

una relación de género a especie entre los conceptos de "jurisprudencia" y "principios jurisprudenciales". El primero alude al conjunto de decisiones reiteradas de las Salas Supremas (esto es, a la jurisprudencia de dichas salas), mientras que el segundo se refiere a los contenidos normativos de decisiones concretas, en particular a la decisión suprema específica (ejecutoria) que contiene los criterios materiales llamados a ser aplicados en casos posteriores sustancialmente similares.

En referencia a los "Plenos casatorios". La sumilla y el texto original del art. 400 del CPC regulaban la expresión "doctrina jurisprudencial"; sin embargo, posteriormente el legislador la sustituyó por la de "precedente judicial", en consonancia con la terminología empleada en el art. VI del CPConst y por el TC. Conforme al art. 400 del CPC, con ocasión de un caso (generalmente complejo o controvertido) una Sala Civil Suprema puede convocar a un pleno integrado por los demás magistrados supremos civiles, a fin de deliberar y votar por mayoría el criterio que habrá de regir situaciones análogas y que vinculará a todos los órganos jurisdiccionales. Este cónclave de magistrados recibe la denominación de "pleno casatorio", y la regla que resulta de su decisión constituye un "precedente".

Debido a este entramado de denominaciones, conceptos, importaciones y similitudes, no debe sorprender que la propia Corte Suprema incurra en reiteradas confusiones terminológicas, al emplear de forma indistinta la denominación pleno casatorio para referirse tanto a precedentes como a doctrina jurisprudencial, entre otras imprecisiones técnicas.

El legislador parece haber tomado nota de la confusión generada por él mismo, por lo que el 6 de julio de 2026 ha publicado Ley 32716 que crea el Registro Nacional de Precedentes en donde se establece que el TC, Poder Judicial y los tribunales administrativos deberán remitir al Ministerio de Justicia los precedentes que hubieran dictado para su publicación. Entendemos que, la fuerza vinculante de los precedentes no dependerá de ese registro y publicación, sin embargo, sí que servirá para reducir las dudas sobre qué es precedente y qué no.

3.2. Naturaleza y efectos vinculantes de los precedentes civiles

Lo característico de los precedentes civiles es que se formulan como auténticas reglas generales, en las que se vincula una hipótesis fáctica *in abstracto* con una consecuencia jurídica. En otros supuestos, se asemejan a normas definitorias, en la medida en que fijan el modo en que debe entenderse determinado concepto o situación jurídica. En ambos casos, no se trata de criterios o razonamientos anclados en las circunstancias fácticas concretas de un caso específico.

En cuanto a la vinculatoriedad que generan estos precedentes, el art. 397 del CPC[10] prevé que su apartamiento inmotivado por los jueces inferiores puede constituir causal de recurso de casación. Ello evidencia la existencia de un grado intenso de vinculación jurídica o formal, en la medida en que tales precedentes deben ser observados bajo sanción de nulidad, salvo que medie una justificación adecuada Surge entonces la pregunta acerca de cómo debe calificarse dicho apartamiento. ¿Puede tratarse de un supuesto de *distinguishing*? Estimamos que la respuesta debe ser negativa, pues la regla contenida en el precedente es abstracta, mientras que la técnica del *distinguishing* descansa en el análisis de las particularidades fácticas del caso concreto.

En ese sentido, no resultaría adecuado exceptuar la aplicación de una regla general abstracta mediante una técnica que presupone una comparación fáctica. El apartamiento, por tanto, solo puede articularse (como ocurre con cualquier regla general) a través de criterios interpretativos tales como la interpretación

(10) Artículo 397del CPC. Sentencia fundada y efectos del recurso
Si la Sala Suprema declara fundado el recurso por infracción de una norma de derecho material, la resolución impugnada debe revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a la vez, es objeto de la decisión impugnada.
Si se declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procede conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este.
Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la Corte casa la resolución impugnada y, además, según corresponda:
1. Ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución;
2. anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena que se reinicie el proceso;
3. anula la resolución apelada y ordena al juez de primer grado que expida otra; o
4. anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda.
En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo.

restrictiva o extensiva, o mediante técnicas de derrotabilidad, que permitan justificar razonadamente la inaplicación del precedente, conforme a lo habilitado por el art. 22 de la LOPJ.

3.3. ¿Vinculan los precedentes civiles a los árbitros?

Una respuesta inicial, y metodológicamente sencilla, para negar dicha vinculación consiste en invocar razones de competencia. En efecto, las normas antes citadas regulan la relación entre jueces supremos y jueces inferiores o, si se prefiere, el funcionamiento de los procesos judiciales, mas no de los procesos arbitrales. Más aún, al amparo de la décima Disposición Complementaria de la LA[(11)], debería sostenerse que el legislador buscó excluir la aplicación de la regulación procesal civil al ámbito del arbitraje.

Sin embargo, la cuestión se torna más compleja si se considera que los precedentes judiciales pueden fijar un entendimiento vinculante sobre la forma en que los jueces deben interpretar o aplicar una determinada norma civil. Si esa misma norma material constituye el objeto de debate en un arbitraje de Derecho, surge entonces la pregunta: ¿están los árbitros obligados a respetar el principio jurisprudencial establecido por dicho precedente? La respuesta teórica permanece inalterada; sin embargo, desde una perspectiva práctica, no resulta aconsejable que los árbitros prescindan por completo del análisis o consideración de los precedentes civiles, en la medida en que tal omisión podría incrementar los riesgos de anulación del laudo.

En primer lugar, bajo el estándar de control que aplica nuestro Poder Judicial, es posible que posteriormente se interponga una demanda de anulación del laudo arbitral por motivación defectuosa, al amparo del art. 63.1.b de la LA[(12)]. En particular, podrían alegarse vicios en la justificación externa de la motivación del laudo, vinculados con la elección e interpretación de las normas empleadas como premisas formales de la decisión[(13)]; o, asimismo, una insuficiencia de motivación derivada de la omisión injustificada de los precedentes judiciales invocados. En segundo lugar, también podría sostenerse que no se ha respetado el acuerdo de las partes de someter la controversia a un arbitraje "de Derecho", conforme al art. 63.1.c de la LA, lo que implicaría una inobservancia del carácter vinculante de los precedentes civiles reconocido expresamente por el ordenamiento jurídico peruano.

Frente a estos riesgos, lo aconsejable para los árbitros es considerar los precedentes civiles en su razonamiento, ya sea para ratificar sus conclusiones, moderar su alcance o descartarlos por su inadecuación al caso concreto. Después de todo, al resolver un arbitraje de Derecho, los árbitros se encuentran facultados para valorar, interpretar, delimitar los alcances y decidir la aplicación o inaplicación de toda norma o principio jurídico, incluidos los precedentes. Esta práctica ofrece una doble ventaja. De un lado, impide sostener que haya existido falta de motivación respecto del precedente relevante o que se haya incumplido el acuerdo de las partes de someter la controversia a un arbitraje de Derecho. De otro lado, el razonamiento de fondo empleado por los

(11) Décima disposición complementaria de la LA. Prevalencia.
Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

(12) Artículo 63 de la LA.- Causales de anulación.
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, hace valer sus derechos.
c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral (…)

(13) Wong (2013, pp. 171 y ss.), León (2017, pp. 49–51) y Arrarte (2001, pp. 53 y ss.) coinciden con los criterios judiciales mayoritarios que se pronuncian a favor del control de la motivación de los laudos arbitrales, tanto por vicios de motivación interna como externa. En sentido contrario, Velásquez (2025, pp. 14 y ss.), Cantuarias y Repetto (2015, pp. 32 y ss.) sostienen una posición contraria frente a dicha modalidad de control.

árbitros (sea para acoger o para descartar el precedente) queda sustraído al control en la vía de anulación del laudo, conforme a lo dispuesto por el art. 62.2[14] de la LA.

En suma, los precedentes civiles no generan sobre los árbitros una vinculación jurídica formal, sino una carga de motivación reforzada: su inobservancia no acarrea por sí misma la invalidez del laudo, pero expone a los árbitros al riesgo de que dicha omisión sea reconducida a una causal de anulación por defecto de motivación.

Contra lo expuesto podría objetarse que esta postura favorece la conformación de una "isla arbitral", esto es, un escenario en el que laudos arbitrales y sentencias judiciales podrían ofrecer soluciones divergentes respecto de una misma norma material, en desmedro de la uniformidad y coherencia del ordenamiento jurídico. Frente a esta objeción, corresponde responder que los auténticos agentes de dicha disparidad son las mismas partes, en cuanto titulares de derechos disponibles que habilitan un tratamiento diferenciado de sus controversias.

En efecto, las partes pueden elegir el régimen normativo aplicable a la resolución de sus conflictos y, si lo estiman conveniente, pactar expresamente la aplicación de los precedentes civiles del Poder Judicial; sin embargo, optan por no hacerlo y asumen así los riesgos del escenario antes descrito. Es el propio ordenamiento jurídico, al reconocer y garantizar la autonomía privada, el que les confiere esa facultad. En tal sentido, la propuesta aquí formulada no desconoce la coherencia ni contradice el sistema jurídico arbitral, sino que se funda precisamente en el respeto a las reglas estructurales que lo organizan.

4. Los precedentes constitucionales y jurisprudencia constitucional

4.1. El precedente vinculante del Tribunal Constitucional

El art. VI CPConst dispone que las sentencias del TC "constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente". A diferencia de lo que ocurre en el *common law* inglés, no son los jueces ni las partes interesadas quienes deben identificar, a partir de decisiones previas, qué criterio merece la calidad de precedente. En nuestro sistema, es el propio TC el que asume la tarea de identificar y fijar expresamente cuál será la "regla jurídica" que se eleva al rango de precedente. En consecuencia, la labor del operador jurídico se orienta principalmente a una tarea de subsunción, esto es, a verificar si el nuevo caso encaja en el supuesto de hecho previsto en la regla general expresamente establecida como precedente.

En forma similar a los precedentes civiles, el precedente constitucional es parecido a una ley, pues el TC establece la regla general que "deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga", de modo que "será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia" (STC 0024-2003-AI)[15]. Ante una experiencia similar en Italia, Galgano expresa que en el derecho continental estamos tan acostumbrados a argumentar a partir de la legislación que estamos construyendo jurisprudencia a imagen y semejanza de las leyes, pues nuestros precedentes son fórmulas generales y abstractas como las leyes (1985, p. 702).

En el precedente civil y constitucional el Poder Judicial y el TC identifican expresamente cuál es la regla vinculante que pretenden estatuir, de modo que la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* pierde relevancia práctica. Dicha distinción se usa, precisamente, para determinar cuál es la regla vinculante que se desprende de una decisión, tarea que en este contexto deviene innecesaria. Además, esta división cumple un papel central en la aplicación de la técnica del *distinguishing*, que permite justificar la inaplicación de un precedente a un caso nuevo. Ello ocurre cuando se demuestra que el nuevo caso queda fuera del alcance de la *ratio* del precedente, es decir, que no existe un precedente aplicable, a partir de la identificación de diferencias fácticas

(14) Artículo 62 de la LA. Recurso de anulación.
1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

(15) En un acertado tono crítico, Ariano cuestiona la existencia y la forma cómo el TC usa ese poder legisferante de dictar reglas abstractas como precedentes (2016, pp. 50 y ss.). En línea similar, se pronuncia León Hilario, pero con respecto a los precedentes civiles que dicta la Corte Suprema (2021, pp. 63 y ss.).

relevantes entre el caso anterior y el actual. En nuestro sistema ello no resulta necesario, pues el precedente se instituye sin referencias a las circunstancias concretas del caso, sino como una norma abstracta, lo que elimina el espacio metodológico para el uso del *distinguishing*.

4.2. La jurisprudencia o doctrina jurisprudencial constitucional: distinción con el precedente

Una regulación distinta corresponde a la "jurisprudencia" constitucional. El art. VII CPConst dispone que: "Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional". Como este texto es una copia el art. 5.1. de la LOPJ de España conviene recurrir a ese régimen comparado para comprender su sentido. El art. 61.3 LOPJ de España[16], así como los arts. 10.1.b, 13, 40.2, 52.2, 99 LOTC de España[17], sindican a la reiteración de criterios del TC como "doctrina derivada de sentencias" y/o "doctrina constitucional". Esto se debe a la larga tradición del art. 1.6 CC de España que califica como "jurisprudencia" a la doctrina reiterada en fallos judiciales, lo que actualmente llaman "doctrina jurisprudencial".

Nosotros importamos la frase "doctrina jurisprudencial" en el texto original del art. 400 CPC y que se mantiene en nuestro art. 22 LOPJ. Y bajo el reciente CPConst de 2004, la novel jurisprudencia de nuestro TC recurrió a la academia española para introducir la noción de "doctrina jurisprudencial" como el producto de lo previsto en el art. VI CPConst[18]. El TC identifica a esa doctrina con las interpretaciones que fija al decidir los distintos casos, como una suerte de "cosa interpretada" que puede ser invocada incluso por terceros en otros casos, aunque sin llegar a tener la condición de regla general que tienen los "precedentes"[19]. De ahí, en la sentencia 1333-2006-AA, el TC concluye que, "la jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo" (STC 1333-2006-AA, fd. 11).

En resumen, en el ámbito constitucional los precedentes son las reglas generales, ineludibles, que dicta el TC (bastante similares a los precedentes civiles de la Corte Suprema). Estos precedentes suelen prever un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, lo que facilita verificar si han sido aplicados o no[20]. En cambio, la jurisprudencia o la doctrina jurisprudencial se componen de criterios, argumentos, definiciones, máximas

(16) Artículo 61 de la LOPJ de España (…)
3. Una Sección, formada por el Presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-administrativo y cinco Magistrados de esta misma Sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos, conocerá del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de dicha Sala.

(17) Artículo 10 de la LOTC de España
1. El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos: (…)
b) De los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y demás disposiciones con valor de ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión. Al atribuir a la Sala el conocimiento del recurso, el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación.
Artículo 13 de la LOTC de España
Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno.
Artículo 40 de la LOTC de España (…)
Dos. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.
Artículo 52 de la LOTC de España. (…)
Dos. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación

(18) Aunque antes del CPConst, el TC hizo tímidas referencias a su "doctrina jurisprudencial" en el sentido de interpretaciones consolidadas o reiteradas: STC 1266-2001-AA, fd. 5; STC 0290-2002-AA, fd. 6.

(19) *Véase* STC 4119-2005-AA, fds. 36-37; STC 3179-2004-AA, fd. 6; STC 0036-2005-AA, fd. 3; STC 0017-2004-AI, fd. 3.

(20) Cabe remarcar que, la estructura actual de los precedentes constitucionales tiene efectivamente la forma de reglas. Antes de eso, el TC experimentó distintas formas de precedentes, como situaciones en donde declaró que toda su sentencia tenía la calidad de precedente. Para un resumen de esa y otras patologías de constitución de precedentes, *véase* Castillo Córdova (2021, pp. 691 y ss.).

(21) Para una distinción más detallada entre precedentes y doctrina jurisprudencial, *véase* Grández Castro (2007, pp. 93-97) y Sáenz Dávalos (2017, pp. 241-243).

o interpretaciones que el TC aplica de manera reiterada[21]. En ocasiones, tales criterios son precisos; en otras, presentan un grado elevado de generalidad, de modo que algunas veces resulta sencillo determinar si han sido observados, mientras que en otras ello no es posible, pues no siempre la jurisprudencia contiene un supuesto de aplicación claramente delimitado. Esta indeterminación explica por qué no siempre es posible verificar con certeza su cumplimiento o no.

Para una mejor distinción entre ambos conceptos puede usarse la propuesta de Gaillard, para quien la jurisprudencia consiste en un conjunto de decisiones que incorporan nociones, argumentos o máximas abstractas y que, por ello mismo, pueden ser similares, coincidentes o incluso contradictorias, evolucionando con el tiempo hacia una cierta uniformización, fenómeno que aquí denominamos doctrina jurisprudencial. El precedente, en cambio, no se configura como un conjunto, sino como una decisión singular dotada de un mayor valor formal, mediante la cual se establece una regla que debe ser replicada en casos futuros (2008, pp. 1-2). Por esta razón, el cumplimiento o incumplimiento de la jurisprudencia suele ser discutible y más fácilmente eludible, mientras que ello no ocurre con los precedentes. Con todo, no es infrecuente que la jurisprudencia evolucione hacia doctrina jurisprudencial (hipótesis más sólida y difícil de soslayar) y que, posteriormente, sea elevada a la condición de precedente.

Usando la propuesta de Wróblewski (1988, pp. 26-29) se puede complementar lo anterior. El modelo de precedentes constitucionales opera como un argumento "obligatorio" porque se debe aplicar cuando concurra el supuesto de hecho del caso o regla previa. En cambio, la jurisprudencia constitucional funciona como un argumento "admisible", acorde al ordenamiento jurídico, pero no como fundamento ineludible de las decisiones. Eso porque los casos previos en donde se estatuyó el criterio contienen sólo elementos parcialmente comunes con el caso nuevo.

4.3. ¿Vinculan los precedentes y la jurisprudencia del TC a los árbitros?

La respuesta resulta más compleja que la ofrecida en el apartado anterior. En efecto, ni el régimen legal del arbitraje ni el pacto entre las partes pueden impedir que las normas constitucionales, así como la interpretación que de ellas realiza el TC, irradien el ámbito arbitral. De hecho, cualquier disposición legal o acuerdo que pretenda excluir la aplicación de los principios constitucionales en determinado ámbito o negar su operatividad resultaría inconstitucional. Incluso cuando se afirma que el ámbito arbitral no debe ser intervenido por el legislador ni por el Estado durante su tramitación, ello se sostiene precisamente porque la Constitución así lo garantiza. Sin embargo, ello no implica que la Constitución deje de operar en dicho ámbito.

En efecto, el TC ha dictado diversos precedentes y desarrollado doctrina jurisprudencial que han influido, hasta la fecha, en el devenir del arbitraje, para bien o para mal. Entre ellos se encuentran reiterados mandatos relativos al sometimiento del arbitraje a la Constitución y a la interpretación constitucional realizada por el propio Tribunal. En ese contexto, no puede negarse el carácter vinculante de los precedentes y de la jurisprudencia constitucional en el ámbito arbitral[22].

A diferencia de lo señalado respecto de los precedentes civiles, en este caso nos encontramos ante una auténtica vinculación jurídica formal: los árbitros no solo deben motivar su apartamiento bajo riesgo de anulación, sino que se encuentran obligados a aplicar el criterio establecido por el TC en virtud de la supremacía normativa de la Constitución, con independencia de la voluntad de las partes o del régimen legal del arbitraje.

Para reforzar esta posición, el TC estableció en el precedente María Julia que las decisiones arbitrales que contravengan alguno de sus precedentes pueden ser controladas por la vía del proceso de amparo, y no mediante la acción de anulación del laudo, lo que incluso puede conducir a que el conflicto culmine ante el propio TC. En tal escenario, será éste quien verifique directamente si el tribunal arbitral respetó o no sus precedentes. Asimismo, el precedente María Julia dispone que el eventual ejercicio del control difuso por parte de los tribunales arbitrales debe ser igualmente revisado de manera directa en sede de amparo. En esta hipótesis, precisa el Tribunal, el control difuso practicado deberá ajustarse a la doctrina jurisprudencial previamente fijada sobre la materia (fd. 26).

(22) Sobre la doctrina jurisprudencial que exige aplicar la Constitución y jurisprudencia del TC al campo arbitral, *véase*. STC 1567-2006-AA, fd. 13; STC 1742-2013-AA, fd. 11-13; STC 4972-2006-AA, fd. 18. Entre los precedentes del TC que exigen aplicar la Constitución y precedentes del TC al campo arbitral, destacan los precedentes Cantuarias (STC 6167-2005-HC, fds. 11-12) y María Julia (STC 0142-2011-AA, fd. 11-13). Sobre esos desarrollos jurisprudenciales *véase* Chang y Velásquez (2021, pp. 182 y ss.).

Fuera del supuesto antes indicado, la contravención de la doctrina jurisprudencial podría invocarse bajo distintas causales de anulación según la materia de la que se trate. Por ejemplo, contravenir la jurisprudencia sobre algún derecho fundamental (art. 63.1.b LA); o conformar un tribunal contra la doctrina de imparcialidad (art. 63.1.c LA), o pronunciarse sobre un asunto indisponible (art. 63.1.e LA), etc.

5. La jurisprudencia arbitral

5.1. Ausencia de un sistema formal de jurisprudencia arbitral

Bajo la lectura desarrollada antes, resulta difícil concebir la existencia de un auténtico sistema de precedentes o de jurisprudencia arbitral.

En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre con los precedentes civiles y constitucionales, no existe ley alguna que otorgue carácter vinculante general a los criterios contenidos en los laudos arbitrales, pues su obligatoriedad se limita estrictamente a las partes del proceso[23]. En segundo lugar, no existe una relación de jerarquía entre los tribunales arbitrales; por ende, al no mediar el riesgo de que sus decisiones sean revocadas por apartarse de los criterios adoptados en casos anteriores, resulta poco probable que se inclinen a respetar tales criterios (Fouchard, Gaillard y Goldman, 1999, pp. 187-188; Larroumet, 2006, pp. 5-7). Finalmente, la confidencialidad que caracteriza al arbitraje impide que muchos laudos se hagan públicos, lo que dificulta no solo su conocimiento, sino también la identificación y reiteración de criterios que, en rigor, permanecen desconocidos (Mourre 2008, pp. 39 y ss; Racine, 2015, pp. 727 y ss.).

A pesar de esto, no es extraño toparse con decisiones arbitrales que citan como sustento criterios de casos previos (que sí llegaron a ser públicos). Por eso, en su conocido trabajo sobre la materia, Kaufmann-Kohler se pregunta válidamente:

> *¿Qué motiva a los árbitros a referirse a casos anteriores? ¿Buscan simplemente orientación, una excusa o enmascaramiento para las deficiencias de su propio razonamiento, una oportunidad para contradecir a un colega estimado o la oportunidad de impartir lecciones a la comunidad arbitral? O bien, ¿aplican una doctrina de precedentes de facto por obligación?* (2007, p. 357)

Ciertamente, es llamativo que en sede arbitral no se haya instituido una noción de precedente jurídicamente vinculante (precedente formal) y que, a pesar de eso, los operen una suerte de precedentes de facto.

En efecto, en ciertos ámbitos, como los arbitrajes de inversión, es frecuente que los tribunales arbitrales sigan o invoquen decisiones de tribunales arbitrales anteriores como parte de su razonamiento decisorio. Esto es facilitado por la publicidad que suelen tener los laudos de inversión, y también porque el derecho material aplicable de esos casos (los tratados de inversión) maneja los mismos conceptos (nación más favorecida, expropiación indirecta o trato justo y equitativo). Eso habría generado una práctica reiterada en donde los abogados y tribunales arbitrales suelen invocar y reproducir criterios en torno a dichos conceptos, así como por la discusión de sus alcances y modalidades de aplicación.

Pero debemos cuidarnos de no idealizar la propuesta anterior, pues la llamada jurisprudencia arbitral aún es un tópico en construcción pasible de riesgos y confusiones. Zaïna (2017: 672 y ss.) identifica laudos CIADI en donde los árbitros han entendido distinto las mismas nociones como "inversión" o "inversionista". Lalive (2010: 55 y ss.) reconoce la tendencia de esos laudos a citar casos previos, pero muchas veces en forma innecesaria, redundante e insustancial, en perjuicio de una motivación real y suficiente. Finalmente, Roberts advierte sobre la peligrosa construcción de jurisprudencia arbitral que supone en mayor medida las citas mutuas de laudos o criterios arbitrales, y en menor grado los textos de los tratados y acuerdos entre los Estados, distorsionando las normas aplicables. Todos estos defectos ratifican la idea de que el uso reiterado de criterios previos depende más de la voluntad de los árbitros, de una práctica arbitral que procure mantener criterios coherentes, y menos de una auténtica obligación jurídica, lo que expone esta labor a varios riesgos.

En este contexto, resultaría irrazonable o incoherente con el derecho de las inversiones aplicar, respecto de un mismo tópico, una interpretación radicalmente distinta de la ya consolidada. Es decir, cualquier apartamiento o excepción respecto del criterio previamente adoptado en casos anteriores suele ser objeto de una justificación o motivación

(23) Fernández realiza un recorrido por la Ley Modelo de la CNUDMI, el Convenio de Washington de 1965 en materia de inversiones y el Reglamento de Arbitraje de la CCI, sin encontrar indicio alguno de un sistema de precedentes o de jurisprudencia arbitral (2013, pp. 231-240).

particularmente cuidadosa por parte del tribunal arbitral correspondiente.

Como esta práctica no se corresponde con el precedente continental que hemos estudiado atrás (en donde una ley habilita el dictado de criterios formalmente vinculantes), ni con la práctica del precedente del *common law*, la denominaremos como "jurisprudencia arbitral". Nuestra tarea ahora será averiguar en qué supuestos y por qué razones puede resultar admisible que los tribunales arbitrales sigan la jurisprudencia arbitral existente. Para responder a esas interrogantes es necesario profundizar un poco más en la estructura de las decisiones jurisdiccionales y en las distintas formas que vinculan.

5.2. Existencia de un sistema material de jurisprudencia arbitral

5.2.1. Los criterios generales en las decisiones jurisdiccionales

En términos generales podemos decir que toda sentencia o laudo arbitral de derecho, que dice fundamentarse en el sistema jurídico, suele contener un razonamiento que descansa en tres tipos de enunciados: mandatos normativos generales (usualmente las normas positivas invocadas o aplicables), las definiciones o precisiones sobre los alcances del lenguaje de la norma invocada y/o de los conceptos que ésta conlleva; y los enunciados empíricos sobre los hechos del caso concreto[24].

Enfoquémonos en las definiciones o precisiones generales. En unos casos, será posible trasladar sin mucho esfuerzo argumentativo la solución abstracta de la norma general a la situación específica; pero en otros casos más difíciles el juzgador deberá profundizar sobre el significado y la extensión de los términos usados por la norma, es aquí en donde el juzgador debe construir o establecer criterios generales de interpretación que desarrollen o precisen los alcances de la ley. Y en otros supuestos que están más al límite, existirá deficiencia o ausencia de norma, en donde el juzgador estará habilitado a construir un nuevo criterio general que permita sustentar su decisión. En este último supuesto, el criterio será una auténtica "creación jurídica" sólo en el sentido de que ninguna norma lo recogía antes, pero tal criterio de integración no puede provenir del vacío, sino que debe emanar o deducirse de otras normas, principios o costumbres que el sistema jurídico ya recogía (art. 139.8 de la Constitución y VIII del CC).

En este escenario, las sentencias o laudos suelen tener enunciados o criterios generales en sus fundamentos, pero estatuyen normas especiales en su parte dispositiva, ya que dictaminan prestaciones o conductas concretas para las partes. Sólo la primera parte de las decisiones es lo que suele jugar el papel de "jurisprudencia arbitral".

Veamos un ejemplo. Como es sabido, la noción de "parte no signataria" habilita a extender la vinculatoriedad del convenio arbitral a los sujetos que no lo firmaron, pero que participaron activamente en el negocio jurídico relacionado al convenio. Tal criterio emanó del laudo arbitral dictado en el caso del grupo de empresas de Dow Chemical contra Isover Saint Gobain (Caso ICC 4131 de 1982) que fue ratificado luego por la Corte de Apelaciones de Paris (sentencia del 21 de octubre de 1983). La norma aplicable al fondo del caso (*lex mercatoria*) y la ley del lugar del arbitraje (Francia) no regulaban la hipótesis de "partes no signatarias", sin embargo, el criterio estatuido en el caso Dow Chemical suele ser usado e invocado reiteradamente por jurisprudencia arbitral francesa y de otros países, e incluso ha sido estatuido dentro de la ley peruana (art. 14 LA).

Lo anterior nos permite demostrar dos cosas: (i) existe una suerte de jurisprudencia arbitral que suelen invocar los otros tribunales; y, (ii) tal jurisprudencia sólo usa a los extremos que contienen los criterios generales de la decisión. El problema es determinar por qué a veces unos tribunales invocan como jurisprudencia a los criterios o definiciones generales sentados por otros tribunales y otras veces simplemente los ignoran. Para ello debemos hacer unas precisiones conceptuales.

5.2.2. El uso de los criterios generales de la jurisprudencia arbitral

Recuérdese que, la ausencia de una fuente formal que reconozca a la jurisprudencia arbitral trae como consecuencia que no se pueda predicar su obligatoriedad jurídica, es decir, que los jueces y árbitros no tienen el deber de usarla como fundamento de sus decisiones y/o de justificar su apartamiento o no correspondencia con el caso concreto[25]. En ese contexto, y según lo desarrollado: (i) los árbitros y jueces sólo tienen la obligación de seguir los precedentes del TC; y, (ii) cuando se trata de los precedentes civiles del Poder Judicial, tal obligatoriedad sólo recae en los jueces.

(24) *Véase* Bulygin 2021, pp. 384-386 y Atienza 2013, pp. 672-676.
(25) *Véase* Bulygin, 2021, p. 391

El asunto es saber en qué categoría jurídica se ubican aquellos conceptos, definiciones o criterios generales que emanan de la jurisprudencia arbitral y que pueden o no ser usados por los jueces y árbitros como fundamento de sus decisiones.

Para esos fines parece adecuada la propuesta de Hart (2009, pp. 110-113). Este autor advierte que en un ordenamiento jurídico existen mandatos jurídicos y sociales que se cumplen con regularidad. Desde el punto de vista de un observador externo existirán ciertas conductas que se despliegan con regularidad, por ejemplo, que, ante un semáforo en rojo, es muy probable que los conductores detengan su vehículo. Pero esta es una lectura parcial, pues no explica por qué se da esa conducta. En este punto estamos nosotros, pues detectamos el uso regular de la jurisprudencia arbitral en ciertos ámbitos, pero no sabemos por qué es así.

Por eso, Hart propone recurrir al punto de vista interno quien acepta ciertas reglas o criterios como exigibles porque las estima justas, correctas o legales. El chofer detiene su vehículo ante la luz roja porque considera que tiene el deber de respetar las reglas de tránsito o porque cree que así asegura la integridad de todos.

Desde esa perspectiva, estimamos que los árbitros siguen cierta jurisprudencia arbitral porque estiman que sus definiciones, aclaraciones o razonamientos son adecuados, justos o razonable para ser usados como fundamento de sus decisiones. Es decir, no existe una norma jurídica que les obligue a hacerlo, sino que lo estiman adecuado por razones de coherencia jurídica o igualdad en la aplicación de la ley (por ejemplo, lo que "precario" en un caso, también lo debe ser en otro caso), por la autoridad de quienes dictan la decisión (laudos dictados por árbitros reconocidos); por la práctica reiterada de su uso (que la hace asemejarse a la costumbre), entre otras razones atendibles.

Esto engarza muy bien con la propuesta argumentativa de Atienza (2013, p. 363)[(26)], pues desde su perspectiva puede afirmarse que la jurisprudencia arbitral se usa en la dimensión pragmática, como argumento persuasivo debido a su mayor grado de aceptación. Así, lo usual sería que la jurisprudencia sea usada como el respaldo de los alcances, desarrollos o sentidos que se están atribuyendo a la ley o norma jurídica que se busca interpretar o aplicar; o, ante la falta de norma o insuficiencia de ésta, que tal jurisprudencia se use como la garantía de que solución o el criterio general a aplicarse tiene correspondencia o respaldo en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior explica por qué no suele usarse jurisprudencia arbitral en los arbitrajes nacionales e internacionales con lugar en nuestro país, a pesar de que en todos ellos se aplique el mismo derecho material peruano.

En primer lugar, los arbitrajes comerciales suelen sujetarse a reglas de confidencialidad, lo que provoca que muchos laudos sean reservados. Incluso los laudos en materia de contratación pública que deben figurar en la Plataforma Digital son de difícil acceso o no están registrados, sino que permanecen dispersos en distintas instituciones arbitrales que, en su mayoría, no les dan publicidad. Por ende, no se puede aplicar una jurisprudencia arbitral que se ignora. En segundo lugar, los laudos de acceso público suelen provenir de tribunales arbitrales integrados por árbitros que todavía no cuentan con un mayor grado reconocimiento social o académico, lo que dificulta que sus razonamientos o argumentaciones generen la confianza, autoridad o fuerza persuasiva necesarias para ser tomados en consideración en otros casos.

Esta suma de elementos puede explicar por qué aún no existe una práctica de jurisprudencia arbitral peruana: los laudos nacionales aún no están en condiciones de ser usados como parte de los argumentos pragmáticos que respalden a otras decisiones arbitrales. Es decir, no es que no exista nada que sea asimilable a una jurisprudencia arbitral peruana, es solo que, por el momento, esos fallos no generan un grado de aceptación suficiente como para ser usados como fundamento de otros casos.

5.3. La importación de la jurisprudencia arbitral

Sobre la importación de conceptos generales. La interacción entre "materia arbitrable" y "orden público", las cláusulas paraguas, la separabilidad de la cláusula arbitral, el *third-party funding*, entre otros institutos, involucra conceptos propios del derecho arbitral que,

(26) Atienza (2013, pp. 110-114) propone que los argumentos jurídicos correctos se sustenten en tres dimensiones concurrentes. Una formal que se relaciona con la coherencia lógica de lo postulado, otra material que exige certificar la veracidad de las afirmaciones fácticas y la validez de sus postulados normativos, y una pragmática que se dirige a persuadir a un auditorio debido a la racionalidad o aceptación social de lo postulado.

por regla general, no se desarrollan en el ámbito judicial, sino en el contexto de los arbitrajes comerciales internacionales con sede en otros países. Por esta razón, lo que los tribunales arbitrales de París, Madrid o Londres entiendan respecto de tales conceptos probablemente coincida con la comprensión que de ellos adopten los tribunales arbitrales con sede en Lima.

Loquin (2009: 149 y ss.) sostiene que existe jurisprudencia arbitral que tendría una fuerza fáctica generada por el efecto acumulativo de múltiples decisiones que aplican las mismas normas materiales y que suelen seguir criterios previos de otros árbitros para legitimar su práctica. Tales normas podrían ser la lex mercatoria, los usos de las prácticas comerciales trasnacionales o incluso principios del derecho común como buena fe, pacta sunt servanda, entre otros. Por su parte, Scherer, Ebermann y Cauvin (2023: 65 y ss.) advierten sobre la tendencia de los tribunales CIADI y ICC en entender de manera similar conceptos procesales consolidades como competencia, cautelares, partes, entre otros; aunque con ciertas diferencias y flexibilizaciones un ámbito y otro.

En efecto, algunos laudos arbitrales nacionales invocan criterios o conceptos generales establecidos en laudos comerciales internacionales (e incluso en laudos de inversión) como fuente de sustento argumentativo de sus decisiones. Es razonable suponer que ello obedece, en buena medida, al prestigio de los árbitros que integran dichos tribunales y/o de las instituciones arbitrales a las que estos pertenecen, como la CCI o el CIADI[27]. Sin embargo, no puede negarse que esta práctica aún no es muy usual.

Sobre la importación de nociones procesales. Es conocido que nuestra LA, al igual que las leyes arbitrales de diversos países, se inspira en gran medida en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI (Conejero, 2005, pp. 89 y ss.; Cantuarias, 2007, pp. 90-99). Más aún, el Reglamento de Arbitraje de la CCI también recoge dicha influencia. De este modo, en la práctica, los procedimientos arbitrales de múltiples ordenamientos se rigen por normas procesales sustancialmente similares, lo que ha dado lugar a la configuración de una suerte de "orden jurídico arbitral", caracterizado por criterios propios, autónomos y de alcance transnacional, conforme a la tesis de Gaillard (2010, pp. 52-66).

En el ámbito procesal resulta esencial que estas reglas sean interpretadas de manera convergente, pues una comprensión divergente podría afectar el debido proceso de las partes. En este contexto, es altamente probable que criterios como el relativo al *kompetenz-kompetenz,* así como otras reglas procesales, sean compartidos y reiterados por distintos tribunales arbitrales al resolver casos análogos (Radicati, 2023, pp. 48-51). Ello favorece la formación de una jurisprudencia alineada y relativamente constante, precisamente porque se trata de reglas y conceptos comunes (de modo similar a lo que ocurre en los arbitrajes de inversión, donde se aplican categorías jurídicas homogéneas)[28].

5.4. ¿Vincula la jurisprudencia arbitral a los árbitros?

Desde el punto de vista formal la respuesta es negativa. No existe obligatoriedad jurídica de seguir los criterios de otros tribunales arbitrales. Sin embargo, existe una creciente práctica (que nos parece saludable) de usar los criterios fijados en otros tribunales como parte de su argumentación jurídica. Eso ocurre sobre todo cuando se usan los mismos conceptos jurídicos en distintos arbitrajes; y también al interpretar reglas procesales similares (que son usualmente importadas del sistema francés e inglés), ya sea porque tienen una redacción igual, semejante y/o se inspiran en la misma Ley Modelo CNUDMI, lo que es bastante usual.

En suma, existe la práctica de seguir criterios de otros tribunales ya que el prestigio

(27) Esta explicación no es aleatoria, pues en el derecho comparado se tiene asumido que la importación de ideas e instituciones jurídicos se sustenta en el prestigio de los sistemas en donde emanan. Sacco se pregunta ¿qué causa que un sistema imite a otro? Señala que, lo usual es que la recepción de ideas externas se produzca por el deseo de usar el trabajo ajeno ya que posee una cualidad que solo puede describirse como "prestigio". El prestigio impulsó el derecho romano medieval por toda Europa, impulsó el CC francés y la doctrina alemana más allá de las fronteras del derecho civil (1991, pp. 397-400). Precisamente por eso, es improbable que cierto país europeo imite un modelo jurídico que no tiene reconocimiento global. En forma más específica para los arbitrajes, Larroumet señala que, la jurisprudencia arbitral adquiera esa condición por la autoridad de la solución que provee, por el valor de la solución jurídica que propone. Si un laudo ofrece un razonamiento sólido y convincente, generará un fenómeno natural de imitación en otros árbitros que enfrenten problemas similares (2006, pp. 5-7). Como en el arbitraje no existe jerarquía entre los tribunales arbitrales, la imitación de criterios proviene del prestigio de los árbitros y de la solidez de sus razonamientos.

(28) Algo similar ocurre con los arbitrajes deportivos que concluyen en el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS). Si bien en esa sede se forman tribunales arbitrales para cada caso concreto (sea para resolver apelaciones o disputas contractuales), suelen aplicarse el mismo derecho procesal: el Código de Arbitraje, lo que viene generando una jurisprudencia arbitral que se respeta y reitera en los sucesivos casos (Kaufmann-Kohler, 2007, pp. 365-368)

que tienen, y el afán de uniformizar el entendimiento de los mismos conceptos y reglas, son potentes criterios de argumentación jurídica. Más aún, hay incentivos para que eso ocurra con mayor frecuencia. De un lado, los abogados invocan la jurisprudencia arbitral como herramienta de persuasión (para influir en el tribunal arbitral), de otro lado, los árbitros los citan para justificar sus decisiones (para darles mayor legitimidad y objetividad a sus razonamientos), y los usuarios y sistemas lo aceptan (no lo critican, ni prohíben) porque eso contribuye a la coherencia o consistencia de las decisiones (Legum, 2008, pp. 5 y ss.).

A diferencia de los dos supuestos anteriores, la jurisprudencia arbitral carece de todo efecto jurídico formal sobre los árbitros: y tampoco genera una obligación de aplicación ni una carga de motivación exigible en sede de anulación. Su fuerza es puramente persuasiva y descansa en el prestigio de los árbitros o instituciones de origen, así como en el interés práctico de uniformizar el entendimiento de conceptos y reglas compartidas[29].

6. Conclusiones

La noción de "precedente" no es unívoca. Frente al precedente del *common law* inglés, construido a partir de la *ratio decidendi*, esto es, del vínculo inescindible entre los hechos relevantes de un caso y su solución, nuestro ordenamiento, al igual que otros sistemas de tradición continental (Brasil, Italia, España), ha desarrollado lo que aquí denominamos precedente continental: reglas o máximas abstractas, desprendidas de las particularidades fácticas del caso que les dio origen, y que operan de manera análoga a las normas legisladas. Esta distinción, que en apariencia podría parecer meramente terminológica, resulta en realidad el punto de partida indispensable para comprender por qué figuras como el *distinguishing* pierden buena parte de su funcionalidad en el precedente civil y constitucional peruano, y por qué la pregunta sobre la vinculatoriedad de los precedentes frente al arbitraje debe examinarse por separado para cada una de sus tres modalidades.

En cuanto a los precedentes judiciales civiles dictados por la Corte Suprema, el análisis del entramado normativo evidencia que, si bien dichas normas regulan formalmente la relación entre jueces supremos e inferiores, y no alcanzan, en principio, al arbitraje, tanto por razones de competencia como por la décima Disposición Complementaria de la LA, ello no exime a los árbitros de un riesgo práctico relevante: la eventual anulación del laudo por defecto de motivación o por inobservancia del pacto de arbitraje "de Derecho". De ahí que la relación entre árbitros y precedentes civiles se explique mejor no como una vinculación jurídica formal, sino como una carga de motivación reforzada: los árbitros conservan plena libertad para acoger, moderar o descartar un precedente civil, siempre que sustenten razonadamente su decisión, lo que además los protege frente al control judicial en sede de anulación, en virtud del art. 62.2 de la LA.

A diferencia de los precedentes civiles, ni el régimen legal del arbitraje ni el pacto entre las partes pueden excluir la irradiación de las normas constitucionales, y de su interpretación por el TC, sobre el ámbito arbitral, en la medida en que dicha eficacia no deriva del acuerdo de las partes sino de la supremacía normativa de la Constitución. El propio precedente María Julia respalda esta conclusión, al habilitar el control de los laudos arbitrales por vía del proceso de amparo cuando estos contravienen un precedente del TC o ejercen indebidamente el control difuso. Se trata, en consecuencia, de una vinculación jurídica formal, que sitúa a los precedentes constitucionales en un

(29) La posición de la jurisprudencia arbitral como técnica de argumentación práctica es sostenida también por Mourre y Vagenheim (2009) quienes señalan que: "Un punto en el que casi todos los autores parecen coincidir es que el concepto aplicable al arbitraje es el de 'precedente persuasivo', más que el de precedente en el sentido de la doctrina del *stare decisis* [*common law*]. El precedente persuasivo puede definirse como la tendencia de facto de un árbitro internacional a aceptar lo que se ha decidido de forma consistente en un número significativo de decisiones arbitrales anteriores. Por lo tanto, sería erróneo comprender el concepto de precedente en el arbitraje con la misma perspectiva que se aplica a los tribunales. La jurisprudencia de los tribunales estatales presenta características de homogeneidad en un sistema jerárquico que la jurisprudencia arbitral no posee ni puede poseer. Sin embargo, el arbitraje comercial internacional produce decisiones que no son producto de un sistema judicial nacional determinado: son decisiones autónomas emitidas por tribunales que carecen de foro y que no están arraigadas en el sistema judicial de la sede del arbitraje (…) Estas decisiones son citadas por otros árbitros y, en ciertos casos, pueden persuadir a futuros tribunales a adherirse a soluciones anteriores. El precedente arbitral no es más ni menos que esta capacidad de los laudos arbitrales anteriores para convencer a futuros tribunales de adherirse a la solución que contienen. Por lo tanto, la pregunta pertinente no debería ser si existe el precedente arbitral, sino cómo y cuándo opera".

nivel de exigencia distinto, y superior, al de los precedentes civiles.

El presente trabajo busca ofrecer en primer término, una tipología clara y diferenciada de los grados de eficacia que pueden desplegar los precedentes sobre la función arbitral (vinculación jurídica formal, carga de motivación reforzada y valor persuasivo), superando así la tendencia, frecuente en la doctrina nacional, a tratar la "vinculatoriedad" como una categoría única e indiferenciada. En segundo término, el estudio traslada al ámbito arbitral peruano la distinción, poco explorada en nuestro medio, entre el precedente del *common law* y el precedente continental, mostrando cómo esta última lógica (reglas abstractas desprendidas de los hechos) explica tanto la práctica de la Corte Suprema y el TC como las razones por las que la jurisprudencia arbitral, al no operar bajo ese mismo esquema, no alcanza un estatus formalmente vinculante.

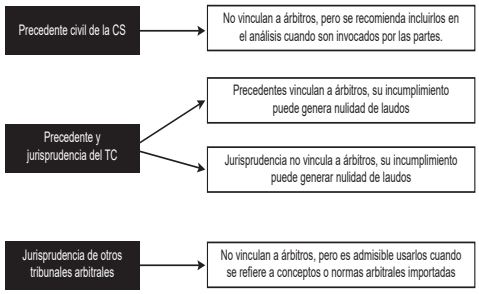
Este análisis tiene implicancias prácticas directas tanto para el ejercicio de la función arbitral como para el control judicial del arbitraje. Para los árbitros, el estudio ofrece un criterio operativo: la consideración razonada de los precedentes civiles y de la jurisprudencia arbitral relevante, aun sin ser jurídicamente exigible, constituye una estrategia prudente para reducir el riesgo de anulación del laudo y fortalecer su legitimidad; mientras que la observancia de los precedentes constitucionales no es una opción estratégica, sino una exigencia ineludible derivada de la supremacía constitucional.

Para los jueces que ejercen el control judicial del arbitraje, el estudio aporta un parámetro para distinguir, al evaluar una demanda de anulación, entre el incumplimiento de una obligación jurídica formal (precedentes constitucionales), una eventual insuficiencia de motivación por omisión injustificada de un precedente civil relevante, y la mera discrepancia respecto de un criterio arbitral persuasivo que, por su naturaleza, no puede fundar por sí solo la anulación del laudo. De este modo, la tipología propuesta contribuye no solo a la claridad conceptual, sino también a la previsibilidad y coherencia del sistema arbitral peruano en su relación con las distintas fuentes de jurisprudencia que lo rodean.

En cambio, cuando se trata de la llamada jurisprudencia arbitral puede ser admisible e incluso recomendable su uso cuando los criterios o definiciones generales de otros casos que pretendan usarse como fundamento de otros casos, reúnan cualidades que la hagan fiables o persuasivos como argumentos pragmáticos. Sin embargo, este concepto o forma de uso aún es una tarea en formación.

En todo caso, la mejor manera de presentar las conclusiones es a través del siguiente recuadro que resume las conclusiones:

Figura 1
Esquema de vinculatoriedad de los diferentes tipos de precedentes



Referencias bibliográficas

Ariano, E. (2016): *In limine litis. Estudios críticos de derecho procesal*. Instituto Pacifico.

Arrarte, A. M. (2001). Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia. *Themis*, (43), 53-68. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11589

Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica.* Trotta.

Bercovitz, R. (2013). Comentario al artículo 1 del Código Civil en R. Bercovitz (Direc.), *Comentarios al Código Civil*, (Tomo I). Tirant lo Blanch.

Bulygin, E. (2021). "Sentencia judicial y creación de derecho", en ídem y Alchourrón, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Trotta.

Cantuarias, F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. UPC.

Cantuarias, F. & Repetto, J. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS*, *24*(51), 32-45. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15650/0

Castillo, L. (2021). *Constitución y Tribunal Constitucional*. Lima.

Chang, J. & Velásquez, R. (2021). El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: Comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *IUS ET VERITAS*, (62), 182-203. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.010

Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without truth*. Springer.

Conejero, C. (2005). La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, *32*(1),

89-138. https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/73107

Da Rosa Bustamente, T. (2013) Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi en S. Calmon Navarro (Coord.), *Segurança Jurídica: Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*, (Vol. 1). Forense.

De La Oliva, A. (1975a). "La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil", en *Anuario de Derecho Civil*, Fasc. 2, Madrid.

De La Oliva, A. (1975b). "La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código Civil", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, Madrid.

Duxbury, N. (2008): *The nature and authority of precedent*. Cambridge.

Eisenberg, M. A. (1988). *The nature of the common law*. Harvard University press.

Fairén, V. (1975): Notas sobre el valor de la Jurisprudencia (en el Título preliminar del Código Civil). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (509), 797-874.

Fernández, D. (2013). Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral en D. Fernández y E. Gaillard (Direc), *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (pp.225-262). Universidad del Rosario.

Fisch, J. (2003) The implications of transition theory for stare decisis. *Journal of Contemporary Legal Issues*, (13), 93-122

Gaillard, E. (2008). Foreword en E. Gaillard (Ed.), *Precedent in international arbitration*. New York: Juris Publishing.

Gaillard, E. (2010). *Legal theory of international arbitration*. Nijhoff Publishers

Gaillard, E. y Savage, J. (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Cambridge: Kluwer Law International.

Galgano, F. (1985) L'interpretazione del precedente giudiziario. *Contratto e impresa, 1*(3), 701-721.

Goodhart, A.L. (1930) Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal, 40*(2), 161-183.

Grández, P. (2007) Las 'peculiaridades' del precedente constitucional en el Perú en P. Grández y E. Carpio (Coords.), *Estudios del precedente constitucional* (pp. 79-107). Palestra.

Hart, H.L.A. (2009). *El concepto de derecho* (G. Carrió, Trad.,3ª ed.) Abeledo Perrot.

Kaufmann-Kohler, G. (2007). Arbitral precedent: dream, necessity or excuse? - The 2006 Freshfields Lecture. *Arbitration International*, 23(3), 357-378

La Laguna, E. (1978). Comentario al artículo 1 del Código Civil en Albaladejo y D. Alabart (Direc.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones de Leyes Forales* (Tomo I), Madrid.

Lalive, P. (2010). "On the reasoning of international arbitral awards", en Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, N° 1, Oxford.

Larroumet, C. (2006). À *propos de la jurisprudence arbitrale. Gazette du Palais*, (348), 4-8

Legum, B. (2008). The Definitions of 'precedent' in international arbitration en E. Gaillard & Y. Banifatemi (Eds.), *Precedent in international arbitration 5*. Juris Publishing.

León, L. (2021) Desventuras de la doctrina del precedente en el Perú. La experiencia de los Plenos Casatorios Civiles de la Corte Suprema. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (97), 57-102

León, R. (2017). ¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?. *Revista Arbitraje PUCP*, (7), 44-51

Mourre, A. (2008) Precedent and confidentiality in international commercial arbitration: The case for the publication of arbitral award en E. Gaillard & Y. Banifatemi (Eds.), *Precedent in international arbitration 5*. Juris Publishing.

Mourre, A. y *Vagenheim*, A. (2009). "Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case For A Systematic Publication Of Arbitral Awards In 10 Questions…", de https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/arbitral-jurisprudence-in-international-commercial-arbitration-the-case-for-a-systematic-publication-of-arbitral-awards-in-10-questions/, acceso el 3 de agosto de 2026

Nazzicone, L. (2021): *La massimazione delle sentenze*. CEDAM

Postema, G. (2019): *Bentham and the common law tradition*. 2a ed. Oxford University press.

Racine, J. B. (2015). "Sur l'idéologie de la transparence en droit de l'arbitrage", en Vincent Heuzé (organizador), et al, *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*. París: LGDJ.

Radicati, L. (2023). "La valeur du précédent en arbitrage commercial international", en *Revue de l'arbitrage*, N° 1, París.

Sacco, R. (1991). "Legal Formants: A dynamic approach to comparative law", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, N° 2.

Sáenz, L (2017). "El camino del precedente constitucional vinculante", en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, N° 83, Lima.

Scherer, M; Ebermann, S. y Cauvin, M. (2023). "Le précédent procédural dans la pratique des tribunaux arbitraux", en Revue de l'Arbitrage, Vol. 1, París.

Streck, L.L. y Raatz, I. (2016): "A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou 'de como o mundo (não) é um brechó'", en *Revista de Processo*, N° 262, São Paulo.

Velásquez, R. (2025). "Control judicial de la motivación de los laudos arbitrales: Análisis de la jurisprudencia y propuesta", en *Derecho & Sociedad*, N° 65, Lima.

Wong, J. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la Jurisprudencia Subespecialidad Comercial*. Jurista Editores.

Wróblewski, J. (1988). "Il precedente nei sistemi di 'civil law'", trad. Riccardo Guastini, en Giovanna Visintini (coordinadora), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Padua: CEDAM.

Zaïna, A.A (2017). "L'incohérence de la jurisprudence arbitrale CIRDI dans les décisions rendues sur la compétence", en Revue des Recherches y Études Juridiques et Politiques, Vol. 6, N° 2, Blida.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.018

Un paso más en la resolución de conflictos familiares en España: una apuesta por los Juzgados multipuertas(*)

One Step Further in the Resolution of Family Conflicts in Spain: A Commitment to Multi-Door Courthouses

Marta Blanco Carrasco(**)
Universidad Complutense (Madrid, España)

Resumen: La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha introducido cambios importantes en el sistema judicial español, como la creación de Tribunales de instancia con una sección especializada de familia, infancia y capacidad, la obligatoriedad de acudir a los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC) y el establecimiento de las oficinas judiciales así como de las oficinas de justicia de los municipios que ofrecen a los ciudadanos una gran variedad de servicios de forma cercana y accesible. Sin embargo, dadas las especiales características de los conflictos familiares, es necesario ir más allá y apostar por el modelo de juzgados multipuertas, donde funcionarios especialmente formados reciban, evalúen y dirijan a la familia hacia el proceso o la "puerta" más adecuada para la gestión de sus conflictos. En este artículo abordamos los orígenes, funcionamiento, experiencias previas y ventajas que este modelo puede aportar a la hora de ofrecer una justicia integral a las familias, así como la posibilidad de incluir el arbitraje entre sus opciones, identificando las materias arbitrables y sus limitaciones en la resolución de conflictos familiares.

Palabras clave: Derecho de Acceso a la Justicia - Justicia integral - Juzgados Multipuertas - MASC - Arbitraje - Conflictos Familiares - España - Derecho Civil - Derecho Comparado

Abstract: The Organic Law 1/2025, of January 2, on measures for the efficiency of the Public Justice Service, has introduced significant changes to the Spanish judicial system, such as the creation of instance courts with a specialized section for family, childhood, and capacity, the mandatory use of Appropriate Dispute Resolution Methods (MASC in Spanish context), and the establishment of judicial offices, as well as municipal justice offices, that offer citizens a wide range of services in a close and accessible manner. However, given the special characteristics of family disputes, it is necessary to go further and adopt the model of multi-door courts, where specially trained officers receive, assess, and direct families to the most appropriate process or "door" for managing their conflicts. In this paper, we examine the origins, functioning, previous experiences, and advantages that this model can offer in providing comprehensive justice for families, as well as the possibility of incorporating arbitration among its options, identifying arbitrable matters and the limitations in the resolution of family conflicts.

Keywords: Right of Access to Justice - Comprehensive Justice - Multi-door Courts - ADR - Arbitration - Family Disputes - Spain - Civil Law - Comparative Law

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 25 de febrero de 2026 y su publicación fue aprobada el 30 de julio del 2026.
(**) Doctora en Derecho por la Universidad Complutense (Madrid, España) y Doctora en Trabajo Social por el Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa-Instituto Universitário (Lisboa, Portugal). Profesora titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Complutense de Madrid. Miembro del grupo de investigación ADRxXXI y coordinadora del Dispute Resolution Lab (DRLab) de la Universidad Complutense de Madrid. Mediadora familiar. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5000-7310. Correo electrónico: martabla@ucm.es.

1. Introducción

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE nº 3 de 3 de enero), en adelante LO 1/2025, afirma en su exposición de motivos que España padece desde hace décadas insuficiencias estructurales que han dificultado que la justicia ocupe el lugar que merece en una sociedad avanzada. El sistema de justicia debe percibirse por la ciudadanía como algo propio, cercano, entendible y relativamente rápido, destacando dos elementos esenciales: la legitimidad, entendida como el grado de confianza y credibilidad en la justicia; y la eficiencia, entendida como la capacidad del sistema para producir respuestas eficaces y efectivas. El objetivo 16 de la agenda 2030, titulado "paz, justicia e instituciones sólidas", incide además en la necesidad de construir instituciones que faciliten el acceso a la justicia para los más desfavorecidos, garantizando la adopción de decisiones inclusivas, participativas y representativas (meta 16.7).

La falta de eficiencia y eficacia del sistema de justicia es evidente en algunos ámbitos, pero de forma muy especial en el familiar, donde la justicia se ha mostrado incapaz de asistir emocionalmente a la familia en sus procesos y su lentitud en la respuesta la convierte, en muchas ocasiones, en inservible (Biezma López y Fariña Rivera 2020, Avedillo, et al., 2015). Los operadores jurídicos vienen señalando desde hace tiempo que las relaciones jurídicas que se dirimen en un proceso de familia están teñidas de una inevitable carga emocional que ha de ser tenida en cuenta a la hora de dar una respuesta judicial, pues lo contrario podría abocar a soluciones de "imposible ejecución y de segura infelicidad para los miembros del grupo" (Tomás García, 2011, p. 843).

La LO 1/2025 aborda los problemas estructurales del sistema de justicia español derivados del significativo incremento de la litigiosidad y la mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas, para lo que introduce una serie de reformas que tendrán un importante impacto en el abordaje de los conflictos, también los familiares.

En primer lugar, se crean los Tribunales de Instancia (art. 84), que contarán con varias secciones especializadas, incluida la de familia, infancia y capacidad, recogiendo así el mandato de la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y poniéndose a la cabeza de Europa en el abordaje integral de estas materias (Adroher Biosca et al. 2025).

En segundo lugar, se establece la obligatoriedad de acudir a un Medio Adecuado de Solución de Controversias (en adelante MASC) antes de interponer una demanda en la jurisdicción civil, lo que supone, sin ninguna duda, un importante impulso y un avance significativo hacia la promoción de estos métodos. El artículo 2 de la LO 1/2025 define los MASC como "cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral". Se trata de un concepto sustancialmente equivalente al de ADR (Alternative Dispute Resolution), acuñado en la tradición anglosajona, si bien la ley ha querido subrayar, con la voz "adecuados" frente a "alternativos", el carácter negociador de estos medios y su integración en el servicio público de Justicia, y no su condición de mera vía sustitutiva de la jurisdicción. Por consistencia terminológica, y por ser la denominación adoptada por la normativa española vigente, en lo sucesivo se empleará el término MASC siempre que se aluda al sistema español, reservando la expresión ADR para las referencias al ámbito anglosajón, donde es la fórmula comúnmente utilizada. Los MASC han tenido un especial desarrollo en el ámbito del derecho de familia en España desde hace años, contando con una regulación específica sobre mediación familiar en todas las comunidades autónomas españolas, un importante desarrollo de nuevas formas de ejercer la abogacía, como el derecho colaborativo, y la proliferación de servicios de apoyo a los juzgados, como los Puntos de Encuentro Familiar y los coordinadores de parentalidad (Blanco Carrasco, 2020).

Por último, la ley introduce dos figuras administrativas fundamentales: la Oficina Judicial y la Oficina de Justicia en los municipios, cada una con competencias diferenciadas, tanto en su ámbito funcional como territorial, y con un papel complementario en la gestión de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC). La Oficina Judicial (artículos 435 a 439 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), constituye la estructura administrativa de apoyo a los órganos jurisdiccionales (Tribunales de Instancia), organizada en torno a servicios comunes que asisten a la judicatura en la tramitación y ejecución de los procedimientos (art. 438). Así mismo establece que se podrán crear unidades administrativas "para la prestación de servicios de medios adecuados de solución de controversias", que podrán

contar con "puestos de trabajo para letrados y letradas de la Administración de Justicia" (art. 439 LOPJ).

De este modo, aunque la integración de dichas unidades no es obligatoria, la norma abre la posibilidad de que la Oficina Judicial incorpore personal cualificado, en particular letrados y letradas de la Administración de Justicia, para desempeñar funciones de información, derivación y canalización de asuntos susceptibles de resolverse mediante MASC en el marco de un procedimiento judicial. La Oficina de Justicia en los municipios (artículos 439 ter, 439 quater y 439 quinquies de la misma norma) transforma a los antiguos Juzgados de Paz y se configura como una estructura administrativa de proximidad orientada a acercar la justicia a la ciudadanía, especialmente en el medio rural o en zonas menos pobladas. Su cometido principal consiste en ofrecer servicios de atención directa, información y orientación, así como en gestionar trámites judiciales y colaborar con otras unidades de la Administración de Justicia. En lo que respecta a los MASC, estas oficinas están llamadas a desempeñar un papel esencial como ventanillas de información y derivación, facilitando el acceso temprano a estos sistemas, incluso antes de la judicialización del conflicto.

Se puede interpretar que estas oficinas de reciente creación son la antesala de una justicia multipuertas en nuestro país, de gran tradición y eficacia en Estados Unidos. Sin embargo, distan mucho de este modelo, siendo apenas el germen de un sistema en el que aún queda mucho por hacer para su verdadera implantación. En este capítulo revisaremos las razones que justifican la incorporación de una justicia multipuertas real en la gestión de los conflictos de familia, infancia y capacidad, y revisaremos los aspectos más esenciales de este modelo, a fin de que sean tomados en cuenta para su desarrollo efectivo en España. Así mismo abordaremos las dificultades y limitaciones que encuentra el arbitraje para ser incorporado como una opción más dentro del elenco de procesos que pueden ofrecerse a las familias para resolver sus conflictos al margen de la jurisdicción.

2. El derecho de acceso a una justicia integral y multipuertas

El derecho de acceso a la justicia, además de constituir un derecho humano fundamental, resulta imprescindible para el ejercicio de otros derechos, por lo que, es necesario adoptar medidas que brinden garantías a los ciudadanos, fomentando una mayor eficacia y eficiencia del servicio público en todo el territorio (Belloso Martín, 2020, p. 1947). Hasta finales de los años 70, la justicia se identificaba exclusivamente con el proceso judicial, como único sistema que garantizaba una solución justa y equilibrada a un conflicto. No obstante, la crisis del sistema judicial evidenció carencias en varios ámbitos (Gimenez & Spengler, 2015, pp. 165-166): identidad (dificultad para resolver conflictos familiares con componentes emocionales), eficiencia (incapacidad de afrontar la complejidad social), estructura (problemas de infraestructura y recursos), objetividad (uso de lenguaje técnico-formal que genera burocracia) y adaptación tecnológica (falta de respuesta a nuevas realidades). El "Proyecto Florencia" (Gonzaga Jayme & Barbosa Dutra, 2021, pp. 343–344) y los estudios desarrollados por la "Perspectiva del Conflicto en los Estudios Jurídicos" (Perspective of the Conflict in Legal Studies) incidieron en la necesidad de *diversificar* y *democratizar* el sistema judicial, dando entrada a nuevas estructuras de resolución de disputas (Gonzaga Jayme & Barbosa Dutra, 2021, p. 345), más allá del proceso jurisdiccional, garantizando que los ciudadanos puedan encontrar soluciones a sus conflictos sin recurrir necesariamente al juzgado.

Si hay un ámbito donde han sido evidentes las limitaciones del sistema judicial ese es el familiar, puesto que los conflictos no solo conllevan dilemas jurídicos sino también una carga emocional y un impacto económico y social importantes a los que también hay que dar asistencia (Lauroba, 2018). Desde hace años en el ámbito familiar imperan nuevos paradigmas que buscan una mayor participación de los miembros de la familia a la hora de abordar las soluciones (justicia deliberativa), una respuesta judicial que aborde todos los elementos del conflicto (justicia terapéutica), un ejercicio profesional de la abogacía que apueste por el diálogo y la negociación (abogacía colaborativa) y un juez que se apoye en expertos y profesionales de otras disciplinas tanto para tomar las decisiones como para hacer un seguimiento de las mismas (Blanco Carrasco, 2021).

La incorporación de estos paradigmas, unido al ODS 16 que propone "promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas" (Naciones Unidas, 2015, p. 16), ha permitido que cobren especial importancia los Mecanismos de Solución de Controversias al Margen de la Jurisdicción (MASC). Sin embargo, a lo largo de estos años ha quedado acreditado que

su mera incorporación al sistema de justicia no es suficiente. En el año 2008 se aprobó la *Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles,* que obliga a los estados a introducir la mediación en su sistema judicial y se traspuso en España con la *Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012)*. A pesar de ello, lo cierto es que la mediación "no logró impulsar el cambio de paradigma tan ansiosamente anticipado por sus defensores de las décadas de 1970 y 1980" (Salem et al., 2024, p. 9). Se ha producido el efecto conocido como "Mediation Paradox" (De Palo et al., 2014, p. 10), dado que, a pesar de los indudables beneficios de la mediación, ésta no ha conseguido los resultados esperados ante la falta de una "cultura de la mediación" y la "formidable cultura litigadora" de algunos países como Italia o España (De Palo et al., 2014).

La LO 1/2025 pretende dar un nuevo impulso a estos sistemas, al establecer como requisito de procedibilidad la obligación de acudir previamente a un MASC para que sea admisible la demanda en un proceso judicial civil (art. 5). A pesar de que se trata de una apuesta decidida por la solución de conflictos al margen de la jurisdicción, puesto que obliga a tratar de solucionar el conflicto con el diálogo antes de acudir a la jurisdicción, puede, sin embargo, tener un impacto limitado en la práctica.

En primer lugar, porque la obligación establecida es muy poco exigente. La ley entiende por MASC "cualquier tipo de actividad negociadora" (art. 2) que tenga por objeto encontrar una solución extrajudicial, ya sea desarrollada por las partes directamente o con la intervención de una tercera persona neutral. Esto supone una concepción muy amplia de los MASC, al ser equiparados con cualquier tipo de negociación, incluso la desarrollada por los abogados o los propios clientes (artículo 5). Esto añade poco a la práctica actual, especialmente en el ámbito de familia, donde es muy habitual que se lleven a cabo negociaciones informales entre los abogados antes de acudir a juicio. Habría sido más efectivo establecer la obligatoriedad de asistir al menos una sesión informativa de mediación familiar (Calderón Sánchez, 2025), tal y como se hace ya en Inglaterra y Gales (art. 10 Children and Family Act) o Noruega (Children Act, sección 51) y como recogía el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 (Belloso Martín, 2020, p. 1958).

En segundo lugar, se excluye esta obligación en determinados casos, puesto que no se exigirá actividad negociadora previa para la adopción de medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en materias de filiación, paternidad y maternidad, o en la restitución o retorno de menores en casos de sustracción internacional (art. 5 LO 1/2025). En torno a esta cuestión ha surgido un importante debate, que nace de una aparente contradicción interna de la norma, puesto que mientras el art. 4.1 prohíbe someter a MASC las materias que no estén a disposición de las partes, el art. 5.2 no exceptúa expresamente de la exigencia a numerosos procesos de familia (separación, divorcio, nulidad o medidas paternofiliales), pese a que en ellos concurren cuestiones indisponibles cuando hay menores.

La doctrina mayoritaria, así, Banacloche Palao (2025) y Martín García (2025), sostiene que, precisamente por esa indisponibilidad, tales procesos no deberían quedar sujetos al requisito de procedibilidad, en línea con la exclusión que ya prevé la Ley de Jurisdicción Voluntaria para la conciliación cuando hay menores implicados. Frente a ello, otros operadores, como los Jueces de Familia de Madrid (criterios de 19 de marzo de 2025), han considerado que el requisito sí resulta exigible, si bien sujeto a homologación judicial posterior para salvaguardar el interés superior del menor. A ello se ha sumado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicho precepto, por su posible incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la protección del interés superior del menor. La disparidad de criterios entre juristas, jueces y letrados de la Administración de Justicia ha generado una notable inseguridad jurídica (Rayón Ballesteros, 2026).

A mi juicio, la contradicción debe resolverse a favor de la exigibilidad, en la línea sostenida por los Jueces de Familia de Madrid, si bien la negociación solo podrá versar sobre aquello de lo que pueden disponer, quedando las cuestiones indisponibles, especialmente las que afectan al interés del menor, reservadas a la decisión judicial, con intervención del Ministerio Fiscal y ulterior homologación, de modo que la salvaguarda del interés superior del menor no se sustrae al control del juez, sino que se refuerza. Así, exigir el MASC en los procesos de familia, incluidos los de separación o divorcio con hijos menores, no compromete la indisponibilidad de esas materias, pues acudir a negociar lo disponible no equivale a disponer de lo que no lo es; y contribuye, además, a difundir una cultura de la solución consensuada que hoy sigue siendo débil.

Por último, la norma contempla no solo la función de informar y derivar a la ciudadanía hacia estos mecanismos, sino que también habilita la posibilidad de crear en las Oficinas Judiciales unidades administrativas especializadas para la prestación de servicios vinculados a los MASC (artículo 439 LOPJ). No obstante, la legislación no define cuáles serían las funciones concretas de dichas unidades, ni el modo en que deberían organizarse, ni el personal que estaría llamado a integrarlas, dejando este aspecto en manos de un desarrollo posterior, que previsiblemente se producirá a nivel autonómico, como ha ocurrido recientemente en el País Vasco (Orden de 2 de julio de 2025, del Departamento de Justicia y Derechos Humanos, por el que se aprueba el diseño y estructura de la Oficina Judicial para los Tribunales de Instancia, conforme a las previsiones de la LO 1/2025, BOE nº 225, de 18/09/2025) o Navarra, (Resolución 139/2025, de 15 de abril, de la Dirección General de Justicia del Departamento de Interior, Función Pública y Justicia, por la que se acuerda el diseño y estructura de las Oficinas de Justicia en los municipios y sus agrupaciones, igualmente conforme a la LO 1/2025, BOE nº 225, de 18/09/2025). Ninguna de estas disposiciones autonómicas crea unidades especializadas de MASC, limitándose a organizar la estructura administrativa y a prever la colaboración y coordinación con los mecanismos de mediación, conciliación u otros métodos de solución de controversias.

Esta regulación ha abierto un intenso debate identificándose, precisamente, como uno de los principales fallos de la ley el tratamiento de los MASC, ya que, en lugar de promover su utilización de forma efectiva, los convierte en meros requisitos de procedibilidad (Merino Merchan, 2025), sin ofrecer garantías de que contribuyan realmente a reducir la carga de trabajo de los tribunales. Del mismo modo, se señala que la ley pospone la regulación de aspectos esenciales, como la aplicación de los MASC en la Administración Pública, manteniendo una situación de incertidumbre jurídica en este ámbito hasta, al menos, 2027. A juicio de Merino Merchán, este aplazamiento perpetúa el colapso judicial y supone una oportunidad perdida para impulsar los MASC que podrían mejorar la resolución de conflictos.

Precisamente por estas dificultades y por la necesidad de seguir profundizando en la mejor forma de impulsar los MASC entiendo que es importante apostar por ir un poco más allá y valorar la implantación en España de un modelo multipuertas, en el que los MASC se integren de lleno en el sistema judicial. Este modelo se sustenta en la idea de que la pacificación social, uno de los fines últimos del Derecho, "debe combinar la desjudicialización de los conflictos con una gestión efectiva de la controversia, en lugar de limitarse a su eliminación judicial, garantizando al mismo tiempo la protección que representa el Poder Judicial" (Gonzaga Jayme & Barbosa Dutra, 2021, p. 354). Se busca una "justicia integral", que sea flexible, capaz de adaptarse y elegir el procedimiento más adecuado según el tipo de conflicto que se trate (Belloso Martín, 2020, p. 1941).

Los *"multidoor courthouse"* están dotados de profesionales cualificados y específicamente capacitados que dan soporte a las familias y a los jueces a través de una "oficina central" en la evaluación del conflicto y en la selección del MASC más adecuado. Esta idea ya se planteó en el Encuentro de Jueces y abogados de Familia de 2017 (Consejo General del Poder Judicial, 2017), al afirmar que en los procesos de familia, además del recurso a la mediación, debe favorecerse por los tribunales la intervención en conciliación, el arbitraje respecto a puntuales diferencias de carácter económico o patrimonial, la intervención de los puntos de encuentro, de la orientación post sentencia y de coordinadores de parentalidad que puedan facilitar la pacificación de las relaciones familiares y la efectividad de los derechos de los menores de mantener la mejor relación posible con sus progenitores.

Para alcanzar esta meta sería necesaria una apuesta más decidida por el modelo multipuerta en el que los MASC se ofrezcan a los ciudadanos como un servicio propio de los tribunales (multidoor court-house), especialmente en las recientemente creadas secciones de familia, infancia y capacidad, donde los ciudadanos podrán elegir la opción más adecuada a sus necesidades (Belloso Martín, 2020, pp. 1958-1959).

3. Juzgados multipuertas

3.1. Concepto y orígenes

El concepto de tribunales multipuertas, surgió hace más de 40 años a raíz de la "Conferencia Pound" (abril 1976), en la que el profesor de la Facultad de Derecho de Harvard, Frank Sander planteaba la necesidad de dar respuesta a los conflictos de familia desde una perspectiva global, sugiriendo que cada caso debería dirigirse al método más adecuado de resolución, ya sea mediación, arbitraje o juicio (Soleto Muñoz, 2021). El profesor Sander, afirmó entonces "se podría imaginar que para el año 2000 no existiría simplemente un tribunal, sino un *Centro de Resolución de Disputas*, donde el demandante sería dirigido

inicialmente por un funcionario encargado de la selección del caso, quien lo canalizaría hacia el proceso (o secuencia de procesos) más adecuado a su tipo de disputa" (Chukwu & Nwosu, 2016, p. 223). Este modelo se ha hecho realidad en Estados Unidos incluso antes de la fecha prevista, donde los juzgados de familia crearon una oficina "distribuidora" de ADR, o MASC en el sistema español, remitiendo el conflicto familiar a un sistema u otro, es decir, a una puerta u otra, en base a una serie de indicadores.

En Estados Unidos la Ley Federal de Resolución Alternativa de Disputas (Alternative Dispute Resolution Act), de 30 de octubre de 1998, exige que los tribunales federales de primera instancia establezcan al menos un programa de resolución alternativa de disputas y fomentan que ofrezcan varias opciones como parte de un enfoque de "múltiples puertas"(Hoffman, 1999, p. 2). Esta norma afirma que cuando la resolución alternativa de conflictos "cuenta con el respaldo del poder judicial y la comunidad legal, y emplea a "terceros neutrales" *(properly trained neutrals*) debidamente capacitados dentro de un programa administrado adecuadamente por el tribunal, tiene el potencial de ofrecer una variedad de beneficios, incluyendo una mayor satisfacción de las partes, métodos innovadores para la resolución de conflictos y una mayor eficiencia en la consecución de acuerdos" (sec. 2, ADR Act 1998, findings and declaration policies).

Los "neutrales" (*neutrals*) son las personas que actúan como intermediarios imparciales en los procesos de resolución alternativa de disputas, pudiendo ser: jueces (*magistrate judges*) capacitados para actuar como neutrales en estos procesos; neutrales profesionales (*professional neutrals*) del sector privado, como mediadores o árbitros, que cuenten con la formación adecuada; o personas capacitadas específicamente para desempeñar esa función (§653 US Code).

Cada tribunal de distrito de los Estados Unidos deberá designar a "un empleado o a un funcionario judicial que tenga conocimientos en prácticas y procesos de resolución alternativa de disputas para implementar, administrar, supervisar y evaluar el programa de resolución alternativa de disputas del tribunal. Dicha persona también podrá ser responsable de reclutar, evaluar y capacitar a abogados para que actúen como neutrales y árbitros en el programa de resolución alternativa de disputas del tribunal" (Title 28, § 651, US Code).

La norma otorga un alto grado de discreción y flexibilidad a estos tribunales, permitiéndoles determinar el alcance de su programa de resolución alternativa de disputas, los tipos de procesos que utilizarán, las disputas que abarcarán y cómo se capacitarán y compensarán a los neutrales. Sin embargo, indica que si bien los tribunales pueden obligar a las partes a participar en procesos de mediación o en una evaluación neutral temprana (donde un tercero imparcial evalúa el fondo de la disputa), no pueden forzarlas a participar en arbitraje o juicios sumarios con jurado sin su consentimiento, exigiendo en estos casos que las partes estén de acuerdo con participar.

Al igual que los tribunales estatales, la mayoría de los tribunales federales ya estaban implementando algún tipo de ADR antes de la aprobación de la ley, siendo la forma más común la mediación, seguida del arbitraje, los juicios simulados con jurado y la evaluación neutral temprana (Hoffman, 1999, p. 2). Este modelo ha ido luego extendiéndose a otros ámbitos, como la mezcla compleja de mecanismos punitivos y no punitivos que han proliferado en el ámbito del derecho penal (Bierschbach, 2020, p. 61) o del derecho penal internacional (Braithwaite, 2020).

3.2 Funcionamiento

En línea con el concepto del "*fitting the forum to the fuss*" (Sander & Goldberg, 1994), es decir, elegir el foro más apropiado según el tipo de conflicto, estos juzgados crean una especie de "menú de servicios judiciales" (Chukwu & Nwosu, 2016, p. 228) o un "proceso de triaje" (Gimenez & Spengler, 2015, p. 110) tratando de ofrecer los sistemas más adecuados para satisfacer las necesidades de cada tipo de caso individual, en lugar de diseñar un juzgado de "talla única" para todos los casos.

Para que un tribunal multipuertas pueda ser considerado como tal es imprescindible que cuente con un procedimiento de entrada de asuntos al tribunal y que éstos sean seleccionados, antes de ser repartidos por un oficial del juzgado, y enviados a la "puerta" más adecuada (Soleto Muñoz, 2021, p. 434). Su esencia consiste en una "oficina central" con profesionales cualificados y específicamente capacitados que dan soporte a los jueces en esta función de evaluación y selección del MASC más adecuado y que sigue un proceso estructurado.

En una primera etapa, de carácter "investigativo-conciliatorio" (Riego & Lillo, 2014, p. 398) los funcionarios especializados harían un *contacto inicial*, tratando de ofrecer un nuevo marco para la gestión del conflicto, ya sea mediante una conciliación telefónica o brindándoles información adicional y haciendo una primera evaluación sobre la posibilidad y conveniencia de acudir a

un MASC, derivándoles al sistema más apropiado, o, si es necesario, pueden ir directamente a sede judicial. Aunque originalmente esta función de recepción y derivación fue concebida para ser realizada por oficiales administrativos, también puede ser realizada con intervención de los jueces, siendo esencial que sea realizado por personal entrenado para que informen a las partes de las diversas alternativas disponibles. Los casos pueden llegar por acceso directo (walk-in cases), cuando las partes acuden voluntariamente al tribunal para resolver su disputa mediante métodos alternativos, sin necesidad de presentar una demanda formal en el sistema judicial, o por derivación (referrals) cuando un juez remite un caso ya presentado formalmente al tribunal multipuerta, considerando que el conflicto podría resolverse de manera más eficiente a través de otros mecanismos (Chukwu & Nwosu, 2016, p. 224).

Una vez que el caso está en el juzgado se lleva a cabo la evaluación o diagnóstico identificando a las partes del conflicto, la situación y necesidades de la familia e identificando las necesidades de las personas involucradas en el mismo. Se pueden distinguir dos actividades principales: la entrevista y el asesoramiento. En la entrevista, se formulan preguntas con el objetivo de identificar el problema, concluyendo esta fase con un resumen de la situación y la aceptación por parte de los involucrados de la intervención. En el asesoramiento, se analizan las soluciones potenciales junto con sus probables consecuencias negativas y positivas, con el fin de identificar la vía más adecuada para el tratamiento del conflicto.

La evaluación se lleva a cabo en base a cuatro factores: a) la naturaleza de la disputa; b) la relación entre las partes; c) el valor de la demanda y el coste del proceso; d) la rapidez, considerando la necesidad de una respuesta ágil y una intervención urgente (Gimenez & Spengler, 2015, p. 114). Después de esta evaluación, se convoca una "audiencia y se somete a consideración de las dos partes con sus abogados la vía (puerta) más idónea, argumentando y discutiendo con ellos las razones de esta derivación que, en todo caso, debe ser aceptada voluntariamente" (Pérez Vallejo & Sainz-Cantero Caparrós, 2018, p. 363). Por último, se *remite* el caso a una de las puertas o medios de solución de controversias. Si la primera opción no resulta exitosa, el conflicto será sometido a una nueva evaluación.

Existe un debate sobre si los jueces tienen poderes inherentes para obligar a las partes a explorar soluciones extrajudiciales. Forzar la remisión de un caso a mecanismos alternativos podría considerarse una restricción indebida del derecho de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental, ya que las partes deben conservar la posibilidad de obtener una resolución judicial si así lo desean (Chukwu & Nwosu, 2016, p. 224). El legislador español remarca que, siendo esto así, "antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia" (Preámbulo, IV).

Las opciones más comunes en los juzgados de Estados Unidos son (Hoffman, 1999, pp. 6-7):

a) Arbitraje no vinculante (*Court-annexed or nonbinding arbitration*): Los litigantes presentan su caso ante un árbitro que emite una decisión no vinculante, la cual puede ser apelada. Generalmente se presentan a este sistema los conflictos contractuales o de responsabilidad *extracontractual*. Cualquiera de las partes que no acepte el laudo puede solicitar un juicio de nuevo.
b) Evaluación neutral temprana (*Early neutral evaluation*): Los abogados, acompañados por sus clientes y representantes de compañías de seguros con autoridad, presentan su caso a una parte neutral, generalmente con amplia experiencia en el área legal relevante, usualmente es un abogado respetado, juez retirado o profesor de derecho, quien identifica los problemas y evalúa el posible resultado del caso.
c) Juicio sumario con jurado (*Summary jury trial*): El tribunal lleva a cabo un juicio abreviado con jurado que emite un veredicto no vinculante.
d) Mini juicio (*Mini-trial*): Los litigantes presentan una versión abreviada del caso a la parte contraria, quienes tienen plena autoridad para llegar a un acuerdo. Aunque no es ni un juicio ni muy corto, el mini juicio permite a las partes comprender los temas involucrados en el conflicto y puede ayudar a las partes a llegar a una resolución.
e) Mediación voluntaria (*Voluntary mediation*): Los litigantes se reúnen con un mediador externo que les ayudan a tratar de llegar a un acuerdo.
f) Conferencias de conciliación (*Settlement conferences*): Un magistrado se reúne con los litigantes y trata de ayudarlos a llegar a un acuerdo antes del juicio.
g) Special Masters: Los litigantes presentan sus casos a un tercero, quien prepara una recomendación para el tribunal y ayudan en la ejecución de las decisiones. En algunos países esta función cuando se desarrolla en el ámbito familiar para conflictos de alto impacto en el ejercicio

de las funciones parentales se denomina Coordinación de parentalidad (Blanco Carrasco, 2022).

h) Negociaciones formales para el acuerdo (*Formal settlement negotiations*): Se requiere que los litigantes intenten resolver los problemas antes de la intervención judicial.
i) Semana de conciliación (*Settlement week*): Los litigantes son alentados a utilizar diversas técnicas de ADR para resolver sus casos durante una semana específica en el calendario del tribunal.

No todos los países tienen experiencia en todos estos MASC, debiendo adaptar la "oferta" de servicios a aquellos que se pueden ofrecer y a las diferencias culturales que puedan existir.

La LO 1/2025 española entiende que los MASC serán exigibles en el ámbito civil y mercantil (art. 5), debiendo acreditar haber acudido a estos sistemas antes de presentar una demanda en estos ámbitos. Se excluyen explícitamente del ámbito de aplicación de la norma las materias laborales, penales, concursales y aquellas en las que intervenga alguna entidad pública (art. 3).

Entre los MASC recogidos en la ley se encuentran la mediación, la conciliación, la opinión neutral de persona experta independiente, la oferta vinculante confidencial, cualquier actividad negociadora reconocida por la ley (ya sea negociación directa entre las partes o a través de sus abogados) y el derecho colaborativo. Como vemos, en este elenco no se encuentra recogido el arbitraje. Abordaremos esta cuestión más adelante si bien podemos adelantar que parte de la doctrina critica la exclusión absoluta de esta regulación del arbitraje en el sector público, al considerar que se desaprovecha una herramienta con capacidad para resolver conflictos administrativos y mercantiles de manera más ágil y eficiente (Merino Merchán, 2025).

3.3 Experiencias

Tras la idea presentada por Sander en la conferencia Pound, la American Bar Association (ABA) asumió el liderazgo en la promoción de la idea original, que denominó *Comprehensive Justice Center* o *Multi-door Courthourse System*. Para impulsar su implementación la ABA creó en 1984 un Comité Especial que seleccionó tres lugares para llevar a cabo experiencias piloto, en Tulsa (Oklahoma), Houston (Texas) y Washington D.C. Posteriormente otros estados incorporaron este modelo como en 1989 en el Tribunal Superior de Cambridge (Middlesex, Massachusetts), en 1990 en el Condado de Dekalb (Georgia), y en el Centro de Justicia del Condado de Arapahoe (Colorado). Desde entonces se han instalado numerosas oficinas estatales de resolución de conflictos ya sea en a nivel judicial, gubernamental, legislativa o en instituciones educativas, como la *Commission on Dispute Resolution and Conflict Management* de Ohio, creada en 1989 como organismo independiente que recibe derivaciones del ámbito judicial, gubernamental, educativo, etc, o la Colorado Office of Dispute Resolution (ODR) creada en 1983 (Pruett & Savage, 2004, p. 233).

El Tribunal Multipuertas de Washington D.C. es un modelo exitoso considerado una referencia para la implementación de mecanismos similares en otros lugares (Riego & Lillo, 2014, pp. 400–403). Se instaló en la Corte Superior del Distrito de Columbia en 1985 con la creación de la *Multi-Door Dispute Resolution Division*, abordando una amplia variedad de casos, incluyendo asuntos civiles, pequeñas causas y conflictos familiares, incluyendo disputas comerciales, problemas con arrendamientos, quejas vecinales, y relaciones familiares. La mayor dificultad al inicio fue crear un proceso de evaluación y derivación accesible, ya que, aunque existían más de 40 programas de resolución de conflictos en la comunidad, pocos ciudadanos o funcionarios conocían las opciones disponibles. Para solucionar esto, se creó un manual que se actualiza continuamente, informando sobre los programas disponibles tanto en la Corte Superior de Distrito como en otros servicios sociales y legales de Washington D.C.

Los funcionarios de la *Multi-Door Dispute Resolution Division* derivan los casos a los programas adecuados según el tipo de disputa. Estos incluyen mediación, arbitraje, conciliación telefónica, el tribunal de pequeñas causas, y la rama especializada en problemas entre propietarios y arrendatarios, entre otros. En los primeros nueve meses de funcionamiento (1985), más de 2.250 personas fueron atendidas, y se derivó al 75% de los casos a programas alternativos. En 2013, se gestionaron 7.173 casos civiles, de los cuales una gran parte correspondían a mediaciones en casos civiles ordinarios, pequeños conflictos entre propietarios y arrendatarios, y disputas de pequeñas causas. La tasa de acuerdo fue alta, con un promedio general del 57%, destacando un 69% de acuerdos en pequeñas causas y un 67% en casos entre propietarios y arrendatarios. Además, en 2013, el tribunal brindó servicio de información a 1.695 personas, de las cuales el 70,4% buscaba

resolver disputas familiares y el 21,7% problemas civiles. La tasa de acuerdo en estos casos fue del 63% (Riego & Lillo, 2014, p. 402). Este sistema ha demostrado ser efectivo en la resolución alternativa de conflictos, con altas tasas de éxito en mediación y conciliación, y ha servido como modelo para otros tribunales.

Especialmente destacable también es la experiencia de Lagos, Nigeria, que desde el año 2002 vieron en estos tribunales una forma de afrontar las dificultades del sistema de justicia de su país, debido al alto índice de analfabetismo, que afecta al 35% de la población (aproximadamente 56 millones de personas) y que dificulta la comprensión del sistema judicial y aumenta los costos de acceso al proceso. A ello se suma que, en 2010, el 69% de la población nigeriana vivía con menos de un dólar al día, lo que agrava la dificultad para acceder a la justicia, y la falta de recursos humanos, dado que en 2002 contaba con solo 54 jueces y 108 magistrados para atender a una población de aproximadamente 20,5 millones de personas. Esto genera tiempos de espera extremadamente largos, ya que un litigio puede tardar entre 5 y 20 años en resolverse. La Constitución de la República Federal de Nigeria de 1999 faculta al Tribunal Nacional de lo Laboral para establecer un Centro de Resolución Alternativa de Disputas (art. 254 C,3) dentro de las instalaciones del tribunal en asuntos de su competencia. El modelo multipuertas se implementó ofreciendo cuatro vías de resolución de conflictos: mediación, arbitraje, evaluación preliminar neutra y una modalidad híbrida que combina mediación y arbitraje (*med-arb o arb-med*).

Estas opciones abarcan una amplia gama de conflictos, incluyendo disputas bancarias y comerciales, conflictos laborales, telecomunicaciones, energía, derecho administrativo, medio ambiente, educación, responsabilidad civil y derecho de familia. Este estado ha respaldado esta iniciativa con legislación específica: la Lagos Multi-Door Courthouse Law de 18 de mayo de 2007 (Supplement to Lagos State of Nigeria Official Gazette Extraordinary nº 56 vol 40, 3rd August 2007). Entre 2002 y 2011 se presentaron un total de 1.136 acciones civiles, de las cuales 662 fueron remitidas por los tribunales y 467 fueron iniciadas directamente por las partes sin intervención judicial. Desde 2009, con la introducción de la Semana de Conciliación de Lagos (Lagos Settlement Week), se incrementó el uso de estos mecanismos. De los 1.136 casos registrados, 1.071 fueron mediados y 65 fueron arbitrados. Dentro de las mediaciones, el 30% de los casos se resolvió con acuerdo, el 43,6% no llegó a un consenso y el 29% fue retirado o abandonado (Gimenez & Spengler, 2015, p. 123 y ss). El sistema cuenta con 65 mediadores y 18 árbitros capacitados, pero se ha identificado la necesidad de aumentar este número y de promover la concienciación sobre la existencia y utilidad de estos mecanismos.

Este modelo está consolidado en muchos países de América y Europa, donde se busca poder ofrecer al ciudadano diversos mecanismos, si bien con una oferta limitada y no necesariamente desde el propio juzgado. Es habitual encontrar en sistemas "bipuertas" en la mayor parte de los países europeos, donde la mediación es la alternativa oficial a los tribunales (Soleto Muñoz, 2021, p. 435). Así mismo, existe una gran variedad de servicios a los que los ciudadanos pueden acceder si bien no desde el juzgado sino desde otras instituciones o por consejo de profesionales como abogados, psicólogos o trabajadores sociales.

4. El arbitraje y su aplicabilidad a los conflictos familiares: ¿una puerta más?

El arbitraje tiene su principal ámbito de aplicación en el ámbito mercantil o en los conflictos de consumo, donde son ampliamente conocidos y utilizados, pero existen muchos otros ámbitos en los que este sistema es aplicable, siempre y cuando exista un litigio o conflicto y verse sobre materias que sean de libre disposición para las partes según el derecho aplicable (art. 2.1 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

Como hemos indicado anteriormente la LO 1/2025 no incluye el arbitraje dentro de los MASC, a pesar de ser definido como un "mecanismo alternativo de resolución de conflictos al que las partes se someten libre y voluntariamente para que un tercero ponga fin a una controversia de naturaleza disponible, de forma definitiva e irrevocable" (Valiño Ces, 2022, p. 185). Esta exclusión se debe, esencialmente al carácter alternativo del arbitraje frente a la jurisdicción, que no puede predicarse del resto de sistemas mencionados. Todos los MASC recogidos en la normativa, a pesar de su carácter obligatorio, no excluyen en ningún caso la posibilidad de acudir al juzgado, puesto que lo contrario se podría entender como una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. La norma obliga al ciudadano a utilizar, a exponerse, a alguno de estos sistemas antes de acudir a un juicio. Sin embargo, no obliga a quedarse, a pasar por el proceso y resolver el conflicto a través de estos sistemas, de forma que el ciudadano

siempre tiene la posibilidad de, no alcanzado el acuerdo o una solución aceptable para las partes, acudir a proceso judicial.

El arbitraje, sin embargo, es el único sistema realmente "alternativo" a la jurisdicción, lo que indica que la elección de uno excluye al otro, es decir, la voluntad de las partes de someter su litigio a la decisión de un árbitro impediría a un juez abordar la cuestión mediante la invocación de una declinatoria (arts. 11.1 Ley 60/2003 de Arbitraje, de 23 de diciembre de 2003). El árbitro, por voluntad de las partes, se convierte en un sustituto del juez, en un "equivalente jurisdiccional", tanto en su función declarativa como tuitiva, si bien no en la ejecutiva, puesto que, a pesar de que el laudo arbitral tiene fuerza plena y ejecutividad inmediata, su efectiva ejecución solo puede ser llevada a cabo por el juez (Munné Catarina, 2018, p. 394). Cuando las partes someten sus controversias al arbitraje están obligadas a "estar y pasar por el pacto de sumisión a arbitraje" (Munné Catarina, 2018, p. 394), excluyendo la jurisdicción ordinaria del conocimiento del asunto, salvo que medie pacto para dejar sin efecto la sumisión arbitral.

Podríamos preguntarnos si este obstáculo podría salvarse de alguna forma de manera que se pudiera incluir el arbitraje dentro de la posible lista de opciones o puertas a ofertar a los ciudadanos. Sin duda, sería posible acudir a una sesión informativa sobre arbitraje, puesto que, todo lo que ocurra antes de la firma del compromiso arbitral es de carácter informativo. Esta "sesión informativa de arbitraje" tendría como principal función concienciar a los ciudadanos de la voluntariedad del sistema, así como de las importantes consecuencias a nivel procesal en caso de que se decidieran por el mismo.

Otra opción sería, tal y como hemos visto anteriormente que ocurre en Estados Unidos, introducir un arbitraje no vinculante (*Court-annexed or nonbinding arbitration*), tal y como han hecho otros países vecinos, en la que el tercero, denominado "arbitro", tras escuchar las posiciones de las partes y practicar las pruebas oportunas, ofrece una decisión, o dictamen, que no tiene carácter vinculante para las partes. Sin embargo, debemos puntualizar que en el sistema jurídico español los terceros que adoptan una decisión no vinculante se entenderían como una mediación evaluativa, una conciliación o incluso como un arbitrador o tercero dirimente (Rogel Vide, 2013), y, por lo tanto, podría tener cabida entre los MASC ya admitidos por la norma, pero no serían un arbitraje en sí mismo según nuestra Ley de Arbitraje 60/2003.

Especialmente complicada es la posibilidad de recurrir al arbitraje en conflictos familiares, puesto que, como bien indica Munné Catarina (2018, p. 395), existen numerosas cuestiones que no son verdaderas controversias sino actos de jurisdicción voluntaria (el matrimonio, la adopción, la filiación). La cuestión en relación a la aplicabilidad del arbitraje a los conflictos de familia se ha resuelto de manera muy diversa en el Derecho comparado, en función de las materias que se consideran disponibles por las partes, así como el concepto de orden público del país en cuestión.

En los ordenamientos de tradición continental, como el español y la mayoría de los latinoamericanos, el principal obstáculo para la expansión del arbitraje en materia de familia radica en la configuración del Derecho de Familia como un ámbito intensamente vinculado al orden público. La noción de "orden público familiar" opera como límite a la autonomía de la voluntad, restringiendo la posibilidad de que las partes dispongan libremente de determinados derechos cuando están en juego intereses de menores o personas vulnerables.

Este criterio, aparentemente sencillo, se vuelve problemático en el ámbito del Derecho de familia, donde numerosas cuestiones (como la custodia, el régimen de visitas o los alimentos de los menores) se consideran indisponibles por afectar directamente al interés superior del menor y exigir la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal. La dificultad no es solo material, sino también estructural. El proceso de familia en España se concibe como un procedimiento de naturaleza tuitiva, en el que la intervención judicial no se limita a resolver un conflicto entre partes en igualdad de condiciones, sino que incorpora la función de garantizar el interés superior del menor.

Esta configuración dificulta la idea de desplazar la decisión a un tercero privado cuya legitimación deriva exclusivamente del consentimiento de los progenitores. Por ello, la doctrina mayoritaria limita el arbitraje prácticamente a las cuestiones de naturaleza patrimonial, como la liquidación del régimen económico matrimonial, las compensaciones económicas por razón del trabajo durante el matrimonio o las derivadas del desequilibrio producido por la ruptura (Munné Catarina, 2018, p. 396), siempre que no se comprometa el interés de los hijos (Lauroba Lacasa, 2018, p. 43). Quedan así excluidas materias como el estado civil de las personas, los alimentos futuros o la declaración de nulidad matrimonial, por tratarse de cuestiones no transigibles.

No obstante, desde la reforma del Código Civil operada por la Ley 15/2015, de

Jurisdicción Voluntaria, puede sostenerse que la separación y el divorcio de mutuo acuerdo no deben quedar necesariamente fuera del ámbito de libre disposición. Los cónyuges pueden otorgar el convenio regulador ante secretario judicial o notario, quienes, además de constatar la voluntad de separarse o divorciarse, determinarán las medidas aplicables tras la ruptura, salvo que existan hijos menores o con discapacidad. Aunque la declaración de separación o divorcio afecta al estado civil y debe formalizarse mediante resolución judicial o escritura pública por su trascendencia registral, "nada impide que las partes, en el convenio regulador, puedan acordar que algunas cuestiones pendientes o todas las futuras controversias que sean de libre disposición se resuelvan mediante mediación o arbitraje" (Munné Catarina, 2018, p. 397).

En los procedimientos contenciosos de separación o divorcio también cabe disponer, y, por tanto, someter a arbitraje, cuestiones relativas a la atribución del uso de la vivienda familiar o su adjudicación a uno de los cónyuges, siempre que no se vulnere el interés del menor ni el del miembro de la familia más necesitado de protección. De hecho, el artículo 552-10 del Código Civil de Cataluña prevé expresamente la arbitrabilidad de la división de la cosa común referida a la vivienda familiar.

Las cuestiones relativas a los hijos mayores de edad, esencialmente económicas, son susceptibles de arbitraje. Respecto a los hijos menores, Munné Catarina considera que materias como la custodia, el régimen de visitas de los progenitores o abuelos, el plan de parentalidad y otras cuestiones similares también podrían ser arbitrables, siempre que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores (art. 82.2 CC) y que, además, intervenga el Ministerio Fiscal. A juicio de Munné Catarina (2018, p. 398-399), la mera presencia de un menor no convierte automáticamente la materia en indisponible, pues puede ser objeto de convenio regulador; ahora bien, lo acordado por las partes o decidido por el árbitro deberá respetar en todo caso el interés del menor para no vulnerar el orden público (art. 41.1.f LA), pudiendo el laudo ser anulado incluso a instancia del Ministerio Fiscal (art. 41.2 LA).

Por el contrario, las cuestiones relativas a la patria potestad quedan fuera de la autonomía de la voluntad de los progenitores, quienes no pueden pactar su exclusión ni su atribución exclusiva a uno de ellos. Si los progenitores no pueden disponer sobre ello, tampoco pueden delegar su decisión en un tercero. Igualmente, quedan excluidos del arbitraje el acogimiento, la adopción, la filiación y la tutela, pues no existe técnicamente una controversia entre partes, sino un expediente administrativo o de jurisdicción voluntaria (art. 161 CC). No se trataría de sustituir la función declarativa del juez en un procedimiento sin litigio, sino de reemplazar a un funcionario público en un expediente administrativo, lo cual excede por completo el objeto del arbitraje. Y, aun si llegara a plantearse una controversia entre las partes en estos expedientes, la materia sería indisponible por carecer de carácter negocial. En el ámbito sucesorio, el artículo 10 LA reconoce expresamente la validez del arbitraje instituido por disposición testamentaria para resolver las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios en cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

A *sensu* contrario, queda excluido el arbitraje en materias relativas a la legítima o en la sucesión intestada. También pueden someterse a arbitraje cuestiones relativas a la partición, distribución, adjudicación, administración o liquidación de los bienes que integran el caudal relicto. En síntesis, como resume el propio Munné Catarina (2018, p. 400), las cuestiones económico-patrimoniales son, en general, arbitrables, salvo los alimentos futuros o no devengados (art. 1814 CC) y la herencia forzosa ex lege (art. 10 LA). En cuanto a las cuestiones no patrimoniales, solo son arbitrables aquellas que constituyan verdaderas controversias y sean negociables por las partes, lo que excluye los alimentos futuros, la nulidad matrimonial, la patria potestad, el acogimiento, la adopción, la filiación y la tutela.

A mi juicio, sin embargo, esta posición resulta excesivamente permisiva cuando se hallan implicados menores. Comparto la posición de Lauroba (2018, pp. 41 y ss.), para quien, respecto de las cuestiones que afectan directamente al menor, el arbitraje no encuentra acomodo en nuestro sistema. Tres razones sostienen esta conclusión. En primer lugar, el proceso de familia español es de naturaleza tuitiva, puesto que el juez no se limita a resolver un conflicto entre partes en pie de igualdad, sino que asume la función de garantizar el interés superior del menor. En segundo lugar, la intervención del Ministerio Fiscal no opera como un mero visado del acuerdo, sino como garantía imperativa e indisponible de esa protección. Y, en tercer lugar, que una materia pueda incorporarse a un convenio regulador, sometido a control notarial o judicial, no equivale a que pueda delegarse en un árbitro privado cuya legitimación deriva exclusivamente del consentimiento de los progenitores.

Esta conclusión encuentra respaldo en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que configura el interés superior del menor como una regla de orden público de obligada aplicación y como un límite indisponible a la autonomía de la voluntad de los progenitores (STS 29/2024, de 5 de febrero), y reitera que dicho interés prevalece incluso sobre el vínculo parental (STS 89/2025, de 20 de enero). Si los progenitores carecen de poder de disposición sobre estas materias, mal pueden sustraerlas de la tutela judicial para confiarlas a quien solo actúa investido de la confianza que ellos mismos le han conferido.

En América Latina, el panorama es similar, aunque con matices según el país. En sistemas como el mexicano, argentino o colombiano, la arbitrabilidad también se encuentra condicionada por la distinción entre materias disponibles e indisponibles. La mayoría de legislaciones arbitrales latinoamericanas, inspiradas en la Ley Modelo UNCITRAL, limitan el arbitraje a derechos de libre disposición, y la jurisprudencia suele considerar que las cuestiones relativas a patria potestad, custodia o alimentos de menores pertenecen al orden público familiar. Incluso en países donde la normativa arbitral es moderna y pro-arbitraje, el Derecho de Familia continúa siendo un ámbito excepcionalmente protegido por el Estado. No obstante, se observa una evolución gradual en algunos ordenamientos latinoamericanos hacia una mayor apertura en aspectos patrimoniales derivados de la ruptura matrimonial, especialmente en contextos donde el arbitraje tiene fuerte implantación en materia comercial. Aun así, la expansión hacia cuestiones parentales sigue siendo muy limitada, debido a la centralidad del principio de protección del menor y al control judicial reforzado.

En contraste, los países de tradición anglosajona han mostrado una mayor disposición a integrar el arbitraje en el ámbito familiar, aunque con importantes salvaguardas. En el Reino Unido, el desarrollo institucional del arbitraje familiar a través del *Institute of Family Law Arbitration* (IFLA) constituye un ejemplo significativo. En una primera fase (2012), el sistema se limitó a disputas financieras tras la ruptura, excluyendo cuestiones relativas a menores. Sin embargo, a partir de 2016 se amplió su ámbito para incluir determinados conflictos relacionados con la guarda y el tiempo de convivencia con los hijos, aunque siempre bajo la supervisión judicial final. El juez conserva la facultad de revisar el laudo cuando estén implicados menores, lo que introduce un mecanismo de control compatible con la protección del interés superior del niño.

En Estados Unidos, la situación es heterogénea debido al carácter estatal del Derecho de Familia. La Federal *Arbitration Act* no prohíbe el arbitraje en esta materia, pero cada estado establece sus propios límites. Algunos, como Nueva York, mantienen una posición restrictiva en cuestiones parentales, mientras que otros, como Nueva Jersey, admiten el arbitraje incluso en disputas relativas a custodia, siempre que se garantice la revisión judicial y la protección del interés del menor (Lauroba Lacasa, 2018, pág. 42). En este contexto, el arbitraje no sustituye plenamente al juez, sino que opera como un mecanismo complementario cuya decisión puede ser examinada por los tribunales.

Canadá ofrece un modelo particularmente interesante con la figura del "secondary arbitration" o "coordinador de parentalidad" prevista en la *Family Law* Act, donde el arbitraje puede activarse para resolver controversias derivadas de la implementación de acuerdos o resoluciones previas. Allí, el coordinador de parentalidad puede ejercer funciones cuasi-arbitrales, aunque siempre sobre la base del consentimiento de las partes y dentro de los límites establecidos en el acuerdo incorporado a la resolución judicial. El sistema combina autonomía privada y control judicial, evitando la delegación inconstitucional de funciones jurisdiccionales. Este modelo está empezando a explorarse en España, si bien con diferencias importantes esencialmente en la capacidad decisoria de este tercero (Blanco Carrasco, 2020).

5. Ventajas y dificultades del modelo multipuertas

La idea de poner todos los MASC a disposición de una familia para que cada uno pueda ir aportando su pequeño granito de arena en la solución del conflicto es realmente atractiva. Una de las principales ventajas de los tribunales multipuertas es que evitan la duplicación de servicios y reducen las largas listas de espera en determinados procedimientos. Además, estos espacios representan un entorno idóneo para la formación de profesionales puesto que "ofrece un excelente ejemplo de capacitación para profesionales interesados en la mediación" (Lally et al., 2014, pp. 131-132). La implementación del sistema multipuertas ha demostrado ser particularmente beneficiosa en contextos de vulnerabilidad. Por ejemplo, en Nigeria, la introducción de este modelo permitió que la población accediera a métodos más adecuados para la resolución de conflictos, ampliando el alcance de la

justicia y fortaleciendo su papel social. No solo diversificó los mecanismos de resolución, sino que también promovió el acceso amplio y efectivo a la justicia. Al ofrecer alternativas más ágiles y accesibles, este modelo contribuyó a un proceso de emancipación social, proporcionando a las partes en conflicto herramientas para alcanzar soluciones satisfactorias mediante enfoques terapéuticos y participativos (Gimenez & Spengler, 2015).

Por último, este modelo es muy flexible y adaptativo a las necesidades de las partes involucradas, tal y como subrayaba Sander, puesto que la clave para elegir un foro es considerar los objetivos de las partes involucradas. Esto implica una apuesta decidida por la digitalización y por procedimientos remotos, que podrán utilizarse si lo justifica la naturaleza del caso, el volumen de pruebas, la duración del proceso y la opinión de las partes y sus abogados (Bell 2021, pp. 25-26).

Pero la integración del sistema Multipuertas dentro del marco judicial enfrenta varios desafíos, siendo uno de los más relevantes la implicación de los jueces. Se ha observado que la derivación de casos por parte de los tribunales es crucial para fomentar el uso de estos sistemas. Esto requiere que los jueces sean proactivos en remitir casos apropiados a mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Sin embargo, los jueces han mostrado resistencia a la integración de estos sistemas dentro del propio juzgado, sin entender que el foro multipuertas no es un competidor del sistema judicial tradicional, sino que lo complementa (Lally, Higuchi & Joyner-Hall, 2014, pp. 131-32).

Además de los jueces, existen dificultades relacionadas con la actitud de algunos profesionales, especialmente abogados, que, o bien se centran exclusivamente en estrategias procesales adversariales, sin informar adecuadamente a sus clientes sobre las alternativas más rápidas, económicas y menos conflictivas, o bien confunden su función como representantes legales con las de los mediadores u otros terceros (Blanco Carrasco, 2023). Para lograr una implementación efectiva de los MASC es necesaria una mayor colaboración entre jueces y abogados, así como el compromiso conjunto de los profesionales y las instituciones públicas, acompañado de una formación adecuada que permita comprender y aplicar estas metodologías de forma efectiva (Rabinovich-Einy y Katsh, 2017, p. 174).

Otra dificultad se encuentra en la posible desigualdad que puede generar dependiendo del lugar donde se administre la justicia. Este fenómeno es lo que se denomina "justicia geográfica". Por ejemplo, dos ofensores que cometen el mismo crimen en la misma jurisdicción, como un fraude o robo, podrían recibir respuestas muy diferentes simplemente por el lugar donde se cometió el delito y las puertas judiciales a las que tienen acceso (Bierschbach, 2020, p. 66). En algunos casos, esto puede implicar una respuesta desigual en función del contexto, la filosofía del castigo de los jueces, los miembros de la comunidad o incluso la oferta de sistemas disponibles. En estos casos, podría ser útil reducir el número de opciones disponibles para el ciudadano, asegurándose de que se garanticen respuestas más equitativas, o bien centrarse más en el proceso que en el resultado final (Bierschbach, 2020, pp. 62-63).

Así mismo se critica que una justicia más accesible puede conseguirse a costa de la justicia misma. El sistema multipuertas implica un intercambio entre "equidad" (consistencia y protecciones legales) y "eficiencia" (procesos más rápidos y flexibles a través de MASC). La delegación de la resolución de disputas legales en foros privados, como la mediación, podría debilitar la capacidad de los tribunales para crear precedentes y desarrollar valores sociales. Además, algunos temen que la mediación pueda perjudicar a grupos vulnerables, como mujeres, minorías y consumidores, ya que estos grupos podrían estar en desventaja frente a partes más poderosas o ricas, quienes pueden conocer mejor sus derechos y defender sus intereses más eficazmente (Rabinovich-Einy and Katsh, 2017, pp. 180-81).

Al centrarse en las "necesidades" y "deseos" de las partes en lugar de en sus "derechos", se corre el riesgo de diluir las reclamaciones legítimas que merecen una atención pública y legal (Rabinovich-Einy and Katsh, 2017, p. 174). La implementación de la Justicia Multipuertas en un Estado Democrático de Derecho no debe comprometer las garantías fundamentales del proceso. Pereira Hill (2021) destaca que cada una de las "puertas" que componen este sistema debe acoger los principios del debido proceso, respetando las particularidades de cada mecanismo disponible. En su opinión, el acceso a la justicia fuera de los tribunales debe estar sustentado en cinco elementos esenciales: imparcialidad e independencia, control externo, publicidad, previsibilidad de los procedimientos y contradicción (Pereira Hill, 2021, p. 383).

6. Conclusiones

La principal conclusión de este estudio es que las recién creadas secciones de familia, infancia y capacidad deberían organizarse

conforme a un modelo de tribunal multipuertas: una justicia integral en la que una oficina especializada reciba, evalúe y derive cada conflicto familiar hacia el mecanismo más adecuado.

La reforma introducida en España por la LO 1/2025 constituye un avance significativo, ya que acomete modificaciones que, sin duda, contribuirán a mejorar la respuesta de nuestro sistema judicial. Entre los aspectos más relevantes se encuentra la creación de una sección de familia, infancia y capacidad en los Tribunales de Instancia, una demanda largamente planteada por expertos y juristas. La Disposición Adicional Sexta fomenta, aunque no obliga, la formación especializada en temas de familia, infancia, capacidad y violencia contra menores de jueces y magistrados suplentes, miembros del Ministerio Fiscal y miembros de los equipos técnicos judiciales. Esta formación debería incluir, de manera destacada, el estudio profundo de los Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC), abordando sus características, diferencias y limitaciones, imprescindible para garantizar una intervención eficaz y adecuada en los conflictos familiares.

Aunque la norma establece la obligatoriedad de acudir a los MASC antes de interponer una demanda civil, el alcance de esta medida puede resultar limitado, especialmente en el ámbito familiar. Esto se debe a que la obligación puede entenderse cumplida mediante una negociación directa entre las partes o a través de sus abogados, algo que ya ocurre desde hace años, de forma que solo añade la obligación de justificar que dicha negociación ha tenido lugar. Habría sido preferible establecer la obligación de acudir a un MASC en el que un tercero neutral facilite la consecución de un acuerdo. A ello se añade la incertidumbre generada por la propia configuración del requisito de procedibilidad en el ámbito familiar. La contradicción entre el art. 4.1, que excluye del MASC las materias indisponibles, y el art. 5.2 ha dividido a la doctrina y a los tribunales. Este debate no hace sino confirmar una premisa central de este trabajo: la indisponibilidad de las materias que afectan directamente al menor, que condiciona tanto el alcance de los MASC como el del arbitraje. La mayor disposición anglosajona a admitir el arbitraje en cuestiones parentales se explica por una configuración menos tuitiva del proceso de familia y por una autonomía privada más amplia, ajenas a la centralidad que en el sistema español asumen el orden público familiar y la intervención del Ministerio Fiscal. Por ello, el modelo de referencia para España no puede ser la extensión del arbitraje a las materias que afectan a menores, sino su circunscripción a las cuestiones estrictamente patrimoniales y de libre disposición.

Además, el catálogo de MASC disponibles en las secciones especializadas debería ser más amplio y flexible, incluyendo no solo la mediación y la conciliación, sino también otras figuras como el coordinador de parentalidad, los defensores de menores o guardianes ad litem (GAL), los Puntos de Encuentro Familiar e, incluso, el arbitraje en algunas materias.

Pero sin duda, sería altamente recomendable que las recién creadas secciones de familia, infancia y capacidad adoptaran un modelo de tribunal multipuertas, donde los ciudadanos cuenten con una oficina que reciba, evalúe y derive el conflicto hacia el MASC más adecuado. Las experiencias analizadas avalan esta apuesta: tanto el Tribunal Multipuertas de Washington D.C. como el de Lagos demuestran que una oficina de recepción, evaluación y derivación bien dotada eleva las tasas de acuerdo y amplía el acceso efectivo a la justicia, de manera especialmente valiosa para la población más vulnerable. Las oficinas judiciales y las oficinas de justicia municipales creadas por la ley pueden resultar insuficientes para cumplir este propósito. Para ello, es imprescindible disponer de una dotación adecuada de personal altamente capacitado, que no solo gestione eficientemente los recursos disponibles, sino que también evalúe cada situación familiar para derivarla al método más idóneo. Además, resulta esencial establecer una coordinación directa con los tribunales y con los servicios públicos o privados que ofrecen estos recursos, con el fin de garantizar una intervención integral, coherente y eficaz en el ámbito familiar.

Más allá de las normas concretas, la divergencia entre los sistemas civilistas y anglosajones responde a una diferencia cultural y estructural en la concepción del proceso. En los sistemas de Common Law, el proceso civil se basa en un modelo más adversarial y en una mayor centralidad de la autonomía privada. El recurso a mecanismos alternativos forma parte de una cultura jurídica consolidada de case management y resolución flexible de disputas. La integración de esquemas como la Multi-door Dispute Resolution Division responde precisamente a esa lógica de diversificación de puertas de entrada al sistema judicial. Por el contrario, en los sistemas continentales el proceso de familia conserva una dimensión marcadamente pública y tuitiva. El juez no solo resuelve, sino que tutela. Este componente dificulta

aceptar que decisiones relativas a menores puedan quedar en manos de un tercero privado con efectos equiparables a los de una sentencia.

Entre los sistemas o puertas que se ofrezcan a las familias para la resolución de sus conflictos se debe sopesar la posibilidad de incluir el arbitraje, tal y como ocurre en países anglosajones. Como hemos visto, las principales dificultades para la implantación generalizada del arbitraje en el ámbito del Derecho de Familia en España pueden sistematizarse en los siguientes aspectos:

En primer lugar, existe un límite material evidente, derivado de la indisponibilidad de gran parte de las materias familiares, en cuanto afectan al orden público y, en muchos casos, a derechos de menores o personas con discapacidad. Esta naturaleza indisponible restringe de forma significativa el ámbito susceptible de sometimiento a arbitraje.

En segundo lugar, debe considerarse la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en aquellos procedimientos en los que estén implicados menores o personas con discapacidad, lo que introduce un elemento institucional difícilmente compatible con un mecanismo esencialmente privado como es el arbitraje.

Asimismo, se exige un control judicial reforzado, ya sea mediante la necesaria homologación de determinados acuerdos o a través de la posibilidad de revisión judicial posterior, lo que limita la autonomía y la eficacia plena del laudo arbitral.

Por otra parte, los efectos propios del laudo arbitral, caracterizados por su fuerza vinculante y efecto de cosa juzgada, resultan difícilmente conciliables con la naturaleza dinámica del Derecho de Familia, especialmente cuando está en juego el interés superior del menor, que exige una revisión y adaptación constante de las medidas adoptadas.

Finalmente, debe mencionarse un factor de carácter sociológico y cultural: la escasa tradición del arbitraje fuera del ámbito mercantil, lo que ha limitado su desarrollo en sectores como el Derecho de Familia, donde predomina una concepción fuertemente jurisdiccional de la resolución de conflictos.

Sin embargo, estas dificultades no pueden traducirse en la exclusión absoluta del arbitraje. En mi opinión, procede incorporarlo como una puerta más del modelo multipuertas, si bien circunscrito a las materias patrimoniales y de libre disposición y excluido de aquellas cuestiones que afecten a menores o personas con discapacidad, respecto de las cuales la tutela del interés superior y la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal imponen la reserva de la jurisdicción. Así entendido, el arbitraje puede aportar beneficios que otros MASC no garantizan, como una decisión vinculante y definitiva sobre lo disponible, siempre que se salvaguarden los límites de la normativa y el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva.

Referencias bibliográficas

Adroher, S., Barba, V., Blanco, M., Bustos, Y., Cortada, N., De Lucchi , Y., Echevarría de Rada, M. T., Fernández, M. B., González del Pozo, J. P., Lázaro, I. E., Linacero de la Fuente, M., Martín, A., Múrtula, V., Orozco, G., Ureña, B., & Vivas, I. (2025). La especialización jurisdiccional en Europa en materia de familia, infancia y capacidad: Estudio comparado. *Actualidad Civil*, (2), 1-21.

Avedillo, M., Carrasco, L., Guitart, E., & Sacasas, M. (2015). *La coordinación de parentalidad, cuando las familias ya no saben qué hacer.* Huygens.

Banacloche Palao, J. (2025). Los procesos de familia tras la Ley Orgánica 1/2025: ¿qué sucede con el juez competente, el «MASC» previo y la vista en el juicio verbal? *Diario La Ley*, (10696), Sección Doctrina.

Bell, F. (2021). "Part of the future": Family law, children's interests and remote proceedings in Australia during COVID-19. *The University of Queensland Law Journal*, 40(1), 1–26. https://doi.org/10.38127/uqlj.v40i1.5619

Belloso Martín, N. (2020). El ODS 16 en la Agenda 2030: De la indefinición a algunas propuestas iusfilosóficas para su concreción. *Quaestio Iuris*, 13(4), 1939–1974. https://doi.org/10.12957/rqi.2020.45898

Bierschbach, R. A. (2020). Equality in multi-door criminal justice. *New Criminal Law Review*, 23(1), 60–73.

Biezma López, J., & Fariña Rivera, F. (2020). Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia. En *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* (pp. 9–29). Consejo General del Poder Judicial.

Blanco Carrasco, M. (2020). *Las responsabilidades parentales en situaciones de crisis familiar: Mediación, puntos de encuentro y coordinación de parentalidad.* Editorial Reus.

Blanco Carrasco, M. (2021). El cambio de paradigma en la respuesta judicial a los conflictos parentales: El coordinador de parentalidad. *Actualidad Civil*, (1), 1–15.

Blanco Carrasco, M. (2022). Parenting coordination: A new role for social workers. *Journal of Social Work*, 23, 143–159. https://doi.org/10.1177/14680173221101241

Blanco Carrasco, M. (2023). Is mediation a profession? Views of professionals and trainers from an international perspective. *International Social Work*, 66(5), 1542–1553. https://doi.org/10.1177/00208728221082396

Braithwaite, J. (2020). Many doors to international criminal justice. *New Criminal Law Review*, 23(1), 1–26.

Calderón Sánchez, M. (2025). El carácter obligatorio de la mediación familiar a la luz del proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal. En A. Sánchez Rubio, C. Durán Silva & P. P. Pulido Manuz (Coords.), *La optimización de la Justicia: reflexiones sobre la eficiencia procesal* (pp. 329–346).

Consejo General del Poder Judicial. (2017). *Encuentro de jueces y abogados de familia sobre mediación intrajudicial 2017: Informes y conclusiones.*

Chukwu, L. O. C., & Nwosu, K. N. (2016). The role of lawyers in fostering alternative dispute resolution in the multi-door courthouse. *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 220–232.

De Palo, G., et al. (2014). *"Rebooting" the mediation directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*. European Parliament.

Gimenez, C. P. C., & Spengler, F. M. (2015). O fórum múltiplas portas e o adequado tratamento do conflito: Um estudo de caso – Lagos/Nigéria. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, 20(1), 108–129. https://doi.org/10.5020/23172150.2012.106-127

Gonzaga Jayme, F., & Barbosa Dutra, V. (2021). Dejudicialization and proceduralism based on the nature of conflicts and according to the Brazilian Constitution. *Revista Internacional Consinter de Direito*, 13(2 semestre), 341–356. https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00013.16

Hoffman, E. B. (1999). The impact of the ADR Act of 1998. *American Association for Justice*, 35(6), 1–10.

Lally, S. J., Higuchi, S. A., & Joyner-Hall, J. (2014). Setting up a parenting coordination project in the courts: The District of Columbia Program. En S. A. Higuchi & S. J. Lally (Eds.), *Parenting coordination in postseparation disputes: A comprehensive guide for practitioners* (pp. 123–140). American Psychological Association.

Lauroba, E. (2018). Instrumentos para una gestión constructiva de los conflictos familiares: Mediación, derecho colaborativo, arbitraje ¿y…? *Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 3–69.

Martín García, F. (2025). *Los MASC en procedimientos judiciales de familia tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*. El Derecho.

Merino Merchán, J. F. (2025). Consideraciones críticas sobre la LO 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del servicio público de justicia. En F. Ruiz Ruiseño & J. C. Fernández Rozas (Coords.), *Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* (pp. 149–162).

Munné Catarina, F. (2018). El arbitraje en los procesos de familia. En J. Picó i Junoy, X. Abel Lluch, & C. de Miranda Vázquez (Dirs.), *Problemática actual de los procesos de familia: Especial atención a la prueba* (pp. 393–404). J. M. Bosch Editor.

Naciones Unidas. (2015). *Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el desarrollo sostenible* (Resolución A/RES/70/1).

Pérez Vallejo, A., & Sainz-Cantero Caparrós, M. (2018). *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Tirant lo Blanch.

Pereira Hill, F. (2021). Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP), 22(1), 379–408.

Pruett, E., & Savage, C. (2004). Statewide initiatives to encourage alternative dispute resolution and enhance collaborative approaches to resolving family issues. *Family Court Review*, 42(2), 232–245. https://doi.org/10.1111/j.174-1617.2004.tb00646.x

Rabinovich-Einy, O., & Katsh, E. (2017). The new new courts. *American University Law Review*, 67(1), 165–215.

Rayón Ballesteros, M. C. (2026). La mediación familiar y los MASC tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de eficiencia del Servicio Público de Justicia. En A. I. Corchado Castillo & N. Luna (Eds.) & M. Blanco Carrasco (Coord.), *Más allá del juzgado: Enfoques integrales para la resolución de conflictos familiares* (pp. 33–49). Editorial Reus.

Riego, C., & Lillo, R. (2014). Las unidades de justicia vecinal en Chile y sus modelos en la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista de Derecho*, 43(segundo semestre), 385–417. https://doi.org/10.4067/s0718-68512014000200010

Rogel Vide, C. (2013). Arbitradores, peritos y árbitros. *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, (1), 71–80.

Salem, P., Browe Olson, K., & White, A. (2024). Family dispute resolution: Toward a differentiated approach to family justice. En P. Salem & K. Browe Olson (Eds.), *Dispute resolution: Processes and practice* (pp. 3–21). Oxford University Press.

Sander, F. E. A., & Goldberg, S. B. (1994). Fitting the forum to the fuss: A user-friendly guide to selecting an ADR procedure. *Negotiation Journal*, 10(1), 49–68.

Soleto Muñoz, H. (2021). La conferencia Pound y la adecuación del método de resolución de conflictos. *Revista Eletrônica de Direito Processual* (REDP), 22(1), 429–443.

Tomás García, I. (2011). Artículo 233-6. Mediación familiar. En P. Ortuño Muñoz & E. Roca Trías (Dirs.), *Persona y familia: Libro segundo del Código Civil de Cataluña* (pp. 838–846). Sepín.

Valiño Ces, A. (2022). La resolución de conflictos familiares a través del arbitraje: Una especial referencia a la autonomía de la voluntad y sus límites. En C. Alonso Salgado et al. (Eds.), *Derecho de familia y sistema de justicia civil: Debates de actualidad* (pp. 184–196). Dykinson.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.019

Las razones del laudo: el estándar comparado sobre el deber de motivar en el arbitraje(*)(**)

The reasons for the award: the comparative standard on the duty to provide reasons in arbitration

Mario Reggiardo Saavedra(***)
Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Lima, Perú)

Andrea Palacios Zárate(****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El artículo examina la práctica internacional sobre la motivación de los laudos arbitrales. En primer lugar, se expone la finalidad de la motivación. Luego se revisa la legislación y jurisprudencia en diversos países referentes en la práctica arbitral. También se muestra el tratamiento en los principales centros de arbitraje. Finalmente, se estudia la exigencia de motivación, identificando las razones que la justifican, el estándar esperado en la práctica y los elementos mínimos que deben contener los laudos. Se concluye que la motivación es un requisito indispensable para la calidad, la eficacia y legitimidad del arbitraje.

Palabras clave: Laudos Arbitrales - Motivación de Laudos - Regulación Comparada - Centros de Arbitraje - Estándar de Razonamiento

Abstract: The article examines international practice regarding the reasoning of arbitral awards. First, it sets out the purpose of reasoning. Then, it reviews legislation and case law in various countries concerning arbitral practice. It also presents the treatment in major arbitration centers. Finally, it discusses the requirement of reasoning, identifying the justifications for it, the expected standard in practice, and the minimum elements that arbitral awards must contain. The conclusion is that reasoning is an indispensable requirement for the quality, effectiveness, and legitimacy of arbitration.

Keywords: Arbitral Awards - Reasoning of Awards - Comparative Regulation - Arbitration Centers - Standard of Reasoning

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 5 de abril de 2026 y su publicación fue aprobada el 19 de julio de 2026.
(**) Nota de los autores: Los autores agradecen los comentarios de Uber López Montreuil en la elaboración de esta investigación.
(***) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho y Economía por la Universität Hamburg (Alemania). Socio en Payet Rey Cauvi Pérez. Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Miembro extraordinario de IUS ET VERITAS. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2100-6359. Correo electrónico: mrs@prcp.com.pe.
(****) Estudiante de duodécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Practicante en Payet Rey Cauvi Pérez. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0000-3069-7636. Contacto: andrea.palaciosz@pucp.edu.pe.

1. Introducción

Este trabajo intenta encontrar el estándar correcto de motivación de los laudos en la práctica del arbitraje internacional. Aunque la motivación es reconocida en muchos lugares, principalmente en países que cuentan con un sistema romano-germánico, persiste la duda sobre su alcance. ¿Basta con que el laudo contenga razones mínimas que permitan comprender la decisión adoptada por el tribunal? ¿Debe exigirse un nivel de detalle y exhaustividad semejante al que caracteriza a ciertas resoluciones judiciales?

Si el estándar se limita a razones básicas, se privilegia la rapidez del arbitraje. Si se exige un nivel de motivación muy exigente, se refuerza la transparencia y rigurosidad, pero se podrían afectar la eficiencia del arbitraje y aumentar el riesgo de anulaciones judiciales.

Nuestro análisis se organiza en tres secciones. En primer lugar, repasaremos la regulación comparada sobre la motivación de los laudos en algunos países que son referentes en la práctica arbitral. Se revisarán las legislaciones nacionales y se citará jurisprudencia para determinar cómo ciertos ordenamientos jurídicos han tratado la obligación de motivar y qué nivel de exigencia se pide.

Luego estudiaremos cómo los principales centros de arbitraje han aplicado esta exigencia en sus reglamentos. Se analizan las disposiciones institucionales y la manera en que sus tribunales arbitrales han interpretado el deber de motivar.

Por último, comentaremos la principal tendencia de la práctica internacional en torno a la motivación de los laudos. Identificaremos los elementos mínimos que conforman el estándar aceptado, precisaremos hasta qué punto la práctica exige únicamente la existencia de razones que permitan comprender la decisión, o si se aproxima al estándar más riguroso de los procesos judiciales.

2. Regulación comparada sobre la motivación de laudos en la práctica arbitral

En esta sección analizaremos: primero, la finalidad de la exigencia de motivación de los laudos en la práctica internacional, a partir del estudio de los principales instrumentos normativos, y segundo, la regulación comparada y el tratamiento jurisprudencial de la motivación de los laudos en parte de las sedes arbitrales más influyentes.

2.1. Finalidad de la motivación de laudos

De acuerdo con Gary Born:

"[H]oy en día constituye un principio casi universal que, salvo acuerdo en contrario, los laudos arbitrales internacionales deben exponer las razones de la decisión del tribunal, así como incluir una parte dispositiva que especifique la medida de reparación ordenada por éste"[(1)].

La finalidad de la motivación del laudo arbitral transciende la mera formalidad, pues se vincula con la legitimidad y la racionalidad de la decisión arbitral. La motivación permite que las partes comprendan las razones que sustentan el laudo, reforzando la legitimidad del arbitraje. Otorga a las partes la seguridad de que sus argumentos han sido correctamente escuchados y analizados.

La motivación incentiva la emisión de laudos más justos y rigurosos, legitima el arbitraje al mostrar la seriedad y profesionalismo de los árbitros, así como la identificación de errores que podrían ser objeto de impugnación (pese a que en el recurso de anulación no se revisa el fondo de la controversia). Además, la motivación en el arbitraje de inversión y en el arbitraje deportivo, dado que sus laudos son publicados, genera jurisprudencia útil para futuros casos. Mientras que, en el arbitraje comercial, si bien los laudos suelen ser confidenciales, existen alternativas que permiten conocer su razonamiento[(2)], permitiendo el uso de los laudos como jurisprudencia arbitral, sobre todo en discusiones jurisdiccionales

(1) Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated April 2024) in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), as available on Kluwer Arbitration, p. 1. Traducción Libre ("It is now a nearly universal principle that, unless otherwise agreed, international arbitral awards must set forth the reasons for the tribunal's decision, as well as containing a dispositive section specify the relief ordered by the tribunal.").

(2) Existen bases de datos de centros arbitrales, tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), así como el Faro de Transparencia de la CCL o, inclusive, publicaciones como Kluwer Arbitration o International Congress and Convention Association (ICCA) que también publican laudos anonimizados.

derivadas de la emisión del laudo[3]. A modo de ejemplo, en el caso peruano, muchos laudos comerciales se vuelven públicos cuando su anulación es discutida en el Poder Judicial[4].

La motivación de los laudos también permite comprender cabalmente la orden emitida por los árbitros. Ello es útil en decisiones declarativas o de indemnización que no están sujetas a un monto fijo. En dichos casos, la explicación del razonamiento de la decisión permite orientar mejor la ejecución de dicho laudo.

Existen múltiples legislaciones que han incorporado la exigencia de motivación de los laudos arbitrales. Entre ellas se encuentran Alemania, Reino Unido[5], Bélgica, Países Bajos, Chile, España, Perú, México, Argentina, Colombia, Singapur, Suiza, entre otras. La coincidencia de estos países en torno a la necesidad de motivar los laudos refleja una tendencia clara sobre la importancia de motivarlos.

Esta exigencia no se limita a las legislaciones internas nacionales. Existen instrumentos internacionales y normas modelo que son adoptadas como *soft law* que también han contemplado la exigencia de motivar los laudos. Entre los más relevantes se encuentran el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (1965), la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI (1985 con enmiendas de 2006).

El artículo 48(3) del Convenio CIADI, dispone que el laudo debe exponer las razones en las que se funda, además de resolver todas las cuestiones sometidas[6]. Es una exigencia imperativa en arbitrajes de inversión bajo CIADI.

De otro lado, el artículo VII de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961), señala que, salvo acuerdo contrario de las partes, "se presumirá que las partes han convenido en el acuerdo o compromiso arbitral que el laudo deberá ser motivado"[7].

En cuanto al *soft law*, el artículo 41(5) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI exige que el laudo contenga las razones del tribunal arbitral, salvo que las partes acuerden lo contrario[8]. Como parte de dicha exigencia, el laudo debe incluir una parte dispositiva que especifique el remedio ordenado. A su vez, el artículo 31(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI (1985 con enmiendas de 2006), adoptada como referencia de múltiples legislaciones nacionales en materia arbitral, establece que "el laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa…"[9].

Estos instrumentos internacionales y *soft law* que regulan la exigencia de motivar los laudos, reflejan que existe una tendencia a exigir la motivación, con excepciones permitidas por acuerdo de las partes en arbitraje comercial, y con exigencia imperativa en arbitraje de inversión bajo CIADI. Pese a ello, no hemos encontrado un instrumento internacional ni nacional que establezca de modo expreso que el laudo debe estar bien, debida o correctamente motivado. Tan es así que, la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, no establece que un laudo no sea reconocido o ejecutado en otro país si tiene problemas de motivación. De hecho, la Convención de Nueva York no contiene ninguna disposición referida a la motivación de los laudos.

No obstante, el artículo V.2.B) de la Convención de Nueva York contempla que puede denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo si este contraviene el

(3) El caso particular de los arbitrajes en contrataciones con el Estado peruano, donde los laudos son públicos, la motivación es muy importante porque dan pautas sobre la interpretación de las normas aplicables a las contrataciones públicas y se da legitimidad a un mecanismo que involucra discusiones de interés público.

(4) Véase, a modo de ejemplo: Sentencia emitida por la Primera Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00110-2022-0-1817-SP-CO-01 del 5 de agosto de 2022; Sentencia emitida por la Primera Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00410-2021-0-1817-SP-CO-01 del 11 de abril de 2022; Sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00307-2019-0-1817-SP-CO-02 del 19 de agosto de 2022.

(5) Para este artículo nos referimos únicamente a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, dado que Escocia cuenta con su propia norma para regular el arbitraje.

(6) Banco Mundial – CIADI, *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI),* art. 48(3).

(7) Naciones Unidas, Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961), art. VII.

(8) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), art. 41(5).

(9) CNUDMI, Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), enmendada en 2006, art. 31(2).

orden público del Estado requerido. En algunos países, como España, algunos tribunales superiores han considerado la motivación como una garantía de orden público[10]. Ante ello, el Tribunal Constitucional español intervino para restringir el control jurisdiccional que ejercían los tribunales sobre los laudos y señaló que el deber de motivación no surge del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En cambio, cuando el ordenamiento jurídico del Estado admite expresamente la posibilidad de que las partes acuerden la ausencia de motivación, ello implica que la motivación deja de ser un tema de orden público en la medida que se considera válido un laudo que no la tiene. En esos casos no podría usarse la Convención de Nueva York para decir que existe una vulneración del orden público que justifique denegar su reconocimiento o ejecución.

Ahora bien, pese a que la Convención de Nueva York no contiene ninguna disposición que exija expresamente que un laudo esté motivado para ser ejecutable, Infantino señala que:

> En muchos países, un laudo con una motivación inexistente o insuficiente podría ver denegado su reconocimiento o ejecución por razones de orden público. Esto genera una presión adicional a favor de la emisión de laudos motivados: para garantizar su ejecutabilidad, un laudo debe estar motivado en la medida necesaria para superar el escrutinio de cualquier tribunal nacional encargado de su reconocimiento y/o ejecución (2013, p.189)[11].

2.2. Regulación comparada en la práctica arbitral

La presente sección examina el tratamiento del deber de motivación de los laudos arbitrales en distintos países que, entre otros, consideramos relevantes en la práctica arbitral. La selección no pretende ofrecer un estudio comparado exhaustivo de las legislaciones de todos los países, sino que responde a dos criterios: (i) la relevancia de dichas jurisdicciones como sedes de algunos de los principales foros arbitrales internacionales; y (ii) su influencia en la práctica arbitral peruana, derivada de la frecuente interacción entre instituciones arbitrales, árbitros y abogados que participan en casos vinculados al Perú.

2.2.1. Francia

En Francia, la exigencia de motivación de los laudos depende de si se trata de arbitraje doméstico o internacional.

El *Code de Procédure Civile*, en su artículo 1482, establece que los laudos dictados en arbitraje interno deben ser motivados[12]. Esto refleja la importancia que el ordenamiento francés otorga a la transparencia y a la racionalidad de las decisiones arbitrales dentro de su propio sistema jurídico.

La jurisprudencia francesa desempeña un papel crucial en la interpretación de esta exigencia. La Corte de Casación ha señalado que la existencia de motivos contradictorios en un laudo equivale a una falta de motivación, lo que puede dar lugar a su anulación[13]. Esta posición refuerza la idea de que la motivación no solo debe existir, sino que debe ser coherente y lógica, evitando contradicciones que afecten la validez del laudo.

En cuanto al estilo, el origen de la tradición francesa se caracterizaba por la elaboración de laudos breves y concisos. Los árbitros franceses solían privilegiar la claridad y la precisión por encima de la extensión[14]. La tendencia contemporánea muestra un cambio, con árbitros franceses de mucho prestigio participando de laudos considerablemente extensos y con desarrollos jurídicos detallados.

Sin embargo, en el arbitraje internacional la legislación francesa no impone de manera obligatoria la motivación, lo que responde a una visión más flexible frente a la diversidad de prácticas internacionales[15]. La razón de esta excepción radica en el principio *pro arbitri* que ha adoptado Francia, pues se busca evitar que la exigencia de motivación, propia de su arbitraje interno, obstaculice el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales.

La jurisprudencia francesa ha demostrado esta tendencia mediante el reconocimiento de laudos extranjeros no motivados, siempre que ello sea permitido por la ley aplicable en la jurisdicción de origen. Por ejemplo, la

---

(10) García Pérez, C. L. (2022). La motivación del laudo de equidad: límites a la acción de anulación por vulneración del orden público. Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. Derecho Privado y Constitución, 41, 311-344. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.41.03

(11) Marta Infantino (2013) 'International Arbitral Awards' Reasons: Surveying the State-of-the-Art in Commercial and Investment International Dispute Settlements' (2014) 5 J Int'l Dispute Settlement, p. 189.

(12) Francia. (2011). *Code de procédure civile* (arts. 1442–1527). Artículo 1482.

(13) Cour de cassation, 1re civ. (1989). *Unijet S.A. c. S.A.R.L. International Business Relations Ltd.*

(14) Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996). *Tratado del arbitraje comercial internacional.* París: Kluwer.

(15) Francia. (2011). *Code de procédure civile* (arts. 1504–1527).

Corte de Apelaciones francesa reconoció un laudo inglés no motivado, señalando que la falta de razones, aunque distinta a la práctica en el arbitraje interno francés, no vulneraba el orden público internacional francés si estaba autorizada por la ley extranjera[16]. En suma, Francia ofrece un modelo dual: exigencia estricta de motivación en el arbitraje interno y flexibilidad en el internacional.

2.2.2. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América, la Federal Arbitration Act ("FAA") no impone la obligación de motivar los laudos[17]. En la mayoría de los arbitrajes domésticos, la motivación solo se exige si las partes lo han pactado expresamente o si el reglamento institucional aplicable lo dispone. Esta ausencia de obligación legal refleja la tradición estadounidense de otorgar amplia autonomía a las partes y a los árbitros en la elaboración de los laudos.

Esta práctica tiene su origen en el *common law* inglés. Como explica Carbonneau, en Inglaterra los árbitros solían emitir laudos sin razones para evitar que los tribunales revisaran el fondo por error de derecho[18]. Esta tradición fue adoptada en Estados Unidos de América de conformidad con la FAA, consolidando la práctica de los laudos no motivados en arbitrajes domésticos.

La jurisprudencia estadounidense ha confirmado que la falta de motivación no vulnera el debido proceso arbitral[19]. Los tribunales han sostenido que lo esencial es que el laudo sea definitivo y vinculante, sin que la ausencia de razones comprometa su validez. Este enfoque busca evitar que la exigencia de motivación se convierta en un obstáculo para la celeridad del arbitraje.

Un ejemplo es el caso *Smarter Tools v. Chongqing SENCI* (2019). En este arbitraje, el tribunal rechazó todas las reclamaciones de la demandante, pero sin explicar las razones de dicha decisión. La Corte de Apelaciones concluyó que el laudo no cumplía con el requisito de ser "razonado", pues se limitaba a una conclusión dispositiva sin fundamentación[20]. En lugar de anularlo, el tribunal remitió el laudo al árbitro para que aclarara su razonamiento.

Este precedente demuestra que, aunque la FAA no exige motivación, cuando las partes solicitan un laudo "razonado", este debe contener algo más que conclusiones. El laudo arbitral debe ofrecer una mínima explicación que permita comprender la lógica de la decisión y verificar que las reclamaciones fueron efectivamente consideradas.

En el caso de reconocimiento de laudos arbitrales, las cortes estadounidenses actúan bajo el marco de la Convención de Nueva York, la cual, como se ha explicado, no contiene ninguna disposición que exija expresamente que un laudo sea motivado para ser ejecutable. La falta de motivación no constituye, por sí sola, una causal autónoma para denegar el reconocimiento[21].

Incluso cuando la ausencia de razones pueda contravenir la legislación de la sede o los términos pactados por las partes, las cortes estadounidenses consideran generalmente que este defecto no afecta de manera "fundamental" la validez del laudo, por lo que no justifica su rechazo. El análisis judicial se centra en verificar si concurre alguna de las causales taxativas del artículo V de la Convención de Nueva York, y no en revisar la suficiencia o calidad del razonamiento del tribunal arbitral extranjero[22].

2.2.3. Reino Unido

En el Reino Unido, la regulación se encuentra en el *Arbitration Act 1996*[23]. Esta norma establece que el laudo debe ser motivado a menos que las partes pacten lo contrario.

La jurisprudencia británica ha destacado que la exposición de razones puede implicar que los laudos queden sujetos a revisión judicial. Carbonneau señala que la práctica británica estuvo vinculada a una profunda desconfianza hacia la adjudicación arbitral y a una tradición de revisión de fondo por parte de las cortes judiciales, comprometidas con exigir exactitud jurídica sustantiva a los árbitros[24].

---

(16) Cour de cassation, 1re civ. (1998). *Compagnie Française d'Études et de Construction TECHNIP c. ASMIDAL*.
(17) Estados Unidos de América. (1925). *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. §§ 1–16.
(18) Carbonneau, T. E. (2014). *The Law and Practice of Arbitration* (5.ª ed.). Nueva York: Juris Publishing. pp. 125–128.
(19) Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. (1956). *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America, Inc.*, 350 U.S. 198.
(20) Corte de Apelaciones del Segundo Circuito. (2023). *Smarter Tools Inc. v. Chongqing SENCI Import & Export Trade Co.*, 57 F.4th 372.
(21) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), pp. 15-16.
(22) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), pp. 15-16.
(23) Reino Unido. (1996). Arbitration Act 1996. "The award shall contain the reasons for the award unless it is an agreed award or the parties have agreed to dispense with reasons." (Traducción libre: "El laudo deberá contener las razones en que se basa, salvo que se trate de un laudo acordado o que las partes hayan convenido prescindir de las razones.")

Anteriormente, los árbitros se abstenían de motivar sus decisiones para evitar apelaciones sobre cuestiones de derecho. Al respecto, Lord Mansfield sostenía que "*Nunca dé sus razones; su juicio probablemente será correcto, pero sus razones ciertamente estarán equivocadas*"[25].

Para conciliar la necesidad de ofrecer razones con el riesgo de exposición a impugnaciones judiciales, se desarrolló la práctica de las *privileged reasons*[26]. Estas consisten en motivaciones emitidas en documentos separados y confidenciales que no forman parte del laudo y que, en principio, no pueden ser considerados por los tribunales en una eventual impugnación.

Un ejemplo se encuentra en el caso *Tame Shipping Ltd v Easy Navigation Ltd* (*The Easy Rider*)[27]. Ahí las razones del árbitro se publicaron en un documento independiente con la advertencia expresa de que no formaban parte del laudo y que no podían ser utilizadas en procedimientos relacionados con su ejecución o impugnación.

Actualmente, la práctica británica de motivación empieza por los hechos, luego el derecho aplicable y la decisión final. Ello permite a las partes comprender el razonamiento del tribunal sin necesidad de extensas explicaciones, lo que responde a la tradición jurídica inglesa de concisión y pragmatismo. La evolución hacia motivaciones claras y estructuradas, junto con las *privileged reasons*, demuestra que el arbitraje británico ha buscado preservar la eficiencia y la definitividad de los laudos sin renunciar a la legitimidad y credibilidad del proceso arbitral.

2.2.4. España

En España, la *Ley 60/2003 de Arbitraje* establece en su artículo 37(4) que el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes tras una transacción[28]. Esta disposición refleja la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI[29].

No obstante, la regla vigente, proviene de la Ley 11/2011, que retiró la referencia al pacto en contrario y dejó como única excepción el laudo dictado en los términos convenidos por las partes[30]. El cambio no se presentó como una adaptación a la Ley Modelo —de la que, en este punto, el derecho español se apartó—, sino como parte de un conjunto de reformas dirigidas a impulsar el arbitraje y a reasignar a los Tribunales Superiores de Justicia las funciones judiciales de apoyo y control del laudo. El preámbulo de la ley se limita a señalar que se precisan las formalidades del laudo y que se exige siempre su motivación[31]. Esto incide en la relación entre la decisión y su motivación.

Al no poder las partes pactar en contra de la motivación, el laudo español debe exteriorizar el vínculo entre los hechos acreditados, las normas o criterios de equidad aplicados y lo finalmente resuelto, de modo que el camino que conduce a la parte dispositiva sea reconstruible. La exigencia recae, sin embargo, sobre la existencia y la coherencia de las razones, y no sobre el acierto de la decisión. Un laudo puede estar motivado aunque su conclusión sea discutible y, a su vez, la extensión del texto no sustituye la conexión lógica entre lo razonado y lo decidido[32].

Algunos tribunales superiores adoptaron una interpretación expansiva del orden público, utilizándolo para revisar el fondo de las decisiones arbitrales[33]. Bajo esta premisa, algunos tribunales entendieron que la motivación del laudo era una garantía integrante del orden público procesal, permitiendo la anulación de decisiones por considerar que el razonamiento era

---

(24) Carbonneau, T. E. (2014). *The Law and Practice of Arbitration* (5.ª ed.). Nueva York: Juris Publishing. pp. 125–128.

(25) Mansfield, W. (citado en): Mustill, M., & Boyd, S. (1989). *Commercial Arbitration*. Londres: Butterworths.

(26) Mutual Shipping Corporation v Bayshore Shipping Co (The Montan) (n 86) 191.

(27) Tame Shipping Ltd v Easy Navigation Ltd (The Easy Rider) (n 89) [7].

(28) Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003). (2003). Ley de Arbitraje, art. 37(4). "El laudo debe estar siempre motivado, salvo que se trate de un laudo dictado en los términos acordados por las partes conforme al artículo 36".

(29) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2006). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (enmendada en 2006), art. 31(2).

(30) Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011). El art. 37.4 dispone: "El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 36."

(31) Preámbulo de la Ley 11/2011, de 20 de mayo (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011), apartado relativo al laudo: "se precisan sus formalidades y se exige siempre la motivación de los laudos".

(32) Rivas Caso, G. (2016). La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación. Arbitraje: *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 9(3), 707-764.* https://doi.org/10.19194/arbitrajeraci.9.3.04

(33) Izquierdo, J., & Villalón, Á. (s. f.). La infracción del orden público en el control judicial de laudos arbitrales: desarrollo normativo y jurisprudencial. Revista Jurídica Pérez-Llorca, 127-137.

"insuficiente" o que no se habían valorado todas las pruebas de manera exhaustiva[34].

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, mediante la STC 17/2021, intervino para restringir el control judicial sobre los laudos. El Tribunal aclaró que el arbitraje no es un ejercicio de la jurisdicción estatal (art. 117 CE)[35]. En consecuencia, se estableció que el deber de motivación es una obligación legal, no un derecho fundamental[36]. Como señala Gómez Jene, la posterior STC 65/2021, añadió que la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público. En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid señaló que basta con comprobar que el laudo contiene razones que justifiquen el razonamiento del tribunal arbitral[37]. Dicha sentencia ha generado controversia.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha señalado reiteradamente que la motivación del laudo no se identifica con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el arbitraje no forma parte del poder jurisdiccional del Estado[38]. Según el Tribunal Constitucional, la motivación del laudo opera bajo un "parámetro propio": solo una ausencia radical de razones -cuando la decisión resulte arbitraria, ilógica, absurda o irracional- podría vulnerar el orden público[39].

En España la motivación del laudo se fundamenta en principios como la autonomía de la voluntad (art. 1 CC) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Este enfoque también se refleja en el carácter monista del sistema español, que aplica reglas coherentes tanto para el arbitraje interno como para el internacional, favoreciendo la uniformidad del control judicial.

En la práctica, las cortes judiciales españolas admiten cierta flexibilidad respecto de la extensión y el nivel de detalle exigible. No se exige que el árbitro responda a todos los argumentos ni que detalle las pruebas valoradas, pues lo relevante es que exista una explicación mínima que permita seguir la lógica de la decisión[40].

Ahora bien, pese a que la Unión Europea no regula de manera directa la motivación de los laudos arbitrales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sí incide en el control judicial realizado por los tribunales españoles. En particular, el TJUE ha establecido que, cuando los jueces nacionales conocen de acciones de anulación o de reconocimiento, deben garantizar el respeto del orden público europeo en igualdad de condiciones que el orden público interno[41].

2.2.5. Singapur

En Singapur, el sistema arbitral se encuentra regulado por el *Arbitration Act* (Cap. 10)[42] y

(34) García Pérez, C. L. (2022). La motivación del laudo de equidad: límites a la acción de anulación por vulneración del orden público. Comentario a la STC 17/2021, de 15 de febrero. Derecho Privado y Constitución, (41), 311-344. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.41.03.

(35) Corte de Arbitraje ICAM. (2023). La motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE), sino que es una obligación de configuración legal de la que bien podría prescindirse. Extraído de: https://cortedearbitraje.icam.es/la-motivacion-de-los-laudos-no-esta-prevista-en-la-constitucion-ni-se-integra-en-un-derecho-fundamental-art-24-ce-sino-que-es-una-obligacion-de-configuracion-legal-de-la-que-bien-podria-prescindi/.

(36) Corte de Arbitraje ICAM. (2023). La motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE), sino que es una obligación de configuración legal de la que bien podría prescindirse. Extraído de: https://cortedearbitraje.icam.es/la-motivacion-de-los-laudos-no-esta-prevista-en-la-constitucion-ni-se-integra-en-un-derecho-fundamental-art-24-ce-sino-que-es-una-obligacion-de-configuracion-legal-de-la-que-bien-podria-prescindi/.

(37) Gómez Jene, M. (2021). Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 13(2), 745-753.* https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6290

(38) Agulló Agulló, D. (2025). Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 17(1), 28-72.* https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9321

(39) Agulló Agulló, D. (2025). Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 17(1), 28-72.* https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9321

(40) *La motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art. 24 CE), sino que es una obligación de configuración legal de la que bien podría prescindirse. Corte de Arbitraje ICAM. Extraído de:* https://cortedearbitraje.icam.es/la-motivacion-de-los-laudos-no-esta-prevista-en-la-constitucion-ni-se-integra-en-un-derecho-fundamental-art-24-ce-sino-que-es-una-obligacion-de-configuracion-legal-de-la-que-bien-podria-prescindi/.

(41) Agulló Agulló, D. (2025). Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 17(1), 28-72.* https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9321

(42) Singapore. (2002). Arbitration Act (Cap. 10). Statutes of Singapore. "The award shall be in writing and shall state the reasons for the award unless the parties have agreed to dispense with reasons" (Traducción libre: "El laudo deberá constar por escrito y expresar las razones en que se basa, salvo que las partes hayan acordado prescindir de la motivación").

el *International Arbitration Act* (Cap. 143A)[43]. Ambas normas exigen que el laudo se redacte por escrito y declare los motivos en que se basa (AA s.38(2), IAA s.31(2)). Este requisito también refleja la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, demostrando que la exigencia de motivación es un estándar de la legislación arbitral singapurense.

Las partes pueden acordar renunciar a recibir razones en el laudo. La sección 49(2) del *International Arbitration Act* establece que dicho acuerdo equivale a una renuncia al recurso judicial por falta de motivación[44]. De este modo, la autonomía de las partes se reconoce plenamente, incluso en relación con la exigencia de motivación.

En la práctica, salvo pacto en contrario, los laudos en Singapur incluyen fundamentos de las decisiones. Los árbitros suelen elaborar motivaciones claras y estructuradas, lo que refuerza la transparencia y la credibilidad del proceso arbitral. La posibilidad de renuncia se utiliza en casos excepcionales, generalmente cuando las partes buscan un arbitraje rápido y eficiente.

En cuanto a la jurisprudencia, la *Singapore High Court*[45] ha señalado que el estándar de razonamiento requerido puede variar según la cuestión que se decida. Indica que las decisiones o hallazgos que no inciden directamente en el fondo de la controversia o en la resolución final de los derechos de las partes no requieren una motivación detallada.

2.2.6. Chile

En Chile, el arbitraje internacional está regulado por la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. En su artículo 31(2) exige que el laudo sea motivado, salvo acuerdo en contrario de las partes[46]. La motivación constituye la regla general en el arbitraje en Chile, admitiéndose excepciones únicamente cuando las partes deciden expresamente prescindir de ella.

La práctica chilena coincide en que la exigencia se cumple siempre que el laudo permita comprender la lógica de la decisión[47]. No se exige un razonamiento jurídico exhaustivo o una respuesta a cada argumento planteado por las partes; basta con que el laudo permita comprender la lógica de la decisión y el proceso intelectual seguido por los árbitros para llegar a su conclusión[48].

La jurisprudencia chilena en materia de nulidad de laudos ha demostrado la restricción de las cortes judiciales de interferir con los laudos emitidos. La Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que imponer el rigor analítico de una sentencia judicial al arbitraje sería contrario al principio de autonomía de la voluntad.

En ese sentido, la anulación o denegación de reconocimiento de un laudo por defectos de motivación es excepcional y restrictiva ante la ausencia total de motivación, lo cual permitiría la intervención judicial bajo la causal de orden público[49]. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha limitado el alcance del orden público, excluyendo expresamente la revisión del laudo sobre el acierto o error jurídico del tribunal arbitral[50].

---

(43) Singapore. (2002). International Arbitration Act (Cap. 143A). Statutes of Singapore. “The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.” (Traducción libre: “El laudo deberá indicar las razones en que se fundamenta, a menos que las partes hayan acordado que no se proporcionen razones.”)

(44) Singapore. (2002). International Arbitration Act, Sección 49(2). “Where the parties agree that no reasons are to be given, such agreement shall be treated as an agreement to exclude the court’s jurisdiction to review the award on the ground of absence of reasons.” (Traducción libre: “Cuando las partes acuerdan que no se proporcionarán razones, dicho acuerdo se considerará como una renuncia a la jurisdicción del tribunal para revisar el laudo por falta de motivación”).

(45) TMM Division Maritima SA de CV v Pacific Richfield Marine Pte Ltd (n 21) [98] “Given that it is trite that the court normally does not intervene in an award under the [International Arbitration Act] on the basis of errors of law per se, it must follow that an allegation of inadequate reasons and explanations is therefore generally not capable of sustaining a challenge against an award. This is so even if one characterizes inadequacy of reasons and explanations as a breach of the rules of natural justice.” (Traducción libre: “Dado que es un principio asentado que los tribunales normalmente no intervienen en un laudo bajo la International Arbitration Act por errores de derecho en sí mismos, se sigue que una alegación de razones o explicaciones inadecuadas, por lo general, no puede sustentar una impugnación del laudo. Esto es así incluso si se caracteriza la insuficiencia de razones o explicaciones como una violación de las reglas de justicia natural”).

(46) Ley Nº 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículo 31(2) “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.”

(47) CMS Legal. (2025, 17 de octubre). International arbitration law and rules in Chile. CMS Expert Guide to International Arbitration.

(48) CMS Legal. (2025, 17 de octubre). International arbitration law and rules in Chile. CMS Expert Guide to International Arbitration.

(49) Tejada, A., & Juliani, J. (2018, 1 de marzo). La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (Arbitrariedad). B. Cremades y Asociados.

(50) Palominos Aravena, O. (2018). Analysis of Chilean Case Law on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Revista Chilena de Derecho, 45(2), 381-409.

En consecuencia, no se exige que las razones sean correctas en cuanto al fondo, sino simplemente que existan y que permitan entender cómo el tribunal llegó a su decisión.

2.2.7. Colombia

El arbitraje en Colombia está regulado por la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), que establece la obligación de motivar los laudos[51]. Al igual que la mayoría de los países acá reseñados, también sigue el modelo CNUDMI.

En la práctica, la Corte Constitucional ha señalado que la falta de motivación puede ser causal de anulación, vinculando este deber al derecho fundamental al debido proceso[52]. En la sentencia SU-837/02, la Corte subrayó que la estabilidad de los laudos depende de que las decisiones estén debidamente fundamentadas[53].

La jurisprudencia también ha precisado que los jueces no pueden revisar el fondo del laudo, pero sí verificar que exista motivación suficiente. La jurisprudencia colombiana ha señalado que el juez debe verificar si el laudo carece de fundamentos jurídicos o análisis probatorio de forma "manifiesta"[54]. En ese sentido, ha considerado que la ausencia de motivación vulnera el derecho de defensa y justifica la anulación[55].

2.2.8. México

En México el arbitraje se regula principalmente por el Código de Comercio, cuyo artículo 1448 establece que el laudo debe ser motivado[56], salvo acuerdo en contrario de las partes, replicando el modelo CNUDMI.

La jurisprudencia ha regulado el estándar de motivación en México en materia de anulación de laudos. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) ha confirmado que la falta de motivación puede ser causal de nulidad, pero que los jueces no pueden revisar el fondo del laudo. A modo de ejemplo, en el amparo directo número 71/2014 la Primera Sala de la Corte Suprema de la Nación sostuvo que las causales de nulidad por violación a la igualdad de trato y oportunidad de defensa no permiten un control judicial del fondo[57].

Asimismo, en el Registro 2025648 (2022), la SCJN reiteró que la motivación debe ser suficiente para demostrar que las partes tuvieron igualdad de trato y oportunidad de defensa, sin requerir un análisis exhaustivo de todos los argumentos[58]. En consecuencia, la práctica arbitral mexicana se alinea con estándares internacionales al exigir motivaciones claras y comprensibles, pero preserva la finalidad del laudo al impedir que la revisión judicial se convierta en una apelación encubierta que revise el fondo del caso.

2.2.9. Suecia

La Ley de Arbitraje (SFS 1999:116) de Suecia no contempla expresamente la exigencia de motivación del laudo[59]. A diferencia de otras jurisdicciones, el legislador sueco optó por no consagrar expresamente este requisito, dejando amplio margen a la autonomía de las partes[60]. En consecuencia, la exigencia de motivación depende del acuerdo arbitral o de las reglas procesales que las partes hayan incorporado.

Aunque la normativa sueca es flexible y permite prescindir de la motivación, la práctica arbitral en Suecia suele inclinarse por incluir razones claras y comprensibles,

---

(51) Ley 1563 de 2012: Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

(52) Herrera Mercado, H. (2022). Impugnación del laudo arbitral. Tomo VI, Editorial Ibañez. https://cej.org.co/wp-content/uploads/2022/07/La-impugnacion-del-Laudo-Arbitral.pdf

(53) Corte Constitucional de Colombia. (2002, 9 de octubre). *Sentencia SU-837/02. Recuperado de* https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/su837-02.htm

(54) Herrera Mercado, H. (2022). Impugnación del laudo arbitral. Tomo VI, Editorial Ibañez. https://cej.org.co/wp-content/uploads/2022/07/La-impugnacion-del-Laudo-Arbitral.pdf

(55) Herrera Mercado, H. (2022). Impugnación del laudo arbitral. Tomo VI, Editorial Ibañez. https://cej.org.co/wp-content/uploads/2022/07/La-impugnacion-del-Laudo-Arbitral.pdf

(56) México. Congreso de la Unión. (1993, 22 de julio). Código de Comercio. Diario Oficial de la Federación. Libro Quinto, Título Cuarto, Capítulo VI, artículo 1448.

(57) Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2016, 18 de mayo). Amparo directo 71/2014. Primera Sala. México: SCJN. Recuperado de: https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2014/1/2_174099_3187_firmado.pdf

(58) Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2022, 9 de diciembre). Recuperado de https://juristeca.com/mx/scjn/tesis-aisladas/2022/12/registro-2025648-laudo-arbitral

(59) Suecia. Parlamento. (1999). Ley de Arbitraje (SFS 1999:116).

(60) Baysal, Pelin & Atar, Muzaffer (2020). A Comparative Analysis of Content-of-Laws Inquiry and Its Importance for International Commercial Arbitration. Kluwer Arbitration Blog. Recuperado de: https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparative-analysis-of-content-of-laws-inquiry-and-its-importance-for-international-commercial-arbitration/.

en consonancia con los estándares internacionales de transparencia y legitimidad del arbitraje[61]. Esta tendencia busca reforzar la confianza en el proceso y facilitar el control judicial en los supuestos estrictamente previstos por la ley.

La jurisprudencia sueca ha reafirmado esta estructura. En *Soyak International Construction & Investment Inc. v. Hochtief AG*, la Corte Suprema de Suecia sostuvo que, cuando las partes han pactado un laudo motivado -incluyendo el supuesto en que el arbitraje se rige por reglamentos que exigen motivación-, el tribunal debe proporcionar razones[62].

Sin embargo, la Corte precisó que solo la ausencia total de motivación, o unas razones tan deficientes que equivalgan en sustancia a una falta absoluta, puede constituir una "irregularidad procesal" relevante a los efectos del artículo 34(7) de la Ley de Arbitraje.

En Suecia, la falta de motivación no constituye por sí sola causal de anulación, salvo cuando exista un pacto expreso que obligue al tribunal a motivar el laudo y la omisión sea total. El control judicial se limita estrictamente a verificar irregularidades procesales graves o vulneraciones al debido proceso, sin evaluar la calidad, suficiencia o corrección del razonamiento arbitral[63].

2.2.10. Suiza

En Suiza, la obligación de motivar los laudos se encuentra expresamente prevista en el artículo 189(2) de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado (LDIP), que también es aplicable al arbitraje internacional[64]. Esta disposición establece que el laudo debe constar por escrito y estar motivado, salvo que las partes acuerden lo contrario.

La jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo ha precisado que el deber de motivación exige una respuesta exhaustiva a cada argumento planteado por las partes[65]. A modo de ejemplo, en el *caso Evergreat Construction Co Pte Ltd v Presscrete Engineering Pte Ltd* se determinó que se vulnera el deber de motivación cuando, por inadvertencia o a raíz de un malentendido, el tribunal arbitral omite considerar alegaciones, argumentos, pruebas u ofertas probatorias presentadas por una de las partes que resulten dispositivas o relevantes para la decisión final[66].

No obstante, la LDIP ha introducido reformas que han cambiado el estándar exigido para la motivación de laudos. La anulación del laudo por defectos de motivación no procede por mera insuficiencia argumentativa. Solo cuando la omisión implique una vulneración del derecho a ser oído, el cual está protegido en el artículo 190(2)(d) de la LDIP puede prosperar el recurso[67]. Asimismo, en el artículo 190a de la LDIP se incorporó la posibilidad de solicitar la revisión del laudo, como acción de impugnación extraordinaria distinta del recurso de anulación. Este mecanismo procede únicamente cuando se descubren hechos o pruebas nuevas[68].

Sin embargo, el artículo 192(1) LDIP permite a las partes renunciar anticipadamente a la revisión, siempre que ninguna tenga domicilio o sede en Suiza. Esta renuncia no es válida si el laudo fue influenciado por un crimen o delito[69].

---

(61) Swedish Arbitration Act. Sobre la flexibilidad del sistema sueco y la ausencia de una obligación legal de motivar el laudo, véase también análisis comparado del derecho arbitral sueco en: UNCITRAL Model Law vs Swedish Arbitration Act – Comparative Guide. Extraído de: https://sccarbitrationinstitute.se/en/news/guide-the-uncitral-model-law-and-the-swedish-arbitration-act-a-comparative-analysis-for-international-practitioners/

(62) Supreme Court of Sweden, Soyak International Construction & Investment Inc. v. Hochtief AG, Case No. T 2675-19, Judgment of 14 April 2021.

(63) Baysal, Pelin & Atar, Muzaffer (2020). A Comparative Analysis of Content-of-Laws Inquiry and Its Importance for International Commercial Arbitration. Kluwer Arbitration Blog. Recuperado de: https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparative-analysis-of-content-of-laws-inquiry-and-its-importance-for-international-commercial-arbitration/.

(64) Suiza. Asamblea Federal. (2011). *Ley Federal de Derecho Internacional Privado (LDIP). Capítulo 12, artículos 189, 190a y 192*

(65) Judgment of 5 February 2014, Swiss Federal Tribunal, (n 195) [3]. See also Evergreat Construction Co Pte Ltd v Presscrete Engineering Pte Ltd (n 8) [47] citado en Thong, E., & Guo, Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), 1-26. https://doi.org/10.1093/arbint/aiae042.

(66) Judgment of 5 February 2014, Swiss Federal Tribunal, (n 195) [3]. See also Evergreat Construction Co Pte Ltd v Presscrete Engineering Pte Ltd (n 8) [47] citado en Thong, E., & Guo, Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), 1-26. https://doi.org/10.1093/arbint/aiae042.

(67) Swiss Private International Law Act, art. 190(2)(d). Véase también: Manuel Arroyo (ed.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2nd ed., Kluwer Law International, 2018, pp. 1127–1130.

(68) Marguerat, J., & Navarro, T. (2021). La reforma del capítulo 12 LDIP: revisión de laudos arbitrales y nuevas perspectivas. En Arbitraje 2021, p. 263.

(69) Marguerat, J., & Navarro, T. (2021). La reforma del capítulo 12 LDIP: revisión de laudos arbitrales y nuevas perspectivas. En Arbitraje 2021. p. 263.

2.2.11. Alemania

En Alemania el arbitraje se encuentra regulado por el Libro Décimo del Código de Procedimiento Civil alemán (Zivilprozessordnung – ZPO), el cual incorpora en buena medida la Ley Modelo de la CNUDMI. El artículo 1054(2) del ZPO también establece que el laudo debe ser motivado, salvo que las partes hayan acordado lo contrario[70].

En Alemania, la tradición jurídica civilista ha consolidado la motivación de las decisiones como un elemento esencial. A diferencia de otros sistemas, como el francés, los laudos arbitrales alemanes se distinguen por su exhaustividad, con razonamientos detallados que explican minuciosamente los hechos, la aplicación del derecho y las conclusiones alcanzadas[71].

El estilo del laudo alemán se caracteriza por razonamientos detallados sobre hechos, derecho y conclusiones. Actualmente, el estándar de laudo motivado en el arbitraje comercial internacional ha adoptado los modelos más discursivos y extensos típicos de dicho estilo. Por ello, los laudos hoy suelen tener una extensión larga, reflejando un análisis detallado de los hechos y el derecho[72]. Ahora bien, a diferencia de ordenamientos jurídicos como el suizo o el español, Alemania no cuenta con un mecanismo de revisión de laudos[73].

2.2.12. Hong Kong

El arbitraje en Hong Kong está regulado por la *Arbitration Ordinance* (Cap. 609)[74], que en su sección 67 exige que el laudo sea motivado, a menos que las partes acuerden lo contrario por escrito. Bajo dicha regulación, aunque la falta de razones constituye una vulneración de los requisitos legales, ha sido considerada históricamente por algunos sectores como insuficiente para justificar la anulación del laudo, al no ser un defecto de carácter "fundamental"[75].

En la práctica en Hong Kong, el estándar de motivación exigido a un árbitro difiere materialmente del de un juez estatal, siendo el primero menos riguroso. No se espera que los árbitros realicen un análisis exhaustivo de la ley o de las autoridades citadas, sino que basta con que expliquen qué sucedió y por qué llegaron a su conclusión[76]. Tan es así que, bajo las reglas de *fast-track* del HKIAC, se permite una excepción a la regla general, autorizando que el laudo sea emitido en forma de resumen[77].

La jurisprudencia de los tribunales de Hong Kong ha confirmado que los árbitros pueden aplicar normas jurídicas no invocadas por las partes, pero deben darles oportunidad de pronunciarse para evitar vulnerar el derecho de defensa[78]. Este criterio busca evitar la anulación de laudos por la aplicación del principio de *iura novit arbiter.*

2.2.13. China

El arbitraje en China se encuentra regulado por la Ley de Arbitraje de 1994, cuyo artículo 54 establece que el laudo debe contener la motivación[79]. La ley exige que el laudo conste por escrito y contenga la decisión, siendo práctica habitual incluir fundamentos, aunque el estándar no está desarrollado con precisión normativa[80].

Si bien la norma no desarrolla con precisión el estándar de motivación, en la

---

(70) Bundesrepublik Deutschland. (2005). Zivilprozessordnung (ZPO) [Código de Procedimiento Civil alemán]. Libro Décimo: Schiedsverfahren, artículo 1054(2).

(71) Strong, S. I. (2015). Reasoned awards in international commercial arbitration: Embracing and exceeding the common law–civil law dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1), 1–60. University of Michigan Law School. Disponible en: https://repository.law.umich.edu/mjil/vol37/iss1/1

(72) Strong, S. I. (2015). Reasoned awards in international commercial arbitration: Embracing and exceeding the common law–civil law dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1), 1–60. University of Michigan Law School. Disponible en: https://repository.law.umich.edu/mjil/vol37/iss1/1

(73) Navarro Blakemore, T. (2022). Sentencia del Tribunal Federal Suizo 4A 422/2021, de 14 de octubre. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, 15(1), 215-222 ("El mecanismo de revisión también existe […]. No es el caso en países como Argentina, Inglaterra o Alemania, entre otros").

(74) Región Administrativa Especial de Hong Kong. (2011). Ordenanza de Arbitraje (Cap. 609).

(75) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), p. 16, pie de página 138.

(76) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), p. 15-16.

(77) Baysal, Pelin & Atar, Muzaffer (2020). A Comparative Analysis of Content-of-Laws Inquiry and Its Importance for International Commercial Arbitration. Kluwer Arbitration Blog. Recuperado de: https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparative-analysis-of-content-of-laws-inquiry-and-its-importance-for-international-commercial-arbitration/

(78) Baysal, Pelin & Atar, Muzaffer (2020). A Comparative Analysis of Content-of-Laws Inquiry and Its Importance for International Commercial Arbitration. Kluwer Arbitration Blog. Recuperado de: https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparative-analysis-of-content-of-laws-inquiry-and-its-importance-for-international-commercial-arbitration/

(79) República Popular China. (1994). Ley de Arbitraje de la República Popular China.

(80) Weixia Gu, The Evolving Practice of International Arbitration in China (Cambridge University Press, 2017), pp. 195–198.

práctica china es habitual que los laudos incluyan fundamentos detallados. Existe una tendencia en la doctrina en que China -como otras jurisdicciones de tradición civilista- rechaza los laudos "desnudos" o carentes de razonamiento[81].

La exigencia de motivación se relaciona directamente con la intensidad del control judicial. En el arbitraje doméstico, China mantiene un modelo de doble vía que permite a los tribunales revisar no solo aspectos procedimentales, sino también errores de derecho, insuficiencia probatoria o incluso la conducta del árbitro[82]. Esta revisión sustantiva hace indispensable que el laudo esté motivado para que el juez pueda evaluar el fondo del asunto. Aunque la insuficiencia de motivación no figura como causal autónoma de nulidad, puede conducir a la anulación cuando afecta el derecho de defensa o revela defectos graves en la apreciación del caso.

En arbitraje internacional, incluyendo el reconocimiento de laudos extranjeros, el control lo supervisa la *Supreme People's Court of China* a través de un sistema de reporte obligatorio[83]. El examen judicial se limita a las causales de la Convención de Nueva York. No obstante, la ausencia absoluta de motivación puede ser problemática incluso en este ámbito, sobre todo cuando impide verificar las garantías mínimas del procedimiento[84].

2.2.14. Emiratos Árabes Unidos

En Emiratos Árabes Unidos, la UAE Federal Arbitration Law No. 6 of 2018 regula los requisitos formales del laudo tales como su forma escrita, firma y fecha, pero no desarrolla un estándar detallado sobre la motivación[85]. No obstante, la práctica judicial ha considerado tradicionalmente que la existencia de fundamentos forma parte de los elementos que garantizan la validez del laudo[86].

Bajo el régimen anterior al 2018, la UAE Court of Cassation había adoptado en ciertos casos una postura formalista, anulando laudos por defectos en su redacción o fundamentación[87]. Sin embargo, con la nueva ley -inspirada en la Ley Modelo CNUDMI- el enfoque se ha desplazado hacia una interpretación más favorable a la ejecución y menos estricta en cuanto a aspectos formales del laudo[88].

Actualmente, la falta absoluta de motivación podría ser cuestionada si se considera que vulnera el orden público procesal o el derecho de defensa. No obstante, los tribunales tienden a evitar una revisión sustantiva del razonamiento arbitral, privilegiando la eficacia del laudo y la coherencia con la Convención de Nueva York.

2.2.15. Perú

En Perú, el Decreto Legislativo 1071 establece en su artículo 56(1) que el laudo debe ser motivado, salvo acuerdo distinto de las partes[89]. Esta disposición refleja la influencia directa de la Ley Modelo de la CNUDMI y consolida la motivación como regla general en el arbitraje peruano.

El Tribunal Constitucional peruano, en el caso Llamoja[90] instauró un precedente vinculante para la jurisprudencia, pues ha desarrollado categorías de motivación de sentencias aplicables en los procesos penales, que cierta práctica peruana ha llevado erróneamente a ser aplicada a la motivación de laudos arbitrales. Las categorías de motivación defectuosa de sentencias judiciales establecidas en el caso Llamoja son: (i) inexistencia de motivación o motivación aparente, (ii) falta de motivación interna del razonamiento, (iii) deficiencias de la motivación externa (justificación de las premisas), (iv) motivación insuficiente, (v) motivación incongruente, (vi) motivación cualificada. No todos estos estándares se aplican en el ámbito arbitral.

---

(81) Weixia Gu, The Evolving Practice of International Arbitration in China (Cambridge University Press, 2017), pp. 205–210.
(82) Weixia Gu, The Evolving Practice of International Arbitration in China (Cambridge University Press, 2017), pp. 205–210.
(83) Supreme People's Court of the People's Republic of China, notice on the Handling by People's Courts of Issues Relating to Foreign-Related Arbitration and Foreign Arbitration Matters (1995).
(84) Weixia Gu, The Evolving Practice of International Arbitration in China (Cambridge University Press, 2017), pp. 212–214
(85) United Arab Emirates. (2018). Federal Law No. 6 of 2018 on Arbitration. Abu Dhabi: Government of the United Arab Emirates.
(86) Steele, C. (2018, 24 de mayo). New UAE federal arbitration law welcomed as qualified success. DLA Piper.
(87) Steele, C. (2018, 24 de mayo). New UAE federal arbitration law welcomed as qualified success. DLA Piper.
(88) Steele, C. (2018, 24 de mayo). New UAE federal arbitration law welcomed as qualified success. DLA Piper.
(89) Perú. Decreto Legislativo 1071. (2008). Decreto Legislativo que norma el arbitraje, art. 56(1). "Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar."
(90) Sentencia emitida en el Caso de Giuliana Llamoja, Expediente N° 3943-2006-PA/TC por el Tribunal Constitucional peruano.

Las categorías desarrolladas en el caso Llamoja, solo resultan aplicables la ausencia de motivación, la motivación aparente y la congruencia, esta última ya contemplada como causal específica en el Decreto Legislativo 1071. Esto se debe a que dicha norma prohíbe expresamente a los jueces revisar el fondo del laudo o calificar la calidad de la motivación, limitando la intervención judicial únicamente a casos donde simplemente no existan razones (de modo manifiesto o aparente) o se vulnere la congruencia con los petitorios de las partes[91].

La jurisprudencia peruana demuestra que no existe un criterio uniforme sobre el estándar de motivación exigible a los laudos[92]. Las anulaciones por defectos de motivación suelen fundarse en dos tipos de omisiones: (i) falta de valoración de pruebas y (ii) falta de valoración de argumentos. En el caso de la valoración de pruebas, las cortes consideran que no hay defecto cuando la prueba no fue siquiera invocada por la parte; en otros casos, las cortes anulan laudos por no valorar una pericia esencial o por limitarse a reproducirla sin análisis propio de los árbitros. Lo mismo ocurre con la valoración de argumentos. En ciertos precedentes se sostiene que los árbitros no deben responder a argumentos secundarios, mientras que otros anulan laudos cuando se omiten argumentos de la parte vencida, aun cuando el tribunal haya expuesto razonamientos generales.

En resumen, pese a que el Decreto Legislativo 1071 no contempla el estándar de exigencia de motivación que caracteriza a las sentencias del Poder Judicial peruano, la jurisprudencia en materia de anulación de laudos tiende solo a anular laudos con motivación aparente. No obstante, a veces los anulan aplicando aún criterios adicionales que deberían ser exigibles solo a las sentencias judiciales.

3. Regulación en los principales centros de arbitraje a nivel internacional

Hemos revisado los reglamentos institucionales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la London Court of International Arbitration (LCIA), de la American Arbitration Association (AAA), del Singapore International Arbitration Centre (SIAC), y del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), para conocer cómo regulan la motivación de los laudos.

3.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El artículo 48(3) del Convenio CIADI establece que los laudos deben contener los motivos en que se basan[93]. Esta disposición es imperativa y constituye uno de los pilares del sistema arbitral de inversiones, donde la motivación adquiere especial relevancia por el impacto de las decisiones en Estados y particulares.

La jurisprudencia del CIADI ha precisado el alcance de esta exigencia. En el caso *Guinea v. Mine* (1984), el Comité de Anulación señaló que[94]:

> [El] requerimiento de que un laudo debe de estar motivado implica que debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en aspectos de hecho y de Derecho. Esto implica eso, y solo eso. El carácter adecuado del razonamiento no es un estándar apropiado de revisión bajo el parágrafo (1)(e), porque este casi de manera inevitable lleva a un Comité ad hoc a examinar la sustancia de la decisión del tribunal, en perjuicio de la exclusión del remedio de apelación efectuada por el Artículo 53 de la Convención. Un Comité podría estar tentado a anular un laudo porque tal examen revela una manifiesta aplicación incorrecta del Derecho, lo que sin embargo no es terreno para la anulación.

Otro caso emblemático es el procedimiento de anulación del laudo dictado en *Perenco v. Ecuador*. Ahí el Comité de Anulación anuló parcialmente la decisión del tribunal arbitral porque consideró que no se había explicado adecuadamente por qué otorgaba un valor nominal de USD 25 millones por pérdida de

---

(91) Reggiardo, M. (2016). La anulación de laudo por defectos de motivación en el Perú. En G. Priori, Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales. Ponencias del VI seminario internacional de Derecho Procesal (pp. 357- 372). Lima: Palestra, p. 362-363.

(92) Sentencia emitida por la Primera Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00110-2022-0-1817-SP-CO-01 del 5 de agosto de 2022; Sentencia emitida por la Primera Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00410-2021-0-1817-SP-CO-01 del 11 de abril de 2022; Sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial recaída en el Expediente No. 00307-2019-0-1817-SP-CO-02 del 19 de agosto de 2022; Sentencia emitida por la Primera Sala Comercial recaída en el Expediente N° 00338202101817SPCO01, del 28 de marzo de 2022.

(93) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (1965). Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, art. 48(3).

(94) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (1984). Guinea v. Mine, Decisión de Anulación.

(95) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2021). Perenco Ecuador Ltd. v. República del Ecuador, Decisión de Anulación, párrafos 466–469.

oportunidad en un contrato de participación[95]. El tribunal se limitó a invocar su "discreción" sin justificar por qué esa cifra era adecuada frente a otras posibles. El comité concluyó que la ausencia de explicación constituía una falta de motivación suficiente, lo que evidenció que incluso en el CIADI la exigencia de razones claras y comprensibles es un requisito indispensable para la validez del laudo.

La práctica en el arbitraje ante el CIADI demuestra que la motivación no solo cumple una función explicativa, sino que constituye un requisito esencial para la validez del laudo. La ausencia de motivación puede dar lugar a la anulación del laudo en sede de control, lo que refuerza su carácter imperativo.

Como advierte Mary Mitsi, "aunque las normas prevén la exigencia de justificación de los laudos, no establecen estándares de solidez y aceptabilidad de los argumentos contenidos en el razonamiento. La obligación de motivar está claramente enunciada, pero no existe claridad ni precisión respecto de los componentes específicos de este requisito"[96]. Desde una perspectiva cuantitativa, Mitsi subraya que no puede anularse un laudo por el hecho de que el tribunal no haya abordado con mayor detalle todos los argumentos o pruebas presentadas[97].

Mitsi también enfatiza que el problema no es solo de cantidad, sino de calidad: aunque casi siempre los árbitros internacionales ofrecen alguna razón, estas pueden ser poco claras o incoherentes[98]. La cuestión central es determinar cuál es el estándar aceptable de razonamiento que, si se cumple, evita la anulación del laudo.

En virtud de ello, pese a que el CIADI refleja un modelo estricto en la exigencia de motivación, la doctrina recuerda que la calidad de las razones puede variar y que lo esencial es que el laudo muestre la conexión entre hechos y derecho.

3.2. Cámara de Comercio Internacional (CCI)

El Reglamento de Arbitraje de la CCI establece en su artículo 32(2) que "el laudo deberá ser motivado"[99]. Esta disposición convierte la motivación en un requisito indispensable, alineando la práctica institucional con los estándares de transparencia y legitimidad.

Una de las principales características del arbitraje en la CCI se encuentra en el artículo 34 de su Reglamento. Este señala que:

> Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte (2021)[100].

El escrutinio es un control institucional de calidad que busca garantizar que las decisiones sean claras, coherentes y comprensibles. Se evitan así las contradicciones internas o deficiencias que puedan comprometer su validez o eficacia.

El escrutinio no revisa el fondo de la decisión ni busca sustituir el juicio de los árbitros, sino que asegura que el razonamiento sea inteligible, así como que el laudo cumpla con los estándares mínimos de forma y claridad. Al respecto, Emmanuel Gaillard ha señalado que[101]:

> [C]uando se deben exponer los motivos del laudo, eso no significa que deban estar bien fundados de hecho o de derecho. Una corte judicial que revise el laudo para asegurarse de que se hayan dado los motivos no revisará, por supuesto, las conclusiones sustantivas del laudo. Por lo tanto, incluso los motivos que están claramente equivocados satisfarán el requisito de que los árbitros indiquen los motivos de su laudo (1999).

La jurisprudencia francesa ha precisado los alcances de esta exigencia. En casos como *Compagnie Française d'Etudes et*

---

(96) 'Chapter 3: The Dynamics of Reasoning', in Mary Mitsi, The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals International Arbitration Law Library, Volume 46, p. 1.

(97) 'Chapter 3: The Dynamics of Reasoning', in Mary Mitsi, The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals International Arbitration Law Library, Volume 46, p. 1.

(98) Chapter 3: The Dynamics of Reasoning', in Mary Mitsi, The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals International Arbitration Law Library, Volume 46, p. 2.

(99) International Chamber of Commerce. (2021). ICC Arbitration Rules, art. 32(2). (Texto original: "The award shall state the reasons upon which it is based.").

(100) International Chamber of Commerce. (2021). ICC Arbitration Rules, art. 34. (Texto original: "Before signing any award, the arbitral tribunal shall submit it in draft form to the Court. The Court may lay down modifications as to the form of the award and, without affecting the arbitral tribunal's liberty of decision, may also draw its attention to points of substance. No award shall be rendered by the arbitral tribunal until it has been approved by the Court as to its form.").

(101) Gaillard, E. y Savage, J. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, p. 763.

(102) Cour de cassation (France). (1998). Compagnie Française d'Études et de Construction TECHNIP v. ASMIDAL.

de Construction TECHNIP v. ASMIDAL[102] (1998) y *CIC International Ltd. v. Ministre de la Défense de la République Fédérale d'Allemagne*[103] (1999), la Corte de Casación sostuvo que un laudo con motivos contradictorios podía ser considerado como no motivado, incumpliendo así el artículo 32(2) del Reglamento CCI[104].

No obstante, en *Unijet S.A. v. S.A.R.L. International Business Relations Ltd.* (1989)[105], la misma Corte señaló que un laudo con motivos contradictorios solo podría ser anulado por orden público internacional si la ley aplicable exigía expresamente que se establecieran dichos motivos.

El escrutinio ayuda al tribunal a emitir un laudo de calidad y así garantiza que el laudo tenga legitimidad entre las partes. La Corte puede revisar aspectos formales, tales como fechas, identificación de las partes o consistencia interna, así como observar cuestiones de fondo; sin embargo, su observación no es vinculante. El tribunal arbitral puede mantener su criterio y la Corte debe aprobar el laudo igualmente. El tribunal, a su vez, puede devolver el laudo con o sin cambios, justificando por qué no ha seguido las observaciones, y la Corte debe aceptarlo.

El impacto del escrutinio ha sido notable en la práctica arbitral internacional. La implementación de esta herramienta por la CCI ha servido de referencia para otros centros, como el SHIAC en Shanghái, el SIAC en Singapur, la DIAC Dubai en Emiratos Árabes Unidos, la CCL y AmCham en Perú, que han adoptado mecanismos similares de revisión institucional inspirados en el escrutinio de la CCI. A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CCL contempla en su artículo 39 el procedimiento de escrutinio del laudo, aplicable cuando las partes lo acuerdan y con la aprobación del Centro[106]. Este examen permite que la CCL revise el contenido del laudo en cuanto a su forma y, de manera no vinculante, pueda sugerir observaciones sobre el fondo, sin afectar la libertad de decisión del tribunal arbitral.

En cuanto a la motivación de las decisiones de la propia Corte de la CCI, el estándar es neutral. No se evalúa si las razones son buenas o malas, pero la institución ha adoptado medidas internas para que los tribunales redacten laudos sólidos y con fundamentos claros.

3.3. London Court of International Arbitration (LCIA)

El Reglamento de la LCIA, en su artículo 26.2, establece que el laudo deberá contener las razones de la decisión, salvo que las partes acuerden lo contrario. Esta disposición refleja la influencia de la tradición inglesa, que privilegia la autonomía de las partes, pero al mismo tiempo reconoce la relevancia de la motivación como un estándar deseable.

En la práctica, la LCIA ha elevado la motivación a una obligación reglamentada de los árbitros. Si bien el centro no realiza un escrutinio institucional, como lo realiza la CCI[107], el Reglamento LCIA establece expresamente que el tribunal debe proporcionar las razones de su decisión, salvo acuerdo distinto de las partes.

Aunque la LCIA no supervisa la calidad ni la suficiencia de la motivación, el incumplimiento de la obligación de motivar los laudos arbitrales puede activar mecanismos "ex post", como solicitudes de corrección o impugnaciones ante la sede arbitral cuando la legislación aplicable exige razones.

La motivación debe ser estructurada y concisa, en consonancia con el estilo inglés caracterizado por razonamientos breves pero claros. No se requiere una fundamentación extensa o persuasiva, sino una explicación razonada que permita seguir la lógica de la decisión y comprender cómo el tribunal llegó a sus conclusiones[108].

---

(103) Cour de cassation (France). (1999). CIC International Ltd. v. Ministre de la Défense de la République Fédérale d'Allemagne.

(104) International Chamber of Commerce. (2021). ICC Arbitration Rules, art. 32(2). (Texto original: "The award shall state the reasons upon which it is based.").

(105) Cour de cassation (France). (1989). Unijet S.A. v. S.A.R.L. International Business Relations Ltd.

(106) Cámara de Comercio de Lima (CCL). (2020). Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 39 ("Se aplica el procedimiento de escrutinio del laudo en todos aquellos casos en que las partes así lo acuerden y con la aprobación del Centro. El procedimiento de escrutinio no se aplica para las decisiones que resuelven las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo. En el procedimiento de escrutinio del laudo, el Centro, sin afectar la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, revisa el contenido del laudo en cuanto a su forma, pudiendo dar sugerencias no vinculantes en cuanto al fondo.").

(107) Scherer, M. (2011, 5 de octubre). Arbitral Institutions under Scrutiny. Kluwer Arbitration Blog. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/05/arbitral-institutions-under-scrutiny/; Norton Rose Fulbright. (2022, mayo). Choosing the right arbitral rules. International Arbitration Report, (18), 1-16

(108) Lloyd, H. (1994). Writing Awards – A Common Lawyer's Perspective. ICC Court Bulletin, 5, 38–45. "English awards tend to be short, structured and to the point. Arbitrators are not expected to write long or discursive reasons, but to explain clearly the basis on which they reached their conclusions." (Traducción libre: "Los laudos ingleses suelen ser breves, estructurados y directos. No se espera que los árbitros redacten razones extensas o discursivas, sino que expliquen con claridad la base sobre la cual llegaron a sus conclusiones.")

Este enfoque busca equilibrar la necesidad de transparencia con la eficiencia del arbitraje, concibiendo la motivación no como una mera exigencia formal de validez, sino como un elemento que garantiza la calidad del laudo.

A diferencia de instituciones como la CCI, que someten los laudos a un escrutinio previo, la LCIA deja en entera responsabilidad de los árbitros la elaboración de motivaciones claras y coherentes, por lo que no sacrifica la agilidad que caracteriza al arbitraje internacional.

3.4. American Arbitration Association (AAA)

La American Arbitration Association ("AAA") ha desarrollado un modelo flexible en torno a la motivación de los laudos, que refleja la tradición estadounidense de privilegiar la autonomía de las partes y la eficiencia del procedimiento. A diferencia de instituciones como la CCI, la AAA no impone la motivación como obligación general.

La AAA prevé la necesidad de motivar los laudos si existe acuerdo de las partes o de las reglas específicas aplicables[109]. De esta manera, la motivación responde a la voluntad de las partes de contar con una justificación clara que legitime el resultado del arbitraje y garantice la transparencia.

Bajo las AAA Commercial Rules, un árbitro no necesita proporcionar un laudo motivado[110]. Basta con emitir una determinación sobre el resultado del arbitraje, sin explicar el razonamiento. Sin embargo, si las partes acuerdan exigir un laudo motivado, o si el árbitro lo considera apropiado, entonces puede emitirse un "*reasoned award*".

En arbitrajes comerciales complejos, la AAA promueve la emisión de laudos motivados, distinguiendo entre *reasoned awards* y *bare awards*[111]. Los primeros incluyen fundamentos, mientras que los segundos se limitan a la parte dispositiva. Esta flexibilidad permite adaptar el nivel de motivación a las necesidades del caso.

Bales y Hooten proponen criterios para determinar cuándo un laudo puede considerarse "razonado"[112]: (i) si las partes lo acuerdan en cualquier momento, si las reglas institucionales lo exigen, o si el árbitro anuncia que lo emitirá y ninguna parte objeta; (ii) la extensión del laudo debe corresponder a la complejidad de la información discutida; (iii**)** el contenido debe abordar todos los argumentos que afecten el resultado, prestando especial atención a los rechazados de la parte perdedora; y (iv) si se conceden daños o honorarios, debe explicarse por qué son apropiados.

La AAA ofrece un modelo pragmático, donde la motivación no es obligatoria, pero se reconoce como un elemento que fortalece la aceptación de los laudos en la práctica comercial.

3.5. Singapore International Arbitration Centre (SIAC)

Las Reglas de Arbitraje de SIAC (por ejemplo, Art. 32(4) de las Reglas 2016) disponen que "el laudo será por escrito y expondrá los motivos en que se basa, a menos que las partes hubieran acordado que no se darán razones"[113]. Este esquema reproduce el modelo de la Ley Modelo de la CNUDMI[114], consolidando la motivación como regla general con posibilidad de renuncia.

Al igual que la CCI, el SIAC realiza un escrutinio institucional del proyecto de laudo antes de su notificación. El SIAC puede sugerir modificaciones de forma y señalar puntos de sustancia, aunque este control no debe interferir con la libertad del tribunal arbitral para decidir la controversia. Este mecanismo coexiste con el respeto a la autonomía de las partes, quienes bajo las reglas del SIAC (Regla 32.4) mantienen la facultad de acordar que el laudo no sea motivado[115].

La jurisprudencia de Singapur ha precisado que la "adecuación" de las razones es un espectro. Por un lado, se encuentran

---

(109) American Arbitration Association. (2013). Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures. Regla R46(c). "If the parties agree, the arbitrator shall provide a reasoned award." (Traducción libre: "Si las partes lo acuerdan, el árbitro deberá emitir un laudo motivado.")

(110) Bales, Richard & Hooten S., What Makes a "Reasoned" Arbitration Award (February 03, 2020), p. 3.

(111) Bales, Richard & Hooten S., What Makes a "Reasoned" Arbitration Award (February 03, 2020). p. 3.

(112) Bales, Richard & Hooten S., What Makes a "Reasoned" Arbitration Award (February 03, 2020). p. 17.

(113) Singapore International Arbitration Centre (SIAC). (2016). *Reglas de Arbitraje del SIAC (6.ª ed.), art. 32(4).*

(114) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2006). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, art. 31(2).

(115) Scherer, M. (2011, 5 de octubre). Arbitral Institutions under Scrutiny. Kluwer Arbitration Blog. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/05/arbitral-institutions-under-scrutiny/; Norton Rose Fulbright. (2022, mayo). Choosing the right arbitral rules. International Arbitration Report, (18), 1-16

los laudos sin motivación, vulnerables a la anulación; por otro lado, los laudos con razones completas y coherentes, que no se exponen a la anulación. La mayoría de los laudos se ubican en un punto intermedio, donde razones mínimas pueden ser suficientes, pero no necesariamente seguras frente a un recurso de anulación.

3.6. Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM)

El Reglamento del CIIAM, aprobado en agosto de 2024, establece en su artículo 41(5) que el laudo deberá ser motivado[116], salvo que las partes hayan convenido otra cosa o se trate de un laudo por acuerdo de las partes, siempre que la ley aplicable lo permita. Esta disposición reproduce el modelo español y CNUDMI. Consolida la motivación como regla general con excepciones limitadas.

El CIIAM utiliza la guía de examen previo de laudos, que funciona como una revisión institucional obligatoria antes de que el laudo sea dictado y notificado. El árbitro único o el tribunal arbitral preparan un proyecto de laudo y este es examinado por el Centro con el objetivo de asegurar la mayor calidad posible. La revisión se centra en cuatro aspectos: (i) aspectos formales del laudo, (ii) la motivación del laudo, (iii) el fondo de la controversia y (iv) la determinación y el desglose de las costas[117].

A diferencia de la CCI, el CIIAM sí prevé expresamente la revisión de fondo, aunque también sin carácter vinculante. De acuerdo con el artículo 47 del Reglamento del CIIAM, el inciso 3 sostiene que:

> Igualmente, el Centro podrá, respetando en todo caso la libertad de decisión de los árbitros, llamar su atención sobre aspectos relacionados con la motivación del laudo o el fondo de la controversia, así como sobre la determinación y desglose de las costas (2021)[118].

Los árbitros no pueden emitir un laudo sin que este examen haya sido realizado y aprobado por el CIIAM. Sin embargo, el Centro no asume responsabilidad sobre el contenido sustantivo del laudo, que sigue siendo exclusivo de los árbitros. El examen lo llevan a cabo dos órganos: la Secretaría General y los miembros[119] de la Comisión de Examen Previo de Laudo de CIIAM, quienes actúan como filtro de calidad para garantizar que los laudos cumplan con estándares de claridad, coherencia y transparencia antes de ser notificados a las partes[120].

El CIIAM ha adoptado un esquema que refuerza la transparencia y la legitimidad del arbitraje, alineándose con las mejores prácticas internacionales y consolidando la motivación como regla general en su sistema institucional.

3.7. Shanghai International Arbitration Center (SHIAC)

El Reglamento de Arbitraje del Shanghai International Arbitration Center (SHIAC) establece que los laudos deben ser motivados, salvo que las partes acuerden lo contrario[121]. El laudo debe constar por escrito e incluir las razones en que se basa la decisión, así como la identificación de las partes, las pretensiones, los hechos relevantes y la decisión adoptada por el tribunal arbitral[122].

Al igual que ocurre en el sistema de escrutinio de la CCI, el Reglamento del SHIAC también contempla un mecanismo institucional de escrutinio del laudo antes de su emisión definitiva. De acuerdo con el artículo 49 del Reglamento del SHIAC, el tribunal arbitral debe remitir el proyecto de laudo a la institución para su revisión previa, pudiendo ésta formular observaciones sobre aspectos formales o de coherencia, siempre que no se afecte la independencia del tribunal en la adopción de su decisión[123].

---

(116) Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIIAM). (2024). Reglamento de Arbitraje del CIIAM (aprobado en agosto de 2024), art. 41(5). "*El laudo debe estar motivado, salvo acuerdo distinto de las partes o si se trata de un laudo por acuerdo, siempre que la ley lo permita*".

(117) *Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). (2021). Guía de examen previo de laudos. Madrid: CIAM. Extraído de:* https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2021/03/guia-examen-previo-laudos-CIAM.pdf?utm

(118) Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). (2021). *Guía de examen previo de laudos. Madrid: CIAM. Extraído de:* https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2021/03/guia-examen-previo-laudos-CIAM.pdf?utm

(119) La Comisión se compone de 24 miembros independientes del Centro. Dichos miembros no pueden formar parte de CIAM, en particular del Pleno del Centro, de las Entidades Fundadoras (la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Española de Arbitraje y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje), de órganos de gobierno de la Asociación o de los socios de la Asociación.

(120) Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). (2021). *Guía de examen previo de laudos. Madrid: CIAM. Extraído de:* https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2021/03/guia-examen-previo-laudos-CIAM.pdf?utm

(121) Shanghai International Arbitration Center (SHIAC). (2021). Reglamento de Arbitraje del SHIAC. Shanghái: SHIAC.

(122) Shanghai International Arbitration Center (SHIAC), Arbitration Rules, art. 53.

(123) Shanghai International Arbitration Center (SHIAC), Arbitration Rules, art. 49.

4. Análisis sobre la exigencia de motivación de los laudos arbitrales

En la práctica arbitral internacional, la motivación de los laudos ha generado un consenso progresivo que, aunque flexible, establece ciertos parámetros mínimos que deben cumplirse. En esta sección se abordarán tres aspectos: primero, las razones por las cuales se motiva un laudo; segundo, lo que se espera del estándar de motivación en la práctica internacional; y tercero, el estilo, la formalidad y la estructura que caracterizan a los laudos motivados.

4.1. Razones para motivar los laudos

La motivación de los laudos se ha convertido en una regla bastante aceptada. La motivación cumple con informar a las partes el razonamiento seguido, permitiendo que comprendan cómo se resolvió la controversia y reforzando la credibilidad del arbitraje.

Además, la motivación reduce el riesgo de arbitrariedad. Al exigir que los árbitros expliquen las premisas fácticas y jurídicas de su decisión, se asegura que el laudo no sea producto de un mero capricho. Born enfatiza que lo esencial es que el tribunal identifique las cuestiones dispositivas y explique, de manera concisa, el proceso de pensamiento que subyace a su decisión, exponiendo las premisas de hecho y de derecho que conducen al resultado[124].

La obligación de motivar también incentiva la elaboración de laudos más rigurosos y coherentes. El ejercicio de redactar razones obliga a los árbitros a ordenar sus ideas y verificar la consistencia de su razonamiento, lo que redunda en decisiones más sólidas. Por ello la motivación refuerza también la legitimidad del arbitraje: la parte vencida puede comprobar que sus argumentos fueron considerados, incluso si no prosperaron, lo que contribuye a la percepción de justicia y a la aceptación del laudo.

Por último, la motivación también permite entender cabalmente la decisión y facilitar la ejecución de los laudos. Como se ha explicado, la motivación permite crear líneas jurisprudenciales que hacen más coherente el sistema arbitral; sobre todo, en arbitrajes como los de inversión, deportivos o de contrataciones públicas en Perú.

4.2. ¿Qué se espera del estándar de motivación?

El consenso internacional apunta a un estándar simple y básico. No se exige que los laudos estén perfectamente motivados, sino que contengan razones suficientes para seguir el razonamiento del tribunal. Born subraya que incluso razones pobres o poco persuasivas cumplen con la exigencia legal: "razones mal redactadas o poco convincentes siguen siendo razones y satisfacen el requisito legal"[125]. El beneficio de este estándar está en que permite que las partes solucionen su conflicto rápido, confiando en el criterio de los árbitros, reduciendo el riesgo de anulación judicial del laudo por el incumplimiento de un estándar muy alto de motivación. Se soluciona así el conflicto con un menor gasto en tiempo y dinero.

La obligación de motivar no debe convertirse en un vehículo para la revisión sustantiva del laudo, pues basta con que el tribunal muestre que ha aplicado su entendimiento del derecho a su entendimiento de los hechos, aunque ese entendimiento pueda ser erróneo o ilógico.[126]

> De acuerdo con González de Cossío, la obligación de motivar más bien tiene una doble función explicar y controlar. Explicar a las partes el sentido de la decisión. E idealmente, la explicación lograría justificación; tal, que la parte que deba asumir las consecuencias del fallo pueda aceptarlo con serenidad. Si no es por que comparte su sentido, por lo menos por que respeta el proceso que dio lugar a la misma (2024)[127].

Thong y Guo complementan esta visión al señalar que el estándar preciso de razonamiento variará no solo de caso en caso, sino también de cuestión en cuestión[128]. Así, en disputas más simples, una motivación más concisa puede ser suficiente, mientras

---

[124] Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated April 2024)', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), as available on Kluwer Arbitration, p. 3

[125] Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated April 2024)', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), as available on Kluwer Arbitration, p. 3.

[126] Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated April 2024)', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), as available on Kluwer Arbitration, p. 3.

[127] González de Cossío, F. (2016). La finalidad de los laudos en México – Reflexión y propuesta sobre un caso reciente. GDCA Abogados. Recuperado de: https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FINALIDAD.pdf

[128] Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), p. 21

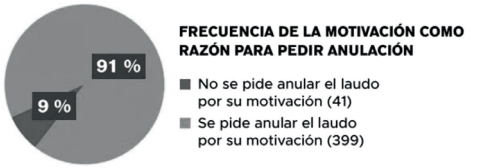
que en casos más complejos será necesario un desarrollo argumentativo más elaborado para satisfacer las exigencias del estándar de motivación. En consecuencia, los árbitros no están obligados a pronunciarse sobre cada argumento ni a detallar toda la evidencia, sino únicamente a justificar las conclusiones que afectan directamente el resultado[129].

Zamir y Kaplan refuerzan esta idea al señalar que las reglas internacionales "simplemente disponen que los tribunales deben exponer las razones en que se basa el laudo, pero no requieren que esas razones se detallen ni que se aborden todos los argumentos menores"[130]. El deber de motivar, por tanto, tiene una exigencia moderada: basta con que el laudo permita a las partes entender las líneas generales de la disputa, la decisión del tribunal, así como su base jurídica y fáctica.

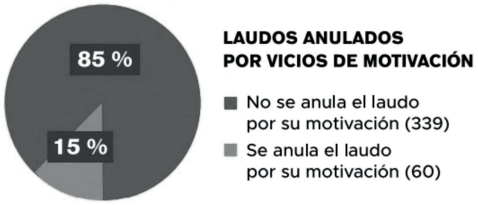
En la práctica, además, los usuarios rara vez pactan prescindir de la motivación, tanto en arbitraje comercial internacional como en la mayoría de las jurisdicciones domésticas. Aunque no existen estadísticas concluyentes al respecto, el análisis comparado de las jurisdicciones y la práctica arbitral indican que las partes suelen preferir laudos motivados, ya sea por razones de transparencia, seguridad jurídica, para poder buscar su anulación judicial en caso de descontento o por la posibilidad de resistir o defender su ejecución en caso de disputas posteriores.

A modo de ejemplo, en el caso peruano es excepcional que las partes acuerden renunciar a la motivación. Incluso la falta o defectos de motivación constituye una de las razones más invocadas en los recursos de anulación. Pese a que el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071 no prevé expresamente la indebida motivación como causal de anulación del laudo, en la práctica las partes sí la invocan. Para ello, suelen encauzar este cuestionamiento a través de otras causales de la misma norma: (i) el inciso b), referido a la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa; y (ii) el inciso c), relativo al incumplimiento del acuerdo de las partes sobre la composición del tribunal arbitral o las reglas del procedimiento (el incumplimiento del deber de motivar).

En su estudio de 2022, el Centro de Arbitraje de la CCL registró que cerca del 91% de las demandas de anulación cuestionaron el laudo por supuestos vicios de motivación. Dicho número demuestra la tendencia de esperar un laudo motivado, de lo contrario, recurrirán al control judicial, como se puede apreciar a continuación[131]:



Sin embargo, pese a la frecuencia con la que se invoca esta razón, la tendencia de las cortes judiciales peruanas es diametralmente opuesta: solo el 15% de esos procesos culmina con la anulación del laudo por vicios de motivación[132]:



Esto permite extraer dos hipótesis: (i) los usuarios de la CCL no suelen pactar en contra de la motivación porque la consideran una oportunidad para anular el laudo si va en contra de sus intereses; y (ii) el Poder Judicial peruano mantiene un estándar restrictivo de control, anulando únicamente aquellos laudos en los que la falta de motivación es absoluta o aparente.

4.3. Elementos que deben contener los laudos

Existe una práctica de consenso internacional en torno al estilo, la forma y estructura de los laudos. En cuanto al estilo, se espera que los laudos sean claros, lógicos y sin ambigüedades, evitando tecnicismos innecesarios y dirigiéndose principalmente

(129) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), p. 23.
(130) Noam Zamir and Neil Kaplan, 'To Reason or Not to Reason: Arbitral Awards—The Conflict Between Conciseness and the Duty to Provide Reasons under National Laws and International Rules', in William W. Park (ed), Arbitration International, p. 3.
(131) Montes Gózar, S., Wong Abad, J. M., Olórtegui, J., & Rivas, G. (2022). Estudio de anulación de laudos 2022. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Extraído de: https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf
(132) Montes Gózar, S., Wong Abad, J. M., Olórtegui, J., & Rivas, G. (2022). Estudio de anulación de laudos 2022. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Extraído de: https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf

a las partes. La claridad es fundamental para que las partes comprendan el razonamiento del tribunal, incluso si no tienen formación jurídica especializada.

Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, han señalado que:

> El objetivo debería consistir en explicar las razones de la manera más concisa posible, en la medida de lo que resulte necesario según la naturaleza de la controversia. Lo que las partes desean es conocer el razonamiento subyacente a la decisión, no recibir una clase de derecho (2007)[133].

La estructura mínima de un laudo motivado suele incluir un resumen de las posiciones de las partes, referencia al convenio arbitral, exposición de los hechos relevantes, identificación de la ley aplicable, análisis jurídico y conclusión. Este esquema asegura que el laudo sea ordenado y que las partes puedan seguir el hilo del razonamiento. Lo esencial es que el tribunal arbitral muestre cómo aplicó su entendimiento del derecho a su entendimiento de los hechos, aunque ese entendimiento pueda ser erróneo o ilógico[134]. Básicamente se pide explicar la subsunción jurídica, esto es, verificar si los hechos probados encajan en los supuestos de hecho previstos por las normas aplicables -sean cláusulas contractuales o disposiciones legales- y explicar, con base en ese encaje, si corresponde aplicar o no la consecuencia jurídica prevista.

Basta con que el tribunal exponga de manera comprensible el silogismo básico que sostiene su decisión: norma (qué regla rige el caso), supuesto de hecho (qué hechos considera probados) y consecuencia jurídica (qué efecto resulta de aplicar la norma a esos hechos). Un laudo se considera motivado cuando desarrolla, aunque sea de forma muy concisa, cada una de estas etapas.

Cordero-Moss y Crivellaro señalan que los *checklists* con requisitos mínimos pueden asegurar que los laudos estén adecuadamente motivados, subrayando que lo importante es la inteligibilidad y la coherencia del razonamiento más que su extensión o sofisticación[135]. Esta idea ha sido recogida en la práctica institucional, aunque muchas veces es una lista de requisitos mínimos que debe contener un laudo, sin desarrollar mayores elementos sobre la motivación en sí. Por ejemplo, la CCL envía a los árbitros un *checklist* antes de la emisión del laudo. Dicha lista exige que el laudo incluya formato, marco introductorio, análisis del caso (la motivación) y fallo[136]. La CCI también tiene un "checklist" compuesto por generalidades, identificación de las partes, sus representantes y el (los) árbitro(s); arbitraje y acuerdos de derecho aplicable; resumen del procedimiento arbitral, jurisdicción; costos del arbitraje (solamente para laudos finales); y sección dispositiva, sede del arbitraje, fecha, firma[137].

La práctica internacional no exige un nivel de detalle exhaustivo. Los árbitros no están obligados a pronunciarse sobre cada cuestión de hecho ni a indicar toda la evidencia de la que derivan sus conclusiones[138]. El laudo no tiene que pronunciarse sobre todas las pruebas actuadas ni sobre todos los argumentos expuestos por las partes. Lo que se espera es una exposición suficiente para que las partes comprendan la lógica de la decisión y para que los tribunales estatales puedan verificar su regularidad formal.

Finalmente, la tendencia en la revisión judicial de los laudos es que no se evalúa si la motivación es buena o mala, sino únicamente si existe. Zamir y Kaplan insisten en que el deber de motivar es modesto y que los árbitros deben redactar el laudo de manera que los lectores puedan entender las líneas generales de la disputa y su resolución[139]. En suma, la motivación debe ser suficiente, clara y ordenada, sin exigir un estándar de calidad equivalente al de las resoluciones judiciales en algunas jurisdicciones.

---

(133) Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine. "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional". Cuarta Edición. La Ley. Buenos Aires. 2007, p. 534

(134) 'Chapter 23: Form and Contents of International Arbitral Awards (Updated April 2024)', in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), as available on Kluwer Arbitration, p. 2.

(135) G. Cordero-Moss, 'Reasoning in Arbitration: What Do Users Want or Need?' in A Crivellaro and MN Hodgson (eds), Explaining Why You Lost: Reasoning in Arbitration (Kluwer Law International BV 2020) pp. 114–115.

(136) Montes Gózar, S. (2023). Laudo arbitral: escrutinio de laudos y checklist del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado Extraído de: https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/pluginfile.php/44563/mod_resource/content/1/PPTS%20LAUDO%20ARBITRAL_Sandra%20Montes_Sesi%C3%B3n%2017.pdf

(137) Montes Gózar, S. (2023). Laudo arbitral: escrutinio de laudos y checklist del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado Extraído de: https://aulavirtualcfc.pge.gob.pe/pluginfile.php/44563/mod_resource/content/1/PPTS%20LAUDO%20ARBITRAL_Sandra%20Montes_Sesi%C3%B3n%2017.pdf

(138) Thong, E., & Guo, Y. Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. Arbitration International, 41(1), p. 22.

(139) Noam Zamir and Neil Kaplan, 'To Reason or Not to Reason: Arbitral Awards—The Conflict Between Conciseness and the Duty to Provide Reasons under National Laws and International Rules', in William W. Park (ed), Arbitration International, p. 4.

5. Conclusiones

La revisión de las legislaciones y reglamentos analizados nos brinda una primera conclusión. La mayoría exige motivar el laudo como regla, aunque algunos ordenamientos no lo imponen expresamente. Ninguna legislación, reglamento ni instrumento de *soft law* analizado precisa el estándar de motivación.

La ausencia de una definición o estándar de motivación, así como la práctica posiblemente motivada por dicha ausencia, ha llevado a que el estándar exigible sea básico. Basta con que el laudo permita seguir el razonamiento del tribunal en los puntos que deciden la controversia, sin que los árbitros deban pronunciarse sobre cada uno de los argumentos ni sobre cada una de los medios de prueba. Sí deben pronunciarse sobre los argumentos y medios de prueba que resulten relevantes de ambas partes.

El grado de exigencia del deber de motivación depende de cada legislación y, en ausencia de un desarrollo legislativo, finalmente es fijado por las cortes judiciales a partir de casos de anulación, reconocimiento y/o ejecución de laudos.

Compartimos la posición mayoritaria de la práctica internacional. El laudo debe ser motivado salvo acuerdo distinto de las partes, y el estándar exigible se agota en la existencia de razones inteligibles que permitan reconstruir el razonamiento del tribunal.

Prescindir por completo de la motivación, salvo que las partes así lo acuerden, vulnera la legitimidad del arbitraje frente a la parte vencida, podría dificultar la ejecución de la orden dictada y desperdicia el valor del laudo como precedente. Ello es especialmente relevante en el arbitraje de inversión, el deportivo y el de contrataciones con el Estado en el caso peruano, donde el laudo es público. Sin embargo, exigir un estándar equivalente al de las sentencias judiciales, estándar que tiene una justificación distinta basada en que las partes no eligen a los jueces, aumenta las posibilidades de que se anule el laudo e incentiva el uso de la anulación (que debe ser excepcional) como una apelación general, lo cual sería contrario a la voluntad de las partes cuando deciden acudir al arbitraje.

Si las partes acordaron prescindir de la motivación, y el ordenamiento de la sede lo permite, debe privilegiarse ese acuerdo por encima de cualquier estándar por más mínimo que sea. La autonomía de la voluntad es la fuente del arbitraje y no puede ser desplazada por el estándar del deber de motivación.

Referencias bibliográficas

Agulló Agulló, D. (2025). Arbitraje comercial y orden público en España y en el Derecho comparado: especial referencia al orden público de la Unión Europea en el control jurisdiccional del laudo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 17*(1), 28–72. https://doi.org/10.20318/cdt.2025.9321

Arroyo, M. (Ed.). (2018). *Arbitration in Switzerland: The practitioner's guide* (2nd ed.). Kluwer Law International.

Bales, R., & Hooten, S. (2020). What Makes a "Reasoned" Arbitration Award. *Arbitration Law Review*, Volume 12, pp. 81–95. Penn State Dickinson Law.

Baysal, Pelin & Atar, Muzaffer (2020). A Comparative Analysis of Content-of-Laws Inquiry and Its Importance for International Commercial Arbitration. *Kluwer Arbitration Blog*, 25 de enero de 2020.

Born, G. B. (2024). Form and contents of international arbitral awards. En *International Commercial Arbitration* (3rd ed.). Kluwer Law International.

Bundesrepublik Deutschland. (2005). *Zivilprozessordnung (ZPO), Libro Décimo: Schiedsverfahren*.

Cámara de Comercio de Lima. (2020). *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*.

Carbonneau, T. E. (2014). *The law and practice of arbitration* (5th ed.). Juris Publishing.

Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). (2021). *Guía de examen previo de laudos*. https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2021/03/guia-examen-previo-laudos-CIAM.pdf

CMS Legal. (2025, octubre 17). International arbitration law and rules in Chile. *CMS Expert Guide to International Arbitration*.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (1985, enmendada en 2006). *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (2010). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*.

Cordero-Moss, G. (2020). Reasoning in Arbitration: What Do Users Want or Need? En A. Crivellaro & M. N. Hodgson (eds.), *Explaining Why You Lost: Reasoning in Arbitration*. Kluwer.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia SU-837/02, 9 de octubre de 2002.

Corte Constitucional del Perú. (2006). Caso Giuliana Llamoja, Expediente N.º 3943-2006-PA/TC.

Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM). (2023, enero 4). La motivación de los laudos no está prevista en la Constitución ni se integra en un derecho fundamental (art.

24 CE), sino que es una obligación de configuración legal. https://cortedearbitraje.icam.es/la-motivacion-de-los-laudos-no-esta-prevista-en-la-constitucion-ni-se-integra-en-un-derecho-fundamental-art-24-ce-sino-que-es-una-obligacion-de-configuracion-legal-de-la-que-bien-podria-prescindi/

Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Sentencia recaída en el Expediente N.º 00110-2022-0-1817-SP-CO-01.

Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Sentencia recaída en el Expediente N.º 00307-2019-0-1817-SP-CO-02.

Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Sentencia recaída en el Expediente N.º 00338-2021-0-1817-SP-CO-01.

Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Sentencia recaída en el Expediente N.º 00410-2021-0-1817-SP-CO-01.

Cour de cassation (Francia). (1989). *Unijet S.A. v. S.A.R.L. International Business Relations Ltd.*

Cour de cassation (Francia). (1998). *Compagnie Française d'Études et de Construction TECHNIP v. ASMIDAL*.

Cour de cassation (Francia). (1999). *CIC International Ltd. v. Ministre de la Défense de la République Fédérale d'Allemagne*.

Estados Unidos. (1925). *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. §§ 1–16.

Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996). *Tratado del arbitraje comercial internacional.* Kluwer Law International.

Francia. (2011). *Code de procédure civile*.

Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

García Pérez, C. L. (2022). La motivación del laudo de equidad: límites a la acción de anulación por vulneración del orden público. *Derecho Privado y Constitución*, 41, 311–344. https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.41.03

Gómez Jene, M. (2021). Arbitraje europeo: una crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional 65/2021, de 15 de marzo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 745-753. https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6290

González de Cossío, F. (2016). La finalidad de los laudos en México – Reflexión y propuesta sobre un caso reciente.

Gu, W. (2017). *The evolving practice of international arbitration in China*. Cambridge University Press.

Herrera Mercado, H. (2022). *Impugnación del laudo arbitral* (Tomo VI). Editorial Ibáñez.

High Court of Singapore. *TMM Division Maritima SA de CV v. Pacific Richfield Marine Pte Ltd.*

Infantino, M. (2014). International arbitral awards' reasons: Surveying the state-of-the-art in commercial and investment international dispute settlements. *Journal of International Dispute Settlement*, 5, 189–220.

International Chamber of Commerce. (2021). *ICC Arbitration Rules*.

Izquierdo, J., & Villalón, Á. (s. f.). La infracción del orden público en el control judicial de laudos arbitrales: desarrollo normativo y jurisprudencial. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, 127–137.

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011).

Ley 1563 de 2012. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Colombia).

Lloyd, H. (1994). Writing Awards – A Common Lawyer's Perspective. *ICC Court Bulletin*, 5, 38–45.

Mansfield, W. (citado en Mustill, M., & Boyd, S. (1989). *Commercial Arbitration*. Butterworths).

Marguerat, J., & Navarro, T. (2021). La reforma del capítulo 12 LDIP: revisión de laudos arbitrales y nuevas perspectivas. En *Arbitraje 2021*.

México. (1993). *Código de Comercio, Libro Quinto, Título Cuarto*.

Mitsi, Mary. *The Decision-Making Process of Investor-State Arbitration Tribunals*. International Arbitration Law Library, Vol. 46.

Montes Gózar, S. (2023). Laudo arbitral: escrutinio de laudos y checklist del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Montes Gózar, S., Wong Abad, J. M., Olórtegui, J., & Rivas, G. (2022). *Estudio de anulación de laudos 2022*.

Mustill, M., & Boyd, S. (1989). *Commercial arbitration*. Butterworths.

Navarro Blakemore, T. (2022). Sentencia del Tribunal Federal Suizo 4A 422/2021, de 14 de octubre. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 15(1), 215–222.

Norton Rose Fulbright. (2022, mayo). Choosing the right arbitral rules. *International Arbitration Report*, (18), 1–16.

Palominos Aravena, O. (2018). Analysis of Chilean case law on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. *Revista Chilena de Derecho*, 45(2), 381–409.

Perú. (2008). *Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje*.

Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, C. (2007). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*.

Reggiardo, M. (2016). La anulación de laudo por defectos de motivación en el Perú. En G. Priori (Ed.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (pp. 357–372). Palestra.

Reino Unido. (1996). *Arbitration Act 1996*.

República Popular China. (1994). *Arbitration Law of the People's Republic of China*.

Rivas Caso, G. (2016). La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de*

Inversiones, 9(3), 707-764. https://doi.org/10.19194/arbitrajeraci.9.3.04

Scherer, M. (2011, octubre 5). Arbitral institutions under scrutiny. *Kluwer Arbitration Blog*.

Singapore. (2002). *Arbitration Act (Cap. 10)*.

Singapore. (2002). *International Arbitration Act (Cap. 143A)*.

Steele, C. (2018, mayo 24). New UAE federal arbitration law welcomed as qualified success. *DLA Piper.*

Strong, S. I. (2015). Reasoned awards in international commercial arbitration: Embracing and exceeding the common law–civil law dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1), 1–60.

Suecia. (1999). *Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116)*.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). (2016). Amparo directo 71/2014, Primera Sala.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). (2022). Tesis aislada, registro 2025648, "Laudo arbitral", 9 de diciembre de 2022.

Supreme Court of Sweden. (2021). *Soyak International Construction & Investment Inc. v. Hochtief AG*, Case No. T 2675-19.

Suiza. (2011). *Swiss Private International Law Act (LDIP)*.

Tejada, A., & Juliani, J. (2018, marzo 1). La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad). *B. Cremades y Asociados*.

Thong, E., & Guo, Y. (2025). Reasons and reasoning in arbitral awards. *Arbitration International*, 41(1), 1–28.

Tribunal Federal Suizo. (2021). Sentencia 4A_422/2021, 4 de noviembre de 2021.

Tribunal Supremo de los Estados Unidos. (1956). *Bernhardt v. Polygraphic Co. of America, Inc.*, 350 U.S. 198.

United Arab Emirates. (2018). *Federal Law No. 6 of 2018 on Arbitration*.

United States Court of Appeals for the Second Circuit. (2023). *Smarter Tools Inc. v. Chongqing SENCI Import & Export Trade Co.*, 57 F.4th 372.

Zamir, N., & Kaplan, N. *To Reason or Not to Reason: Arbitral Awards—The Conflict Between Conciseness and the Duty to Provide Reasons under National Laws and International Rules*.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.020

Amparo y arbitraje: nuevos problemas y críticas normativas(*)

Amparo and arbitration: new problems and normative criticism

Augusto Dannon Alva(**)
Harvard Law School (Cambridge, Estados Unidos de América)

Resumen: En los últimos años, el Tribunal Constitucional ha permitido la procedencia de amparos arbitrales en supuestos adicionales a los contemplados en el precedente María Julia. Este artículo explica el estado actual de la procedencia de amparos arbitrales y problematiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de los principios del derecho del arbitraje, recogidos en el sistema jurídico peruano mediante normas de rango legal, así como su impacto en el razonamiento que el Tribunal Constitucional debería seguir al decidir sobre la procedencia de amparos arbitrales.

Este artículo critica que, al resolver estos casos, el Tribunal Constitucional no haya tenido en cuenta las normas legales que regulan el control judicial del arbitraje, ni haya podido explicar por qué se apartó de los principios del derecho del arbitraje que gobiernan el control judicial. Finalmente, el artículo aborda la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, para poner en evidencia el conflicto entre esa norma y las decisiones del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Arbitraje - Control Judicial - Amparo - Teoría General del Derecho - Cortes Constitucionales - Perú

Abstract: In recent years, the Constitutional Court has allowed *amparos* against arbitration to proceed in situations beyond those contemplated in the Maria Julia precedent. This article explains the current state of admissibility of *amparos* against arbitration and examines the Constitutional Court's case law in light of the principles of arbitration law, incorporated into the Peruvian legal system through statutes of legal force, as well as its impact on the reasoning the Constitutional Court should follow when deciding on the admissibility of *amparos* against arbitration.

This article argues, in deciding these cases, the Constitutional Court has failed to consider the legal rules governing judicial control of arbitration and has not been able to explain why it departed from the principles of arbitration law that regulate judicial control. Finally, the article addresses the Twelfth Complementary Provision of the Arbitration Act, in order to show the conflict between that rule and the Constitutional Court's decisions.

Keywords: Arbitration – Judicial Control – *Amparo* – General Theory of Law – Constitutional Courts - Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 7 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 19 de julio de 2026.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú), con cursos en derecho en Sciences Po París. Master of Laws (LL.M.) por Harvard Law School (Massachusetts, Estados Unidos de América). ORCID: https://orcid.org/0009-0007-0475-9646. Correo electrónico: augustodannon@gmail.com.

1. Introducción

En la última década, la interacción entre la justicia constitucional y el arbitraje ha crecido notablemente[1]. Sin embargo, la academia peruana le ha prestado poca atención a las preguntas teóricas y prácticas que este reciente fenómeno suscita[2]. El enfoque que ha tomado la discusión deja muchos cuestionamientos aún sin formular.

En el Perú, la discusión sobre cuándo la justicia constitucional puede intervenir en la justicia arbitral parecía estar zanjada – para bien o para mal – con el precedente María Julia (sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC). Dicho precedente estableció cuándo las partes pueden recurrir a un amparo contra el arbitraje y limitó dicha posibilidad a tres angostas causales.

No es objeto de este artículo discutir si la intervención de cortes constitucionales en el arbitraje es positiva o negativa, ni dar razones para alguna postura[3]. Tampoco lo es analizar si María Julia es un buen precedente o no[4].

El propósito de este artículo es demostrar, en primer lugar, que, pese a no haber sido derogado ni modificado, el precedente María Julia ha sido erosionado. Para entender realmente cuándo procede un amparo arbitral, es necesario tomar en cuenta muchas otras hipótesis permitidas por el Tribunal Constitucional peruano. Bajo este marco amplificado, los amparos proceden muy frecuentemente contra el arbitraje. En segundo lugar, este artículo pretende formular dos críticas normativas a la línea de decisiones que el Tribunal Constitucional ha adoptado en los últimos 14 años sobre la procedencia de amparos arbitrales.

Al formular estas críticas, este artículo no apelará a los establecidos conceptos y reglas del derecho del arbitraje[5]. Lo que busca este artículo es demostrar que la posición que

(1) Muchos países de Latinoamérica han visto un aumento notable en las acciones de amparo para cuestionar decisiones arbitrales. Esto ha generado una ola de interés en la academia arbitral sobre la materia, así como intentos institucionales de diagnosticar el fenómeno. Este interés se manifiesta, por ejemplo, en un estudio dedicado a esta cuestión por parte del Capítulo Latinoamericano e Ibérico del ICC Institute of World Business Law, en la edición inaugural de una revista de una de las asociaciones latinoamericanas de arbitraje más relevantes a este tema, y de la publicación de una revista por parte del Tribunal Constitucional peruano al respecto. Para mayor información, *véase* "Interference in the Conduct of International Arbitration by the Political Constitutions of Ibero-American Countries" de Latin American and Iberian Chapter of the ICC Institute of World Business Law (2022); "Revista ALARB (Arbitraje & Constitución)", de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (2020) y "Constitución & arbitraje", de César Ochoa (20205).

(2) La forma en la que esta cuestión ha sido abordada por la doctrina arbitral latinoamericana parece ser insuficiente. Sus argumentos están centrados principalmente en una reafirmación de la necesidad de autonomía del arbitraje – sin explicar por qué un ordenamiento jurídico en particular debe priorizar esa necesidad sobre otros valores en competencia – y constantes referencias a la efectividad y eficiencia del arbitraje, lo que no ha resultado un argumento persuasivo para las cortes constitucionales. En este discurso, frecuentemente se pasa por alto los problemas de libertad personal y de separación de poderes que las decisiones de las cortes constitucionales respecto del arbitraje generan. Por ejemplo, poco se ha dicho sobre la implicancia del carácter jurisdiccional que le dan muchas constituciones latinoamericanas al arbitraje en el esquema de interacción prescrito por las cortes constitucionales. Actualmente me encuentro trabajando en estas preguntas en un proyecto de investigación separado.

(3) Para profundizar en esa discusión, se puede recurrir a consagrados autores nacionales. Un panorama diverso de posiciones en la academia nacional a lo largo de los años se puede encontrar en "Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo", de Ana María Arrarte (2007); "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", de Reynaldo Bustamante (2013); "El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", de César Landa Arroyo (2007); Jurisdicción y arbitraje, de Marianella Ledesma (2014); "La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino", de Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto (2014); y "Arbitraje y control constitucional de laudos en Perú", de Cecilia O'Neill y María del Carmen Tovar (2020).

(4) En términos generales, el precedente María Julia resultó positivo para ordenar el sistema de control de laudos arbitrales en el Perú. Desde una perspectiva sistemática y formal, fue un precedente positivo. Sin embargo, las excepciones planteadas generan cuestionamientos desde la teoría constitucional y, en particular, con relación al carácter jurisdiccional del arbitraje. ¿Por qué, en un sistema de irrevisabilidad del fondo del laudo, sería posible revisar la aplicación de precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional? ¿Por qué, por ejemplo, ese mismo beneficio no es dado para precedentes de la Corte Suprema? ¿Cuál es el alcance de dicha revisión? ¿Se extiende, por ejemplo, a contextos en los que se debió aplicar un precedente, pero no se hizo? Estas son algunas de las preguntas que abordó en el proyecto de investigación separado que menciono en el pie de página 2.

(5) Para profundizar en esas críticas, se puede recurrir a consagrados autores regionales. Por ejemplo, ante la reciente ola de decisiones de cortes constitucionales latinoamericanas, muchos autores de distintos países reaccionaron en respuesta. Como ejemplos de esta corriente de respuestas desde la academia arbitral, véase "Amparo (Mandado de Segurança) y Arbitraje", de Adriana Braghetta (2020); "International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities", de Andrés Jana (2015); "Arbitraje y procesos constitucionales: la experiencia paraguaya", de Rafael Llano y Victoria Rodríguez (2020); "Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional", de Santiago Talero (2017); y "International Arbitration and the Constitution – Back to Basics", de Eduardo Zuleta y Angélica Perdomo (2023).

aboga por un mayor control constitucional tiene que responder a preguntas serias desde la teoría del derecho y el derecho constitucional, que parecerían indicar que el derecho peruano no acepta un control constitucional activo del arbitraje.

Este artículo, aunque concreto, se enmarca en una discusión más grande sobre los límites del poder de las cortes constitucionales en el constitucionalismo contemporáneo. Analizando la situación del arbitraje, este artículo busca evidenciar que, en ciertos casos, el máximo intérprete de la constitución es quien corroe los fundamentos que sostienen la normatividad de esa constitución.

2. La corrosión del precedente María Julia

Cuando se promulgó, el precedente María Julia fue una revolución. Antes de este, la posibilidad de plantear amparos en contra de laudos y procedimientos arbitrales era bastante abierta. Entre las décadas de 1990 y 2000 existieron muchas decisiones del Tribunal Constitucional que validaban dicha intervención(6).

Para revertir esta situación, el Tribunal Constitucional adoptó el precedente María Julia. Este precedente fue emitido en el marco de una transición en el proceso de amparo. Entre 1982 y 2004, el proceso de amparo se reguló como una alternativa a cualquier otro proceso. Se podía plantear un proceso de amparo ante cualquier vulneración o amenaza de un derecho constitucional, independientemente de si existía una vía alternativa en la que dicho derecho podía recibir tutela. Esto cambió en el 2004, cuando se modificó la ley para adoptar un sistema residual o subsidiario. En este, una demanda de amparo sería declarada improcedente si existieran vías procedimentales específicas e igualmente satisfactorias para la protección del derecho(7).

El precedente María Julia fue emitido en el marco de un proceso de amparo en el cual la compañía demandante argumentó que el laudo violaba la constitución en cuanto al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, ya que no daba razones suficientes, supuestamente se fundamentaba en normas impertinentes y no analizaba debidamente los hechos (2011, p. 1). Dado que, como el Tribunal Constitucional reconoció que, en ese entonces, existían muchas acciones pendientes con cuestionamientos similares, el Tribunal Constitucional estimó conveniente reformular las reglas de procedencia del amparo de modo que reflejen los cambios en la estructura de dicho proceso y la concepción del arbitraje que el Tribunal Arbitral había ya adoptado (2011, pp 6-7)(8).

El Tribunal Constitucional estableció que el recurso de anulación era la vía procedimental específica e igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales en el arbitraje, por lo que un amparo sería generalmente improcedente (2011, p. 8). De modo específico, el Tribunal Constitucional concluyó que el amparo sería improcedente si se pretende cuestionar un laudo en base a lo siguiente:

- Violaciones a derechos procedimentales, pues eso se podría cuestionar bajo el inciso b) del artículo 63.1 del Decreto Legislativo N° 1071,
- Desviaciones del juez natural por falta o patología del convenio arbitral, pues eso se podría cuestionar bajo el inciso a) del artículo 63.1 del Decreto Legislativo N° 1071, o
- Resolución de materias no arbitrables o indisponibles, pues eso se podría cuestionar bajo los incisos e) y f) del Decreto Legislativo N° 1071 (2011, p. 8).

Esta decisión, entonces, estableció como regla general la improcedencia del amparo arbitral. Únicamente dejó a salvo tres excepciones en las que el proceso de anulación de laudo no constituye una vía

(6) No es objeto de este artículo narrar esas decisiones ni abordar la historia anterior al precedente María Julia. El precedente María Julia fue emitido con el expreso propósito de desterrar esas reglas, por lo que el análisis de este artículo toma este precedente como punto de partida. Para mayor detalle sobre la historia de las decisiones previas al precedente María Julia, véase "El control constitucional en la institución arbitral: a propósito del caso María Julia", de Gonzalo García Calderón (2011) y el caso "Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia", del Tribunal Constitucional del Perú (2011).

(7) Para mayor detalle, véase "El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo" de Gerardo Eto (2013), específicamente sus páginas 163 y 164; y el precedente María Julia, del Tribunal Constitucional (2011), específicamente sus páginas 6 y 7.

(8) Como se puede observar en las páginas 6 a 7 del caso María Julia (2011), para este entonces, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado, con carácter de precedente vinculante, sobre la naturaleza del arbitraje en el orden constitucional peruano, lo que tendría implicancias en su interacción con la justicia constitucional. *Véase*, en general, el caso Fernando Cantuarias Salaverry, recaído en el expediente 6167-2005-PH/TC, del Tribunal Constitucional del Perú (2006).

igualmente satisfactoria y, en consecuencia, un amparo arbitral podría ser procedente:

a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.° 1071 (2011, p. 9).

El Tribunal Constitucional estableció una regla general clara – la improcedencia del amparo arbitral y la consolidación de la anulación de laudo como el proceso adecuado para todo cuestionamiento vinculado al arbitraje, lo que incluye cuestionamientos basados en la constitución – y tres excepciones taxativas y claramente definidas. Sin perjuicio de que contiene ciertos problemas[9], este precedente es generalmente destacado como una buena regla para la protección del sistema arbitral (Becerra, Tam y O'Neil, 2022, pp. 41-42)[10].

Este podría haber sido el final de la historia. Sin embargo, en los casi 15 años desde su promulgación, el Tribunal Constitucional ha emitido múltiples decisiones que, sin ser precedentes vinculantes, han corroído la claridad de dicho precedente. En una serie de decisiones posteriores, el Tribunal Constitucional ha establecido básicamente que solo los laudos arbitrales gozan de la protección del precedente María Julia[11]. Cualquier otro acto vinculado con el arbitraje puede ser objeto de amparo.

En el caso Octavio Olegario Olivo García (sentencia recaída en el expediente N° 08448-2013-PA/TC), el Tribunal Constitucional concluyó que sí se puede cuestionar una decisión de los árbitros en ejecución del laudo mediante un amparo[12]. En este caso, el tribunal arbitral validó una expropiación, pero ordenó que se pague el justiprecio. Como el justiprecio no fue pagado dentro del plazo, el tribunal arbitral emitió órdenes adicionales requiriendo el pago bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la expropiación, lo que finalmente sucedió (2014, pp. 1-2).

El argumento del accionante fue que el tribunal arbitral había excedido sus funciones al declarar ineficaz su propio laudo arbitral, ya que eso no está comprendido por sus facultades jurisdiccionales ni cuentan con una norma les atribuya tal poder (2014, p. 2). Ante la alegación de improcedencia de este amparo en virtud del precedente María Julia, el Tribunal Constitucional concluyó lo siguiente:

> Que, sin embargo, el referido precedente vinculante no resulta aplicable a los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, el alegado agravio a los derechos fundamentales proviene de resoluciones arbitrales distintas al laudo arbitral, concretamente de resoluciones arbitrales expedidas en la fase de ejecución del laudo arbitral. Asimismo, conviene destacar que, en situaciones como la aquí descrita, esto es, cuando se emite una resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral emitido, no existe mecanismo recurso alguno por promover, toda vez que el recurso de anulación, según la norma de arbitraje, sólo procede contra los laudos arbitrales.
>
> Que por ello, sobre la base de los fundamentos que subyacen para la impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial, es posible sostener que procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el Tribunal Arbitral en fase ejecución del laudo arbitral, siempre que se trate de una resolución que

(9) Ver pie de página 5.
(10) Becerra, I., Tam, J. & O'Neill, C. (2022) Cuestionario sobre las interferencias de las constituciones políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional. Perú. (ICC Inst. of World Bus. L.), 41-42. Obtenido en: https://iccwbo.org/wp content/uploads/sites/3/2022/03/icc-peru-country-study.pdf
(11) Exp. N° 08448-2013-PA/TC (2014) Tribunal Constitucional del Perú, 4. Exp. N° 02243-2018-PA/TC (2021) Tribunal Constitucional del Perú, 2. Exp. N° 00305-2021-PA/TC (2021) Tribunal Constitucional del Perú, 5. Exp. N° 02412-2021-PA/TC (2021) Tribunal Constitucional del Perú, 3.
(12) Exp. N° 08448-2013-PA/TC (2014) Tribunal Constitucional del Perú, 4. En el derecho peruano, los árbitros tienen facultades de ejecución del laudo, si media acuerdo entre las partes y el uso de la fuerza no es necesario. Véase Decreto Legislativo N° 1071, art. 67.

> carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales, caso contrario, será declarado improcedente (2014, p. 4)[13].

Esta decisión, que parecería puntual, inició un razonamiento replicado en múltiples situaciones adicionales. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha declarado que se puede cuestionar en un amparo la decisión tanto de incluir como de excluir a una parte del arbitraje.

Por un lado, en el caso Instituto Metropolitano Protransporte de Lima (sentencia recaída en el expediente N° 02243-2018-PA/TC), una entidad pública solicitó ser incluida en un arbitraje bajo el argumento de que era parte del contrato y que tenía un interés en la disputa. El tribunal arbitral rechazó esa solicitud. Ante ese rechazo, la entidad interpuso un amparo por vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (2021, p. 1). El Tribunal Constitucional consideró que la acción no estaba comprendida bajo el precedente María Julia:

> No obstante que el caso de autos no versa sobre una resolución emitida en la etapa de ejecución de laudo arbitral (sino más bien previa a su emisión), lo cierto es que igualmente nos encontramos ante una resolución arbitral distinta al laudo contra la cual, prima facie, no procedería el anotado recurso de anulación y su correspondiente derivación a dicha vía ordinaria (2021, p. 2)[14].

Por el otro lado, en el caso Banco de Crédito del Perú S.A. (sentencia de pleno 855/2021 recaída en el expediente N° 00305-2021-PA/TC)[15], un tribunal arbitral incluyó a dicha entidad bancaria como parte no signataria en un arbitraje (2021, p. 2). Además, el tribunal arbitral emitió una orden de embargo, bajo apercibimiento de multa, el cual posteriormente se concretó con la imposición de una multa contra el banco por parte del tribunal arbitral. El banco cuestionó en un amparo esas decisiones bajo el argumento de que violaban su derecho al juez natural, pues no había consentido el arbitraje, y a la propiedad, la cual se habría visto mermada por las multas (2021, pp. 1-3). El Tribunal Constitucional concluyó que el precedente María Julia tampoco aplicaba a este tipo de resoluciones:

> Tampoco resultan de aplicación las reglas de improcedencia del amparo arbitral previstas en el precedente recaído en la sentencia recaída en el Expediente 142-2011-PA/TC, en vista de que no se está cuestionando un laudo, sino actuaciones previas al mismo que, a su vez, únicamente afectan a un tercero ajeno al proceso arbitral. […] En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional entiende que, aunque el mencionado precedente fijó una lista de supuestos de procedencia y de improcedencia del amparo arbitral; no reguló la procedencia o improcedencia de cuestionamientos relativos a resoluciones arbitrales expedidas con anterioridad al laudo arbitral que afectan a terceros ajenos al proceso arbitral, en cuyo caso la demanda resulta procedente […] (2021, p.5).

En adición a los supuestos anteriores, el Tribunal Constitucional determinó en el caso Shurik Yábar Meza (sentencia recaída en el expediente N° 02412-2021-PA/TC) – en el que un árbitro cuestionó decisiones de un centro de arbitraje que declararon fundadas recusaciones en su contra – que ese tipo de decisiones sí era revisable en sede de amparo (2021, pp. 1-2). En sus palabras:

> […] el presente amparo no se encuentra dirigido contra un laudo arbitral, por lo que carece de objeto verificar la pertinencia o no de las reglas de procedencia excepcional establecidas con carácter de precedente en la sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC. Por tanto, en principio, la jurisdicción constitucional sí tiene competencia para conocer las presuntas agresiones iusfundamentales derivadas de resoluciones arbitrales distintas al laudo u otras actuaciones arbitrales, en tanto no sean susceptibles de ser conocidas en su oportunidad por la jurisdicción ordinaria vía recurso de anulación de laudo, toda vez que, de resultar conducente, deberá interponerse este, en tanto constituye la vía idónea e igualmente satisfactoria para la protección de cualquier derecho constitucional (2021, p. 3)[16].

---

(13) Pese a determinar que el amparo no era improcedente por la aplicación del precedente María Julia, el Tribunal Constitucional lo declaró improcedente pues encontró que los hechos y el petitorio no estaban referidos al contenido constitucionalmente protegido de un derecho.

(14) Al igual que el caso anterior, el amparo fue declarado improcedente pues el Tribunal Constitucional consideró que los hechos y el petitorio no tenían incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso, pues el Instituto Metropolitano Protransporte de Lima suscribió el contrato como representante de la Municipalidad Metropolitana de Lima, mas no como una parte autónoma.

(15) Los árbitros que revisaron el manuscrito de este artículo consideraron que, en el caso del Banco de Crédito del Perú, sí procedería una acción de amparo, pues se estaba ante un arbitraje iniciado sin que exista convenio arbitral alguno. Discrepo de esta consideración. En el pie de página 46, profundizo en mis razones. A este punto del artículo solo basta constatar que el Tribunal Constitucional permitió la procedencia de una acción de amparo en contra de una decisión intermedia que incorporó al arbitraje a una parte no signataria.

(16) Pese a determinar que no aplican los requisitos del precedente María Julia, el amparo fue declarado improcedente pues el Tribunal Constitucional consideró que los hechos y el petitorio no tenían incidencia en el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

También he identificado que cierto juzgado constitucional de Lima, por ejemplo, ha emitido medidas cautelares en el marco de procesos de amparo, contra decisiones de centros de arbitraje desestimando pedidos de recusación[17]. En esas decisiones, dicho juzgado ordena a los tribunales arbitrales cesar sus actividades hasta que exista una decisión sobre el fondo en el amparo, que determine si el árbitro cuestionado es imparcial o no y, en consecuencia, si el derecho a un juzgador imparcial se ve vulnerado o no[18]. Si bien no he encontrado ninguna decisión del Tribunal Constitucional posterior al precedente María Julia en este sentido[19], la existencia de estas medidas cautelares en cortes de primer grado también evidencia la necesidad de hacer explícitos los problemas de teoría general del derecho y de derecho constitucional que tal proceder entraña.

En todos los casos, el argumento del Tribunal Constitucional fue que estas decisiones no eran laudos y, por lo tanto, no resultaban aplicables las reglas del precedente María Julia. Por ello, es razonable sospechar que, en general, cualquier cuestionamiento mediante amparo a una decisión o trámite distinto al laudo sería procedente bajo dicho criterio.

En adición a lo anterior, el Tribunal Constitucional también ha corroído la fuerza normativa del precedente María Julia mediante decisiones aisladas en procesos de amparo en los que no se cuestionaba una actuación arbitral. En estas decisiones, el Tribunal Constitucional se adjudicó el poder de emitir ciertos pronunciamientos de fondo sobre controversias presuntamente cubiertas por un convenio arbitral.

Por ejemplo, en el caso Sullana Vulcano (sentencia recaída en el expediente N° 07798-2013-PA/TC), se discutió la aplicación de prohibiciones de contratación con el Estado por el parentesco del propietario y gerente de Sullana Vulcano y una autoridad de Petroperú. Sullana Vulcano interpuso un amparo alegando que sus derechos fundamentales al trabajo y a la libertad contractual fueron amenazados por una carta que pondría en duda la validez y vigencia de tres contratos (2019, pp. 1-3).

Petroperú dedujo, entre otros, excepciones de incompetencia y convenio arbitral (2019, p. 2). El Tribunal Constitucional desestimó las excepciones que buscaban llevar la controversia a la sede arbitral. Pese a reconocer que los contratos contenían un convenio arbitral, el Tribunal Constitucional determinó que no correspondía estimar esta excepción en este proceso de amparo. A su criterio, como la demanda giraba en torno a derechos fundamentales, la controversia versaría sobre derechos indisponibles y por ende no arbitrables (2019, pp. 4-9)[20]. El Tribunal Constitucional resaltó que esta no era una disputa sobre una relación contractual sino la aplicación de normas restrictivas de derechos a dicha relación (2019, pp. 8-9). Esta decisión es especialmente llamativa ya que el derecho constitucional en cuestión era la libertad contractual[21].

El Tribunal Constitucional definió el siguiente test para determinar cuándo la justicia constitucional debe inhibirse de conocer una disputa en la que existe un convenio arbitral:

> […] si bien cabe proponer la excepción de convenio arbitral en los procesos constitucionales tales como el amparo, estas únicamente pueden ser amparadas si es evidente que se pretende someter a la justicia constitucional una controversia que carece completamente de relevancia constitucional,

(17) Por ejemplo, se puede observar la resolución N° 1 recaída en el expediente N° 10834-2024-51-1801-JR-DC-01 at 4-5 y la resolución N° 1 recaída en el expediente N° 08501-2024-63-1801-JR-DC-01 at 1.

(18) Esto se puede ver en la resolución N° 1 recaída en el expediente N° 10834-2024-51-1801-JR-DC-01 at 8 y la resolución N° 1 recaída en el expediente N° 08501-2024-63-1801-JR-DC-01 at 6.

(19) En los procesos citados, la sentencia de primera instancia declaró la sustracción de la materia pues las demandas fueron retiradas por falta de pago. Por lo tanto, no se emitió un pronunciamiento sobre el fondo. Esto evitó que dichas decisiones lleguen a una instancia superior que determine la procedencia de este tipo de amparo.

(20) Al tomar esta decisión, el Tribunal Constitucional emplea un concepto equivocado de arbitrabilidad objetiva. Que se alegue una violación de un derecho constitucional no significa que la materia sometida al arbitraje no sea arbitrable. Como explican María Ines Corrá y Roque Caivano (2020, p. 48): […] la arbitrabilidad no depende de la norma que se invoque como aplicable al caso, sino de la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia. Lo que determina que una cuestión sea arbitrable no es el fundamento ni las normas legales que las partes esgrimen para sustentar la procedencia de sus pretensiones, sino la naturaleza de los derechos que se discuten: si la disputa involucra derechos disponibles, los árbitros pueden juzgar y resolver el caso; si, en cambio, se discuten derechos indisponibles, la prórroga de jurisdicción que las partes convinieron en el acuerdo arbitral será ineficaz porque las partes no pueden someter la suerte de esos derechos sino a los tribunales judiciales.

(21) Las disputas derivadas de los impactos de una norma imperativa en la validez y eficacia de un contrato son típicas en arbitrajes contractuales. Sostener que esto no es arbitrable implica, básicamente, eliminar el poder de los árbitros de decidir en base a normas imperativas, lo que no corresponde al derecho peruano.

> por estar en discusión derechos de libre disponibilidad o aspectos de los derechos fundamentales que no pertenecen a su contenido constitucionalmente protegido. Por lo tanto, no procede estimar la excepción por el simple hecho de que se haya pactado un convenio arbitral o, incluso, este sea aplicable de acuerdo a ley.
>
> Se trata, entonces, de verificar en cada caso concreto: i) la existencia de un convenio arbitral vigente y las materias que en este se someten al arbitraje, no pudiendo someterse la controversia que surja en relación a derechos indisponibles; ii) lo que pretende el accionante en su demanda, los derechos que invoca y los actos concretos que alega como violatorios o amenazantes de los mismos; y iii) si lo pretendido pertenece al ámbito constitucionalmente protegido del derecho o de los derechos que invoca como efectivamente vulnerados o amenazados o si solo se trata de una controversia relacionada con aspectos no protegidos o con derechos de libre disposición y que, por ende, carecen de sustento constitucional directo. Ante cualquier duda que pudiera llegar a producirse, recuerda este Tribunal, que debe favorecerse la continuación del trámite del proceso constitucional antes que optarse por su conclusión, conforme lo dispone el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (2019, p. 8).

El caso Ramón Lucianeti Pairazamán León (sentencia 84/2024 recaída en el expediente N° 01072-2023-PHC/TC) ilustra también esta situación. El señor Lucianeti interpuso una demanda de hábeas corpus con el propósito de que se ordene la demolición de la unidad de peaje Chillón por supuestamente trasgredir su derecho fundamental al libre tránsito (2024, p. 4). Dicha unidad de peaje es parte de un contrato de concesión que contiene un convenio arbitral.

El Tribunal Constitucional ordenó a la concesionaria, Rutas de Lima, que suspenda el cobro de los peajes (2024, p. 57). Puesto de otro modo, el Tribunal Constitucional le ordenó a Rutas de Lima que suspenda el ejercicio de uno de sus derechos contractuales. En base a la decisión adoptada en el caso Sullana Vulcano, el Tribunal Constitucional consideró que tenía competencia para dilucidar esta controversia y que, por el contrario, no correspondía permitir que un tribunal arbitral decida, por ejemplo, la legalidad del cobro de tal peaje. El Tribunal Constitucional literalmente sostuvo lo siguiente:

> Asimismo, este Tribunal Constitucional estima necesario recordar que tiene el ineludible deber de velar por el mantenimiento del orden público constitucional, el mismo que engloba la defensa de lo siguiente: [i] la supremacía normativa de la Constitución, [ii] los derechos fundamentales y [iii] el interés público y el resto de bienes jurídicos de relevancia constitucional. El fuero arbitral internacional, en cambio, carece de competencias para salvaguarda[r] lo antes enumerado, en tanto se limita a resolver controversias que tienen la cualidad de ser enteramente disponibles (2024, p. 23).

Esta decisión es particularmente llamativa debido a que, para entonces, Rutas de Lima había iniciado un arbitraje internacional en el cual se discutía, entre otros, la validez de un intento de resolución por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima debido al aumento del precio de los peajes y su impacto en la libertad de tránsito de los residentes[22] (Ramos, 2023). Ante tal intento, Rutas de Lima solicitó medidas cautelares, las cuales le fueron concedidas. En dicha decisión, la Resolución Procesal No. 5, el tribunal arbitral ordenó a la Municipalidad Metropolitana de Lima que mantenga el *statu quo*, lo que incluía permitir el cobro de los peajes[23] (2023, p. 41).

En esta decisión, el Tribunal Constitucional dio un paso más. No solo determinó que se puede pronunciar sobre disputas vinculadas a contratos que contienen un convenio arbitral, sino que concluyó que puede pronunciarse sobre aspectos que se encuentran pendientes en un arbitraje.

En síntesis, la línea de decisiones posteriores al precedente María Julia han creado nuevos espacios de control constitucional, consistentes en lo siguiente:

- Es posible presentar un amparo contra cualquier decisión de un árbitro o tribunal arbitral distinta al laudo arbitral, sin tener que cumplir ningún requisito especial, y
- Es posible presentar un amparo sobre materias vinculadas con un contrato que contenga un convenio arbitral y se deberá proceder con el amparo si se alega la vulneración de derechos constitucionales, incluso si existe un arbitraje en curso.

3. El contraste entre la regulación positiva en el Perú y las decisiones del Tribunal Constitucional

Como se mencionó al inicio, este artículo se enmarca en una discusión más grande sobre el modo en el que las cortes constitucionales

(22) Declaraciones de funcionarios de la Municipalidad Metropolitana de Lima conectan al intento de resolución contractual precisamente con el cobro de los peajes. Véase: https://fpp.org.pe/concejo-municipal-aprueba-anular-contrato-con-rutas-de-lima/

(23) Resolución Procesal No. 5 (relativa a solicitud de medidas cautelares de la demandante) (Radicati, Arias, Martínez-Coco) (2023) 41. Obtenida en https://jusmundi-com.us1.proxy.openathens.net/en/document/decision/es-rutas-de-lima-s-a-c-v-municipalidadmetropolitana-de-lima-iii-resolucion-procesal-no-5-relativa-a-la-solicitud-de-medidas-cautelares-de-la-demandante-tuesday-13thjune-2023

u otras cortes de vértice equivalentes – en este caso, el Tribunal Constitucional del Perú – adjudican casos con relevancia constitucional. En particular, este artículo se vincula con la discusión alrededor del peso que dichas cortes le dan – y el que le deben dar – a las leyes o normas de rango legal. Esta discusión, a su vez, se enmarca en el típico debate de la filosofía del derecho y de la teoría general del derecho sobre el peso de la ley positiva y el espacio de otros elementos, como los principios, directrices o valores, en la adjudicación constitucional.

En esta sección, se demuestra que, en cuanto al amparo arbitral en el Perú, existe una tensión entre las decisiones del Tribunal Constitucional y la ley positiva. Los casos antes citados no son casos de primera impresión. Existen normas claras que regulan el procedimiento arbitral y su interacción con los jueces estatales. Esta sección recoge dichas normas y las contrasta con las decisiones del Tribunal Constitucional reseñadas.

3.1. El sistema de control del arbitraje

La interacción entre el arbitraje y las cortes nacionales es una de las preocupaciones centrales en toda legislación arbitral. Esta regulación no apunta a eliminar por completo cualquier tipo de control estatal o judicial sobre el arbitraje. Por el contrario, cierto nivel de control estatal parece imprescindible(24). Las legislaciones arbitrales buscan diseñar un balance de intervención judicial. Como explica Michael Reisman:

> Now, it is obvious that the intersecting interests in efficiency and minimization of national judicial interference in international arbitrations must strike an exceedingly fine balance between arbitral autonomy and a minimum competence for national judicial review. Too much autonomy for the arbitrators creates a situation of moral hazard. If abuses occur, and the theory of moral hazard holds that they are more likely to in the absence of controls, national courts will become increasingly reluctant to grant what amounts to a preferred, fast-tack enforcement of awards. But too much national judicial review will transfer real decision power from the arbitration tribunal, selected by the parties in order to be non-national and neutral, to a national court whose party neutrality may be considerably less. Each of these possible developments would ultimately reduce the attractiveness of arbitration as a private means of dispute resolution (1992, p. 113)(25).

Ese balance entre una autonomía que podría pervertirse y la transferencia del poder de decisión a las cortes no busca asegurar que cada decisión arbitral se ajuste a lo que ciertas cortes nacionales considerarían como la respuesta correcta. Por el contrario, "[c]ontrol is concerned with the minimum conditions for the continuation of the process of decision itself" (Reisman, 1992, p. 8). Como explica Reisman (1992, p.8), un sistema de control del arbitraje se diferencia de un sistema de apelación en el arbitraje, en la medida en que un sistema de apelación busca rectificar errores en la decisión para que esta se ajuste a ciertas expectativas de una comunidad en particular, mientras que un sistema de control establece mecanismos que hacen que la comunidad sea posible. En otras palabras, el sistema de control establece reglas que permiten que el sistema de arbitraje funcione adecuadamente, sin preocuparse por establecer mecanismos que aseguren que sus decisiones se alineen con las expectativas que tendría, por ejemplo, el sistema judicial(26).

(24) Para mayor desarrollo de estas ideas, *véase* "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration", de Michael Reisman y Brian Richardson (2012, p. 19); "National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration", de William Park (1989, p. 650); The Idea of Arbitration, de Jan Paulsson (2013, pp. 263-265).

(25) Traducción libre del autor: "Ahora, es obvio que los intereses conectados de eficiencia y minimización de la interferencia judicial en el arbitraje internacional deben alcanzar un balance excesivamente fino entre la autonomía arbitral y la mínima competencia de revisión judicial nacional. Demasiada autonomía para los árbitros crea una situación de riesgo moral. Si ocurren abusos, y la teoría del riesgo moral sostiene que es más probable que ocurran si no existen controles, las cortes nacionales se tornarán más resistentes a brindar lo que representa un preferible y rápido camino para la ejecución de laudos. Pero demasiada revisión judicial nacional transferirá el real poder de decisión del tribunal arbitral, seleccionado por las partes para ser no nacional y neutral a una corte nacional cuya neutralidad respecto de una parte puede ser considerablemente menor. Cada posible desarrollo puede finalmente reducir la atractividad del arbitraje como un mecanismo privado de resolución de controversias." En el mismo sentido, *véase* "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration", de Michael Reisman y Brian Richardson (2012, pp. 24-25).

(26) Este marco teórico es útil porque ayuda a entender que ciertas cuestiones no son objeto de impugnación en el arbitraje porque, desde una perspectiva de control, se considera que dicha comunidad no necesita tal impugnación para sobrevivir. En ese sentido, Reisman (1992, p. 9) señala que: The comparatively limited grounds on which an award may be attacked in a review procedure, as opposed to the broader grounds on which an appeal may be lodged, signal different concerns. Indeed, a control system may enforce an award that would (indeed, should) be struck down had it been a judgment on appeal. Such an anomaly is characteristic of arbitral review. [Los supuestos comparativamente limitados en los que un laudo puede ser cuestionado en un procedimiento de revisión, en oposición a los más amplios supuestos en los que se puede presentar una apelación, evidencian diferentes preocupaciones. En efecto, un sistema de control puede ejecutar un laudo que podría (en efecto, debería) ser anulado si se sometiera a una apelación. Esta anomalía es característica de la revisión arbitral].

El sistema de control arbitral en el derecho peruano se basa en ser posterior y taxativo[27] (De Trazegnies, 2011, p. 21; Bullard, 2012, p. 24). Este no es un invento del legislador peruano. Por el contrario, se alinea con la tendencia internacional reflejada principalmente en la Convención de Nueva York[28]. Este sistema tiene como principio la intervención únicamente en las circunstancias y momentos que la ley dispone para ello. Así, la ley busca que el Poder Judicial permita a los árbitros cumplir con la función otorgada por las partes del modo que estimen pertinente, sin intervenciones intermedias que menoscaben sus poderes, potencialmente contraríen la voluntad de las partes de que la controversia sea solucionada en sede arbitral y se instrumentalicen por partes beligerantes para obstaculizar un procedimiento legítimo[29].

Esto no significa que las cortes carezcan de control. La ley reserva el control del arbitraje a un momento posterior[30]. La cuestión central del control, en realidad, no es si este existe o no[31], sino cuándo debe ejercerse[32] (Gaillard y Banifatemi, 2008, p. 258). Es común que las legislaciones nacionales adopten una regla de prioridad (Gaillard y Banifatemi, 2008, p. 258) que permite a los árbitros determinar su jurisdicción – y considero que también ejercer sus poderes como conductores del proceso – primero. Así, se consagra el principio de *competence-competence*, según el cual un árbitro tiene el poder de decidir los cuestionamientos a su propia jurisdicción[33].

El efecto negativo del principio de *competence-competence*, que configura la regla de prioridad, implica que los árbitros sean los primeros, no los únicos, que determinan la jurisdicción. Las cortes nacionales pueden revisar esa decisión una vez culminado el arbitraje, ya sea en mérito de una solicitud de anulación o de una oposición al reconocimiento o ejecución del laudo (Banifatemi, 2023,p. 94). Como explica Banifatemi, bajo esta regla, "[e]ach actor has its clearly defined place: arbitrators remain the judges of their own jurisdiction in the first instance, while courts recover their power of full scrutiny at the end of the arbitral process after the award is rendered by the arbitral tribunal" [Cada actor tiene un lugar claramente definido: los árbitros se mantienen los jueces

(27) Para mayor desarrollo sobre esta idea, véase "Artículo 3", de Fernando de Trazegnies (2011, p. 21), en el tomo I de Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje; y "El dilema del huevo y la gallina: El carácter contractual del recurso de anulación", de Alfredo Bullard (2012, p. 24).

(28) El Artículo II.1 de la Convención de Nueva York genera en los Estados contratantes la obligación de reconocer los convenios arbitrales, lo que supone permitir que el arbitraje se desarrolle. El Artículo II.3 de la Convención de Nueva York dispone que "[e]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluído [sic] un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable." Después de este punto, en el que una corte nacional está obligada a cesar en su conocimiento de esta controversia, las cortes retoman competencia luego de emitido el laudo para juzgar su validez cuando una parte busca su ejecución. Esto se realiza en base a causales preestablecidas en el Artículo V de dicha convención.

(29) Como reporta la ICC, en Latinoamérica se aprecia una tendencia de las partes beligerantes de emplear los amparos para perturbar la autoridad de los árbitros y restarles efectos a los convenios arbitrales (2022, p. 4 y p. 9). En ese sentido, Gaillard y Banifatemi resaltan que el principio de *competence-competence busca prevenir este tipo de tácticas y centralizar el litigio respecto de la validez del convenio arbitral (2008, p. 260)*.

(30) Como señalan Gaillard y Banifatemi (2008, p. 261), "[r]ecognising the arbitrators' priority in the determination of their jurisdiction […] by no means suggests that domestic courts relinquish their power to review the existence and validity of an arbitration agreement. […] courts […] recover their power of full scrutiny at the end of the arbitral process, after the award is rendered by the arbitral tribunal." [Reconocer la prioridad de los árbitros en la determinación de su jurisdicción […] en ningún modo sugiere que las cortes nacionales renuncien a su poder de revisar la existencia y validez de un convenio arbitral. […] cortes […] recuperan su poder de escrutinio pleno al final del proceso arbitral, luego de que el laudo ha sido emitido por el tribunal arbitral].

(31) Es cierto que existen ciertas discusiones respecto a la extensión del poder de revisión por parte de las cortes. La ley peruana, en el artículo 62.2 del Decreto Legislativo N° 1071 deja claro que la revisión no puede alcanzar el fondo de la controversia, por lo que la revisión que se realiza en el recurso de anulación debe limitarse a cuestiones comúnmente llamadas formales. Estas incluyen el consentimiento a arbitrar, el respeto del debido proceso arbitral, el cumplimiento de los acuerdos de las partes, entre otros. La discusión sobre el alcance del control judicial del arbitraje no es central a este artículo. Esta investigación se vincula mucho más a cuándo y mediante qué mecanismos se puede revisar una decisión arbitral.

(32) Para mayor desarrollo, *véase* "Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators" de Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi (2008, p.258).

(33) En el Perú, esto está contemplado en el artículo 41.1 del Decreto Legislativo N° 1071. Este dispone que "[e]l tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales".

de su propia jurisdicción en un primer momento, mientras que las cortes recobran su poder de escrutinio pleno al final del proceso arbitral luego de que el laudo sea emitido por el tribunal arbitral] (Banifatemi, 2023,p. 97).

Si bien el efecto negativo del *competence-competence* y la regla de prioridad se han desarrollado respecto al poder de los árbitros para decidir su propia jurisdicción, considero que la lógica es igualmente aplicable para cualquier decisión procedimental de los árbitros. En el trámite del arbitraje, cualquier decisión es adoptada por el tribunal arbitral, lo que incluye decisiones sobre procedimiento y pruebas. Estas decisiones se pueden cuestionar mediante una reconsideración y, en caso vulneren el derecho de defensa o el acuerdo de las partes, podrán ser cuestionadas recién después de emitido el laudo, ya sea en un proceso de anulación o en defensa de un proceso de reconocimiento o de ejecución.

3.2. Las normas que consagran este sistema

El marco teórico expuesto en la subsección anterior no es meramente dogmático. Por el contrario, está consagrado en la legislación positiva peruana. El Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, "Ley de Arbitraje") estableció el principio de taxatividad en la intervención judicial, al disponer en su artículo 3.1 que "[e]n los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga". De acuerdo con esta norma, solo procede intervención judicial en el arbitraje cuando la norma expresamente lo permite. Puesto de otro modo, las cortes no tendrán competencia para intervenir en el arbitraje en situaciones distintas a las previstas en la Ley de Arbitraje. En base a ello, cualquier corte que se tome en serio la legalidad deberá justificar su intervención en alguna disposición de dicha norma.

Con total claridad, además, el artículo 3.4 de la Ley de Arbitraje enfatiza lo siguiente:

> Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Este artículo deja claro que la única intervención judicial de control que contempla la Ley de Arbitraje en el proceso de anulación de laudo. Ningún otro proceso podría cumplir esa función, lo que excluye, entre otros, al amparo arbitral.

Para reforzarlo, la Ley de Arbitraje explícitamente sostiene que cualquier cuestionamiento al laudo arbitral(34) o a decisiones de jurisdicción(35) debe hacerse mediante el proceso de anulación de laudo. Esto significa que no se pueden usar otros procesos para cuestionar esas decisiones. La Ley de Arbitraje, consciente de la práctica vigente en aquel entonces de usar el amparo para cuestionar estas decisiones, dispuso en la Duodécima Disposición Complementaria que:

> 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.

Como se abordará más adelante, el propósito de esta norma es mostrar con claridad que la vía para cuestionar cualquier vulneración a un derecho fundamental es la anulación de laudo, lo que tiene como consecuencia que los amparos contra decisiones arbitrales sean improcedentes.

La Ley de Arbitraje también busca postergar la intervención judicial hasta después de culminado el arbitraje. Esto se deduce de las normas previamente citadas(36), ya que la anulación de laudo solo se puede interponer contra decisiones finales. Esto es así incluso cuando el vicio que genera la anulación no está contenido en el laudo final. El artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje

(34) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 62.1: "Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°."

(35) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 41.4: "Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo."

(36) Decreto Legislativo N° 1071, artículos 3.4, 62.1, 63.1, 64.1.

(37) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 63.2: "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".

da luces de que, mediante la anulación de laudo, se pueden cuestionar vicios procedimentales intermedios(37), los cuales deberán ser objeto de cuestionamiento en el proceso arbitral. Debido a que esto es posible, los artículos 65.1. b(38)y 65.1.c(39) disponen que, si se estima la anulación, el trámite se retrotraerá al momento en el que el vicio se generó. Inclusive en el caso en el que el tribunal arbitral confirme su propia jurisdicción en un laudo parcial, la parte vencida podrá promover la anulación por falta de o vicio en el convenio arbitral únicamente después de emitido el laudo final(40).

La Ley de Arbitraje asigna en los árbitros el poder para desarrollar todo el trámite arbitral sin interferencia externa alguna. Así, el artículo 3.3 de dicha norma establece que "[e]l tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo". Como contrapartida, el artículo 3.2 de la Ley de Arbitraje dispone que "[e]l tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones".

Para evitar la intervención del Poder Judicial en el trámite del arbitraje, la Ley de Arbitraje recoge el principio de *competence-competence*, comentado anteriormente(41). Asimismo, la Ley de Arbitraje dispone que se puede buscar la improcedencia de cualquier demanda que verse sobre una materia sometida a arbitraje mediante la presentación de una excepción de convenio arbitral, sea que exista un arbitraje pendiente o no(42). Si no existe un arbitraje iniciado, la demanda deberá ser declarada improcedente ante una excepción de convenio arbitral, salvo que el convenio sea manifiestamente nulo de acuerdo con la ley aplicable. Si existe ya un arbitraje en curso, deberá declararse fundada la excepción y permitir que la cuestión sea decidida por los árbitros, incluso en el caso de nulidad manifiesta(43).

Así, de acuerdo con estas normas, un juez nunca podrá pronunciarse sobre la materia sometida a arbitraje sin que el tribunal se pronuncie antes. Basta que constate que existe un convenio arbitral para que el juez remita la controversia a arbitraje. En este, primero los árbitros, en ejercicio de sus poderes, emitirán una decisión sobre el cuestionamiento y solo después del final del arbitraje la parte vencida podrá cuestionar cualquier vicio única y exclusivamente mediante el proceso de anulación de laudo. Cualquier control judicial realizado mediante un procedimiento distinto carecerá de efectos para el tribunal arbitral y expondrá a responsabilidad funcional a quien la emita.

3.3. Las decisiones del Tribunal Constitucional

Como el lector ya podrá predecir, el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta ninguna de estas normas al resolver las distintas decisiones reseñadas en la primera sección de este artículo. Al sostener que el precedente María Julia no aplica a decisiones

(38) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 65.1.b: "Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63°, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa".

(39) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 65.1.c: "Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63°, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó [sic] el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable".

(40) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 41.5: "Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declara incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la desición [sic] sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia."

(41) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 41.1: "El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales".

(42) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 16.1: "Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje".

(43) Decreto Legislativo N° 1071, artículo 16.3: "La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo". Decreto Legislativo N° 1071, artículo 16.4: "En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple con los requisitos establecidos en el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional." Esta norma es un reflejo del Artículo II.3 de la Convención de Nueva York.

arbitrales distintas al laudo y, en consecuencia, determinar que sí procedería un amparo en su contra – en caso cumplieran el resto de requisitos –, el Tribunal Constitucional no toma en cuenta que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, con distintas formulaciones, limita los cuestionamientos a decisiones arbitrales a los recursos contemplados en la ley. El amparo no es uno de ellos, por lo que, una interpretación llana de la norma lleva a concluir que es un proceso excluido.

De igual modo, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido que la normativa arbitral regula control judicial *a posteriori*(44).Como ya se ha resaltado, la vía para cuestionar decisiones arbitrales intermedias es plantear una reconsideración de la decisión ante el mismo tribunal arbitral y luego, una vez culminado el arbitraje, solicitar la anulación del laudo(45). A pesar de esta estructura contemplada en la ley, el Tribunal Constitucional ha permitido que se interpongan procesos de amparo antes de que el arbitraje culmine. En el marco de esos amparos, el Tribunal Constitucional ha concebido que sería posible anular los efectos de una decisión arbitral, lo que contraría el artículo 3.4 de la Ley de Arbitraje. Esa estructura ha propiciado que juzgados de primer grado dicten medidas cautelares que buscan suspender arbitrajes, las cuales contradicen también el artículo 3.4 de la Ley de Arbitraje.

En particular, al permitir acciones constitucionales respecto de la incorporación de partes (caso Banco de Crédito del Perú)(46) o de la arbitrabilidad de la decisión (caso Sullana Vulcano o caso Ramón Lucianeti Pairazamán León), el Tribunal Constitucional ha removido el poder de *competence-competence* de los árbitros, ya que no ha permitido que sean estos quienes, en un primer momento, decidan sobre su competencia hasta que el arbitraje culmine.

De igual modo, el Tribunal Constitucional, en los casos Sullana Vulcano y Ramón Lucianeti Pairazamán León, ha desacatado la regulación sobre excepción de convenio arbitral, que establece que se debe estimar la excepción salvo nulidad manifiesta, si el arbitraje no ha sido iniciado, y en todos los casos, si el arbitraje ha sido iniciado. En estos casos, el Tribunal Constitucional no remitió los expedientes al arbitraje para una determinación de la jurisdicción, sino que emitió su propia decisión de modo directo, lo que contraviene la regla de la prioridad. Incluso, el *test* diseñado en el caso Sullana Vulcano modifica la regla de la ley, que ordena la improcedencia únicamente si el convenio arbitral sufre de una nulidad manifiesta.

4. Crítica normativa general a las decisiones del Tribunal Constitucional: la inobservancia de normas positivas que regulan el control judicial del arbitraje

Como se ha demostrado, el Tribunal Constitucional no ha seguido las normas contenidas en la Ley de Arbitraje. Como anuncié en la introducción, el propósito de

(44) Fernando Cantuarias Salaverry (2006). Tribunal Constitucional del Perú, 12. Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (2011). Tribunal Constitucional del Perú, 7.

(45) Puede verse los artículos 49 y 63.1 del Decreto Legislativo N° 1071.

(46) Los árbitros que revisaron el manuscrito de este artículo consideran que, en hechos como los que provocaron el caso Banco de Crédito del Perú, no debe brindarse las protecciones que la ley arbitral contempla, pues fue un arbitraje iniciado sin que exista siquiera algún convenio arbitral. Como mencioné en el pie de página 24, discrepo. Mi posición se sustenta en tres razones.
Primero, los árbitros consideran que el amparo sí está disponible en este caso ya que no existió convenio arbitral. Este argumento, sin embargo, invierte el proceso lógico de la adjudicación. Para saber si existió convenio arbitral o no, es necesario juzgar. La conclusión del proceso adjudicativo no puede ser un requisito para su procedencia. En todo caso, se tendría que considerar que procede el amparo ante alegaciones de inexistencia de un convenio arbitral. Con esto, discrepo.
Segundo, el sistema arbitral prevé mecanismos para proteger a una parte indebidamente atraída a un arbitraje. Esos mecanismos no incluyen el amparo. La Ley de Arbitraje prescribe que la parte injustamente incorporada al arbitraje puede cuestionar la jurisdicción de los árbitros ante ellos. Si su defensa no fuera amparada, esa parte tendrá legitimidad para iniciar un proceso de anulación de laudo, en el que el Poder Judicial podrá evaluar la existencia y eficacia del convenio arbitral.
Es preciso resaltar que los artículos 16.3 y 16.4 de la Ley de Arbitraje, para arbitrajes nacionales e internacionales respectivamente, disponen que, si existe un arbitraje en trámite, cualquier excepción de convenio arbitral debe ser desestimada (con la excepción de convenios arbitrales contrarios al orden público internacional en el arbitraje internacional, irrelevante para el caso Banco de Crédito del Perú). Esto evidencia que la Ley de Arbitraje peruana privilegia el control posterior y tiene una estricta regla de permitir que sean los árbitros quienes definan estos cuestionamientos primero. La ley ha priorizado el orden funcional.
Igualmente, es relevante destacar que el cuestionamiento del Banco de Crédito del Perú ni siquiera encajaría en el precedente María Julia, el cual solo permite que terceros inicien el amparo. Si una parte es incorporada como parte no signataria bajo el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, no tiene el derecho a cuestionar el laudo en un amparo, pues podrá hacerlo en un proceso de anulación de laudo. Así, el propio Tribunal Constitucional determinó que esta es una hipótesis que no requiere tutela constitucional.

este artículo no es discutir la sabiduría de dichas normas. Este sistema está vigente y tiene autoridad en el derecho peruano. En esta situación, este artículo busca discutir el impacto que tal desacato tiene, desde la teoría general del derecho y el derecho constitucional. Esta sección presenta la crítica principal de este artículo: la crítica normativa al modo en el que el Tribunal Constitucional y otros órganos de la justicia constitucional deciden la procedencia de amparos vinculados al arbitraje.

Es muy fácil criticar el proceder del Tribunal Constitucional desde el positivismo jurídico. El Tribunal Constitucional no ha seguido las normas citadas. Por el contrario, ha permitido una vía de cuestionamiento que no está contemplada en ninguna norma, actuando así en contra y fuera de la ley. Sin embargo, es fácil predecir la respuesta que un constitucionalista daría: el Derecho es más que solo reglas positivas. El Derecho está compuesto por principios y directrices, que interactúan con las reglas. Dado que todos estos elementos, en conjunto, conforman el Derecho, no bastaría demostrar que decidieron en contra de una regla, para sostener que el Tribunal Constitucional resolvió estos casos apartándose del Derecho.

Este artículo no busca tomar partido por ninguna concepción del derecho ni teoría de la adjudicación constitucional. Lo que busca demostrar es que, sea cual sea la posición que se adopte, existe un problema de respeto a la legalidad y al principio democrático, que ni el Tribunal Constitucional ni quienes abogan por un mayor control constitucional del arbitraje han tomado en cuenta. A fin de cuentas, no es menor que la constitución le asigne la función legislativa en el congreso[47], lo que implica que este tiene la potestad de emitir normas de aplicación general que vinculan tanto a los ciudadanos como al poder público. Dentro del poder público se encuentran los jueces, quienes deben administrar justicia de acuerdo con la ley[48].

Así, quienes defienden la procedencia amplia de los amparos en el arbitraje tienen la exigente tarea de articular un argumento que les permita ir en contra de la ley. Argumentar una noción pospositivista o neoconstitucionalista del derecho no basta para hacerle frente a este problema.

Tomemos por ejemplo a uno de los principales exponentes del derecho por principios: Ronald Dworkin. Él reconoce que los principios, en ocasiones, primarán por encima de normas democráticamente adoptadas. Sin embargo, esto no significa que los jueces sean libres de escoger, a su discreción, qué normas aplicar y qué normas descartar, a la luz de principios de su propia predilección. Dworkin lo explica del siguiente modo:

> ¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio. […].
>
> Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Esto no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.
>
> En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la

Tercero, razonablemente se podría argumentar que un esquema como este es injusto. Somete a una parte inocente a transitar un arbitraje y un proceso de anulación de laudo, sin jamás haber consentido ninguna sustracción de la justicia ordinaria. Esto puede ser cierto. Sin embargo, la regla contraria – es decir, permitir amparos contra decisiones arbitrales intermedias cuando se alegue que se tiene un arbitraje sin convenio arbitral – también podría llevar a escenarios injustos. Bastaría que un demandado recalcitrante alegue algún vicio del convenio arbitral, pese a haberlo consentido válidamente, para que la parte demandante, inocente en este caso, se vea obligada a transitar un proceso de amparo, cuando únicamente buscaba ejercer sus derechos en el foro previamente pactado.
Ambas situaciones son injustas para alguien. La pregunta, entonces, es cuál es la menor injusticia. Esa pregunta, a mí juicio, debe ser contestada por el legislador, y no por una corte en un caso en concreto. En el derecho peruano, la pregunta tiene una respuesta, que se encuentra en la Ley de Arbitraje. Para bien o para mal, el legislador consideró que era mejor restringir el control intermedio y favorecer la continuación del arbitraje. Si esta regla es inadecuada, los procesos democráticos permiten su variación. Sin embargo, no le corresponde a ningún juez imponer su valoración personal sobre la mejor regulación, pues el juez no tiene legitimidad democrática.

(47) Así como figura en los artículos 90 y 102.1 de la Constitución Política del Perú (1993).

(48) El artículo 138 de la Constitución Política del Perú indica lo siguiente: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes."

> "supremacía legislativa", un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el statu quo, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria (1989, pp. 91-92).

Así, Dworkin sostiene que una norma es obligatoria si, en primer lugar, cuenta con el apoyo afirmativo de principios obligatorios que cuentan con peso colectivo más fuerte que aquellos que sustentarían una norma distinta. En segundo lugar, aun cuando eso no suceda – y los principios apoyen más una norma distinta –, la norma vigente sigue siendo obligatoria cuando los principios conservadores de supremacía legislativa y del precedente hacen aconsejable que la norma se mantenga (Dworkin, 1989, p. 92).

Como siguiente ejemplo, tomemos a uno de los principales autores del neoconstitucionalismo: Gustavo Zagrebelsky. Él también reconoce el rol de los principios en el Estado constitucional de Derecho y el rol activo de los jueces en este nuevo paradigma. Pese a enfatizar en un rol central de los jueces en la aplicación del derecho y reducir la centralidad del legislador, él reconoce que la legislación tiene un valor especial que debe ser respetado por los jueces:

> La legislación tiene un fundamento constitucional propio. Es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida. Pero esto no autoriza en absoluto a negar a la legislación su carácter originario y espontáneo […] en tanto que expresión de derechos democráticos, a la ley debe reconocérsele un valor en sí misma, con independencia de sus contenidos y de sus vínculos de derivación a partir de los preceptos constitucionales. La ley, para valer, no requiere ninguna legitimación de contenido o sustantiva, aun cuando puede deslegitimarse por contradecir a la Constitución. En otras palabras, la ley vale en línea de principio porque es ley, no por lo que disponga (2016, p. 151).

Zagrebelsky reconoce que permitir que el juez descarte normas democráticamente promulgadas es un ataque a la democracia, lo que va en contra de uno de los ideales del Estado constitucional de Derecho:

> El peligro existe, en cambio, cuando es la Corte constitucional la que impone la regla, presentándola como algo exigido por la Constitución. En este caso hay verdaderamente un riesgo de exceso de "juridificación" y "constitucionalización" de la vida política, riesgo que no puede silenciarse en nombre del consenso sobre los contenidos de las normas establecidas por la Corte constitucional. En síntesis: el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como "partes" del derecho, y no como "todo el derecho". Pero puede pretender, tanto de los jueces como de la Corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico. Si este derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático (2016, p. 153).

La filosofía del derecho y la teoría de la argumentación jurídica han abordado extensamente este problema, bajo el rótulo de derrotabilidad de las normas[49]. En simple, un enunciado es derrotable cuando está sujeto a ciertas excepciones implícitas (Navarro y Rodríguez, 2000, p. 68). Admitir la derrotabilidad de una regla supone aceptar que esa regla tiene más excepciones de las que efectivamente fueron enumeradas (Bäcker, 2014, p. 34), lo que parte de constatar que el legislador, al crear reglas, no tiene la capacidad de explicitar siempre todas las excepciones (Bäcker, 2024, p. 33).

En el plano de la adjudicación, "hablamos de derrotabilidad cuando las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial" (Rodenas, 2001, p. 72). En otras palabras, se acepta la derrotabilidad cuando el juez puede no aplicar la consecuencia jurídica en la norma, pese a que se configura el supuesto de hecho interpretado textualmente. Así, el juez tendría la posibilidad de desplazar la aplicación de la regla y reemplazarla por otra consideración (Rodenas, 2021, p. 44).

Sin embargo, en el contexto de esta discusión, se reconoce lo mismo que Dworkin y Zagrebelsky señalan: que uno considere que las normas son derrotables – es decir, que las normas tienen excepciones implícitas que llevan a su inaplicación en casos que,

(49) El problema de la derrotabilidad de las normas ha generado mucha discusión y debate entre teóricos del derecho. Este artículo no busca profundizar en los matices de esta discusión, mucho menos tomar partido por una u otra definición, ni por uno u otro tratamiento. Esta discusión se introduce para evidenciar el enorme atajo que ha tomado el Tribunal Constitucional al resolver del modo en el que lo ha hecho, ya que ha evitado abordar la discusión respecto de su capacidad de deducir excepciones a las normas en cuestión y justificar por qué el derecho peruano soporta esas excepciones.

en principio, estarían comprendidos dentro de su supuesto de hecho – no implica darle al juez el poder para inobservar el derecho. Como señala Ángeles Rodenas:

> [A]dmitir la derrotabilidad de las formulaciones normativas, así como de las justificación [sic] subyacentes a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Como acabamos de ver, un juez puede dejar de lado una regla cuando considere que un supuesto está fuera de su alcance, o constituye una excepción a la misma. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. El aplicador del Derecho tiene que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye una excepción o está excluido del alcance de la regla. Tampoco es libre el juez a la hora de apreciar la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas (2001, p. 76).

Incluso si se reconoce que los jueces pueden derrotar normas con principios, esto solo se podría realizar luego de una ponderación que tome en consideración el valor subyacente a la regla, el principio democrático y la seguridad jurídica, en contra de las razones que, en el caso en concreto, apoyarían la derrota de la regla(50). Las razones que apoyan la derrota de una regla nunca pueden ser propias del juez, ni extralegales. Deben ser razones provistas por el propio ordenamiento jurídico, en base a los principios que influyen en el sector normativo en cuestión (Rodenas, 2021, pp. 63-64). Las razones para derrotar una regla deben tender a la coherencia normativa, no a la arbitrariedad en la aplicación de una regla (Rodenas, 2001, p. 77).

Así, aquellos que aboguen por un escrutinio constitucional más robusto del arbitraje necesariamente deben participar de esta discusión. El Tribunal Constitucional no lo ha hecho. Al determinar todas las excepciones al precedente María Julia, se limitó a explicar por qué excedían a su regla. Sin embargo, ante la inaplicación de dicho precedente, correspondería aplicar el resto de las reglas contenidas en la Ley de Arbitraje, las cuales indican la improcedencia de estos amparos.

El Tribunal Constitucional, al constatar que no aplicaba el precedente María Julia, no se encontró con un vacío normativo. Existen mandatos del legislador que indican a un resultado distinto al decidido. Incluso admitiendo la posibilidad de que esos mandatos sean derrotados por excepciones implícitas, el Tribunal Constitucional tendría que justificar en qué consistiría la excepción y cuál sería el sustento de la misma. No basta que el Tribunal Constitucional lo ordene, ni que sostenga vagamente que el resultado encuentra sustento en la constitución. El Tribunal Constitucional le debe respeto al principio democrático que sustenta la supremacía legislativa. El Tribunal Constitucional, como cualquier corte, está vinculado por la legalidad, la cual, además, tiene valor constitucional.

Así, si el Tribunal Constitucional concluyera que corresponde desatender o inaplicar una norma, como mínimo – y asumiendo que se comparte una visión del Derecho que permite este modo de adjudicación –, deberá argumentar expresamente la derrota de la regla. En primer lugar, eso requiere que el Tribunal Constitucional reconozca la existencia de la regla. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional tendría que explicar qué normas, principios o directrices de rango constitucional inclinan la balanza hacia un resultado distinto al que dicta la norma. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional deberá evaluar si, teniendo en cuenta que hay razones constitucionales de peso para desatender o inaplicar una norma, estas son suficientes para derrotar los principios constitucionales subyacentes a la norma concreta y los principios conservadores.

No hacer explícita una argumentación como esta tiñe de arbitrariedad las decisiones del Tribunal Constitucional, las cuales, tomadas por sí mismas, parecen simplemente inaplicar normas sin mayor sustento. Queda pendiente, por parte del Tribunal Constitucional o de la doctrina constitucional peruana, explicar cómo este proceso de razonamiento y argumentación llevaría a la derrota de las normas de procedimiento de la Ley de Arbitraje. Hasta que esto suceda – y se pueda escrutar si el razonamiento es adecuado –, es seguro pensar que la aplicación correcta del derecho peruano requiere respetar la norma positiva.

5. Crítica normativa específica: El requisito de una vía igualmente satisfactoria

Como se introdujo en la sección anterior, la crítica que este artículo gira en torno a

(50) García Amado – arduo opositor y moderno positivista – al referirse a la teoría de Atienza y Ruiz Manero – arduos defensores de la derrotabilidad de las normas y exponentes del pospositivismo – explica que ellos "en todo momento asumen que una regla también puede ser derrotada por un principio, si bien al [sic] peso de la regla es la suma del que tenga el principio que la justifica, más el principio de respeto al legislador, el peso de la institucionalidad" (García Amado, 2024, p. 49).

la desobediencia del Tribunal Constitucional y otros órganos de la justicia constitucional a normas democráticamente adoptadas. Esta desobediencia genera problemas no solo en el derecho del arbitraje, sino en el derecho constitucional y en la teoría del derecho. El Tribunal Constitucional no ha abordado explícitamente este asunto en ninguna de las decisiones comentadas. A pesar de aplicar reglas contrarias a las contenidas en normas positivas, el Tribunal Constitucional no ha explicado por qué la constitución le permite derrotar normas democráticamente promulgadas.

Una norma merece especial atención en cuanto a esta crítica. La Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje establece que:

> 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 aquel entonces se encontraba vigente la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. En su artículo 5.2 contemplaba que "[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: […] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus". Un texto idéntico se encuentra en el artículo 7.2 de la Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, vigente actualmente.

Estas normas consagran el requisito de la subsidiaridad en el amparo. Este establece que solo se puede recurrir al amparo cuando el ordenamiento jurídico no brinda otra alternativa específica que pueda proteger en igual medida al derecho constitucional supuestamente afectado. La norma no da pautas para determinar cuándo se está ante una vía igualmente satisfactoria, que se presenta como un concepto jurídicamente indeterminado que deberá ser dotado de contenido por el juez en el caso en concreto (Landa, 2018, p. 113). Para brindar un poco más de rigurosidad y predictibilidad a este análisis, el Tribunal Constitucional estableció el precedente vinculante Elgo Ríos (sentencia recaída en el expediente N° 02383-2013-PA/TC). En este, estableció ciertos criterios concretos, que el juez debe observar al comparar el proceso de amparo con una posible vía alternativa para determinar si son igualmente satisfactorias (2015, pp. 5-6).

Para que no quede ninguna duda, el legislador democrático promulgó, en la Ley de Arbitraje, una disposición autoritativa que estableció que el proceso de anulación de laudo era una vía específica e idónea – léase, igualmente satisfactoria – para proteger todo derecho constitucional amenazado o vulnerado en cualquier etapa de un arbitraje. Así, el legislador aplicó el precepto contenido en el Código Procesal Constitucional, removió el carácter indefinido de esa valoración en cuanto a los amparos arbitrales y determinó que este requisito de procedencia no se cumplía.

Con una norma como esta, el legislador ha establecido razones excluyentes que evitan que el juez decida, en base a su deliberación independiente, que el amparo contra una decisión arbitral es procedente. Precisamente, las reglas como estas "evita[n] tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación" (Atienza y Ruiz-Manero, 1996, p. 21)[(51)].

El legislador sustrajo del poder del juez la capacidad de dotar de contenido a un concepto jurídicamente indeterminado en un caso concreto, con lo que sustituyó la indeterminación y la reemplazó con una regla más determinada. Esta reducción del poder del juez al adoptar normas específicas y concretas en lugar de conceptos jurídicamente indeterminados es típica en la dinámica legislativa.

El Tribunal Constitucional no ha aplicado esta norma en ninguna de las citadas decisiones. No la menciona ni explica cómo interactúa esa norma con el caso en concreto. Al hacerlo, el Tribunal Constitucional ha agrandado el ámbito de su poder y se ha atribuido capacidad de revisar casos que la ley intencionalmente removió de su alcance. Esto, además de generar un problema de normatividad, trastoca el balance de poderes y atribuciones que el legislador ha diseñado.

Se ha argumentado que la Duodécima Disposición Complementaria no podría tener ningún efecto propio. De acuerdo con

(51) En el mismo sentido, Ángeles Rodenas (2001, p. 70) sostiene que "[t]ener una regla significa que, cuando se producen las condiciones para su aplicación, no componemos un nuevo balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso, pues la decisión ya está tomada de antemano.".

el artículo 200 de la Constitución, el ejercicio de las garantías constitucionales se regula mediante una ley orgánica(52). La Ley de Arbitraje es un decreto legislativo y, en esa medida, no puede regular cuestiones reservadas para una ley orgánica(53). En base a esas premisas, se ha sostenido que la Duodécima Disposición Complementaria no podría regular ningún elemento vinculado al amparo, ni podría interpretar reglas contenidas en una ley orgánica, ni vincular a los jueces en su interpretación de esas reglas (Abad, 2011, pp. 136-138).

La Duodécima Disposición Complementaria no buscó regular nada respecto del proceso de amparo. Como se aprecia en el texto de dicha disposición, lo que busca es precisar la aplicación de una regla procesal, la cual se mantiene incólume, a una circunstancia específica. El entonces artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional – actualmente artículo 7.2 del Nuevo Código Procesal Constitucional – establece que no proceden los amparos cuando existe una vía igualmente satisfactoria. La Duodécima Disposición Complementaria construye sobre esa premisa y afirma que el recurso de anulación de laudo lo es. Esta interpretación, además, ha sido compartida por el Tribunal Constitucional en el precedente María Julia (2011, pp. 7-8).

Lo que hace la Duodécima Disposición Complementaria es lo que muchas normas hacen: establecer reglas concretas que zanjen discusiones que podrían generarse en la aplicación de conceptos jurídicamente indeterminados, principios, directrices, máximas, entre otros. Con esto, la Ley de Arbitraje no ha pretendido avocarse a la regulación de una materia reservada a una ley orgánica, sino simplemente ha concretado el contenido de dicha ley orgánica a un supuesto específico que no tiene ningún tipo de reserva, en beneficio de la seguridad jurídica y la predictibilidad.

En ese sentido, discrepo con el argumento que sostiene que un decreto legislativo no podría interpretar una ley orgánica. El Tribunal Constitucional ha determinado que el artículo 106 de la constitución impide que normas distintas a una ley orgánica regulen materias sujetas a reserva de ley orgánica. En ese sentido, solo serán inconstitucionales aquellas normas distintas a una ley orgánica que directamente hagan eso: regular(54).El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 0048-2004-PI/TC, también ha enfatizado que esta prohibición "no puede entenderse en términos amplios o extensivos, sino de manera especialmente restrictiva" (2005, pp. 22-23).

Sostener que una norma de rango legal no puede establecer una interpretación de un concepto jurídicamente indeterminado recogido en una ley orgánica es una visión sumamente amplia de la reserva de ley orgánica. Si esto fuera así, cualquier regulación que se vincule tangencialmente con un proceso constitucional tendría que regularse en una ley orgánica. Precisamente el Tribunal Constitucional ha negado que eso sea así.

Por ejemplo, a pesar de que el artículo 66 de la constitución reserva la gestión de recursos naturales a una ley orgánica, el Tribunal Constitucional consideró válida una ley ordinaria que regulaba el cobro de regalías específicas, debido a que una ley orgánica estableció la posibilidad de que se exija un pago por la concesión de recursos naturales, lo que sería suficiente base para que otra norma regule esas retribuciones. En el expediente N° 0048-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

> Y no podría ser de otro modo, pues, si como quedó dicho, las leyes orgánicas tienen naturaleza excepcional y su contenido es eminentemente restringido, sería constitucionalmente inaceptable extender la materia reservada a la regulación y reglamentación de los muy diversos modos como tal retribución económica pueda hacerse efectiva (2005, p. 25).

Siguiendo la misma lógica, sería equivocado considerar que la Duodécima Disposición Complementaria – una regla que concreta un concepto jurídicamente indeterminado del Código Procesal Constitucional a un supuesto específico – va en contra de la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 200 de la constitución. Basta con que la ley orgánica establezca la regla base para que otras normas puedan desarrollarla. Mediante normas distintas a una ley orgánica sí se puede desarrollar o concretar elementos contemplados en una ley orgánica y, naturalmente, esos desarrollos o concreciones son tan vinculantes y autoritativos como cualquier otra norma. Entre otros, sí vinculan a los jueces.

(52) El artículo 200 de la Constitución Política del Perú (1993) señala que: "Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas."
(53) Así lo sostiene la Constitución Política del Perú (1993) tanto en artículo 104 como el 101.4.
(54) Para mayor explicación sobre esa idea, véase el expediente No. 007-2002-AI/TC, del Tribunal Constitucional del Perú (2003); en específico, las páginas 5 y 6.

A este punto, es relevante tener en consideración que la Duodécima Disposición Complementaria tiene casi 18 años de vigencia[55]. Esa norma es empleada por los operadores jurídicos de modo constante, sin que su constitucionalidad haya recibido cuestionamiento. Aunque eso no es determinante de su constitucionalidad, sin duda ilustra la percepción generalizada de constitucionalidad con la que cuenta esta regla.

Es preciso destacar que el requisito de la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria ha sido establecido por una norma de rango legal. No deriva de la Constitución. Además, las leyes orgánicas tienen el mismo rango normativo que una ley ordinaria[56], con lo que la autoridad del juez constitucional para determinar si un proceso es igualmente satisfactorio a un amparo deriva de una norma de rango legal.

Este asunto reviste una especial importancia desde la perspectiva de la división y balance de poderes. El legislador tiene el poder de reaccionar a las decisiones judiciales en materia de legalidad. En particular, si una decisión judicial establece una interpretación legal con la que el legislativo discrepa, en ejercicio de su facultad legislativa constitucionalmente asignada, este puede promulgar una norma que establezca un sentido distinto (Barnes 2004, pp. 5-6)[57]. Este es un elemento esencial en la separación y balance de poderes de cualquier constitución. Si el legislativo no puede sujetar al juez al cumplimiento de ciertas normas – siempre y cuando dichas normas respeten la constitución – entonces el juez se volvería el "señor del derecho" (Zagrebelsky, 2016, p. 153). Eso no es lo que contempla el sistema constitucional peruano, al atribuir facultades legislativas al congreso y en ciertos casos, al Poder Ejecutivo.

Cuando el Tribunal Constitucional admite demandas de amparo que cuestionan decisiones distintas al laudo, va directamente en contra de la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje. Como ya se explicó, lo hace sin siquiera explicar por qué esa norma sería derrotable. Lo cierto es que no existen razones para ello, ya que esta discusión – si procede o no el amparo en cierta circunstancia por el cumplimiento del requisito de subsidiaridad – es una procesal y legal. No estamos ante una cuestión en la que la justicia constitucional busca hacer prevalecer una disposición o un principio constitucional en contra de una norma legal. Estamos en un caso en el que simplemente correspondería que el Tribunal Constitucional o cualquier otro órgano de la justicia constitucional aplique la norma correcta; esto es, la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

Cualquier decisión de declarar procedente un amparo que se vincule con el arbitraje, así como cualquier argumento desde la doctrina que abogue por dicho mecanismo de control, debe esbozar, cuando menos, una respuesta a este problema. En la literatura peruana, este problema ha sido totalmente desatendido. El Tribunal Constitucional, solo por serlo, no tiene autoridad para desacatar cualquier norma y con ello ir en contra del principio democrático. Si lo hace, cuando menos tiene que encontrar razones de gran peso contenidas en el propio ordenamiento jurídico para sustentar su posición.

6. Conclusión

El modo en el que el Tribunal Constitucional ha decidido diversos casos vinculados con

(55) Para el momento en el que el profesor Abad escribió su comentario, la norma llevaba tres años de vigencia. El devenir de los hechos y el modo en el que el derecho se ha consolidado señala en la dirección contraria al argumento del profesor Abad.

(56) Como se ha concluido en los expedientes No. 00005-2011-PI/TC (2011, p. 13) y No. 00017-2009-PI/TC (2019, pp. 9-10) del Tribunal Constitucional del Perú.

(57) Barnes explica que "[…] passing overrides offers Congress a direct means to send follow-up signals to the courts that aim to repair flawed statutes, reconcile discordant statutory constructions, and reverse errant judicial decisions. […] If litigation reveals statutory flaws, or produces objectionable judicial interpretations, interest groups can appeal to Congress, which can scrutinize the courts' decisions and revise the original statute in light of the lessons learned from litigation" [Aprobar derogaciones de decisiones judiciales le brinda al congreso mecanismos directos para enviar señales de seguimiento a las cortes que se dirijan a reparar leyes defectuosas, reconciliar interpretaciones legales discordantes, y revertir decisiones judiciales equivocadas. […] Si el litigio demuestra una falla en la ley, o produce interpretaciones judiciales objetables, los grupos de interés pueden apelar al congreso, quien puede escrutar las decisiones de las cortes y revisar la ley original a la luz de las lecciones aprendidas en el litigio] (2004, pp. 5-6). Asimismo, siguiendo a Eskridge, "[a] congressional "override" includes a statute that: (1) completely overrules the holding of a statutory interpretation decision, just as a subsequent Court would overrule an unsatisfactory precedent; (2) modifies the result of a decision in some material way, such that the same case would have been decided differently; or (3) modifies the consequences of the decision, such that the same case would have been decided in the same way but subsequent cases would be decided differently" [Una derogación de una decisión judicial por parte del congreso incluye leyes que: (1) completamente derogan la esencia de una decisión que interpretó la ley, tal y como lo haría una decisión posterior que derogue un precedente insatisfactorio, (2) modifica el resultado de una decisión de algún modo material, de manera que el mismo caso habría sido resuelto distinto, o (3) modifica las consecuencias de la decisión de tal manera que el mismo caso se habría deicido ideal pero casos siguientes se habrían decidido distinto] (1991, pie de página 1).

amparos arbitrales genera profundas preguntas desde la perspectiva de la teoría general del derecho y el propio derecho constitucional[58]. Una de esas preguntas gira en torno a cómo el Tribunal Constitucional interactúa con las normas legales que precisamente buscan evitar su intervención en el arbitraje. La crítica expuesta en este artículo tiene como propósito iniciar un debate sobre la legalidad y constitucionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional en el arbitraje.

Hace casi 15 años, el Tribunal Constitucional redefinió la dinámica procesal de control constitucional de laudos. De acuerdo con los principios generalmente aceptados en el derecho arbitral y las normas positivas en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional determinó que, por regla general, el amparo no procedía contra decisiones arbitrales. Desde ese entonces, el Tribunal Constitucional ha corroído su propia regla, al permitir amparos contra decisiones arbitrales distintas al laudo y al permitir que se discutan cuestiones aparentemente sometidas a arbitraje en un amparo, sin permitir antes que un tribunal arbitral decida sobre su propia jurisdicción.

Estas decisiones contravienen las normas que regulan el control judicial del arbitraje en el Perú. Dicha interacción consagra un control posterior y taxativo. La Ley de Arbitraje contempla que solo se podrá intervenir en el arbitraje en las circunstancias establecidas en dicha ley y que cualquier intervención distinta carecerá de efectos y no deberá ser acatada por un tribunal arbitral. En toda la Ley de Arbitraje no se contempla el proceso de amparo como una vía para dicho control. Por el contrario, la Duodécima Disposición Complementaria establece que el proceso de anulación de laudo es la vía adecuada para discutir cualquier vulneración a un derecho fundamental en cualquier etapa del arbitraje, lo que propicia la improcedencia de los amparos en el arbitraje.

Además de establecer que el control judicial se realiza mediante el proceso de anulación de laudo, la Ley de Arbitraje establece que dicho control se debe realizar una vez culminado el arbitraje. Los árbitros tienen competencia para decidir sobre su competencia sin que un juez intervenga en esa etapa y esa decisión podrá ser judicialmente revisada solo cuando el arbitraje ya haya culminado. Del mismo modo, los vicios procedimentales podrán reconsiderarse en el arbitraje y luego ser revisados en el marco de un proceso de anulación de laudo.

Si una parte pretendiera acudir a los jueces nacionales y la contraria dedujera una excepción de convenio arbitral, estos jueces tienen la obligación de remitir la cuestión al arbitraje si es que observan la existencia de un convenio arbitral. La única excepción es que dicho convenio arbitral sea manifiestamente nulo y que el arbitraje no se haya iniciado. Si el cuestionamiento al convenio arbitral es uno de nulidad no manifiesta, de ineficacia o de interpretación del convenio arbitral, o si el arbitraje ya ha sido iniciado, el juez debe culminar el proceso y permitir que sea un tribunal arbitral el que decida el cuestionamiento. Esto no excluye el control judicial, el cual será recuperado una vez que el procedimiento arbitral culmine.

Estas pautas normativas no han sido seguidas por el Tribunal Constitucional, quien ha permitido el cuestionamiento en amparo de decisiones arbitrales intermedias o procedimentales, lo que vulnera el principio de control posterior e inventa una vía de control judicial no prevista en la ley. Además, el Tribunal Constitucional ha desestimado excepciones de convenio arbitral mediante una interpretación del convenio arbitral – que no constituye una determinación de nulidad manifiesta – lo que, de acuerdo con la Ley de Arbitraje, debería haber sido decidido por un tribunal arbitral primero. Incluso, ha decidido materias supuestamente cubiertas por un arbitraje en trámite, cuando en ese contexto correspondería haber dejado que el tribunal arbitral decida la cuestión y que el control judicial se realice posteriormente.

Más preocupante que el contenido de las decisiones es el modo en el que estas fueron tomadas. A pesar de ir en contra de normas textuales, el Tribunal Constitucional no se refirió a estas. No explicó por qué consideraba que esas normas no eran aplicables a estos casos o, en su defecto, por qué serían derrotables. El Tribunal Constitucional únicamente justificó por qué el precedente María Julia no aplicaba a esos casos, pero no por qué las normas legales directamente aplicables no. Esto da luces de un problema más grande, vinculado a una aparente percepción del Tribunal Constitucional sobre las normas legales, según la cual estas no lo vinculan.

Frecuentemente se sostiene que, en un Estado constitucional de Derecho, las reglas positivas no agotan el contenido del Derecho. Sin embargo, incluso las posiciones más representativas de esa proposición enfatizan

(58) *Véase* los pies de página 2 y 4.

que los jueces tienen un deber reforzado de justificación para poder no aplicar una norma positiva a un supuesto que, en principio, sí está cubierto por esta. Para ello, deben justificar qué principios motivan la derrota de la regla, y cómo esos son preferibles por encima del principio que inspira la regla, el principio democrático de respeto al legislador y el principio institucional de seguridad jurídica. Además, deben sustentar cómo la derrota de esta regla tiende a la coherencia normativa del sistema y no va en su detrimento. Nada de esto ha sido realizado por el Tribunal Constitucional en estos casos.

Eso da pie a la crítica central de este artículo: las decisiones del Tribunal Constitucional en esta materia van en contra de la legalidad, la cual mantiene un valor importante en un Estado constitucional de Derecho. En base a ello, cualquiera que busque abogar por un control constitucional más intrusivo que el que contemplado en la Ley de Arbitraje tendría necesariamente que explicar cómo la constitución y el ordenamiento jurídico en general justificarían inobservar dichas normas. Si esas razones no son explicitadas o no son suficientes, el propio orden constitucional exige respetar y aplicar la ley.

Como espero haber dejado claro a lo largo del artículo, el propósito no es abogar por las fórmulas legales establecidas en la Ley de Arbitraje. El objeto de la crítica es poner a debate la práctica de desacatar normas legales y las posibles implicancias que esta tiene en la separación de poderes y estabilidad jurídica en el ordenamiento jurídico peruano, en materia arbitral.

Referencias bibliográficas

Abad, S. (2011). Duodécima disposición complementaria. En A. Bullard y C. Soto (Coords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje* (Tomo II). Instituto Peruano de Arbitraje.

Arrarte, A. (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo. *Revista IUS ET VERITAS*, (35), 70–90. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12285

Asociación Latinoamericana de Arbitraje. (2020). *Revista ALARB (Arbitraje & Constitución)*, (1).

Atienza, M. y Ruiz-Manero, J. (1996) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.

Bäcker, C. (2014) Reglas, principios y derrotabilidad. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (37).

Banifatemi, Y. (2023). National legal orders and arbitral legal order: Conflict or coordination. En H. Muir, D. Fernández Arroyo, L. Radicati, Y. Banifatemi y D. Hascher (Eds.), *The Hague Academy's lectures on Emmanuel Gaillard's legacy*. Martinus Nijhoff

Barnes, J. (2004). *Overruled? Legislative Overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress Relations*. Stanford University Press.

Becerra, I., Tam, J. y O'Neill, C. (2022). *Cuestionario sobre las interferencias de las constituciones políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del arbitraje internacional. Perú*. ICC Institute of World Business Law. https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/03/icc-peru-country-study.pdf

Braghetta, A. (2020). Brasil. "Amparo" (Mandado de Segurança) y arbitraje. *Revista ALARB (Arbitraje & Constitución)*, (1), 109–130.

Bullard, A. (2012). El dilema del huevo y la gallina: El carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho y Sociedad*, (38). http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13100

Bustamante, 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. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908

Cantuarias, F. y Repetto, J. L. (2014). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino. *Forseti. Revista de Derecho*, *2*(2), 97–110. https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1204

Corrá, M. y Caivano, R. (2020). Argentina. Arbitraje y constitución. *Revista ALARB (Arbitraje & Constitución)*, (1)

De Trazegnies, F. (2011). Artículo 3. En A. Bullard y C. Soto (Coords.), *Comentarios a la ley peruana de arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio.* Editorial Ariel.

Eskridge, W. (1991). Overriding Supreme Court statutory interpretation decisions. *The Yale Law Journal*, *101*(2).

Eto, G. (2013). El proceso constitucional de amparo en la constitución de 1993 y su desarrollo. *Pensamiento Constitucional*, (18).

Expediente No. 007-2002-AI/TC (2003, 27 de agosto). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-AI.html

Expediente No. 0048-2004-PI/TC (2005, 1 de abril). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf

Expediente No. 00013-2009-PI/TC (2010, 4 de enero). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-AI.html

Expediente No. 6167-2005-PH/TC (2006, 28 de febrero). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

Expediente No. 00005-2011-PI/TC (2011, 12 de julio). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00005-2011-AI.html

Expediente No. 00142-2011-PA/TC (2011, 21

de setiembre). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html

Expediente No. 08448-2013-PA/TC (2014, 3 de setiembre). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08448-2013-AA%20Resolucion.pdf

Expediente No. 02383-2013-PA/TC (2015, 12 de mayo). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/02383-2013-AA.pdf

Expediente No. 07798-2013-PA/TC (2019, 26 de febrero). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/07798-2013-AA.pdf

Expediente No. 00305-2021-PA/TC (2021, 26 de agosto). Tribunal Constitucional. https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/00305-2021-aa-855-2021

Expediente No. 02243-2018-PA/TC (2021, 12 de noviembre). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02243-2018-AA%20Resolucion.htm

Expediente No. 02412-2021-PA/TC (2021, 26 de noviembre). Tribunal Constitucional. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/02412-2021-AA%20Resolucion.pdf

Expediente No. 01072-2023-PHC/TC (2024, 5 de marzo). Tribunal Constitucional. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01072-2023-HC.pdf

Gaillard, E. y Banifatemi, Y. (2008). Negative effect of competence-competence: The rule of priority in favour of the arbitrators. En E. Gaillard y D. D. Pietro (Eds.), *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: The New York Convention in practice*. Cameron May.

Garcia Amado, J. A. (2024). Reglas y principios. *Revista Cubana de Derecho*, (4).

García Calderón, G. (2011). El control constitucional en la institución arbitral: a propósito del caso María Julia. *Advocatus*, (24), 439-447. https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n024.3204.

Jana, A. (2015). International commercial arbitration in Latin America: Myths and realities. *Journal of International Arbitration*, *32*.

Landa Arroyo, C. (2007). El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *THEMIS Revista de Derecho*, (53), 29–42. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8846.

Landa, C. (2018). *Derecho procesal constitucional* (Colección Lo Esencial del Derecho N° 36). Pontificia Universidad Católica del Perú.

Latin American and Iberian Chapter of the ICC Institute of World Business Law. (2022). *Interference in the conduct of international arbitration by the political constitutions of Ibero-American countries*. https://2go.iccwbo.org/interference-in-the-conduct-of-international-arbitration-by-the-political-constitutions-of-ibero-american-countries.html

Ledesma, M. (2014). *Jurisdicción y arbitraje* (3.ª ed.). Fondo Editorial PUCP.

Llano, R. y Rodríguez, V. (2020). Paraguay: Arbitraje y procesos constitucionales: la experiencia paraguaya. *Revista ALARB*, (1).

Navarro, P. y Rodriguez, J. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, (13).

Ochoa Cardich, C. (Coord.). (2025). *Constitución & arbitraje*. Fondo Editorial del Tribunal Constitucional.

O'Neill, C. y Tovar, M. (2020). Perú: Arbitraje y control constitucional de laudos en Perú. *Revista ALARB*, (1).

Park, W. (1989). National law and commercial justice: Safeguarding procedural integrity in international arbitration. *Tulane Law Review*, (*63*), 650.

Paulsson, J. (2013). *The idea of arbitration*. Oxford University Press. https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/1615

Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima. (2024, 27 de diciembre). *Resolución N.° 1 recaída en el Expediente N.° 08501-2024-63-1801-JR-DC-01*.

Primer Juzgado Constitucional de Lima. (2025, 20 de diciembre). *Resolución N.° 1 recaída en el Expediente N.° 10834-2024-51-1801-JR-DC-01*.

Ramos, V. (2023, 20 de enero). *Concejo Municipal aprueba anular contrato con Rutas de Lima*. Federación de Periodistas del Perú. https://fpp.org.pe/concejo-municipal-aprueba-anular-contrato-con-rutas-de-lima/

Reisman, W. (1992). *Systems of control in international adjudication and arbitration*. Duke University Press.

Reisman, M. y Richardson, B. (2012). The present – commercial arbitration as a transnational system of justice: Tribunals and courts: An interpretation of the architecture of international commercial arbitration. En *Arbitration – the next fifty years* (ICCA Congress Series No. 16).

Resolución Procesal No. 5 (relativa a solicitud de medidas cautelares de la demandante). (13 de junio de 2023). Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima. https://jusmundi.com/en/document/decision/es-rutas-de-lima-s-a-c-v-municipalidad-metropolitana-de-lima-iii-resolucion-procesal-no-5-relativa-a-la-solicitud-de-medidas-cautelares-de-la-demandante-tuesday-13th-june-2023

Rodenas, A. (2001). En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de las normas. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 63-83. https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.03.

Rodenas, A. (2021). La derrotabilidad de las reglas. El límite entre el derecho dúctil y el derecho arbitrario. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (1).

Talero, S. (2017). Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional. *Anuario de Derecho Privado*, (3), 9. https://doi.org/10.15425/2017.509

Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil*. Trotta Editorial.

Zuleta, E. y Perdomo, A. (2023). International arbitration and the constitution – back to basics. En G. Abboud, F. Maluf y G. Favero (Eds.), *Arbitragem e Constituição* (pp. 493–518). Thomson Reuters Revista dos Tribunais.

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.021

Arbitraje de inversión en el sector minero: tendencias, tensiones y casos emblemáticos(*)

Invesment arbitration in the Mining sector: trends, tensions and landmark cases

Sebastián Balvin Montalván(**)
Casahierro Abogados (Lima, Perú)

Resumen: El presente artículo analiza la evolución del arbitraje de inversión en el sector minero en América Latina, con especial énfasis en las tensiones entre la soberanía regulatoria, la protección ambiental y las expectativas del inversionista. El objetivo de la investigación es identificar los criterios interpretativos adoptados por los tribunales arbitrales y examinar su evolución, a fin de determinar si existe una tendencia hacia una mayor aceptación de cambios en el razonamiento arbitral. El problema central radica en determinar si el sistema arbitral contemporáneo ofrece un marco coherente para resolver controversias derivadas de inversiones mineras, en escenarios donde se tiene presentes riesgos políticos, regulatorios, sociales y ambientales. Para esto, el análisis se sitúa en el marco teórico del derecho de las inversiones, analizando los estándares sustantivos de protección como el trato justo y equitativo (FET), la protección y seguridad plenas (FPS) y la expropiación indirecta.

Así como las excepciones previstas en los Acuerdos Internacionales de Inversión (IIA) y la ya no tan progresiva incorporación *right to regulate*. La hipótesis principal sostiene que el arbitraje de inversión no ha eliminado las tensiones estructurales del sistema, pero sí ha evolucionado hacia un modelo que reconoce la legitimidad de la regulación estatal, particularmente en materia ambiental, condicionando la responsabilidad internacional a la forma en que dicha regulación es implementada. A partir de una metodología cualitativa basada en el análisis doctrinal y jurisprudencial de casos emblemáticos del sector minero, el estudio concluye que los tribunales arbitrales han adoptado un enfoque más contextual, incorporando factores como la conflictividad social, la conducta del inversionista y la razonabilidad de las medidas regulatorias. Sin embargo, también se ha determinado que persisten niveles relevantes de incertidumbre derivados de la falta de claridad o predictibilidad del régimen minero en algunos Estados y la diversidad de tratados aplicables.

Palabras claves: Arbitraje de Inversión – Minería - Trato justo y equitativo - Protección y seguridad plenas - Expropiación indirecta - Derecho a regular - Regulación ambiental - Licencia social - Derecho Ambiental - Perú

Abstract: This article analyzes the evolution of investment arbitration in the mining sector in Latin America, with a special emphasis on the tensions between regulatory sovereignty, environmental protection, and investor expectations. The aim of the research is to identify the interpretative criteria adopted by arbitral tribunals and examine their evolution, in order to determine whether there is a trend toward greater acceptance of

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 11 de marzo de 2025 y su publicación fue aprobada el 23 de mayo de 2025.
(**) Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Lima, Perú). Estudios en arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú) y el Russian Institute of Modern Arbitration (Moscú, Rusia). Experiencia en arbitraje nacional e internacional y práctica centrada en el sector construcción y regulatorio minero. Miembro del equipo de Contratación Pública e Infraestructura en CASAHIERRO Abogados. ORCID: 0009-0009-9724-4266. Correo electrónico: balvinmontalvan@gmail.com.

changes in arbitral reasoning. The central issue is to determine whether the contemporary arbitral system provides a coherent framework for resolving disputes arising from mining investments, in scenarios where political, regulatory, social, and environmental risks are present. To do this, the analysis is placed within the theoretical framework of investment law, examining substantive protection standards such as fair and equitable treatment (FET), full protection and security (FPS), and indirect expropriation. Just like the exceptions provided in the IIAs and the no longer so progressive incorporation of the right to regulate.

The main hypothesis holds that investment arbitration has not eliminated the structural tensions of the system, but it has evolved toward a model that recognizes the legitimacy of state regulation, particularly in environmental matters, conditioning international liability on the way such regulation is implemented. Using a qualitative methodology based on doctrinal and case law analysis of emblematic cases in the mining sector, the study concludes that arbitral tribunals have adopted a more contextual approach, incorporating factors such as social conflict, investor conduct, and the reasonableness of regulatory measures. However, it has also been determined that significant levels of uncertainty persist due to the lack of clarity or predictability of the mining regime in some States and variety of aplicable treaties.

Keywords: Investment arbitration – Mining – Fair and equitable treatment – Full protection and security – Indirect expropriation – Right to regulate – Environmental regulation – Social license – Environmental law – Peru

1. Introducción

La minería es una de las actividades económicas más relevantes a nivel global. Este sector no sólo aporta al Producto Bruto Interno (en adelante, PBI) de numerosos países, sino que constituye una fuente significativa de empleo, ingresos por exportaciones, inversión extranjera directa y financiamiento fiscal. En economías intensivas en recursos naturales, la minería actúa como un motor estructural de crecimiento económico y de integración en las cadenas de valor globales.

En el caso de Perú, el peso de la minería en la economía es particularmente notable. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (en adelante, OECD) *Economic Surveys*: Peru 2025, el subsector minero contribuyó aproximadamente 12 % al PBI nacional en 2023 y representó alrededor del 60% de las exportaciones totales del país. Además, Perú ha consolidado su posición en la producción mundial de minerales estratégicos, siendo responsable de cerca del 11% de la producción global de cobre y de zinc en 2022 (Organisation for Economic Cooperation and Development, 2025).

Estas cifras reflejan que la minería no sólo es un rubro de alta participación en el comercio exterior peruano, sino también un componente estructural del crecimiento económico y un generador importante de divisas. De hecho, informes sectoriales señalan que el subsector minero aportó cerca de 9,0% del PBI nacional y el 64,2% del valor total de las exportaciones peruanas en 2024, contribuyendo a la generación de más de 238 000 empleos formales directos, con un efecto multiplicador significativo en las cadenas productivas (Ernst & Young, 2024).

Más allá del caso peruano, América Latina y el Caribe ocupa una posición estratégica global en la minería. La región concentra importantes reservas de minerales esenciales para la transición energética, como el cobre, litio y zinc, lo que la convierte en un destino preferente de Inversión Extranjera Directa (en adelante, IED) en minería. Entre 2005 y 2024 se registraron más de 8 600 anuncios de proyectos de IED en minería a nivel mundial, de los cuales más de 1 150 (13%) se dirigieron a América Latina y el Caribe, con una fuerte concentración de capital en Argentina, Brasil, Chile y Perú. Este flujo de inversión ha sido clave no solo para la provisión de recursos minerales a los mercados globales, sino también para dinamizar actividades económicas conexas en la región.

El impacto de la minería no se limita a cifras agregadas de producción o exportación. La actividad minera también está asociada a empleos especializados, recaudación fiscal y desarrollo de infraestructura, lo que explica su posición central en las estrategias de desarrollo de muchos países latinoamericanos. En Chile y México, por ejemplo, la minería representa un componente importante de la manufactura, exportaciones y empleo en regiones menos diversificadas. Aunque los datos varían por país, la tendencia regional subraya que la minería y, por tanto, la inversión minera es un factor determinante de la performance económica nacional y subnacional. Esta relevancia económica, sin embargo, también conlleva desafíos múltiples. La minería se desarrolla en entornos donde convergen intereses económicos, preocupaciones ambientales, derechos de comunidades indígenas y marcos regulatorios nacionales e internacionales.

Este contexto adquiere una dimensión adicional en el marco de la transición

energética global. La creciente demanda de minerales críticos como el cobre, litio y níquel ha reforzado el papel estratégico de los países latinoamericanos como proveedores de insumos esenciales para la descarbonización de la economía mundial. Sin embargo, esta misma relevancia incrementa la presión sobre los Estados para equilibrar la promoción de la inversión minera con la adopción de estándares ambientales y sociales más exigentes, introduciendo tensiones estructurales que se trasladan al arbitraje de inversión.

A ello se suma la creciente relevancia de estándares ESG (Environmental, Social and Governance), que, si bien no constituyen obligaciones jurídicas equiparables a las derivadas del derecho ambiental o de la regulación estatal, influyen de manera significativa en la forma en que las empresas estructuran sus inversiones y gestionan riesgos sociales y ambientales. Esta coexistencia entre exigencias regulatorias de origen estatal y criterios de gobernanza corporativa refleja un entorno normativo más complejo, en el que confluyen distintos niveles de regulación y expectativas sobre la conducta de los actores involucrados.

Esta complejidad explica por qué las inversiones mineras han sido objeto de un número creciente de controversias sometidas a arbitraje internacional, particularmente bajo el régimen de Tratados Internacionales de Inversión (IIA) que garantizan estándares de protección tales como trato justo y equitativo, protección contra expropiación y seguridad jurídica de la inversión (Duarte-Silva & Velarde, 2021, p. 32 - 36). Perú no es la excepción, el país ha sido uno de los principales receptores de inversión extranjera directa (IED) en minería en la región, ha visto multiplicarse casos de arbitraje de inversión vinculados a este sector. Las principales controversias se han centrado en tres tipos de situaciones: (i) expropiación directa o indirecta, (ii) medidas regulatorias y ambientales adoptadas por el Estado, y (iii) la ausencia de aceptación o consentimiento social por parte de comunidades en las zonas de influencia de los proyectos.

A partir de este escenario, el presente trabajo se sitúa en el marco del derecho de las inversiones, particularmente en el análisis de los estándares sustantivos de protección y su interacción con principios del derecho ambiental Este enfoque permite abordar las controversias mineras no solo desde la lógica tradicional de protección del inversionista, sino dentro de un contexto normativo más amplio y dinámico aterrizado al contexto de la región.

En este marco, el problema que orienta la investigación consiste en analizar si el arbitraje de inversión contemporáneo es coherente para resolver disputas en el sector minero en Latinoamérica, caracterizado por la existencia riesgos económicos, regulatorios, sociales y ambientales, y donde la actuación estatal no siempre responde a objetivos de interés público.

En línea con lo mencionado, el trabajo tiene como objetivo identificar los criterios interpretativos desarrollados por los tribunales arbitrales y examinar su evolución, a fin de determinar si existe una tendencia hacia una mayor incorporación de consideraciones ambientales y sociales en el razonamiento arbitral. El análisis parte de la premisa de que el arbitraje de inversión ha experimentado una transformación progresiva, en la que ha dejado de operar exclusivamente como un mecanismo de protección del inversionista para desenvolverse en entornos regulatorios complejos como la minería. Finalmente, la pregunta que guía este análisis es: ¿cómo ha evolucionado la práctica arbitral en controversias vinculadas a inversiones mineras en América Latina y el Caribe, y qué criterios interpretativos han adoptado los tribunales arbitrales para equilibrar la soberanía regulatoria con las expectativas del inversionista o la protección de la inversión?

En respuesta a esta interrogante, se sostiene que, si bien el arbitraje de inversión no ha eliminado las tensiones estructurales entre protección de la inversión y potestad regulatoria, sí ha evolucionado hacia un enfoque más contextual y flexible, en el que los tribunales reconocen la legitimidad de medidas regulatorias ambientales y condicionan la existencia de responsabilidad del Estado a la razonabilidad y coherencia en su implementación.

2. Tensiones entre soberanía regulatoria del Estado, protección ambiental y expectativas legítimas del inversionista

2.1. Un tratado para regularlos a todos: ¿Existe un marco normativo del arbitraje de inversión?

El término Tratados Internacionales de Inversión (International Investment Agreements – IIA) designa un conjunto amplio y heterogéneo de instrumentos jurídicos internacionales de naturaleza bilateral, regional o multilateral cuyo propósito principal es promover y proteger la inversión extranjera, así como establecer el marco jurídico que regula la relación entre el Estado

anfitrión y el inversionista extranjero. Bajo esta denominación se agrupan diversos instrumentos, entre los que destacan los Tratados Bilaterales de Inversión (Bilateral Investment Treaties, en adelante, BIT), los capítulos de inversión incluidos en Tratados de Libre Comercio (Free Trade Agreements, en adelante, FTA) y otros acuerdos internacionales que incorporan disposiciones sustantivas y procesales relativas a la protección de inversiones.

A través de los años, se han celebrado diversos y nuevos tratados, lo que ha llevado que en la práctica se establezca una clasificación de estos instrumentos en distintas "generaciones" de tratados, atendiendo a su momento de su adopción, el contexto económico y político en que fueron negociados, así como a los estándares de protección que estos prevén. Esta evolución refleja una progresiva sofisticación del derecho de las inversiones. En donde los tratados más antiguos se centraban principalmente en la protección del inversionista frente a interferencias estatales, las generaciones más recientes han comenzado a integrar de manera más explícita preocupaciones regulatorias vinculadas al interés público, incluyendo consideraciones ambientales, sociales y de política pública. En este sentido, los IIA constituyen el marco normativo más cercano al arbitraje de inversión, en la medida en que es a través de sus disposiciones que se delimitan los derechos del inversionista y las obligaciones internacionales del Estado anfitrión (Chiara Malaguti, 2021, p. 114 - 115).

Por otro lado, a diferencia de otros regímenes jurídicos internacionales más codificados, el derecho de las inversiones no se estructura como un sistema cerrado ni como un cuerpo normativo unificado. Por el contrario, se configura a partir de una red fragmentada de tratados, cuya interpretación y aplicación se apoyan en herramientas generales del derecho internacional. Entre estas destacan, en particular, las reglas de interpretación previstas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los principios del derecho internacional consuetudinario y la práctica interpretativa desarrollada en otros tratados y decisiones arbitrales comparables. Este conjunto de fuentes y criterios interpretativos permite a los tribunales arbitrales construir un marco relativamente coherente para evaluar tanto la admisibilidad de las reclamaciones como el alcance de los estándares sustantivos de protección. En el sector minero, este entramado normativo adquiere una relevancia particular, dada la naturaleza altamente regulada de la actividad extractiva y su interacción constante con intereses ambientales, sociales y territoriales.

Dentro de este marco, los estándares sustantivos de protección contenidos en los IIA constituyen el núcleo del análisis en la mayoría de las controversias arbitrales vinculadas a proyectos extractivos. Entre ellos destacan el trato justo y equitativo (Fair and Equitable Treatment, en adelante, FET) y la protección y seguridad plenas (Full Protection and Security – FPS), ampliamente reconocidos como estándares centrales del régimen internacional de inversiones y presentes en la mayoría de los tratados vigentes (Newcombe & Paradell Trius, 2009, p. 255). A estos se suma la prohibición de expropiación directa e indirecta sin compensación, que constituye uno de los pilares históricos del régimen de protección de inversiones.

Finalmente, como resultado de la evolución más reciente en el diseño de los tratados, muchos IIA han incorporado cláusulas que reconocen explícitamente el margen regulatorio del Estado, particularmente en ámbitos vinculados al interés público. Estas disposiciones son comúnmente asociadas al denominado right to regulate, mediante el cual se busca equilibrar la protección del inversionista con la capacidad del Estado para adoptar medidas regulatorias legítimas en materias como la protección del ambiente, la salud pública o el orden social, delimitando así el alcance de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el marco del régimen de inversiones (Borner, 2017, p. 4 - 5).

2.1.1. Trato justo y equitativo (Fair and Equitable Treatment - FET)

El FET constituye uno de los pilares centrales del arbitraje de inversión y, al mismo tiempo, uno de los estándares más dinámicos y debatidos en la práctica arbitral. Su relevancia se explica tanto por su presencia generalizada en los IIA, así como por su formulación abierta e indeterminada en los tratados, lo que ha permitido a los tribunales arbitrales desarrollar interpretaciones diversas según las circunstancias específicas de cada controversia.

A diferencia de otros estándares sustantivos como la prohibición de expropiación sin compensación, el FET no protege un derecho específico o claramente delimitado. Más bien, establece un marco general de conducta que el Estado anfitrión debe observar frente al inversionista extranjero. En términos generales, la jurisprudencia arbitral ha sostenido que este estándar exige que el Estado anfitrión actúe de manera coherente, transparente, no arbitraria y no discriminatoria, respetando además las expectativas legítimas del inversionista dentro del marco jurídico

aplicable. Esta interpretación ha sido desarrollada por diversos tribunales arbitrales, como se aprecia en los casos Saluka Investments B.V. v. República Checa o Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States.

Uno de los elementos más elaborados dentro del estándar FET es precisamente la protección de las expectativas legítimas del inversionista. Estas se entienden como aquellas expectativas razonables que se forman al momento de realizar la inversión, a partir del marco jurídico vigente y, en determinados casos, de las garantías o representaciones específicas otorgadas por el Estado anfitrión (Lehmann, 2025, p. 48 - 49).En esa línea, la evolución de la práctica arbitral ha precisado que no toda expectativa económica del inversionista se encuentra protegida por el FET. Por el contrario, dichas expectativas deben evaluarse a la luz de lo que resulta razonablemente previsible en el contexto regulatorio del Estado anfitrión y de las características propias del sector en el que se desarrolla la inversión. En este sentido, los tribunales han reiterado que los inversionistas no pueden esperar la inmutabilidad absoluta del marco regulatorio, especialmente en sectores donde la regulación ambiental y social forma parte inherente de la actividad económica (Lehmann, 2025, p. 49). Así lo expresó el tribunal en el caso Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, al afirmar que ningún inversionista puede razonablemente esperar que el marco legal permanezca completamente inalterado, reconociendo que la potestad regulatoria del Estado constituye un elemento estructural del equilibrio propio de los tratados de inversión (2007, considerando 333-334).

Esta tensión entre las expectativas del inversionista y la potestad regulatoria del Estado resulta particularmente visible en el sector minero, donde los proyectos suelen desarrollarse a lo largo de horizontes temporales extensos y se encuentran sujetos a cambios regulatorios significativos motivados por consideraciones ambientales, sociales o de orden público. En este contexto, el FET no opera como una garantía de estabilidad normativa absoluta, sino como un mecanismo de control frente a conductas estatales arbitrarias, incoherentes o desproporcionadas (Lopez, 2024, p. 308 - 309).

Un ejemplo ilustrativo puede encontrarse en el caso Glamis Gold Ltd. V. United States of America, en donde el tribunal rechazó la alegación de violación del FET al concluir que las medidas empleadas por el Estado respondían a objetivos legítimos de protección ambiental y cultural, precisando que si bien se ha generado una afectación al valor de la inversión, este no es una afectación que lo prive del valor sino que lo reduce permitiendo de igual forma un margen de ganancia para el inversionista (Clare Ryan, 2011, p. 955).

En consecuencia, en el contexto de proyectos mineros los tribunales suelen evaluar si las medidas adoptadas por el Estado anfitrión representan un quiebre abrupto, imprevisible o arbitrario del marco normativo bajo el cual se estructuró la inversión, o si, por el contrario, constituyen un ejercicio legítimo de la potestad regulatoria estatal. Este análisis implica considerar no solo el impacto real de la medida sobre las expectativas legítimas del inversionista, sino también el contexto regulatorio del sector y la finalidad pública perseguida por el Estado. Asimismo, en determinados casos los tribunales han considerado relevante examinar si la propia conducta del inversionista contribuyó a agravar los efectos negativos sobre la inversión, cuestión que será abordada en las secciones siguientes.

En definitiva, el estándar de trato justo y equitativo opera como un punto de equilibrio entre la protección del inversionista y el derecho del Estado a regular. Su aplicación en el ámbito de los proyectos mineros demuestra que la responsabilidad internacional del Estado no surge automáticamente de la adopción de medidas ambientales o sociales, sino de la manera en que dichas medidas se diseñan, implementan y justifican, así como del grado de previsibilidad, coherencia y razonabilidad que caracteriza la actuación estatal frente al inversionista extranjero.

2.1.2. Estándar de protección y seguridad plenas (Full Protection and Security – FPS)

El FPS constituye uno de los mecanismos clásicos de tutela de la inversión extranjera dentro de los IIA. Tradicionalmente incorporado junto con el FET, el FPS impone al Estado anfitrión la obligación de adoptar medidas razonables para proteger la inversión frente a interferencias ilícitas, ya sea provenientes de agentes estatales o de terceros. A diferencia del FET que se centra principalmente en la calidad normativa y procedimental de la conducta estatal, el FPS se orienta a garantizar la integridad física, jurídica y operativa de la inversión. En su formulación más básica, exige que el Estado actúe con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar actos que puedan afectar la inversión, particularmente en contextos de inestabilidad social, violencia o conflicto (Burgstaller & Risso, 2021, p. 709).

En sus primeras formulaciones, el estándar fue interpretado de manera relativamente

restringida, limitándose a la protección física de bienes y personas vinculados a la inversión. Sin embargo, la práctica arbitral ha evolucionado hacia una comprensión más amplia, reconociendo que la seguridad de la inversión no se agota en una dimensión material, sino que también comprende la seguridad jurídica y operativa necesaria para el desarrollo efectivo de la actividad económica, especialmente en sectores intensivos en capital y de largo plazo, como el minero.

Para comprender adecuadamente el alcance del FPS, resulta importante destacar que no se trata de una obligación de resultado, sino de una obligación de conducta. En otras palabras, el Estado no garantiza que la inversión esté completamente libre de riesgos o daños, sino que debe desplegar esfuerzos razonables y diligentes para prevenir interferencias previsibles. Este enfoque fue acogido por el Tribunal Arbitral en el caso American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire(1), en el cual se sostuvo que el Estado no garantiza la inexistencia de daños, pero sí debe desplegar esfuerzos razonables para proteger la inversión frente a actos previsibles de interferencia.

Esta precisión adquiere especial relevancia en el contexto de proyectos mineros, donde es frecuente la aparición de conflictos sociales, protestas comunitarias o bloqueos que afectan el acceso a las operaciones. En estos escenarios, el estándar FPS no exige que el Estado elimine toda forma de manifestación social por parte de comunidades campesinas, pueblos indígenas u otros actores locales. Más bien, exige que las autoridades actúen de manera proporcionada, diligente y efectiva para evitar que dichas acciones deriven en daños graves a la inversión o en la paralización prolongada del proyecto.

En esta línea, diversos tribunales han sostenido que la inacción estatal frente a actos de terceros puede constituir una violación del estándar de protección y seguridad plenas cuando el Estado, teniendo conocimiento de una situación de riesgo, no adopta medidas razonables para prevenir o mitigar sus efectos. Este razonamiento ha sido particularmente relevante en controversias vinculadas al sector minero, donde la continuidad operativa de los proyectos depende en gran medida de la capacidad estatal para gestionar escenarios de conflictividad social(2).

Un ejemplo ilustrativo es el caso Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru, en el cual el tribunal concluyó que la tolerancia prolongada frente a bloqueos y actos de fuerza por parte de terceros, sin una respuesta efectiva por parte de las autoridades, constituyó una vulneración del estándar de FPS. En dicha decisión se enfatizó que el Estado no puede escudarse en la existencia de conflictos sociales para justificar una pasividad absoluta que prive al inversionista de la posibilidad real de operar(3). De manera similar, en el caso Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador el tribunal examinó la conducta estatal en un contexto de fuerte oposición social al proyecto minero. Si bien reconoció que el Estado enfrentaba un entorno social complejo, concluyó que la respuesta institucional fue insuficiente y errática, permitiendo que la situación escalara. No obstante, el tribunal también tomó en consideración la conducta del propio inversionista que contribuyó a intensificar el conflicto para reducir la cuantía de la compensación solicitada(4).

Esta aproximación evidencia que el estándar FPS no opera de manera aislada, sino en interacción con otros principios del derecho internacional de las inversiones, así como con otros elementos como la contribución al daño. Como se evidencia, en controversias relacionadas con proyectos mineros, los tribunales arbitrales han comenzado a evaluar también la conducta del inversionista, particularmente en lo que respecta a la gestión social del proyecto y la prevención de conflictos con comunidades locales, elementos que, en la práctica, suelen vincularse con la noción de licencia social para operar.

De la práctica arbitral revisada se desprende que el estándar de protección y seguridad plenas se configura hoy como un instrumento de equilibrio entre la responsabilidad estatal y la realidad operativa de los proyectos extractivos. Su aplicación no implica la imposición de un deber absoluto de

(1) Para mayor información, *véase*: American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, considerando, 21 de febrero de 1997, Award, considernados 6.06 – 6.11. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf

(2) Para mayor revisión, *véase*: Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, 8 de diciembre del 2000, Award considerandos 84 – 85. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf

(3) Para una mejor comprensión, *véase*: Lupaka Gold Corp. v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/20/46,30 de junio de 2025, Award considerando 391. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827033.pdf

(4) Para mayor información, *véase*: Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-2, 15 de marzo de 2016, Award, considerando 6.97. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf

control por parte del Estado, sino la exigencia de una actuación diligente, coherente y proporcional frente a riesgos previsibles que puedan afectar la inversión.

En suma, el FPS cumple una función particularmente relevante en el arbitraje de inversión en el sector minero, al permitir evaluar la respuesta estatal frente a escenarios de conflictividad social, violencia o interferencias de terceros. Lejos de ser un estándar meramente accesorio, la protección y seguridad plenas se configura como un parámetro central para determinar si el Estado ha garantizado las condiciones mínimas de seguridad necesarias para que una inversión minera pueda desarrollarse de manera efectiva dentro del marco de protección previsto por los IIA.

2.1.3. Protección frente a expropiación directa e indirecta

Se estima que alrededor del 90 % de los IIA contienen disposiciones orientadas a la protección de las inversiones frente a actos de expropiación adoptados por el Estado anfitrión. Dichas disposiciones suelen abarcar tanto la expropiación directa como la expropiación indirecta, así como aquellas medidas equivalentes o con efectos similares a una expropiación (Colquicocha, 2019, p. 348).

Como es sabido, en el arbitraje de inversión no rige un principio de *stare decisis*, por lo que los tribunales arbitrales no se encuentran jurídicamente obligados a seguir ni a reproducir las conclusiones alcanzadas por otros tribunales en controversias previas, aun cuando versen sobre materias similares. La interpretación y aplicación de los estándares de protección dependerá, entre otros factores, del texto específico del tratado aplicable, de su contexto normativo. Así como del método interpretativo adoptado por el tribunal y las circunstancias del caso. En consecuencia, no existe una definición única y uniformemente aceptada en la práctica arbitral sobre los conceptos de expropiación directa e indirecta. No obstante, el análisis de la jurisprudencia arbitral resulta particularmente útil como referencia interpretativa, en la medida en que permite identificar criterios recurrentes y aproximaciones que han contribuido a delimitar progresivamente el contenido y alcance de dichos conceptos.

Así, en el caso Metalclad Corporation c. The United Mexican States, se concluyó que al hablar de expropiación directa o indirecta se debe tener en cuenta lo siguiente:

> "(…) incluye no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una trasferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor(5)."

A diferencia de la expropiación directa, al hablar de expropiación indirecta este dependerá de un análisis contextual que atiende, entre otros elementos, a la naturaleza de la medida estatal, a sus efectos económicos sobre la inversión y al marco normativo aplicable. Esta indeterminación adquiere especial relevancia en el sector minero, donde las controversias por expropiación indirecta suelen estar estrechamente vinculadas a regulaciones ambientales, sociales o territoriales que inciden de manera significativa en la viabilidad económica de los proyectos. Un ejemplo que resultará ilustrativo en el sector minero es el caso Bear Creek Mining Corporation c. Republic of Peru, donde se alegó que la revocación de una norma que le permitía operar en una zona fronteriza – medida adoptada en un contexto de creciente oposición social al proyecto – constituía una expropiación indirecta de su inversión.

No obstante, el análisis del tribunal no se limitó a constatar la existencia de un impacto económico adverso, sino que incorporó una evaluación del margen regulatorio del Estado y de la conducta del propio inversionista, lo que será abordado con mayor detalle en las siguientes secciones. Este caso refleja con claridad una tendencia en la práctica arbitral contemporánea en materia de minería, donde si bien existe un reconocimiento del derecho del Estado a regular, particularmente en ámbitos vinculados a la protección ambiental, la gestión territorial o la respuesta frente a conflictos sociales, dicho reconocimiento no excluye per se la posibilidad de que determinadas medidas adoptadas den lugar a responsabilidad internacional. Más bien, condiciona la forma en que los tribunales califican jurídicamente la medida estatal y la manera en que evalúan el alcance del daño sufrido por el inversionista.

En este sentido, la expropiación indirecta en proyectos mineros se configura como un estándar particularmente sensible al contexto regulatorio, social y ambiental en el que se

(5) Para una mayor revision, *véase*: Metalclad Corporation c. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, 30 agosto de 2000, Award, considerando 103. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf

desarrolla la inversión. Ello se debe, en primer lugar, a que su determinación no depende de una privación formal de la propiedad, sino del análisis de los efectos que la medida produce sobre el uso, control o valor económico de la inversión. En segundo lugar, la evaluación arbitral exige ponderar el impacto económico de la medida frente al derecho del Estado a regular en función del interés público, especialmente cuando las decisiones estatales responden a objetivos legítimos de protección ambiental, gestión territorial o preservación del orden social.

Como resultado, los tribunales arbitrales suelen realizar un análisis más detallado, en el que se consideran elementos como la intensidad del impacto económico de la medida, la duración de sus efectos, la previsibilidad del marco regulatorio y, en algunos casos, la conducta del propio inversionista. En sectores como el minero caracterizado por inversiones de largo plazo, altos niveles de regulación y una interacción constante con intereses ambientales y sociales, estos factores adquieren una relevancia particular, lo que explica por qué la determinación de una expropiación indirecta depende en gran medida de las circunstancias específicas de cada controversia.

2.1.4. Las excepciones regulatorias en materia ambiental y el *right to regulate*

Las excepciones regulatorias en los IIA permiten a los Estados anfitriones adoptar medidas que, de otro modo, supondrían una vulneración de sus obligaciones internacionales, con el fin de proteger intereses públicos legítimos, como la salud, el medio ambiente o derechos humanos, sin incurrir necesariamente en responsabilidad internacional (Cabrera Colorada, 2023, p. 18). Estas cláusulas garantizan la autonomía regulatoria del Estado – regulada a través del denominado *right to regulate* – y suelen estar presente en la mayoría de IIA.

El *right to regulate* se tiene que entender como la facultad del Estado anfitrión para adoptar medidas orientadas a la protección del interés público incluyendo de manera destacada, la protección del medio ambiente, aun cuando dichas medidas puedan generar un impacto económico adverso sobre la inversión extranjera. En la medida en que el perjuicio sufrido por el inversionista derive del ejercicio de la potestad regulatoria no arbitraria ni discriminatoria y se dé en el ámbito legítimo de los poderes de policía del Estado, dicho impacto no genera, por regla general, el derecho a una indemnización (Dooley, 2022, p. 855 - 856).

En esa línea, se ha sostenido que el ejercicio soberano del poder regulatorio, cuando se realiza de buena fe y sin discriminación, no constituye una expropiación compensable (Ribco, 2023). Esta aproximación ha sido progresivamente acogida por la práctica arbitral contemporánea, especialmente en sectores altamente regulados como el minero, donde la intervención estatal responde con frecuencia a objetivos ambientales, sociales o de orden público.

Sin embargo, la efectividad del derecho a regular no depende únicamente de su reconocimiento abstracto, sino también de la forma en que este es incorporado en el texto de los tratados. La inclusión de cláusulas ambientales específicas, excepciones generales o referencias al desarrollo sostenible influye directamente en la capacidad de los tribunales arbitrales para distinguir entre regulaciones legítimas y medidas equivalentes a expropiaciones indirectas.

En consecuencia, la configuración normativa de los IIA adquiere un rol determinante en la evaluación de la eventual responsabilidad internacional del Estado. Lejos de constituir un sistema homogéneo, los tratados de inversión no son uniformes en la delimitación del margen regulatorio estatal, lo que obliga a los tribunales a recurrir a herramientas interpretativas como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el derecho internacional consuetudinario para resolver estas tensiones. En este contexto, es precisamente en el ámbito de las medidas ambientales donde se manifiesta con mayor intensidad la tensión estructural entre la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y los derechos de los inversionistas extranjeros. Esta tensión encuentra respaldo en desarrollos históricos del derecho internacional, en los que se ha reconocido tanto la potestad estatal de regular y explotar sus recursos naturales como la obligación de otorgar una compensación adecuada en caso de expropiación (Hailes, 2025, p. 404).

No obstante, la consolidación del arbitraje de inversión como mecanismo de resolución de controversias evidencia limitaciones relevantes en la aplicación práctica de estas cláusulas. Sobre todo, la redacción de muchos tratados no cuenta con la claridad necesaria para permitir una aplicación consistente de las excepciones regulatorias contempladas, lo que ha contribuido a la imprevisibilidad en sus resultados. Frente a estas limitaciones, se puede sostener que la evolución reciente del régimen de inversiones, marcada por la aparición de nuevas generaciones de IIA, ha dado lugar a una progresiva y mayor aceptación de excepciones regulatorias

más precisas, especialmente en materia ambiental, lo que ha permitido dotar de mayor funcionalidad al análisis arbitral contemporánea (Scharaw, 2024, p. 204).

Sin embargo, estos desarrollos no pueden entenderse de manera aislada. Por el contrario, se enmarcan en un debate más amplio sobre la legitimidad del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. En efecto, diversos sectores académicos han cuestionado si el arbitraje de inversión, en su configuración tradicional, es capaz de incorporar adecuadamente consideraciones ambientales y sociales, o si continúa privilegiando una lógica predominantemente orientada a la protección del inversionista.

En este sentido, la evolución interpretativa de los tribunales puede entenderse como una respuesta progresiva a dichas críticas, en la medida en que se advierte una tendencia hacia la adopción de enfoques más contextuales, orientados a equilibrar la protección de la inversión con la preservación del margen regulatorio estatal. No obstante, esta evolución también pone de relieve las limitaciones estructurales del sistema, particularmente en escenarios donde confluyen obligaciones ambientales, conflictividad social y expectativas de estabilidad jurídica por parte del inversionista.

2.2. Arbitraje de inversión y minería: los proyectos de inversión minera y las tendencias globales

2.2.1. La minería como uno de los sectores con mayores controversias:

No toda controversia vinculada a la actividad minera presenta el mismo nivel de inversión comprometida ni el mismo perfil de riesgo. En consecuencia, no en todos los casos puede esperarse una afectación económica de similar magnitud ni, por ende, un resultado indemnizatorio equivalente. Es precisamente en este punto donde la participación de especialistas con conocimiento técnico del sector adquiere especial relevancia para la adecuada estructuración de las reclamaciones y defensas en el arbitraje de inversión.

Ello obedece a que los proyectos mineros se desarrollan a través de etapas sucesivas como lo son la exploración, evaluación o factibilidad, desarrollo o construcción, producción u operación y cierre, y que el valor económico de la inversión, así como la cuantificación de un eventual daño, dependen directamente de la fase en la que se encuentre el proyecto al momento en que se produce el conflicto (Lopez, 2024, p. 300). En este contexto, la identificación y estimación de las reclamaciones exige un análisis que trascienda el monto efectivamente invertido, incorporando variables como el riesgo inherente a cada etapa, la razonabilidad de las proyecciones de flujo de caja, la existencia de reservas económicamente explotables y la probabilidad real de que el proyecto alcance la fase de producción comercial.

Al respecto, Lengua y Longa (2023), clasifican y definen cada una de estas etapas de la siguiente forma:

Tabla 1

Desarrollo de proyectos mineros

	Etapa	Definición
1	Exploración	Investigación inicial en zonas sin yacimientos conocidos, que incluye prospección, perforación y estudios preliminares para identificar mineralización, estimar reservas y evaluar la posible existencia y valor del yacimiento.
2	Evaluación o factibilidad	Con resultados preliminares favorables, se desarrollan estudios de prefactibilidad para analizar las alternativas económicas de desarrollo del proyecto en función de las reservas identificadas.
3	Desarrollo o Construcción	A través del estudio de factibilidad se determina la viabilidad técnica y económica del proyecto. Si es favorable, se gestionan permisos, se ejecuta la construcción de la mina y su infraestructura, y se inicia la puesta en marcha operativa.
4	Producción u Operación	Etapa de explotación y procesamiento del mineral, con actividades de exploración brownfield destinadas a confirmar o ampliar reservas en la zona de operación.
5	Cierre	Culminada la producción comercial, se implementan acciones de rehabilitación y restauración del área afectada para asegurar condiciones ambientales adecuadas y sostenibles.

Partiendo de esta estructura, surge una pregunta central para el análisis del arbitraje de inversión: ¿cuáles son los riesgos característicos del sector minero que pueden

dar lugar a una controversia internacional y en qué momento pueden materializarse?

Desde la perspectiva del arbitraje de inversiones, resulta pertinente concentrarse en aquellos riesgos directamente vinculados a la relación entre el inversionista y el Estado. En ese sentido, la doctrina identifica principalmente dos grandes categorías de riesgos relevantes: (i) el riesgo político y de nacionalización de recursos naturales, y (ii) los riesgos sociales y ambientales (Burnett & Bret, 2017). A diferencia de otros riesgos como los operacionales, financieros o comerciales que suelen manifestarse en etapas específicas del proyecto y no necesariamente derivan de actuaciones estatales, estos riesgos pueden materializarse en cualquier fase del ciclo de vida del proyecto, como puede ser la exploración inicial hasta la etapa de producción.

Esta comprensión también ha sido aceptada por los tribunales arbitrales. Un ejemplo de ello es el caso South American Silver Limited v. Bolivia. En donde el tribunal no se limitó a examinar la existencia de un acto expropiatorio, sino que enfatizó que los proyectos mineros atraviesan múltiples fases antes de alcanzar la producción y que la valoración de una reclamación debe guardar una relación directa con el grado de avance efectivo del proyecto[6].

Lo antes mencionado nos permite concluir que los riesgos susceptibles de dar lugar a controversias en arbitrajes de inversión no se limitan a una etapa específica del proyecto minero. Por el contrario, pueden manifestarse a lo largo de todo su desarrollo. Ello explica por qué la minería se encuentra entre los sectores con mayor incidencia en el arbitraje de inversión: se trata de proyectos de larga duración, intensivos en capital y expuestos a riesgos políticos, regulatorios, sociales y ambientales particularmente elevados, donde cada fase condiciona no solo la viabilidad técnica y económica del proyecto, sino también el alcance y naturaleza de las reclamaciones que puedan surgir.

2.2.2. Tendencias globales en arbitraje vinculado al sector minero:

En el apartado precedente se explicó cómo se estructura una operación minera y se estableció que, con independencia de la etapa en la que se encuentre un proyecto, este se ve, en la mayoría de los casos, rodeado de diversos riesgos. En ese contexto, la correcta identificación de la fase de desarrollo del proyecto resulta fundamental para la elaboración de una estrategia de defensa adecuada y para la adecuada formulación y sustento de eventuales reclamaciones en un arbitraje de inversión.

En los últimos años, el sector minero ha experimentado una transformación significativa respecto del enfoque tradicionalmente adoptado en la industria extractiva. Este cambio responde, por un lado, a una mayor participación de los distintos *stakeholders*[7],en particular, de las comunidades ubicadas en las zonas de influencia de los proyectos y, por otro, al fortalecimiento progresivo de los marcos regulatorios estatales en materia ambiental y de sostenibilidad.

En este escenario, las principales controversias en arbitraje de inversión en el sector minero se articulan, de manera recurrente, en torno a dos ejes fundamentales: (i) la obtención y mantenimiento de la denominada licencia social y (ii) la adopción de medidas regulatorias ambientales por parte del Estado receptor de la inversión, que inciden directa o indirectamente en la viabilidad de los proyectos.

Sumado a ello, estas dinámicas están condicionadas a transformaciones estructurales de tendencia global. En particular, la transición energética ha incrementado de manera sostenida la demanda de minerales críticos, reforzando la posición estratégica de los países de la región como proveedores de estos insumos esenciales para la economía y desarrollo global. Sin embargo, este mismo fenómeno ha intensificado la presión sobre los Estados para garantizar que la explotación de dichos recursos se realice bajo estándares ambientales más estrictos, incrementando así la probabilidad de fricción con las expectativas de estabilidad del inversionista que pueden llevar a futuros conflictos.

A ello se suma la creciente relevancia de estándares ESG, que como se ha mencionado no constituyen obligaciones jurídicas equiparables a las derivadas del derecho ambiental o de la regulación estatal, influyen de manera significativa en la forma en que los inversionistas diseñan sus proyectos y gestionan riesgos sociales y ambientales.

(6) Para mayor información, *véase*: South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, 22 de noviembre de 2018, Award, considerandos 808 y 823. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf

(7) Entiéndase por las personas, grupos u organizaciones que tienen un interés en el proyecto y pueden influir o verse afectados por su desarrollo, ya sea de forma directa o indirecta, como es el caso del Estado y las comunidades que se encuentran en la zona de influencia del proyecto a desarrollar en que se encuentra en desarrollo.

Lo que tiene un impacto en el arbitraje de inversión, el que se desarrolla en un entorno en el que coexisten exigencias normativas estatales y expectativas de gobernanza corporativa, lo que añade una capa adicional de complejidad al análisis de las controversias.

En conjunto, estas tendencias evidencian que el arbitraje de inversión en el sector minero ya no se limita a resolver disputas tradicionales sobre expropiación o estabilidad normativa, sino que debe enfrentar escenarios más complejos, en los que convergen intereses económicos, exigencias regulatorias, presiones sociales y estándares de sostenibilidad. Ello refuerza la necesidad de enfoques interpretativos más contextuales por parte de los tribunales arbitrales, en línea con las transformaciones contemporáneas del régimen internacional de inversiones.

2.2.2.1. La licencia social y su incidencia en el arbitraje de inversión minera

La obtención y el mantenimiento de la denominada licencia social constituyen uno de los riesgos transversales más relevantes en el desarrollo de proyectos mineros y se inscriben dentro de la categoría de riesgos sociales. Este tipo de riesgo puede manifestarse en cualquiera de las etapas del proyecto y presenta una especial recurrencia en América Latina, región caracterizada por una alta concentración de recursos naturales, una fuerte presencia de comunidades rurales e indígenas en las zonas de influencia minera y una creciente movilización social en torno a proyectos extractivos.

Antes de abordar el concepto de licencia social y su impacto en el arbitraje de inversión, resulta necesario identificar los requisitos jurídicos básicos para el inicio de una operación minera. En términos generales, el desarrollo de un proyecto minero exige la obtención de un título habilitante mediante el cual el Estado otorga a un particular el derecho a explorar y explotar recursos naturales dentro de una zona geográfica determinada. En el ámbito minero, dicho título se materializa a través de la concesión minera, la cual confiere derechos exclusivos sobre un área específica, sujetos al cumplimiento de las condiciones legales y regulatorias aplicables (Laub Benavides & Valderrama Devesocvi, 2014, p. 31).

No obstante, la sola obtención de la concesión minera no habilita, por sí misma, el inicio de actividades de exploración o explotación. Estas se encuentran condicionadas a la obtención de autorizaciones administrativas adicionales previstas en la normativa sectorial. Tomemos como ejemplo el caso de regulación minera en el Perú, el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº020-2020-EM, establece expresamente:

> Artículo 37.- Contenido del título de concesión minera
> (…)
> 37.2 El título de concesión minera otorga a su titular el derecho al aprovechamiento de los recursos naturales concedidos, conforme al artículo 19 de la Ley Nº 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.
>
> Para iniciar y/o realizar actividades mineras de exploración y/o explotación el concesionario debe obtener previamente la autorización de actividades respectiva, conforme lo regula el presente Reglamento.

Asimismo, el numeral 37.3 del citado artículo precisa que el título de concesión no autoriza por sí solo el inicio de actividades mineras, siendo necesario, entre otros requisitos: (i) contar con certificación ambiental; (ii) gestionar las autorizaciones del Ministerio de Cultura; (iii) obtener el derecho de uso de tierras mediante acuerdo o servidumbre; y (iv) obtener la autorización de actividades por la autoridad competente.

> 37.3 El título de concesión no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación, sino que previamente el concesionario debe:
>
> a. Contar con la certificación ambiental emitida por la autoridad ambiental competente.
>
> b. Gestionar la aprobación del Ministerio de Cultura de las declaraciones, autorizaciones o certificados que son necesarios para el ejercicio de las actividades mineras.
>
> c. Obtener el permiso para la utilización de tierras mediante acuerdo previo con el titular del predio o la culminación del procedimiento de servidumbre.
>
> d. Obtener la autorización de actividades de exploración o explotación de la Dirección General de Minería o del Gobierno Regional correspondiente, entre otros.

Como se advierte, la licencia social no figura entre los requisitos regulatorios exigidos por la normativa minera. Ello se debe a que la licencia social no constituye un título habilitante ni un requisito legal exigible para la ejecución de un proyecto minero. En este sentido, Dufour (2023, p. 81), al emitir su informe en el caso Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru en donde señaló que no existe controversia desde una perspectiva regulatoria respecto de que la ejecución de actividades mineras exige el cumplimiento estricto de los requisitos legales y de los procedimientos de permisología. Sin embargo, advirtió que reducir la viabilidad de un proyecto minero exclusivamente

al cumplimiento de tales exigencias normativas resulta insuficiente, en la medida en que existen factores extrajurídicos que pueden incidir de manera decisiva en su desarrollo.

Esta distinción resulta particularmente relevante en el análisis de controversias sometidas a arbitraje de inversión. Los tribunales arbitrales no reconocen la licencia social como un derecho jurídicamente protegido bajo los tratados de inversión; sin embargo, sí la consideran como un elemento contextual relevante. En efecto, la existencia o ausencia de licencia social puede incidir en la evaluación de las expectativas legítimas del inversionista, en el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas estatales adoptadas y, en determinados casos, en la cuantificación de la indemnización.

Un elemento particularmente relevante en este contexto es la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas, reconocida en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT. Si bien este mecanismo no forma parte directa de los estándares de protección de los tratados de inversión, su implementación —o ausencia— incide de manera significativa en la viabilidad de los proyectos y en la posterior evaluación arbitral.

La limitada integración de estos elementos dentro del análisis tradicional del arbitraje evidencia una de las tensiones estructurales del sistema: la dificultad de articular estándares de inversión con obligaciones y derechos derivados del derecho internacional de los derechos humanos. La práctica arbitral confirma esta tendencia. En Bear Creek Mining Corporation v. Peru, el tribunal analizó la revocación de una concesión minera motivada por la oposición de comunidades locales. Si bien reconoció el contexto de conflictividad social existente, concluyó que el Estado había incurrido en una expropiación indirecta al revocar el derecho minero sin una base legal suficiente y sin adoptar medidas menos lesivas. No obstante, el tribunal consideró que la falta de consolidación del proyecto y la ausencia de una licencia social efectiva constituían factores relevantes para reducir el monto indemnizatorio, al incidir en la probabilidad de desarrollo exitoso del proyecto.

Como se ha señalado, en otros escenarios los tribunales destacan que la conducta del inversionista frente a las comunidades locales y su gestión de la conflictividad social eran elementos relevantes tanto para la determinación de la responsabilidad del Estado como para la cuantificación de los daños. Este enfoque refleja una tendencia clara en el arbitraje de inversión minera: los tribunales no se limitan a examinar la actuación estatal, sino que también evalúan el comportamiento del inversionista en la generación o agravamiento del conflicto social[(8)].

Finalmente, la centralidad que ha adquirido la licencia social en el arbitraje de inversión minera se encuentra estrechamente vinculada a otra tendencia estructural del sector: el fortalecimiento de la regulación ambiental por parte de los Estados receptores de inversión. En la práctica, los conflictos sociales suelen actuar como catalizadores de nuevas exigencias ambientales o de una intensificación de los controles regulatorios, desplazando el eje de la controversia sobre la aceptación social del proyecto hacia la legitimidad y proporcionalidad de las medidas ambientales adoptadas por el Estado. Ello explica por qué una parte significativa de los arbitrajes en el sector minero se articula hoy en torno a la interacción entre regulación ambiental y estándares de protección del tratado, cuestión que se examina a continuación.

2.2.2.2. Regulación ambiental y estándares de protección ambiental

Una segunda tendencia estructural en el arbitraje de inversión vinculado al sector minero está constituida por el creciente protagonismo de las medidas regulatorias ambientales adoptadas por los Estados y su interacción con los estándares de protección previstos en los IIA. Esta tendencia responde, principalmente, al fortalecimiento progresivo de los marcos normativos ambientales, al reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente sano en numerosos ordenamientos internos y a la incorporación de compromisos ambientales internacionales asumidos por los Estados.

En el ámbito minero, esta evolución normativa adquiere una intensidad particular, en la medida en que se trata de una actividad intrínsecamente extractiva, con riesgos significativos sobre los ecosistemas, los recursos hídricos y las poblaciones ubicadas en las zonas de influencia del proyecto. Como consecuencia, una parte relevante de las controversias arbitrales en este sector se origina en la adopción de medidas ambientales que restringen, condicionan o incluso impiden el desarrollo del proyecto,

(8) Para mayor información, *véase*: Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-2, considerando6.97. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf

especialmente cuando dichas medidas se adoptan una vez realizada la inversión.

El punto de tensión central consiste en determinar si tales medidas constituyen un ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado dentro de los denominados *police powers*, o si, por el contrario, configuran una violación de los estándares de protección del tratado, en particular la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo.

En este marco, la evaluación de estas medidas se ve crecientemente influida por factores vinculados a la gestión ambiental y social de los proyectos, lo que responde, en parte, a la creciente incidencia de criterios de sostenibilidad en la estructuración de las inversiones.

Ello ha contribuido a que la conducta del inversionista adquiera mayor relevancia en la práctica arbitral, particularmente al momento de valorar el equilibrio entre la protección de la inversión y los objetivos regulatorios del Estado.

Este examen no se agota en la valoración abstracta de la medida estatal. También exige considerar las condiciones bajo las cuales la inversión fue concebida y ejecutada. En ese sentido, aspectos vinculados a la gestión ambiental y social del proyecto han comenzado a adquirir relevancia en la práctica arbitral, en la medida en que pueden incidir en la apreciación de la conducta del inversionista y en la ponderación del equilibrio entre los intereses en juego.

A nivel doctrinal, se observa que el arbitraje de inversión ha reconocido de manera consistente que los Estados conservan un amplio margen para adoptar regulaciones ambientales, incluso cuando estas tienen un impacto negativo sobre inversiones extranjeras. Este principio se encuentra firmemente asentado en la doctrina de los *police powers*, conforme a la cual las medidas regulatorias no discriminatorias, adoptadas de buena fe y con una finalidad legítima de interés público, no constituyen expropiaciones indemnizables. No obstante, ello no implica que dichas medidas se encuentren automáticamente excluidas del escrutinio arbitral ni que, en todos los casos, queden exentas de generar responsabilidad internacional.

Un referente clásico en esta materia es el laudo dictado en Methanex Corporation v. United States, en el que el tribunal sostuvo que una regulación ambiental general, adoptada para la protección de la salud pública y el medio ambiente, no puede ser considerada una expropiación indirecta, aun cuando tenga efectos económicos adversos sobre el inversionista. Este razonamiento ha sido reiterado en múltiples decisiones posteriores y resulta particularmente relevante y extrapolable al contexto del sector minero.

Con todo, el reconocimiento del margen regulatorio estatal no elimina la complejidad del análisis. Los tribunales han sido especialmente cuidadosos en examinar si la medida cuestionada frustra expectativas legítimas específicas generadas por el propio Estado o si responde a una evolución normativa razonablemente previsible dentro de un sector altamente regulado.

En proyectos mineros, suele asumirse que el inversionista opera en un entorno de alto riesgo regulatorio debido a la naturaleza sensible de la actividad. Por ello, las expectativas legítimas no se derivan de la mera estabilidad del ordenamiento jurídico, sino de garantías concretas, claras y atribuibles al Estado. Así, nuevas exigencias ambientales como pueden serlo evaluaciones de impacto más rigurosas, restricciones en el uso de recursos hídricos o la protección de ecosistemas estratégicos tienden a considerarse, en principio, previsibles y compatibles con el ejercicio del poder regulatorio. No obstante, cuando tales medidas contradicen compromisos específicos previamente asumidos, pueden dar lugar a responsabilidad internacional.

La cuestión, en definitiva, radica en distinguir entre el riesgo regulatorio inherente a la actividad minera y aquellas intervenciones estatales que, por su intensidad, carácter imprevisible o falta de coherencia, exceden ese umbral y pueden configurar una vulneración de los estándares del tratado.

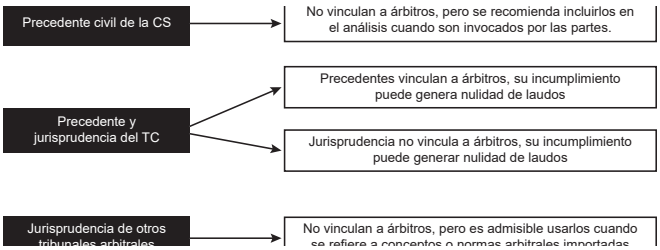
2.2.3. Casuística relevante en minería

En el apartado anterior se expuso la estructura de un proyecto minero, así como los riesgos inherentes a todas las etapas que lo componen, cuya correcta identificación y comprensión resultan determinantes para delimitar las reclamaciones que pueda formular un inversionista y la eventual compensación a la que podría aspirar. En efecto, la etapa de desarrollo del proyecto, combinada con la naturaleza del riesgo materializado, condiciona tanto la configuración de la responsabilidad del Estado receptor de la inversión, como la metodología de valoración de los daños que pueda emplear para el sustento de sus pretensiones.

En ese sentido, y sin perjuicio de clasificaciones alternativas propuestas por otros autores, los riesgos más recurrentes en el arbitraje de inversión en materia minera pueden agruparse de la siguiente manera:

Figura 1

Clasificación de riesgos



Respecto a que se debe entender por cada uno de estos riesgos, estos involucran lo siguiente:

a) Riesgo político: Este grupo comprende aquellas actuaciones estatales que afectan directamente la titularidad, control o viabilidad económica de la inversión minera. Incluye, entre otros, la expropiación directa o indirecta, la revocación de concesiones, la modificación sustancial del régimen jurídico aplicable, la terminación unilateral de contratos, así como procesos de nacionalización o estatización de recursos naturales (Oñate Yañez, 2022, p. 165 - 166). En este ámbito, se observa una tendencia creciente hacia el denominado *resource nationalism*, a través del cual los Estados buscan incrementar su control sobre recursos naturales estratégicos mediante reformas regulatorias, mayores cargas fiscales o procesos de nacionalización. Este fenómeno, particularmente visible en contextos de alta demanda de minerales críticos, intensifica las tensiones entre la soberanía estatal y la protección de la inversión, generando un entorno de mayor incertidumbre jurídica que se traduce en un incremento de disputas arbitrales (Lebdioui & Riofrancos, 2025).Este tipo de riesgo puede materializarse en cualquier etapa del proyecto. No obstante, su impacto económico y relevancia jurídica varían según el grado de avance de la inversión. En fases tempranas, como la exploración, las controversias suelen centrarse en el valor de la inversión y en los riesgos asumidos, dado que la viabilidad del proyecto aún no se encuentra consolidada. En cambio, en etapas de desarrollo o producción, las reclamaciones tienden a vincularse con la pérdida de flujos esperados o de la capacidad de explotación comercial del recurso.

b) Riesgos regulatorios: El riesgo regulatorio se refiere a cambios normativos o administrativos que, sin constituir formalmente una expropiación, alteran de manera sustancial las condiciones bajo las cuales el inversionista decidió realizar la inversión. En el sector minero, estos cambios suelen involucrar modificaciones al régimen tributario, ambiental, laboral, de uso de suelo o de regalías, así como la imposición de nuevas cargas administrativas o requisitos técnicos. Este riesgo se vincula estrechamente con los estándares de trato justo y equitativo y de expectativas legítimas. Los tribunales suelen analizar si el cambio regulatorio responde a un ejercicio legítimo del poder regulador del Estado o si, por el contrario, resulta arbitrario, desproporcionado o inconsistente con los compromisos asumidos frente al inversionista. Este riesgo adquiere particular relevancia en etapas de desarrollo y producción, cuando el marco normativo incide directamente en la rentabilidad del proyecto.

c) Riesgos ambientales: Los riesgos ambientales comprenden la adopción de medidas estatales orientadas a la protección del medio ambiente, la biodiversidad o los recursos naturales, tales como la imposición de estándares ambientales más estrictos, la denegación o revocación de licencias ambientales, o la paralización de actividades por incumplimientos ambientales. En el arbitraje de inversión, estas controversias suelen plantear una tensión entre la protección de la inversión y el derecho del Estado a regular en interés público. Los tribunales han reiterado que no toda afectación económica derivada de regulaciones ambientales configura una expropiación compensable, especialmente cuando las medidas persiguen fines legítimos y se aplican de manera no discriminatoria. Estos riesgos pueden surgir en cualquier etapa del proyecto, aunque son particularmente frecuentes en las fases de desarrollo y operación.

d) Riesgos sociales: Este grupo incluye conflictos derivados de la oposición de comunidades locales, pueblos indígenas u otros actores sociales frente al desarrollo del proyecto minero. Pueden manifestarse a través de protestas sociales, bloqueos, litigios internos o la exigencia de procesos de consulta previa, libre e informada. Lo que se evalúa en estos casos es la conducta del Estado frente a los conflictos sociales: ya sea por la falta de otorgamiento de protección y seguridad, por la adopción de medidas restrictivas en respuesta a la presión social o por deficiencias en la implementación de mecanismos de participación y consulta.

Este tipo de riesgo es transversal a todas las etapas del proyecto, pero suele intensificarse conforme el proyecto avanza hacia la construcción y producción.

Si bien esta tipología cumple una función esencialmente ilustrativa, la práctica arbitral demuestra que las controversias en el sector minero suelen involucrar la concurrencia de múltiples categorías de riesgo. Como se verá en los casos analizados en los apartados siguientes, una misma controversia puede combinar elementos de riesgo político, regulatorio, ambiental y social, cuya interacción complejiza tanto el análisis jurídico de la controversia como la determinación de una eventual compensación.

2.2.3.1. Casos orientados a riesgos políticos:

A) South American Silver Limited v. Bolivia (PCA Case No. 2013-15)

El caso surge a partir del proyecto minero Malku Khota, ubicado en el departamento de Potosí, Bolivia, desarrollado por South American Silver Limited a través de su filial local. Desde sus primeras etapas, la inversión se desenvolvió en un contexto de elevada conflictividad social vinculada a comunidades indígenas de la zona de influencia. A partir de 2010 se produjeron protestas, bloqueos y enfrentamientos que paralizaron el proyecto y generaron un deterioro sostenido del orden público.

En este contexto, el Estado boliviano emitió el Decreto Supremo Nº1308, mediante el cual revirtió al Estado todas las concesiones mineras vinculadas al proyecto Malku Khota, invocando razones de interés público, orden social y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Posteriormente, el proyecto fue transferido a la empresa estatal COMIBOL. El inversionista inició arbitraje bajo el TBI Reino Unido–Bolivia alegando expropiación ilícita y violación del trato justo y equitativo, mientras que el Estado sostuvo que la medida constituía una respuesta legítima frente a una situación de violencia generalizada y a la necesidad de proteger derechos colectivos.

El tribunal concluyó que la reversión constituyó una expropiación directa, pues implicó la privación definitiva de los derechos mineros y su transferencia al Estado. Asimismo, precisó que la existencia de oposición social no elimina el deber estatal de compensar cuando la privación es permanente. Un elemento particularmente relevante del laudo fue el análisis de la conducta del inversionista. El tribunal reconoció deficiencias en la estrategia de relacionamiento comunitario, comunicación y gestión social del proyecto, señalando que estas contribuyeron al deterioro del contexto social. Sin embargo, consideró que dichas actuaciones no constituían la causa jurídica determinante del daño indemnizable, ya que la pérdida de la inversión derivó directamente de la decisión soberana de reversión adoptada por el Estado[9].

Este caso resulta significativo debido a que distingue entre la contribución del inversionista al conflicto social y su contribución al daño jurídicamente indemnizable. La ausencia de licencia social puede explicar el contexto político de la medida estatal, pero no necesariamente altera la obligación de compensar cuando el Estado opta por una privación definitiva de derechos.

B) Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarion Republic of Venezuela (ICSID ARB(AF)/12/5)

La controversia surge en el contexto del proceso de nacionalización de la industria aurífera venezolana iniciado a finales de la década de 2000. Rusoro Mining Ltd., empresa canadiense dedicada a la explotación de oro en Venezuela, había adquirido y operado múltiples concesiones y plantas de procesamiento en el país. En 2011 el Estado venezolano adoptó una serie de medidas culminadas por el Decreto de Nacionalización del oro, mediante el cual se ordenó la transferencia obligatoria de las operaciones al Estado. El inversionista inició arbitraje al amparo del TBI Canadá–Venezuela alegando, principalmente, expropiación sin compensación. Venezuela no negó la nacionalización, sino que sostuvo que se trataba de un ejercicio legítimo de soberanía permanente sobre los recursos naturales. El tribunal concluyó que las medidas constituyeron una expropiación directa de la inversión, al implicar la transferencia forzosa y definitiva del control y titularidad de los activos al Estado. Asimismo, reconoció que los Estados conservan el derecho a nacionalizar industrias estratégicas por razones de interés público. No obstante, enfatizó que la licitud internacional de la expropiación depende del cumplimiento de los requisitos del tratado, en particular el pago de una compensación adecuada, efectiva y oportuna. En el caso concreto, Venezuela no pagó ni garantizó compensación equivalente al

(9) Para una mayor revisión, *véase*: South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, considerando 874 – 876. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf

valor justo de mercado al momento de la toma, por lo que la expropiación fue declarada ilícita[10].

El núcleo del análisis del laudo se trasladó entonces al quantum indemnizatorio. El tribunal rechazó tanto la valoración basada enteramente en proyecciones futuras propuesta por la demandante como la valoración sustancialmente reducida del Estado, optando por un enfoque combinado que consideró el grado de desarrollo de cada activo minero y su nivel de riesgo (Marigo & Seelhof, 2021, p. 223).

Es así que Rusoro constituye un caso paradigmático porque desplaza el debate desde la calificación de la medida hacia las consecuencias jurídicas de una nacionalización expresa. A diferencia de controversias sobre regulación ambiental o conflictividad social, aquí la privación fue formal y total, por lo que el análisis se concentró en la legalidad indemnizatoria del acto estatal (Cox, 2019, p. 65). El laudo confirma así una premisa clásica del derecho internacional de inversiones, en donde los IIA no se centran en prohibir o restringir a los Estados a nacionalizar recursos, pero condicionan su validez al pago de compensación conforme al estándar pactado. En este sentido, la controversia refleja una manifestación intensa del riesgo político en minería, donde la responsabilidad internacional no deriva de la intervención estatal en sí misma, sino de la forma en que se ejecuta y compensa.

2.2.3.2. Casos centrados en cambios regulatorios

A) Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Republico of Colombia (CIADI, Caso ARB/16/6)

El conflicto se origina en la inversión de Glencore, a través de Prodeco, en los contratos de concesión minera para la explotación de carbón térmico en el departamento del Cesar, particularmente en las minas Calenturitas y La Jagua. A diferencia de otros casos mineros latinoamericanos centrados en conflictividad social o cancelación de concesiones, la controversia surge en el contexto de la determinación económica de las regalías que debían pagarse al Estado por la explotación del carbón.

Durante varios años, la inversión operó bajo una metodología administrativa específica para calcular el precio base del mineral exportado. Posteriormente, la autoridad minera colombiana adoptó una interpretación distinta respecto de cómo debía determinarse dicho valor, ordenando reliquidaciones por montos significativos. El inversionista sostuvo que esta reinterpretación alteraba sustancialmente el equilibrio económico del proyecto y frustraba sus expectativas legítimas. Glencore alegó principalmente violación del trato justo y equitativo y expropiación indirecta. El argumento central fue que Colombia habría modificado de forma imprevisible las condiciones económicas bajo las cuales la inversión había sido estructurada. El tribunal, sin embargo, abordó primero la alegada expropiación indirecta y concluyó que no existía privación sustancial de la inversión. Señaló que las medidas cuestionadas no implicaron pérdida de control, transferencia de propiedad ni imposibilidad de operar, sino la determinación de una obligación económica derivada de la explotación del recurso natural. El hecho de que la medida afectara la rentabilidad del proyecto no equivalía a neutralizar la inversión ni a privarla de su valor esencial.

En relación con el trato justo y equitativo, el tribunal adoptó una lectura restrictiva del estándar. Indicó que las expectativas legítimas protegidas deben basarse en compromisos específicos, claros y atribuibles al Estado, y no en la mera continuidad de un criterio administrativo o de un régimen económico general. La inversión en un sector extractivo supone necesariamente la posibilidad de ajustes en la determinación de la participación estatal en la renta minera. El tribunal enfatizó que el régimen jurídico aplicable partía de la titularidad estatal del subsuelo y del poder del Estado para verificar y corregir la forma en que se calculan las contraprestaciones económicas por su explotación. En consecuencia, la modificación del método de cálculo, aunque económicamente onerosa, fue considerada una manifestación del poder regulatorio y fiscal del Estado y no una actuación arbitraria.

El caso es especialmente relevante porque delimita el alcance de las expectativas legítimas en materia económica. El laudo establece que el arbitraje de inversión no garantiza la invariabilidad de metodologías técnicas de cálculo ni convierte la rentabilidad esperada en un derecho protegido internacionalmente. El riesgo regulatorio, particularmente en lo relativo a la participación estatal en los beneficios de la explotación minera, forma parte inherente de la actividad.

(10) Para mayor información, *véase*: Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, 22 de Aagosto 2016, Award, considerando 409 – 410. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf

En conjunto, Glencore v. Colombia representa un precedente clave en materia de riesgo económico-regulatorio: confirma que las modificaciones en la forma de captación de renta extractiva pueden afectar severamente el valor del proyecto sin que ello configure expropiación ni violación del FET, siempre que el Estado actúe dentro de sus competencias regulatorias y sin compromisos específicos previos hacia el inversionista.

2.2.3.3. Casos orientados a riesgo y protección ambiental

A) Eco Oro v. Colombia (ICSID Case No.ARB/16/41)

El caso *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia* se originó a partir del proyecto minero Angostura, ubicado en el Páramo de Santurbán, ecosistema de especial protección ambiental en Colombia. La controversia surgió cuando, tras un proceso progresivo de fortalecimiento de la política ambiental colombiana, el Estado adoptó medidas regulatorias que prohibieron la minería en zonas de páramo y delimitaron estrictamente dichas áreas, lo que impidió el desarrollo del proyecto.

El inversionista alegó que estas medidas constituían una expropiación indirecta y una violación del estándar de trato justo y equitativo (FET), argumentando que el Estado había frustrado expectativas legítimas generadas bajo el marco regulatorio previo. Colombia sostuvo que se trataba del ejercicio legítimo de su potestad regulatoria en materia ambiental.

El tribunal rechazó la alegación de expropiación indirecta aplicando el criterio para la doctrina del uso de *police powers* por parte del Estado (Aggarwal & Kabra, 2023, p. 176). Consideró que la adopción de medidas ambientales generales dirigidas a la protección de ecosistemas estratégicos constituye, en principio, una manifestación legítima del poder regulatorio estatal, aun cuando afecte económicamente a una inversión y que esta era o podía ser determinable mediante la conducción de un adecuado *due diligence* que revelaría que las concesiones se sobreponían a la zona de paramos (Unuvar, 2023).

No obstante, el tribunal sí encontró una violación del FET. El análisis no se centró en la legitimidad del objetivo ambiental, sino en la manera en que el Estado gestionó la transición normativa respecto de la inversión existente. El laudo observó que, durante un periodo prolongado, las autoridades habían permitido y promovido la actividad minera en la zona, generando expectativas específicas en el inversionista, pero posteriormente implementaron una prohibición absoluta sin mecanismos suficientemente claros de transición, coordinación institucional ni tratamiento consistente hacia los titulares de derechos preexistentes[11].

El aporte principal del caso radica en que el tribunal distinguió expresamente entre el derecho del Estado a regular y la forma en que ese derecho es ejercido (Riazantsev, 2024). La protección ambiental fue reconocida como un objetivo legítimo de interés público; sin embargo, el ejercicio de la potestad regulatoria no exonera automáticamente al Estado de responsabilidad internacional si su implementación resulta incoherente, imprevisible o carente de razonabilidad respecto de inversiones previamente autorizadas.

El caso introduce un elemento particularmente relevante: la responsabilidad internacional puede surgir no de la adopción de la regulación ambiental en sí misma, sino de la forma en que se gestiona el cambio regulatorio. En este sentido, el riesgo regulatorio ambiental no recae exclusivamente en el inversionista o en el Estado, sino que depende de la conducta concreta de las autoridades a lo largo del ciclo de vida del proyecto. En consecuencia, Eco Oro confirma una tendencia contemporánea del arbitraje de inversión hacia la compatibilización entre la protección ambiental y el régimen de inversiones, siempre que el ejercicio del poder regulatorio se ajuste a estándares de coherencia, transparencia y previsibilidad en relación con las expectativas generadas en el inversionista.

Esta evolución no puede comprenderse de manera aislada. La controversia en torno al páramo de Santurbán ha dado lugar a una serie de decisiones arbitrales – entre ellas, Eco Oro, Red Eagle y Montauk Metals – que permiten observar cómo distintos tribunales han abordado un mismo conflicto estructural entre protección ambiental y derechos de inversión. Este conjunto de decisiones, identificado como la “saga del páramo de Santurbán”, resulta particularmente ilustrativo tanto de la complejidad técnica de estas controversias como de la

(11) Para una mejor comprensión, *véase*: Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, 9 de septiembre de 2021, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, considerando 820. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf

ausencia de una aproximación plenamente uniforme. Mientras algunos tribunales han adoptado una postura más deferente hacia el margen regulatorio estatal en materia ambiental, otros han dado mayor peso a la protección de las expectativas del inversionista y a la consistencia de la actuación estatal (Andreotti, 2025).

En este marco, el caso Santurbán no solo refleja la tensión entre actividad extractiva y protección del ambiente, sino que se consolida como un punto de referencia relevante para el desarrollo reciente del arbitraje de inversión en materia ambiental, especialmente en lo que respecta a la interpretación de estándares como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta y el alcance de las cláusulas de excepción en tratados de nueva generación.

B) Glamis Gold, Ltd. v. United States of America (UNCITRAL)

El caso Glamis Gold, Ltd. v. United States of America surgió a raíz del denominado Imperial Project, un proyecto de minería de oro a cielo abierto ubicado en California. Tras el inicio del proyecto, el Estado de California adoptó regulaciones ambientales más estrictas particularmente obligaciones de relleno y restauración del terreno, orientadas a la protección del medio ambiente y de sitios culturalmente relevantes para comunidades indígenas. El inversionista alegó que dichas medidas hacían inviable económicamente el proyecto y constituían una expropiación indirecta y una violación del estándar de trato justo y equitativo (art. 1105 NAFTA).

El tribunal rechazó la alegación de expropiación indirecta. Señaló que la afectación económica, incluso severa, no es suficiente por sí misma para configurar expropiación si no existe una privación radical del valor de la inversión ni desapoderamiento jurídico[12]. Bajo el NAFTA, la expropiación requiere una interferencia sustancial equivalente a una toma de propiedad, umbral que no se alcanzaba en el caso.

El análisis central del laudo se concentró en el estándar de trato justo y equitativo. El tribunal adoptó una interpretación restrictiva del artículo 1105, afirmando que este se limita al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y no constituye una garantía general de estabilidad regulatoria[13]. En consecuencia, el FET no protege meras expectativas comerciales ni la rentabilidad esperada del proyecto.

En particular, el tribunal sostuvo que la minería es una actividad intrínsecamente regulada y que un inversionista razonable debe prever la evolución normativa, especialmente cuando existen intereses ambientales, sociales o culturales involucrados. Solo conductas estatales manifiestamente arbitrarias, abusivas o escandalosas podrían constituir una violación del FET, estándar que no se configuraba en el caso.

El aporte principal de Glamis Gold radica en afirmar que el derecho internacional de inversiones no congela el marco regulatorio. Las medidas ambientales generales, adoptadas de buena fe y sin discriminación, forman parte del ejercicio legítimo del poder regulatorio del Estado, incluso si afectan la viabilidad económica de la inversión no generando, incluso, afectación a las expectativas legitimas que pueda tener el inversionista (Dumberry, 2014, p. 56).

La relevancia de este caso se encuentra en que establece que el riesgo regulatorio ambiental constituye un riesgo empresarial inherente a la inversión minera. A diferencia de laudos donde la responsabilidad surge por incoherencia estatal o mala gestión del cambio normativo, en Glamis el tribunal consideró que la regulación fue previsible dentro de la evolución normal del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, este caso nos muestra una de las formulaciones más restrictivas del FET en arbitraje de inversión en donde la responsabilidad internacional no surge por la mera alteración de condiciones económicas de la inversión, sino únicamente ante conductas estatales extraordinariamente graves que excedan el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.

2.2.3.4. Casos orientados a riesgo sociales

A) Copper Mesa Mining Corporation v. Republico f Ecuador (PCA Case No. 2012-2)

El arbitraje Copper Mesa Mining Corporation v. Ecuador surge en torno a tres concesiones mineras de exploración ubicadas en la provincia de Imbabura, operadas por Copper Mesa a través de subsidiarias ecuatorianas. A diferencia

(12) Para mayor información, *véase*: Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, 08 de junio de 2009, Award, considerando 536. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf.

(13) Para una mayor revision, *véase*: Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, considerando 619 – 627. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf.

de controversias centradas en reformas regulatorias o nacionalizaciones formales, el caso se desarrolló en un contexto de fuerte conflictividad social y enfrentamientos entre personal vinculado a la empresa y comunidades locales opuestas al proyecto.

Durante la fase de exploración se produjeron episodios de violencia asociados al ingreso de personal de seguridad privada contratado por la empresa. Durante el proceso se acreditó la participación de guardias armados y la existencia de confrontaciones con pobladores de la zona. Estos eventos escalaron el conflicto social y generaron una reacción institucional que culminó con la terminación de las concesiones por parte del Estado ecuatoriano.

La demandante alegó expropiación ilícita y violación del trato justo y equitativo, sosteniendo que el Estado había cedido ante la presión social y que la cancelación de las concesiones carecía de fundamento legítimo. Ecuador, por su parte, argumentó que la empresa había incumplido obligaciones legales y contractuales, y que su propia conducta había contribuido sustancialmente al deterioro del orden público. El tribunal reconoció que los Estados tienen, en principio, el deber de ejercer debida diligencia para proteger inversiones frente a interferencias de terceros. Sin embargo, subrayó que dicha obligación no opera de manera automática cuando el propio inversionista ha contribuido materialmente a la situación que dio lugar al daño alegado(14). En ese pasaje, el tribunal afirmó expresamente que un inversionista no puede fundamentar su pretensión en actos ilícitos propios en violación del marco legal del Estado receptor, ni en conductas que hayan contribuido sustancialmente al perjuicio invocado (Duggal & Shirlow, 2022).

Este razonamiento fue central para el análisis de la controversia. El tribunal concluyó que la escalada del conflicto social no podía atribuirse exclusivamente al Estado, pues la estrategia adoptada por la empresa incluido el uso de seguridad privada armada en un entorno altamente sensible había intensificado la oposición comunitaria(15). En términos doctrinales, el caso Copper Mesa representa un punto de inflexión en el análisis del riesgo social en minería. A diferencia de casos donde la responsabilidad estatal se construye sobre la base de inacción frente a bloqueos o protestas, aquí el tribunal introduce explícitamente la conducta del inversionista como elemento modulador de la extensión de protección bajo el tratado y de las reclamaciones que se podrían alegar (Le Moullec, 2018, págs. 28 - 29).

En conjunto, este caso refuerza una idea central del arbitraje de inversión minero contemporáneo, donde la adopción de la protección internacional no opera en abstracto ni ampara toda conducta de un inversionista. En escenarios de conflictividad social donde la situación se agravada por decisiones empresariales incompatibles con el entorno local, la inversión puede verse interrumpida y los estándares clásicos protección pueden perder eficacia en el análisis del tribunal arbitral. El caso delimita así las fronteras del riesgo social como categoría jurídica relevante en el derecho internacional de las inversiones y establece que este no podrá alegarse de forma ligera cuando hay una conducta que lo incrementa por parte del inversor.

B) Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú (ICSID Case No.ARB/14/21)

El caso Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru surge a raíz de la revocación del Decreto Supremo Nº083-2007-EM, mediante el cual el Estado peruano autorizó al inversionista a adquirir y mantener concesiones mineras en zona de frontera para el desarrollo del proyecto Santa Ana, el cual se ubicaba en Puno, en una zona socialmente sensible por la presencia de comunidades indígenas y por la proximidad a la frontera con Bolivia, conforme a la excepción prevista en el artículo 71 de la Constitución.

En su análisis sobre expropiación indirecta, el Tribunal no se limita a describir el decreto como una autorización más, sino que examina su función dentro del sistema constitucional peruano y concluye que constituía el presupuesto jurídico indispensable para que la inversión pudiera existir válidamente en la zona fronteriza. Sin dicha autorización, la titularidad y explotación del proyecto por parte de un inversionista extranjero quedaban jurídicamente impedidas. Este punto es central porque permite al Tribunal

(14) Para mayor información, *véase*: Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No.2012-2, considerando 6.97. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf

(15) Para una mayor revision, *véase*: Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA No.2012-2, considerando 6.100. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf

identificar el derecho afectado como parte integrante de la inversión protegida bajo el tratado.

Tras las protestas sociales de 2011 en Puno, el Estado emitió el Decreto Supremo Nº032-2011-EM, que dejó sin efecto la autorización previamente otorgada. El Tribunal reconoce expresamente la existencia de disturbios y tensiones sociales significativas en la región; pero no ignora el contexto político ni la conflictividad generada en torno al proyecto. Sin embargo, al pasar al análisis jurídico, distingue entre el contexto social y el efecto normativo concreto de la medida adoptada. Lo relevante para el estándar de expropiación no es la motivación política de la decisión, sino su impacto jurídico y económico sobre la inversión.

En ese marco, el Tribunal Arbitral evalúa los efectos del Decreto Supremo 032 y concluye que la revocatoria tuvo carácter definitivo y eliminó la base legal que hacía posible el desarrollo del proyecto. Al desaparecer la autorización, la inversión quedó privada de su viabilidad jurídica. Por tanto, el Tribunal encuentra que esa privación fue sustancial y permanente, y que no se trató de una regulación temporal o de alcance general dirigida a restablecer el orden público, sino de una medida que extinguió específicamente el derecho habilitante del inversionista. Sobre esa base, concluye que la medida configuró una expropiación indirecta en los términos del tratado aplicable.

En cuanto a los argumentos del Estado vinculados a los derechos de los pueblos indígenas y al Convenio 169 de la OIT, el Tribunal reconoce la relevancia del contexto normativo interno y la importancia de la consulta previa en el ordenamiento peruano. No obstante, delimita cuidadosamente su función precisando que su tarea no consiste en evaluar la corrección de la política pública en abstracto, sino en determinar si la medida adoptada produjo una privación sustancial de la inversión bajo el derecho internacional aplicable. Desde esa perspectiva, aun considerando la conflictividad social, la eliminación definitiva del decreto habilitante no dejó de tener naturaleza expropiatoria (Devine & El-Hosseny, 2020).

El análisis adquiere un matiz decisivo en la fase de daños. Donde se dio dos tipos de análisis para evaluar la reducción de la compensación, la mayoría del Tribunal no aplicó una reducción del quantum por *contributory fault* del inversionista. La compensación fue limitada a los costos efectivamente incurridos o *sunk costs*, no por una atribución de culpa concurrente, sino porque el proyecto se encontraba en una etapa temprana de desarrollo y no se acreditó con suficiente certeza la expectativa de beneficios futuros (Marigo & Seelhof, 2021, p. 221).

La cuestión relativa a la conducta del inversionista sí fue abordada con mayor severidad en la opinión parcialmente disidente del árbitro Philippe Sands, quien consideró que la empresa no había gestionado adecuadamente el componente social del proyecto y que ello debía incidir de manera más significativa en la determinación de la responsabilidad o, al menos, en la cuantificación de los daños (de Valdenebro-Garrido & Rodriguez, 2025). Sin embargo, esa posición no fue compartida por la mayoría y no se tradujo en una reducción porcentual de la indemnización basada en contributory fault.

En el sector minero, el caso es particularmente relevante por tres razones. Primero, afirma que la revocación de un acto administrativo que constituye presupuesto de la inversión puede equivaler a expropiación cuando priva de manera definitiva a la inversión de su base jurídica. Segundo, establece que la conflictividad social – incluso cuando es intensa y políticamente significativa – no transforma automáticamente en lícita una medida que extingue la inversión. Tercero, muestra una separación clara entre la determinación de responsabilidad y la cuantificación del daño, pero no incluyendo dentro del análisis el actuar del inversionista (Barnes, 2019, p. 357 - 358). En ese sentido, Bear Creek no ignora el conflicto social ni los derechos indígenas; los integra dentro de un esquema analítico en el que la existencia de la expropiación se determina con base en el efecto jurídico de la medida estatal, mientras que la cuantificación de la reparación se vincula con el grado de certeza del proyecto y la prueba del daño, y no con una atribución formal de culpa concurrente al inversionista en la decisión mayoritaria.

C) Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru (ICSID Casi No.ARB/20/46)

El caso Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru marca un punto de inflexión en el arbitraje de inversiones latinoamericano, no solo por la atribución de la conducta de una comunidad campesina al Estado, sino por la manera en que esa atribución reconfiguró el análisis de los estándares sustantivos del tratado. El laudo, dictado el 30 de junio de 2025, condenó al Perú al pago de aproximadamente USD 40 millones tras concluir que la ocupación, bloqueo y explotación del proyecto aurífero Invicta por la Comunidad Campesina de Parán eran jurídicamente imputables

al Estado y constitutivas de violaciones del FET, de la obligación de FPS y de la prohibición de expropiación sin compensación.

Lupaka había adquirido en 2012 la sociedad Invicta Mining Corporation, titular de una concesión minera que se superponía parcialmente con territorios reclamados por distintas comunidades rurales. Aunque existía un acuerdo con la comunidad de Lacsanga, la Comunidad de Parán sostuvo que el yacimiento se encontraba dentro de su jurisdicción territorial. A partir de 2018, el conflicto escaló hasta la ocupación física del proyecto, el bloqueo sostenido de accesos y la posterior explotación del yacimiento por miembros de la comunidad, incluyendo episodios de violencia. Pese a las solicitudes de intervención dirigidas a autoridades administrativas y policiales, la empresa nunca recuperó el control efectivo del proyecto y terminó perdiendo su inversión tras la ejecución de garantías financieras en 2019.

El punto estructural del laudo fue el análisis para determinar la atribución de los hechos de la comunidad campesina. El Tribunal concluyó que la Comunidad de Parán constituía un órgano del Estado en el sentido del artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado, o alternativamente una entidad investida de autoridad gubernamental bajo el artículo 5, dada su integración sustancial en el ordenamiento constitucional peruano, el ejercicio de funciones jurisdiccionales reconocidas por la Constitución y la existencia de rondas campesinas autorizadas y armadas para funciones de seguridad(16). Esta conclusión transformó por completo el análisis sustantivo, precisando que la ocupación del proyecto no podía ser tratada como un hecho de terceros frente al cual el Estado debía actuar con diligencia, y pasó a ser considerada conducta estatal.

A partir de esa base, el Tribunal examinó la obligación de Protección y Seguridad Plenas (FPS). Si bien reafirmó que el estándar forma parte derecho consuetudinario y que normalmente implica una obligación de medios basada en la debida diligencia, sostuvo que en este caso la inacción estatal frente a la ocupación y explotación prolongada del yacimiento alcanzó el umbral de incumplimiento(17). Además, el Tribunal no solo se detiene en este primer análisis, sino que incluye un caso hipotético en el que incluso el comportamiento de la comunidad no le fuera atribuible, se concluiría que el Estado no actuó con la diligencia debida (Ferrero Diaz, 2025, p. 7).

No se trató simplemente de una respuesta imperfecta ante disturbios sociales, sino de la tolerancia efectiva de una privación fáctica y sostenida del control de la inversión. La ausencia de medidas eficaces para restituir el acceso y la posesión, unida al carácter atribuible de la conducta de la comunidad, configuró una falta grave incompatible con la obligación básica de garantizar la seguridad jurídica y física de la inversión. El estándar FPS fue así aplicado en una dimensión reforzada: no solo como protección frente a violencia aislada, sino como garantía frente a la consolidación de una situación de desposesión atribuible al propio Estado.

En cuanto al Trato Justo y Equitativo, el Tribunal centró su análisis en la prohibición de arbitrariedad y en la exigencia de debido proceso. La ocupación unilateral del yacimiento, su explotación sin reconocimiento del titular de la concesión y la ausencia de un procedimiento institucional que permitiera resolver la disputa territorial y proteger los derechos del inversionista fueron considerados elementos determinantes. El inversionista fue privado del uso y control de su inversión sin decisión administrativa o judicial válida, sin compensación y sin un marco procesal efectivo para defender sus derechos. Esta combinación de apropiación fáctica, prolongación indefinida y falta de respuesta institucional fue calificada como manifiestamente injusta y contraria al estándar mínimo de trato. A diferencia de otros casos donde el FET se vincula con cambios regulatorios o frustración de expectativas, aquí el núcleo de la violación residió en la erosión estructural de la seguridad jurídica del inversionista.

La conclusión en materia de expropiación fue la consecuencia lógica de ese razonamiento. La toma, ocupación y explotación del proyecto implicaron la

(16) Para mayor información, *véase*: Lupaka Gold Corp. V. Republico of Peru, ICSID Case No.ARB/20/46, considerandos 213 al 220. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827033.pdf

(17) Para mayor información, *véase*: Lupaka Gold Corp. V. Republico of Peru, ICSID Case No.ARB/20/46, considerando 323. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827033.pdf

privación total y permanente del control de la inversión, lo que el Tribunal calificó como expropiación directa[18]. Al ser la conducta atribuible al Estado, la privación no pudo ser tratada como un ilícito privado, sino como una toma estatal que no cumplió con los requisitos de finalidad pública, debido proceso, no discriminación ni compensación.

Desde una perspectiva sistemática, el aporte del caso es particularmente significativo para el arbitraje minero en la región. Lupaka no se limita a ampliar el alcance del estándar de protección frente a conflictividad social, sino que redefine el punto de partida: cuando la comunidad que ocupa el proyecto está integrada constitucionalmente en la estructura estatal y ejerce funciones típicamente gubernamentales, la frontera entre conflicto social y actuación estatal se diluye. En ese desplazamiento conceptual reside la verdadera relevancia del laudo, pues transforma un escenario de "riesgo social" en un problema de responsabilidad internacional directa del Estado.

3. Conclusiones

El análisis desarrollado permite sostener que el arbitraje de inversión en el sector minero no puede comprenderse únicamente bajo la lógica clásica de interferencia estatal y protección de la inversión. Los casos examinados revelan una transformación del debate tanto académico como arbitral, en el que convergen tres dimensiones interdependientes: i) la conflictividad social, ii) la protección ambiental y iii) la estructura regulatoria del Estado anfitrión. Las controversias ya no se limitan a determinar si una medida constituye o no una expropiación o trato injusto frente al inversionista, sino a evaluar cómo el Estado articula su potestad regulatoria, su deber de diligencia y sus compromisos internacionales en contextos de alta sensibilidad social y ambiental.

En este marco, el componente ambiental adquiere una centralidad ineludible. A diferencia de etapas anteriores del arbitraje de inversión, donde el análisis se concentraba en la estabilidad normativa y la protección de expectativas, la práctica reciente evidencia un reconocimiento cada vez más enfocado en que la regulación ambiental constituye una manifestación legítima del poder de policía del Estado aun cuando exista una inversión. Sin embargo, esta legitimidad no opera como cláusula de inmunidad automática para los Estados. Lo que los tribunales han tendido a examinar es si la medida ambiental fue adoptada de manera transparente, proporcional, no discriminatoria y coherente con el marco jurídico vigente. El escrutinio no se dirige contra el objetivo ambiental en sí mismo, sino contra eventuales déficits de racionalidad o consistencia en su implementación.

Al mismo tiempo, el componente ambiental se entrelaza con la conflictividad social, siendo en algunos casos el motivo del inicio de los conflictos. En numerosos proyectos extractivos, la oposición comunitaria no surge únicamente por razones económicas o territoriales, sino por percepciones de riesgo ecológico, afectación de recursos hídricos o impactos acumulativos no gestionados adecuadamente por el Estado o el inversor. En estos contextos, la ausencia de licencia social no puede desvincularse de fallas en procesos de evaluación ambiental, consulta o participación pública. Así, la dimensión ambiental no solo legitima la intervención estatal, sino que también redefine el alcance de su deber de diligencia, donde un Estado que autoriza un proyecto sin mecanismos adecuados de prevención o mitigación puede exponerse tanto a responsabilidad interna como internacional, si se demuestra que el inversionista si cumplió con obtener la licencia social o actuó de forma diligente para tratar de mantenerla.

La atribución de conductas también adquiere matices específicos cuando el conflicto ambiental involucra actores con reconocimiento constitucional, como comunidades campesinas con facultades de administración territorial o incluso jurisdiccional. En donde si un Tribunal Arbitral determina que dichas entidades ejercen funciones públicas ya sea para la administración de los recursos o para la administración de su territorio, la línea divisoria entre acción comunitaria y acción estatal puede volverse jurídicamente relevante. El arbitraje de inversión, en estos casos, se convierte en un espacio donde se confrontan no solo estándares convencionales, sino modelo constitucional propio para poder determinar el alcance de responsabilidad.

Por otro lado, los estándares sustantivos reflejan esta complejidad. El FPS no se agota en la prevención de violencia física,

(18) Para mayor revision, *véase*: Lupaka Gold Corp. V. Republico of Peru, ICSID Case No.ARB/20/46, considerando 425. www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827033.pdf

sino que exige capacidad institucional para gestionar disputas ambientales previsibles y un grado de diligencia en la toma de decisiones por parte del Estado. El FET, a su vez, obliga a los tribunales a ponderar la coherencia entre autorizaciones otorgadas y posteriores restricciones motivadas por nuevas evaluaciones regulatorias, ambientales o incluso tributarias. La clave no radica en impedir la evolución normativa ambiental o el poder regulatorio del Estado, sino en garantizar que dicha evolución no se traduzca en arbitrariedad o ruptura abrupta de expectativas legítimas sin fundamento suficiente.

En definitiva, la protección del ambiente y social no se presenta en la práctica arbitral como antítesis de la protección de la inversión, sino como parte del contexto normativo dentro del cual la inversión se desarrolla. La tensión surge cuando la regulación ambiental, la gestión de la conflictividad social y la estructura interna regulatoria del Estado interactúan de manera descoordinada o contradictoria. Los casos analizados muestran que el desafío contemporáneo no consiste en elegir entre desarrollo y protección ecológica o social, sino en construir marcos institucionales capaces de armonizar ambos objetivos sin sacrificar la coherencia jurídica.

La evolución jurisprudencial sugiere que la legitimidad del sistema dependerá, en buena medida, de su capacidad para reconocer la centralidad del ambiente y de los derechos colectivos sin diluir los estándares mínimos de responsabilidad estatal que sustentan la protección ide las inversiones. Los desarrollos analizados se inscriben, además, en un escenario marcado por transformaciones estructurales del sector extractivo a nivel global, como la transición energética, el auge de los minerales críticos y un renovado énfasis en el control estatal de los recursos naturales. Estas dinámicas no solo redefinen las condiciones bajo las cuales se desarrollan las inversiones, sino que también intensifican las tensiones inherentes entre estabilidad jurídica y adaptación regulatoria.

En este contexto, el arbitraje de inversión se enfrenta a un desafío central. El articular un marco interpretativo que permita compatibilizar la protección de la inversión con la creciente complejidad regulatoria de sectores como el minero, caracterizados por altos niveles de conflictividad social, sensibilidad ambiental y variabilidad normativa según se generen avances o necesidad de nuevos minerales a explotar. Así, más que resolver de forma definitiva estas tensiones, la práctica arbitral reciente evidencia un proceso de reconfiguración progresiva, en el que los tribunales han comenzado a adoptar enfoques más contextuales para evaluar la razonabilidad de las medidas estatales. No obstante, dicha evolución no elimina las tensiones estructurales del sistema, sino que las desplaza hacia el terreno de la interpretación, donde persisten márgenes relevantes de incertidumbre.

Referencias bibliográficas

Aggarwal, M., & Kabra, R. (2023). Chapter 7: Regulating for climate change without breaching investment treaties. En A. Magnusson & A. Ipp (Eds.), *Investment arbitration and climate change* (pp. 165-178). Wolters Kluwer. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-magnusson-2024-ch07

American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1 (1997, 21 de febrero). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf

Andreotti, N. (2025). The Colombian Santurbán Páramo saga and its contribution to the development of international investment law and arbitration. *Arbitration International*, 401-415. https://academic.oup.com/arbitration/advance-article/doi/10.1093/arbint/aiae044/7920123

Barnes, M.-M. (2019). The 'Social License to Operate': An emerging concept in the practice of international investment tribunals. *Journal of International Dispute Settlement, 10*(2), 328-360. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-jids-2019-02-006

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21 (2017, 30 de noviembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/cases/2848

Borner, A. (2017). Simple truths on the right to regulate and the duty to pay. En J. Risse & G. Pickrahn (Eds.), *German Arbitration Journal. SchiedsVZ. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-schiedsvz-2017-01-002-n*

Burgstaller, M., & Risso, G. (2021). Due diligence in international investment law. *Journal of International Arbitration*, 697-722. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-joia-380601

Burnett, H., & Bret, L. (2017). 10. Environmental and social disputes. En *Arbitration of international mining disputes: Law and practice* (pp. 115-126). Kluwer Law International BV. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-burnett-2020-ch10

Cabrera Colorada, O. (2023). La tensión entre el derecho a regular y los derechos del inversor a la luz del principio de proporcionalidad. *Revista de Derecho Económico, 80*(2), 3-34. https://doi.org/10.5354/0719-7462.2023.72086

Chiara Malaguti, M. (2021). The new Italian model BIT between current and future trends. *The Italian Review of International and Comparative Law*(1),

113-131. https://doi.org/10.1163/27725650-01010006

Clare Ryan, M. (2011). Glamis Gold, Ltd. v. The United States and the fair and equitable treatment standard. *McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill*, 920-957.

Colquicocha, M. (2019). Los reclamos de expropiación en el marco del arbitraje Inversionista-Estado. En S. García Long (Coord.), *Derecho de arbitraje: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 345-402). Facultad de Derecho de la PUCP.

Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-2 (2016, 15 de marzo). Corte Permanente de Arbitraje. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7443.pdf

Cox, J. (2019). 4. The concept of expropriation in investment treaty arbitration. En *Expropriation in investment treaty arbitration* (pp. 42-96). Oxford University. https://doi.org/10.1093/law/9780198804918.003.0004

Valdenebro-Garrido, J., & Rodríguez, F. (2025). El proceso de la consulta indígena y su impacto en el arbitraje de inversiones. *Revista Brasileira de Arbitragem, 23*(85), 35-67. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-rba-xxii-85-003

Devine, P., & El-Hosseny, F. (2020). Contributory fault under international law: A gateway for human rights in ISDS? *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 35*(1), 105-129. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-icsid-2020-01-009

Dooley, J. (2022). The co-existence of mitigation and international investment law. *Journal of World Investment & Trade, 23*, 849-886. https://brill.com/view/journals/jwit/23/5-6/article-p849_7.xml

Duarte-Silva, T., & Velarde, L. (2021). Investment disputes involving mineral assets: Relevant statistics & trends. *Iurgium*(42), 31-54. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sar-42-2022-002-n

Duggal, K., & Shirlow, E. (2022). The ILC Articles on State Responsibility in investment treaty arbitration. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 37*(1), 378-542. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siac008

Dumberry, P. (2014). The protection of investors' legitimate expectations and the fair and equitable treatment standard under NAFTA Article 1105. *Journal of International Arbitration, 31*(1), 47-73. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-joia-310103

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41 (2021, 9 de septiembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf

Ernst & Young. (2024). *Peru's mining & metals investment guide 2024/2025*. EY Global Limited.

Ferrero Diaz, J. (2025). El estado actual del estándar de protección y seguridad plena en el derecho internacional de las inversiones. *Derecho y Sociedad*(65), 1-13. https://doi.org/10.18800/dys.202502.019

Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (2009, 8 de junio). Tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (TLCAN). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf

Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6 (2019, 27 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/cases/7539

Hailes, O. (2025). Environmental clauses in investment arbitration: Deep roots, green shoots and dead wood. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1-42. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaf003

Laub Benavides, A., & Valderrama Devescovi, M. (2014). El mito de la licencia social. *Advocatus*(30), 29-43. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/download/4269/4206/

Le Moullec, C. (2018). The clean hands doctrine: A tool for accountability of investor conduct and inadmissibility of investment claims. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, 84*(1), 13-37. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-amdm-84-01-003-n

Lebdioui, A., & Riofrancos, T. (2025). Critical minerals & resource nationalism 2.0: Why the policy is more critical than the mineral. *Technology, Industrialisation and Development (TIDE) Centre*. https://oxford-tide.org/wp-content/uploads/2025/09/tide-working-paper-92.pdf

Lehmann, T. (2025). *Investment arbitration and international climate change law: Revaluing legitimate expectations* (Vol. 73). Kluwer Arbitration. https://www.kluwerarbitration.com/document/TOC-Lehmann-2025

Lengua Peña, R., & Longa Quiroz, M. (2023). Capítulo 4: Arbitraje internacional de inversiones en proyectos y operaciones mineras. En R. Vidal Ramos & S. García Long (Coords.), *Arbitraje internacional, inversiones y recursos naturales* (Vol. 107, pp. 73-89). Estudio Mario Castillo Freyre. https://castillofreyre.com/libros/volumen-107-arbitraje-internacional-inversiones-y-recursos-naturales/

Lopez, C. (2024). Mining in investment arbitration: An analysis of mining companies' legitimate expectations. *Journal of International Economic Law*, 291-313. https://doi.org/10.1093/jiel/jgae023

Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/20/46 (2025, 30 de junio). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827033.pdf

Marigo, N., & Seelhof, M. (2021). Chapter 9: Damages in energy and natural resources arbitrations in Latin America. En G. Álvarez & M. Riofrío Piché (Eds.), *International arbitration in Latin America:*

Energy and natural resources disputes (pp. 205-228). Wolters Kluwer. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-alvarez-2021-ch09

Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (2000, 30

de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf

Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL (2005, 3 de agosto). Tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (TLCAN). https://www.italaw.com/cases/683

Newcombe, A., & Paradell Trius, L. (2009). *Law and practice of investment treaties: Standards of treatment*. Kluwer Law International BV. https://www.kluwerarbitration.com/document/TOC_Newcombe_2009_V02

Oñate Yáñez, S. (2022). El costo del arbitraje de inversión como mecanismo default de mitigación de riesgos políticos. Hacia un análisis económico de los seguros de riesgo político en las inversiones extranjeras. *Iurgium*(45), 163-188. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-sar-45-2022-013

Organisation for Economic Co-operation and Development. (2025). *OECD economic surveys: Peru 2025*. OECD. https://www.oecd.org/en/publications/oecd-economic-surveys-peru-2025_76f6eb73-en.html

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8 (2007, 11 de septiembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf

Riazantsev, M. (2024). Non-compensable regulation and regulatory expropriation: Where is the line? *Arbitration International, 40*(2), 205-232. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-ai-2024-02-005

Ribco Borman, Y. (2023). 9. Defensas y excepciones a la responsabilidad del Estado. En Y. Ribco Borman & S. Espinoza Quiñones (Coords.), *Guía de arbitraje de inversión* (pp. 215-232). ARBANZA. https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2024/02/Guia-de-Arbitraje-de-Inversion-ARBANZA.pdf

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5 (2016, 22 de agosto). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf

Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL (2006, 17 de marzo). Tribunal arbitral constituido bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf

Scharaw, B. (2024). Looking at environmental protection through the lens of international investment law: Trends and developments in investment treaty-making and investment arbitration. *German Arbitration Journal, 22*(4), 202-211. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-schiedsvz-2024-04-005-n

South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15 (2018, 22 de noviembre). Corte Permanente de Arbitraje. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10361.pdf

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (2003, 29 de mayo). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf

Unuvar, G. (2023). A tale of policy carve-outs and general exceptions: Eco Oro v Colombia as a case study. *Journal of International Dispute Settlement, 14*(4), 517-533. https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-jids-2023-04-007

Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (2000, 8 de diciembre). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf

https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202601.022

Acerca de la comunicación pública incidental de obras protegidas por el Derecho de Autor(*)(**)(***)

Communication to the public and incidental use of a work protected by copyright

Moisés Rejanovinschi Talledo(****)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha interpretado que el uso incidental de obras de arte en audiovisuales no califica como un acto de comunicación pública. El presente artículo revisa las premisas establecidas por el Tribunal citado, planteando que, si las personas acceden a una obra, así sea de manera incidental, ello constituye el derecho patrimonial de comunicación pública. En ese sentido, el criterio señalado por el Tribunal podría afectar a titulares de derechos de autor. En este documento, se desarrolla el concepto de comunicación pública, así como algunas excepciones y límites relacionados con las obras de artes plásticas.

Palabras clave: Derecho de Autor - Comunicación Pública - Obra de Arte - Obra Audiovisual - Comunicación Pública - Incidental - Límites - Excepciones - Derechos Patrimoniales – Propiedad Intelectual - Perú

Abstract: The Court of Justice of the Andean Community has interpreted that the incidental use of works of art in audiovisual productions does not qualify as an act of public communication. This article reviews the premises established by the cited Court, arguing that if individuals access any work, even incidentally, this constitutes the economic right of public communication in this regard, the criterion established by the Court could affect copyright holders. This paper develops the concept of public communication, as well as certain exceptions and limits related to works of visual art.

Key words: Copyright – Communication to the Public – Work of Art – Audiovisual Work – Incidental Communication to the Public – Limits – Exceptions – Economic rights – Intellectual Property – Peru

(*) Nota del Equipo Editorial: este artículo fue recibido el 4 de marzo de 2026 y su publicación fue aprobada el 15 de junio de 2026.
(**) El autor desea expresar su agradecimiento al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) por el apoyo brindado en virtud del Fondo de Apoyo para el Afianzamiento de la Investigación y Docencia.
(***) Dedico el presente artículo a Sandra y mis angelitos Gael y Franco.
(****) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la misma casa de estudios. Profesor ordinario contratado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). ORCID: 0000-0001-7335-0931. Correo electrónico: mrejanovinschi@pucp.pe.

1. Introducción

Cuando el senador Palpatine le ofrece a Anakin Skywalker aprender las sutilezas y todos los aspectos de la fuerza para ser un gran líder - incluyendo el lado oscuro[(1)]- se aprecian unas esculturas en su oficina, las cuales son conocidas como los cuatro sabios de Dwartii. Estos fueron filósofos y legisladores que tuvieron influencia en la política durante los primeros años del Imperio Galáctico (Shkoukani, 2021). Todo lo descrito, como podrá advertir el lector, se encuentra dentro de la saga de *Star Wars*.

Estas esculturas, de manera contemplativa, forman parte de la escenografía para que el espectador pueda conectar con la narrativa establecida en la precuela citada, en la que, esculturas y cinéfilos, son testigos de cómo Anakin Skywalker se convierte al lado oscuro.

En mayor medida, diversas producciones que han surgido de la mente acompañan en nuestras actividades diarias y a lo largo de nuestra vida: el recuerdo del cuento que alguna vez leímos, por una escena que evolucionó en nuestra mente con el apoyo de la imaginación, un informe oral que nos impactó por la manera persuasiva de narrar los hechos, el final de una serie con un final imprevisto, o una melodía que se derive de una aplicación virtual.

En ocasiones ante situaciones adversas ideamos ficciones que son plasmadas en narraciones, y permiten tanto a quien las origina como a quien las lee salir adelante. Si alguien entrena para una maratón pueden apoyarse en canciones a modo de estímulo o impulso para mejorar alguna marca personal como recorrer una distancia en un menor tiempo. En mi caso, cuando mis hijos - que son pequeños - no pueden dormir, uso canciones para mecerlos y con ello puedan descansar. Los que tienen hijos, sobrinos, o hermanos menores me podrán entender. No es casualidad que las obras sean una herramienta poderosa que permite sacar lo mejor de nosotros.

También son conocidas escenas icónicas en el cine: Buzz planeando con estilo con Woody para no ser relegados en la mudanza, que el Rayo McQueen prefiera ayudar a cruzar la meta al Rey antes de ganar una carrera, o la frase célebre "Yo soy tu padre" que da un giro en la trama de una historia cuya fuente es más que evidente[(2)].

Contextualizando lo anterior, y ahora a manera de correlato en el ámbito jurídico, el Derecho de Autor protege a las obras y titulares de derechos, el cual se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales, como el Convenio de Berna o la Decisión 351 – Régimen Común sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comunidad Andina (en adelante, D351), ambos vinculantes para el Estado Peruano. En el ámbito nacional, es un derecho fundamental según el numeral 2.8 de la Constitución Política del Perú, y desarrollo en el Decreto Legislativo 822 – Ley sobre el Derecho de Autor, (en adelante, LDA).

Con la finalidad de conquistar diversos territorios en el ámbito social, económico y normativo, las creaciones se abren paso mediante diversas manifestaciones que tienen origen en diferentes insumos. Desde tiempos remotos el hombre ha dejado su huella con el arte rupestre, tal vez inspirándose en actividades habituales como podría ser la caza de animales, lo cual hoy podría ser calificado en el ámbito creativo como un mural. En proyección al futuro no se conocen las nuevas formas de explotación y los correspondientes retos de esta rama jurídica ante escenarios disruptivos. Se debe mirar al horizonte, como el *binary sunset* de Tatooine, para prevenir dicho entorno.

La película "Revenge of the Sith" forma parte del repertorio creativo protegido por el derecho de autor, también como lo son las esculturas, pinturas, cómics, canciones, series, software, novelas, cuentos, poemas, entre otros, siempre que califiquen como obras.

Según el artículo 3 de la D351 se define a la obra como "Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma" y, sobre la misma, el numeral 17 del artículo 2 de la LDA cuenta con definición similar, salvo la naturaleza indicada en la definición precitada.

Como puede apreciarse, las obras cuentan con las siguientes características: es una creación intelectual, original y personal, de naturaleza artística, científica o literaria, posible de ser divulgada o reproducida[(3)]. A manera ilustrativa, supongamos que el lector

(1) Como se desarrolla en la película "*Revenge of the Sith*" (2005).
(2) Espero que no *googleen* para conocer de dónde proviene la frase, así como los otros ejemplos citados.
(3) El presente trabajo no abordará el concepto de originalidad. Sobre el particular, se sugiere revisar el trabajo de Maraví (2010), referido a las teorías vinculadas a la misma, y Bercovitz (2013) sobre aspectos para su consideración.

redacta en un *tweet* una frase que sea protegida, siendo él quien ha escogido las palabras a utilizar, y las da a conocer mediante una plataforma digital, a su vez la está fijando en la misma mediante la publicación en su cuenta de usuario.

En el catálogo abierto de obras protegidas se encuentran las obras de arte plásticas, la misma que según el artículo 2.28 de la LDA "apela al sentido estético de la persona que la contempla", no siendo esto fácil de definir (Rejanovinschi, 2017 a, p. 70), brindando la norma ejemplos como "pinturas, bocetos".

Bajo este ámbito, también los personajes, locaciones o determinadas palabras dentro de una obra pueden ser protegidos, siempre que califiquen dentro del concepto de obra como *muggle* para las personas que no descienden de padres magos en "Harry Potter", *Scarif* como el planeta en el que el escuadrón liderado por Casian Andor en "Rogue One" obtiene los planos de la estrella de la muerte, siendo esto último analizado como un acto de reproducción no autorizado, o tal vez como un secreto industrial afectado, o *Mos Eisley* donde una orquesta musical acompaña a peligrosos contrabandistas, siendo un nido de "escoria y maldad"[(4)].

Dentro de este rubro los creadores tienen derechos patrimoniales, mediante los cuales, citando al artículo 13 de la D351 tienen derecho a realizar, autorizar o prohibir derechos como la comunicación pública. Este derecho, citando al artículo 15 de la misma base legal, es el "acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas", incluyendo como ejemplo en su literal g) a la "exposición pública de obras de arte", y en su literal i) a la difusión de la obra por cualquier procedimiento.

Si alguna persona ve, por ejemplo, la película "El abogado del Diablo", protegida por derecho de autor en su cuenta de usuario de Netflix, estamos ante la comunicación pública, pues varias personas, los usuarios de Netflix, acceden a la película. Estas personas pueden acceder a la película u otras obras en distintos ámbitos: al verla en un hotel, un restaurante, en su domicilio, en el transporte público o privado, entre otros. En la parte final de la película citada, en el departamento de uno de los protagonistas, aparecen unas esculturas que empiezan a cobrar vida, muy parecidas a las creadas por el autor Frederick Hart, y en dicha oportunidad por dicha inclusión hubo una disputa entre el autor con los productores de la película.

Ahora bien, en Argentina mediante el Decreto 765/2024 se sustituye el artículo 33 del Decreto 41.223/34, siendo este último el Reglamento de la Ley 11.723 – Régimen Legal de la Propiedad Intelectual. Esta modificación normativa señala que no existe ejecución pública – concepto símil al de comunicación pública – "cuando la misma se desarrolla en un ámbito privado, sea este de ocupación permanente o temporal".

Si dicha regulación se estableciera al ámbito nacional, implicaría que no existe comunicación pública cuando se realiza en un ámbito privado (por ejemplo, un club), supuesto diferente a la excepción regulada del ámbito doméstico (sede del hogar), en la cual sí se considera comunicación pública pero no se necesita licencia previa ni pago a favor del titular del derecho, conforme al literal a) del artículo 41 de la LDA y en atención a la "Regla de los tres pasos".

De otra parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante, TJCA) ha señalado en el literal F) de la Interpretación Prejudicial 135-IP-2020 – de observancia obligatoria al ámbito nacional - que la comunicación pública incidental (fugaz o mínima) de obras de arte en una obra audiovisual, sin intención de mostrarla y que el espectador no tome conciencia de la misma, como la aparición mínima de una pintura en un reportaje o una película, no califica como comunicación o exposición pública de la obra de arte, deduciendo que no se necesita la autorización del autor.

En atención a lo anterior, haciendo referencia a los multiversos de Marvel, podemos imaginar posibles situaciones. En una de ellas - cual selección de fichas diferenciadas en tamaños y colores pero que pueden ensamblarse con el propósito de crear un prototipo - una persona elige la ambientación de una habitación, oficina o taller a fin de acoger a determinadas personas, tal como clientes, amigos, familiares, entre otros. Los objetos escogidos pueden tener una finalidad contemplativa (como un cuadro o una colección de figuras de acción) o utilitaria (herramientas para ejecutar o complementar una tarea física o intelectual, muebles para el descanso o una estantería de libros).

En otra situación, según la preocupación del TJCA, no se contaría con una participación activa – o intención - de quien fuera, por así decirlo, el titular o administrador de un

(4) Según Obi-Wan Kenobi en la película "*Star Wars*. Episodio IV. Una Nueva Esperanza".

espacio en el que se aprecie una producción intelectual, así el actor principal no sea dicho objeto en una entrevista o una película. Caso distinto sería que la misma tenga como propósito un elemento intelectual, como la comparación de los "Gallinazos sin plumas" de Ribeyro, y su diferencia con la película "Caídos del Cielo" del director Lombardi.

Es decir, será acaso el factor sorpresa de la aparición de un objeto inanimado, que cobra vida como si estuviera poseído, en una conversación grabada o transmitida en vivo por una red social o canal digital por un tercero, o lo que se encuentra en la esfera de control de un anfitrión que recibe a un reportero, semejante a la situación en la que, en el proceso de edición de una película, advertido o no, brota desde la oscuridad una escultura.

Consideramos que independientemente del entorno, no se debería concluir inicialmente que no se configura un derecho. De otra parte, pueden darse otro tipo de supuestos, como una película completamente animada, en la que la escenografía correspondiente es elegida totalmente para crear una secuencia de imágenes. En dicha situación puede configurarse la fijación de una escultura –sea que se encuentre actualmente en un ambiente privado o accesible al público- en dos dimensiones, como para crear el clima o contexto del desarrollo de un personaje cuyo oficio es el del coleccionismo de discos de vinilo, y las portadas estarían protegidas por el derecho de autor en tanto cumplan con los requisitos para considerarlas obras.

El TJCA al sustentar su posición plantea, entre otros, los siguientes argumentos: (i) quien compra una pintura adquiere el derecho a la exposición privada de la pintura; (ii) no existe comunicación pública cuando se muestra el entorno y no la obra de arte; (iii) tampoco estamos ante el derecho precitado si una pintura no es parte del escenario ni de la trama; (iv) la incidentalidad se evalúa con la duración de aparición de la obra, el desconocimiento del autor de la obra, cuando aparece casi imperceptible.

El objetivo específico del presente artículo, en atención a los casos anteriormente citados, consiste en analizar las premisas planteadas por el TJCA, y como consecuencia de ello, si existe alguna vulneración al derecho de los autores. Para ello, como objetivo general se evaluará el concepto de comunicación pública, así como límites y excepciones relacionadas a obras de arte, reconocidas en tratados internacionales.

La hipótesis que se plantea consiste en que, a diferencia de lo sostenido por el TJCA, la aparición incidental de obras de arte en audiovisuales se considera comunicación pública. En el presente documento se desarrolla mediante el método jurídico dogmático, delimitando la normativa vigente en el Estado Peruano, y complementándola con la doctrina especializada y la jurisprudencia relevante.

2. La comunicación pública de obras protegidas

2.1. Definición

En nuestro sistema legal los derechos de autor se dividen en dos tipos, unos de contenido personal y otros de contenido económico. Así tenemos que a los primeros se les conoce como derechos morales, y los segundos como derechos patrimoniales.

El derecho moral "protege la personalidad del autor (…)". (Lipszyc, 2006, p. 154- 155)". Ahora bien, el derecho patrimonial, vinculado al derecho materia de análisis busca "permitir que el autor obtenga un beneficio económico por la utilización de su obra" (Lipszyc, 2006, p. 178). Es decir, una retribución como contraprestación por cualquier uso de la expresión creativa.

Dentro de los derechos patrimoniales tenemos, entre otros, al derecho de comunicación pública. Este derecho se encuentra reconocido en tratados internacionales. A manera de ejemplo el artículo 11 bis numeral 1.3 del Convenio de Berna señala que los autores de obras literarias y artísticas tienen el derecho a comunicación pública.

Sobre dicho derecho, el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI define a la comunicación pública como "todo tipo de transmisión al público de una obra de un autor" (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1980, Definición No. 202). Dicha acción se puede dar bajo cualquier forma a terceras personas distintas del creador o titular del derecho.

A su vez, el literal b) del artículo 13 de la D351, señala que la comunicación puede realizarse "por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes". Previamente citamos en este documento la definición de comunicación pública contenida en el artículo 15 y los literales g) e i).

En el artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) la comunicación pública comprende que el público acceda "desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija", considerándose actos de

comunicación interactivos (De Freitas, 2007, p. 146), lo cual involucra cualquier forma de acceso a la obra, sea por medios tradicionales o no tradicionales como internet u otros que surjan en un nuevo horizonte.

En el ámbito nacional la LDA también reconoce, entre los derechos patrimoniales, al de comunicación pública. Este es definido en el numeral 5 del artículo 2 en los siguientes términos:

> Todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes […] (2026).

En el ámbito nacional, a diferencia del tratado precitado, la comunicación pública se exige una pluralidad de personas: basta una para que pueda acceder a la misma. El elemento común de comunicación pública es el acceso a la obra por cualquier forma o procedimiento, este puede ser de una manera analógica, digital, o en una nueva forma que permita el desarrollo tecnológico. A su vez, la comunicación pública se diferencia de la distribución de ejemplares.

Sobre dicho concepto hay que añadir que "basta que el público "pueda" tener acceso a la obra, aunque en un momento determinado nadie accede a ella (…)" (Antequera, Derechos Patrimoniales, 1996, p.130). Por ejemplo, si una persona sube una canción propia a su cuenta de YouTube o a sus redes sociales, cualquier persona puede acceder a ella, así sea que inicialmente el video no cuente con ninguna vista o visita o nadie mire dicha publicación.

Adicionalmente, la amplitud del concepto implica que dicha comunicación se pueda hacer a un público, sea el mismo o "(…) a un público verdaderamente nuevo" respecto del inicialmente considerado (Ficsor, 2014, p. 67). Es decir, la comunicación pública que realiza un organismo de radiodifusión al incluir en su programación obras originales, así como la comunicación pública que realiza un restaurante al poner televisores que sintonizan la programación de un organismo de radiodifusión, constituyen dos comunicaciones públicas diferentes. Esta regla se encuentra recogida en el artículo 119 de la LDA.

Como la comunicación pública incluye que se efectúe bajo cualquier forma o procedimiento, se entiende también que esta se configura en el ámbito digital. Así en las transmisiones digitales se puede configurar, entre otros derechos, la comunicación pública, dado que "las obras y demás prestaciones protegidas sean accesibles por los usuarios en el momento y en el lugar que elijan" (Barrenechea, 2012, p. 510).

Una acotación adicional sobre este concepto: para el TJCA el acto de comunicación pública se materializa cuando se produzca para una colectividad, exceptuando el ámbito familiar o doméstico[5] (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2022, Numeral 1.20). Discrepamos respetuosamente de dicha distinción, pues el público en el que se realiza la comunicación no es un criterio para su evaluación como pública o no. Si estoy en mi domicilio, y leo un cuento a mis hijos, ese es un acto de comunicación pública, así el público destinatario sea familiar. Si proyecto una película en mi domicilio, también ese acto se considera comunicación pública. En tal caso, lo que estará sujeto a evaluación será si dicho acto podría considerarse como una excepción, tal como mencionaremos en las siguientes líneas.

2.2. Ejemplos de comunicación pública

A su vez, como enunciado amplio, el literal h) del artículo 33 de la LDA señala que la comunicación pública puede efectuarse "por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse".

Un ejemplo de comunicación pública es el acceso a una novela escrita, subida en formato digital en alguna plataforma, como puede ser un portal virtual. En ese caso las personas que acceden a la obra no necesariamente están reunidas todas de manera física en un lugar para acceder a la novela, pues bastará que cuenten con un dispositivo con acceso a internet, como una PC, laptop, tablet o celular, para que puedan acceder al contenido protegido, en este caso, la novela escrita y subida en formato digital a una página *web*. Lo mismo puede decirse del acceso a películas o series mediante una aplicación como Netflix o Disney Plus, en la cual se accede de manera virtual a las obras audiovisuales.

Por ejemplo, en la Resolución 897-2024/TPI-INDECOPI la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, SPI) declaró fundada en parte un extremo de la denuncia interpuesta contra un restaurante.

(5) Para ello el TJCA toma como referencia el Proceso 33-IP-99. Sin embargo, el mismo se encuentra referido a la interpretación de diversos aspectos de los signos distintivos bajo la Decisión 344.

El mismo comunicaba públicamente obras audiovisuales de titularidad del denunciante, en estricto el episodio 4 titulado "*King of the Narrow Sea*" de la serie audiovisual denominada "*House of the Dragon*" de su titularidad (*Home Box Office Inc. vs Jordindustrias S.C.R.L.*, 2024). Por tanto, si un restaurante proyecto un capítulo de una serie, película, u obras musicales, dicha acción se configura para que una o más personas accedan a la misma, en otras palabras, estamos ante un acto de comunicación pública. Así, una película se comunica con el apoyo de un "aparato para que pueda ser mostrada al público" (González, 2013, p. 1155), que puede darse, al día de hoy, mediante una aplicación descargada en un dispositivo móvil.

Retomando entonces el ejemplo de legislación argentina que niega que sea comunicación pública la que se establece en el ámbito privado, revisemos las siguientes resoluciones y/o sentencias referidas a hospedajes.

En el ámbito nacional la Resolución 1289-2018/TPI-INDECOPI de la SPI confirma el extremo resuelto en primera instancia administrativa, en la que se declara fundada una denuncia interpuesta por APDAYC, sociedad de gestión colectiva que defiende derechos patrimoniales de autores y compositores de obras musicales, contra un hotel. En dicha oportunidad la Sala manifestó que "(…) el hecho de que la comunicación pública se haya realizado mediante señales de cable cuyo contenido no administra la denunciada, sino un tercero (…) no es razón para desvirtuar la infracción cometida (…)". (Asociación Peruana de Autores y Compositores vs. Hotel San Remo S.R.L., 2018, p. 13).

Es decir, si en un establecimiento se pone a disposición cualquier tipo de obra, para que una o más personas accedan a ella, tal como ocurrió en el hotel denunciado, nos encontramos ante un acto de comunicación pública. No es relevante el medio utilizado, como el contar con una suscripción a un canal en línea o que por medios humanos puede usarse el derecho citado. Es más, lo propio puede configurarse al viajar en una unidad de transporte urbano o interprovincial, los que facilitan a los pasajeros una parrilla o catálogo de creaciones para su disfrute.

Adicionalmente, la Resolución 712-2024/TPI-INDECOPI de la SPI confirmó lo resuelto en primera instancia administrativa, en la que se declara fundada una denuncia interpuesta por Inter Artis, sociedad de gestión colectiva que defiende derechos patrimoniales de los actores, contra un hotel. Este caso estuvo referido a la comunicación pública de interpretaciones, si bien es un derecho conexo, el derecho de comunicación pública de la denunciante se acreditó, motivo por el cual es relevante la resolución que se cita (Inter Artis Perú vs. Hotel Boca Ratón E.I.R.L, 2024, p. 20). En otras palabras, un hospedaje efectuaba la comunicación pública, pues ponía a disposición de sus clientes televisores, mediante el servicio de cable. En ese contexto se comunicaban públicamente obras audiovisuales en las que se incluyen interpretaciones de artistas.

En concordancia con lo anterior, las personas pueden acceder a las obras cuando en un hotel se pone a disposición televisores, pueden acceder una o más personas, dependiendo de los clientes que pudieran ingresar a una habitación, a obras audiovisuales. Lo mismo ocurre cuando se encuentran equipos de sonido en las habitaciones, se facilita el acceso a obras musicales. En la misma línea, si el hotel exhibe pinturas o esculturas, o tuviera una biblioteca, las personas pueden acceder a dichas obras.

A nivel internacional, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se han pronunciado sobre el concepto de comunicación pública. Así tenemos que en el asunto C-723/22, se pronunció sobre la que realizan los hoteles, abarcando de manera extensa "todo tipo de comunicación al público no presente en el lugar en el que se origina la comunicación (…)" (Citadines Betriebs GmbH y MPLC Deutschland GmbH, 2024, numeral 38).

En otras palabras, en la misma línea anterior, el concepto de comunicación pública implica la posibilidad que terceros accedan a obras protegidas, por cualquier modalidad, sea por autor o derechos conexos que pueden surgir de una interpretación o ejecución. Las personas pueden estar conectadas de manera remota y no coincidir en un espacio físico, en las cuales se desarrollen manifestaciones en las que se puedan disfrutar de, la apreciación de un boceto o una canción, dentro del escenario perteneciente a mundos virtuales o simulación de una realidad, en los que los individuos se conecten a través de *avatars*, e incluso con el uso de hologramas que permita la apreciación de apreciar diversas creaciones.

Adicionalmente, en el asunto C135/23 indicó en lo referente al alquiler de departamentos como hospedaje a terceros y comunicación pública, como podría ser el caso de Airbnb, que son considerados un nuevo público y por tanto se encuentran dentro del derecho citado *(*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) vs GL, 2024, numeral 44).

A nivel latinoamericano, la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile declaró inadmisible un recurso de casación interpuesto por una sociedad hotelera contra la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, y por tanto, acogiendo la demanda interpuesta por infringir la norma chilena de propiedad intelectual al usar sin autorización, obras musicales en su establecimiento (Pumarino, 2019). Puede observarse que el concepto de comunicación pública se mantiene así nos encontremos ante un establecimiento público o privado. En el entorno nacional, posiblemente la acción legal la iniciaría el titular del derecho afectado, pudiendo presentarse ante la vía judicial –tal vez civil o un contencioso – administrativo, aunque podría optarse por la vía penal o administrativa– y el juez competente declararía fundado el derecho, confirmándose por vocales que conformaran la segunda instancia judicial. Ante ello, la parte demandada podría optar por el recurso extraordinario de casación, pudiendo ser improcedente o infundado.

En conclusión, así por disposición legal se estableciera que no se considera comunicación pública, como en el caso argentino, lo cierto es que, si las personas acceden a las obras, bajo cualquier forma o procedimiento, sea analógico, digital, o el que pueda desarrollarse mediante las tecnologías de la información y las comunicaciones, u otro tipo que permita la ciencia en el futuro, no deja de ser comunicación pública. Menos es relevante si dicha comunicación pública se realiza o no en un ámbito privado. Un tema distinto será la correspondiente evaluación de si alguna manifestación de este derecho patrimonial debería ser acogida como una excepción.

3.Límites o excepciones en los derechos patrimoniales relacionados con el ámbito privado y las obras de artes plásticas

3.1. Breve mención a la regla de los tres pasos

Dentro del ámbito del derecho de autor se puede tener, como regla general, tal como ocurre en el artículo 37 de la LDA, que todo uso de la obra debe contar con la autorización previa y por escrito del autor o titular del derecho.

Ahora bien, también existen determinados límites o excepciones en el ámbito del derecho de autor que permiten en ocasiones el uso lícito de obras, sea sin autorización previa y en otros casos, adicionalmente, sin el pago correspondiente al titular del derecho, o parafraseando una saga muy conocida, "*to bring balance to the force".*

En el ámbito internacional existe la Regla de los Tres Pasos, "la misma que orienta tanto la aplicación de los límites o excepciones ya existentes como la determinación de nuevos supuestos". (Solórzano y Rejanovinschi, 2022, p. 250).

Esta regla establece los siguientes supuestos: que nos encontremos ante casos especiales o excepcionales, que no atenten contra la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor o titular del derecho, como también se puede desprender de lo dispuesto en el numeral 2.47 y el artículo 50 de la LDA, así como el artículo 21 de la D351.

Con relación a los usos honrados, en el Proceso 44-IP-2013 de Interpretación Prejudicial el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, haciendo referencia al Grupo Especial de la OMC, señaló lo siguiente:

> (…) "Si las utilizaciones (…) entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de la obra (…) y por lo tanto los priva de percibir utilidades comerciales (…)". Por último, el tercer paso (…) va encaminado a permitir excepciones (…) siempre que (…) compense de otro modo la primera y segunda condición (…) y sea proporcionada o se halle dentro de los límites de lo razonable, o lo que es lo mismo, que no sea injustificada" (Ricketson, 2003, como se citó en Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2013, Numeral 14.1).

3.2. Sobre excepciones relacionadas a las obras de arte y el ámbito privado

En el ámbito de la D351 se cuenta con la excepción de comunicación pública de una obra de arte situada en un lugar abierto al público de forma permanente, según el literal h) de su artículo 22.

Sobre ello, el TJCA en la Interpretación Prejudicial el Proceso 256-IP-2021 sostuvo que la excepción se fundamenta "en la facultad de las personas de referirse u utilizar el espacio público, así como de desarrollar actividades creativas sobre y en el espacio público […] Por "lugar abierto al público" debe entenderse cualquier locación espacial y física cuyo acceso sea libre y sin restricción alguna […]" (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2024.a. numerales 1.4 y 1.5).

De lo anterior, la excepción planteada permite a las personas reproducir y transmitir una obra de arte, como una pintura o escultura, sin pago ni autorización previa al autor y al

titular del derecho, siempre que la misma se encuentre ubicada en un lugar abierto al público, como podría ser un parque. A manera de ejemplo, subir una fotografía en redes sociales de la escultura de Víctor Delfín ubicada en el Parque del Amor, o el mural de Szyszlo al exterior de un edificio, ambos en el distrito de Miraflores, siendo dicho espacio accesible por cualquier persona. Para que se configure este derecho la fijación puede ser material o inmaterial "con independencia de cuál (…) sea la técnica o procedimiento" (Carrancho, 2014, p. 62).

En el ámbito nacional, con relación a lo anterior, el literal c) del artículo 45 también regula una excepción similar a la del literal h) del artículo 22 de la D351, con la salvedad que el autor o el titular del derecho puede reservar dicho derecho de comunicación pública.

De otra parte, una excepción vinculada a la comunicación pública en el ámbito privado es la del ámbito doméstico, regulada en el literal a) del artículo 41 de la LDA, la cual exige tres requisitos: i) que nos encontremos ante un ámbito doméstico, el cual es la sede natural del hogar, según el numeral 2.3 del artículo 2 de la norma; ii) que no exista un beneficio económico, directo o indirecto; iii) que la comunicación pública no sea propalada deliberadamente al exterior del domicilio.

Por ejemplo, si por el fin de ciclo universitario un alumno organiza la fiesta en su domicilio, la comunicación pública de obras musicales debe efectuarse en su sede natural del hogar, no deberá cobrar entrada a la fiesta ni algún otro beneficio directo o indirecto como la venta de comida, y las canciones no deberán escucharse al exterior del domicilio.

Complementariamente, no se considera ámbito doméstico cuando se comunican públicamente obras musicales en un restaurante, oficina o club, pues el mismo no califica como sede natural del hogar, pese a que sea un ámbito privado: "[…] por lo que al haberse llevado a cabo en un local de […] (una) asociación y no en el domicilio del demandante, no se cumple el primer requisito […]" (Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2015).

Conforme a lo anterior, para crear una excepción debe seguirse la regla de los tres pasos previamente descrita, a fin de que el caso excepcional sea atendible o razonable que el autor o titular deje de percibir ingresos, y que dicha excepción planteada no compita con la obra materia de análisis.

En este contexto en ocasiones nos encontramos ante una técnica legislativa que, en vez de regular una excepción, señala que no nos encontramos ante un tipo de derecho. Ese es el caso de la República de Argentina, al indicarlo en la introducción del presente documento, con la modificación del artículo 33 del Decreto 41.223/34, por el cual no existe ejecución pública "cuando la misma se desarrolla en un ámbito privado, sea este de ocupación permanente o temporal".

Sobre dicha coyuntura no nos pronunciaremos acerca de la jerarquía normativa en la legislación argentina y si dicha modificación contraviene alguna ley o la Constitución de dicho país. Básicamente comentaremos el concepto: el que nos encontramos ante un ámbito privado, como adelantamos previamente, puede ser un restaurante, un hotel, una oficina, una discoteca, si las personas pueden acceder a las obras nos encontramos ante una comunicación pública. Es decir, no es relevante el espacio donde se usa la obra, lo importante será evaluar si las personas pueden acceder a la misma, por cualquier forma o procedimiento, de manera total o parcial. Un hotel puede tener en sus habitaciones televisores, y con dicho electrodoméstico las personas pueden acceder a obras sea audiovisuales, musicales, entre otras.

Al parecer, en vez de crear una excepción que siga la regla de los tres pasos el legislador en dicho caso prefirió negar el supuesto de comunicación pública para un acto puntual.

Este tipo de técnica legislativa no es ajena al ámbito nacional, así tenemos el artículo 75 de la LDA, por el cual no considera adaptación de un programa–aunque realmente lo sea– cuando la realiza un usuario lícito para un uso personal, y siempre que el titular no hubiera prohibido el uso de dicho derecho patrimonial.

Es decir, si bien este artículo está relacionado al derecho de transformación de la obra, lo que tal vez señaló el legislador, es que se encuentra permitido dicho uso para la corrección de errores de un software, siempre que el titular del mismo no lo hubiera prohibido, y que esta corrección para de un solo ejemplar para una sola persona, conforme a la definición de uso personal según el artículo 2.48 de la misma base legal.

En el ámbito nacional las excepciones se interpretan de manera restrictiva, según el artículo 50 de la LDA, "dado que importan una disminución a la protección del derecho de autor" (Barrenechea, 2017, p. 57). En ese sentido, como se ha comentado previamente, son usos que no requieren la licencia.

3.3 Sobre el uso incidental o uso mínimo

Una forma de clasificar los límites y excepciones en el ámbito internacional, y

particularmente en la Unión Europea, es el uso mínimo o de minimis, puede incluir la reproducción temporal, grabaciones efímeras, inclusión incidental, actos necesarios para el acceso y uso normal del usuario legítimo, y la libertad de panorama (Sganga, 2024, p. 8).

Así tenemos que la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo, referida a la protección del derecho de autor, incluyendo lo que vendría a ser en nuestro territorio los derechos conexos, permite, mediante el literal i) del numeral 3 del artículo 5 que los Estados miembros puedan establecer excepciones al derecho de comunicación pública cuando "se trate de una inclusión incidental de una obra o prestación en otro material".

A diferencia de otros límites la excepción de inclusión incidental citada no ha merecido atención por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, salvo de manera indirecta la sentencia del Caso C-161/17 sobre ilustración con fines educativos (Sganga, 2024, p. 14)[6].

En dicha sentencia el Tribunal señaló que la comunicación pública comprende "la puesta en línea en un sitio de Internet de una fotografía publicada previamente, sin medidas restrictivas que impidan su descarga y con la autorización del titular del derecho de autor, en otro sitio de Internet" (Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff, 2018, número 47).

De otra parte, se ha evaluado la aplicación de la excepción de la inclusión incidental de obras en el metaverso, haciendo referencia al caso *Football Association Premier League* (en adelante, FAPL) contra Panini, sosteniendo que, si se reconstruye un edificio en el metaverso, la excepción podría aplicar para incorporar una valla publicitaria relacionada con la ciudad (Mendis y Ueno, 2025, p. 1723).

En el caso FAPL contra Panini se evalúa el uso incidental de una obra artística, pues Panini lo alegaba en el uso de los emblemas de los clubes de fútbol de la *Premier League* en un álbum de fútbol que había publicado[7].

Para Lord Justice Chadwick, uno de los vocales que resolvió la controversia, lo incidental no significa no intencional y se evalúa objetivamente atendiendo a las circunstancias en las que se creó la imagen (*The Football Association Premier League Limited and Others and Panini UK Limited,* 2003, número 24 y 27). En dicho caso el demandado no pudo acreditar el uso incidental de la obra.

En el ámbito americano la sentencia del caso *Michael Kelley vs. Morning Bee INC y Apple INC* - referido a unas fotografías incorporadas en una obra audiovisual, menciona determinados criterios del uso *de mínimis* para no considerarse una vulneración al derecho de autor: que la obra no se mostrara con suficiente detalle para un observador promedio, la aparición temporal de la obra, en un segundo plano y no desempeña un rol en la trama (Michael Kelley vs. Morning Bee INC y Apple INC, 2023 pp. 9 – 10).

La D351 no acoge el uso incidental como una excepción, por lo que el TJCA limitó el alcance del derecho per se de comunicación pública (Ruiz, 2024, p. 482). En el ámbito nacional, la LDA tampoco ha establecido dicho límite. En base al artículo 41.b) de la LDA, el uso breve de obras se aprecia en la comunicación pública de fragmentos de obras musicales en actos oficiales o ceremonias religiosas. Además, en la misma norma, se aprecia la reproducción de breves extractos de obras para fines educativos o por reprografía de breves fragmentos[8].

En opinión de Pacheco y Ortega, los criterios indicados en jurisprudencia americana, como la citada, son parecidos a lo que ha dispuesto el TJCA que será materia de análisis en el siguiente acápite (2025, p. 136).

4. Los criterios del TCJA: Sobre la comunicación pública incidental y sus consecuencias

En el Proceso 135-IP-2020, el TJCA se pronunció sobre el literal g) del artículo 15 de la D351, y de oficio sobre el literal b) del artículo 13 de la D351 en mérito a una solicitud de una Sala Superior Colombiana (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 2024.b).

(6) El estudio señala en su p. 12 que ha tenido en consideración sentencias del Tribunal citado desde 2006 a Julio del 2022.

(7) Curiosamente, en el ámbito de competencia desleal – que no es materia del presente trabajo – Panini ha interpuesto denuncia contra agentes económicos que han publicado álbumes no oficiales del Mundial de Fútbol. A manera de ejemplo, se puede revisar la Resolución No. 1511-2012/SC1-INDECOPI.

(8) Esto según los arts. 43.a) y b) de la LDA. Adicionalmente las grabaciones efímeras de organismos de radiodifusión del art. 46, supuesto que no se abordará en el presente documento.

A manera de resumen la Sala citada solicitó la interpretación prejudicial de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 literal h) y 57 de la D351. El Tribunal Andino se pronunció sobre el literal g) del artículo 15 de la D351, y de oficio sobre el literal b) del artículo 13.

Consideramos que el TJCA debió abordar – también de oficio - la relación con límites y excepciones, tal como expondremos en las siguientes líneas.

Ahora bien, en el literal F del Proceso 135-IP-2020 se encuentran las premisas o argumentos señalados por el TJCA que lo llevara a concluir que no se considera comunicación pública la aparición incidental de una obra de arte en una obra audiovisual. En ese sentido, en las líneas siguientes al comentar determinados numerales del Proceso 135-IP-2020, debe entenderse que nos referimos al literal F.

4.1. Con la compra de la obra ¿se adquieren derechos patrimoniales?

El numeral 1.3 señala que "la persona que compra una pintura (obra pictórica) adquiere, entre otros derechos patrimoniales (v.g., el vender o prendar la pintura), el derecho a la exposición privada de la pintura".

Para empezar, tenemos al segundo párrafo del artículo 3 de la LDA, similar al artículo 6 de la D351, en el que los derechos "son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra".

Conforme a lo anterior el que una persona adquiera un soporte material que contenga una obra no implica que tenga licencias para el uso de una obra sin previa autorización del titular del derecho, ni que por el mismo supuesto cuente con derechos patrimoniales. Consideramos que la regla también aplica para la creación de cuentas de usuarios en línea para acceder a un producto o servicio como el de entretenimiento.

Por ejemplo, una persona se suscribe como usuario de Spotify, sea la versión gratuita o pagada, y esta persona tiene una librería o un restaurante. Una forma de atraer clientela consistirá en poner canciones en su local. El que esta persona sea usuaria de Spotify no incluye que se encuentre autorizado a realizar la comunicación pública de obras musicales en su librería.

La segunda parte del numeral 1.3, luego de concluir que se cuenta con el derecho de la exposición privada de una obra de arte plástica, luego de adquirirla, agrega que el autor si así lo deseara hubiera pactado en la transferencia correspondiente la limitación de ese derecho.

Claro está que el autor puede licenciar e incluso ceder derechos patrimoniales, y esto puede reflejarse en el precio de un bien. Sin embargo, la D351 no establece algún tipo de presunción de cesión a favor del adquirente de una obra de arte, a diferencia de la norma nacional. Así tenemos que es el autor quien tiene el derecho a la autorización o su restricción - de la exhibición de sus obras, de acuerdo a una interpretación conjunta del literal b) del artículo 13 y del literal g) del artículo 15 de la misma base legal. Recordemos que esta exposición se presentaría en múltiples contextos, sea en una galería, un museo, colegio, instituto, en segunda o tercera dimensión, dependiendo adicionalmente del medio que se utilice para apreciarla.

En el numeral 1.4 el TJCA sostiene que la venta de una pintura afecta los derechos patrimoniales, citando el caso que el adquirente almacene la obra de arte plástica para que nadie la vea.

El derecho que podría estar involucrado – más no afectado - en el ámbito patrimonial es el derecho de reventa, en el cual la D351 reconoce en su artículo 16 bajo ciertos parámetros, que dicha venta sea mediante subasta pública o negociante profesional. Si el adquirente decide almacenar al cuadro y no venderlo, el autor no podrá ejercer este derecho según lo que reglamente cada país[9], más nada se indica en modo peculiar sobre la comunicación pública de alguien que adquiera dicha obra, solo indica que ésta es una forma de comunicación pública bajo el literal g) del artículo 15 del Tratado citado. A nivel nacional, el artículo 81 de la LDA otorga dicho derecho al adquirente de la obra a exhibir la misma, salvo pacto en contrario.

Esto no significa que por dicho reconocimiento el adquirente cuente con algún derecho patrimonial de la obra, sino que por mandato legal se le autoriza a que pueda realizar dicha exhibición como un supuesto de comunicación pública, y en concordancia con los límites y excepciones previamente descritos, esta exhibición va más allá del ámbito doméstico, como podría ser en una oficina u otro ámbito físico.

El autor puede ejercer sus demás derechos: puede mediante el derecho de

(9) Sobre el particular, se recomienda revisar el Proceso 01-IP-2021

reproducción fijar su obra de arte en polos, gorras, tazas, rompecabezas, entre otros objetos, como también fijarlo con una fotografía y exhibirlo virtualmente en redes sociales, pues tiene el derecho de comunicación pública. También puede ejercer el derecho de transformación al autorizar a un tercero la creación de una obra de teatro o un audiovisual basado en la obra de arte plástica. Por ejemplo, la película "Loving Vincent" da vida a varios cuadros de Vincent van Gogh, como también ha ocurrido en el audiovisual "Los sueños de Akira Kurosawa"[(10)].

4.2. Sobre el uso incidental de una obra de arte.

El numeral 1.5 de lo resuelto por el TJCA señala que sí se requiere autorización de la comunicación pública de una obra de arte, y no cuando dicha comunicación pública es incidental.

El numeral 1.5 no define lo que se entiende por incidental, aunque posteriormente cita ejemplos. Incidental, de acuerdo con la RAE tiene las siguientes acepciones y sinónimos "Que sobreviene en algún asunto […] inesperado, imprevisto, casual […] accesorio, accidental […]" (s.f).

En resumen, contextualizando lo señalado por el TJCA mediante la RAE una comunicación pública incidental es aquella que es casual, accidental, o accesoria.

En el numeral 1.6 de la Interpretación Prejudicial cita el ejemplo de un abogado que ha adquirido una pintura y cuelga el cuadro en su oficina. En la misma es entrevistado por un reportero, señalando la Interpretación Prejudicial que el objeto principal de la entrevista es el abogado y de manera incidental la pintura, y dicho numeral concluye "si (…) de manera incidental aparece la pintura en la grabación, ello no significa una comunicación pública de la obra".

A diferencia del numeral 1.5 ahora el TJCA señala que la comunicación pública incidental no es comunicación pública, de lo cual respetuosamente discrepamos, pues la definición tanto en la D351 como en la LDA, toda persona puede acceder a la obra de arte mirando la entrevista en la que aparece el abogado y la pintura. En esta comunicación pública, la forma en la que las personas acceden a la pintura es mediante la visualización de la entrevista. En tal caso, se tendría que evaluar si dicha comunicación pública se encuentra amparada por alguna excepción o límite al derecho de autor.

El numeral 1.7 de la interpretación prejudicial citada plantea el caso interesante de la comunicación pública incidental de una obra de arte ahora en una obra audiovisual en la que "Si la intención es mostrar la obra, hay comunicación pública (…) Si la intención es mostrar el entorno (…) no hay".

Según el ejemplo del 1.7 ante un ambiente en el que se encuentra casualmente una obra de arte no califica como comunicación pública. Pese a ello, tal como se indicó anteriormente, si las personas acceden a la obra de arte mediante el audiovisual sí es un supuesto de comunicación pública.

El numeral 1.8 precisa el ejemplo de un abogado entrevistado en su oficina, la cual cuenta con diversos objetos, como cuadros, libros, escritorios, y la entrevista se centra en el abogado y en los casos que ha llevado. El ejemplo creado por el TJCA en su interpretación señala la posibilidad que en esa oficina exista más de un objeto protegido por derecho de autor, pero su aparición es incidental en la entrevista. Concluye el numeral que si se considerara comunicación pública "llegaríamos al absurdo de que toda persona (…) que va a ser entrevistada tenga que esconder (…) obras artísticas que hay en su sala u oficina".

Ahora bien, cabe precisar que la obra se protege en cuanto tenga originalidad, y el autor o el titular del derecho tiene los derechos patrimoniales para autorizar o prohibir el uso de su obra, salvo que nos encontremos ante una excepción establecida en la legislación de cada país de la comunidad andina, conforme al artículo 21 de la D351. Al menos, dicho ejemplo no se configura en la excepción establecida en el literal h) del artículo 22 de dicho Tratado, comentado previamente.

4.3. Sobre el análisis en un audiovisual

El numeral 1.9 señala que en el caso de un audiovisual el análisis debe ser más cauto en evaluar la intencionalidad de la comunicación pública incidental de una obra de arte. Si bien no lo dice el TJCA en dicha interpretación, esto podría deberse a que el proceso de edición de la versión final de un audiovisual no es inmediato. Según el numeral 1.9, la intencionalidad puede reflejarse cuando una pintura "sea parte del escenario y cumpla un rol en la trama (…) y otra distinta en la cual aparece (…) de manera incidental (…)".

Una excepción relacionada es la reconocida en el literal h) del artículo 22 de la D351, por la cual se puede emitir o transmitir "una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público".

(10) Cabe precisar que la obra de Vincent va Gogh se encuentran en dominio público. Pese a ello, son ejemplos de obras derivadas.

Sin embargo, en este supuesto es indiferente si la aparición de la obra de arte plástica es incidental o no, aquí el requisito consiste en la comunicación pública que se pueda realizar por los medios señalados en la excepción, con la condición de que la obra se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público. Como podemos apreciar, no se daría respuesta al caso planteado ante el TJCA.

El numeral 1.10 de la interpretación prejudicial establece elementos para apreciar si la comunicación pública es incidental como la "duración de su aparición (…) el desconocimiento del autor de la obra, etc."; y el numeral 1.11 agrega como aquella obra plástica que aparece "en el fondo, casi imperceptible, por unos segundos".

Sobre el particular, el tiempo de duración de aparición de una obra de arte plástica en un audiovisual, así sea breve, merece protección. Si se estableciera dicho criterio para otro tipo de obras incluidas en audiovisuales podrían quedar los titulares en desamparo de sus derechos, ya que, aunque sea breve, sí se realiza la comunicación púbica. Si aparece de manera breve una obra musical en un reportaje, la brevedad de la aparición no se puede considerar como criterio para que no sea calificado dicho uso como comunicación pública.

La mera aparición en el escenario, interpretando los argumentos del TJCA, debería interpretarse como breve o insignificante. Sin embargo, dicho criterio no desnaturaliza el uso de comunicación pública de una obra de arte. Es decir, así la aparición de la obra sea fugaz nos encontramos ante un acto de comunicación pública.

El desconocimiento del autor de la obra tampoco resta validez al acto de comunicación pública, pues si existe el titular de un derecho éste puede válidamente reclamarlo, o en tal caso, sus herederos.

Nuevamente, si se traslada el criterio de la aparición casi imperceptible, como las obras musicales utilizadas como *soundtrack* en un audiovisual, no se consideraría comunicación pública, lo cual, como se ha señalado anteriormente, es contrario a la propia definición de dicho derecho patrimonial. Es más, en dicho ámbito se producen las *cue sheet* describen este contenido narrándolo de manera secuencial: desde la canción que aparece en el segundo cero hasta la que cierra los créditos.

4.4. Sobre el enfoque y la intención de mostrar la obra

El numeral 1.12 presenta un argumento que vale resaltar, y es el referido al que llamaremos el enfoque: "Distinto es el caso en el que los personajes hablan de la obra pictórica, de su autor (…) y (…) se enfoca (…) la pintura, de modo que el espectador toma conciencia de ella. En este caso (…) estamos ante una comunicación pública (…)".

De acuerdo con la RAE, se entiende por enfocar "hacer que la imagen de un objeto producida en el foco de una lente se recoja con nitidez sobre un plano u objeto determinado" (s.f.).

Este criterio es interesante, pues se puede entender el enfocar como nitidez, y si una obra es nítida las personas pueden acceder a la misma. De manera contraria, si disocio o desenfoco las personas no pueden acceder a la obra de arte, como ocurre con los casos de disociación de información en el ámbito de datos personales o la protección de menores en reportajes, desenfocando su rostro, En dicho caso, ya no nos encontramos ante la comunicación pública, pues la obra de arte no se podrá visualizar siempre que sea una distorsión de la misma como falta de nitidez. Lo dicho puede graficarse en el ocultamiento de la identidad de personajes dedicados a una investigación de carácter policial en el film "*A Scanner Darkly",* o al inicio del video musical de la canción noventera *Loser* del compositor Beck.

Esto se podría graficar con la disociación de datos personales(11) en el ámbito de las normas de transparencia, a fin de salvaguardar la información que pueda vincularla con el origen de una persona. Nos explicamos con el siguiente ejemplo: una persona solicita, con la finalidad de sustentar su futuro examen de grado o título académico un expediente judicial o administrativo concluido ante una entidad pública. Cabe añadir que para este tipo de solicitudes no se necesita fundamentar la solicitud o precisar el por qué se requiere. El expediente está referido a violencia familiar que involucra a menores de edad. La copia del expediente deberá entregarse debiendo ocultar aquellos datos, como los nombres de las personas naturales que hubieran sufrido violencia familiar, es decir tachando éstos para que no pueda conocerse su identidad(12).

El numeral 1.13 concluye que "si la intención es mostrar la obra pictórica y que el espectador tome conciencia de ella, entonces se está realizando una comunicación pública de ella. En cambio, la aparición incidental,

(11) Lo que no es materia del presente documento.
(12) En concordancia con el numeral 5 del artículo 15-B de la Ley 27806

fugaz, mínima de la pintura, de modo que sea irrelevante dentro de la obra audiovisual, en la que simplemente aparece como parte del entorno, no califica como exposición pública (…)".

Como se puede apreciar, el TJCA exige dos requisitos para que se considere comunicación pública: la intención y que el que accede a la obra tome conciencia de ella.

Al respecto, la intencionalidad y toma de conciencia – según el TJCA - sería un criterio que se evaluaría en contraposición con la aparición incidental. Sin embargo, así nos encontremos con una aparición mínima, accidental, sigue siendo comunicación pública. adicionalmente, cómo se evaluaría que la aparición de la pintura sea irrelevante dentro de la obra audiovisual.

Sobre ello, la escenografía es un elemento importante en una película, es decir, el propio entorno: "El espacio escenográfico es donde se desarrolla la acción y su morfología puede determinar totalmente la forma en que el espectador recibe el mensaje […]" (Franco, 2015). Por tanto, la aparición de una obra de arte, sea o no incidental, además contribuye a que el espectador se involucre en la trama de un audiovisual, pudiendo ser un personaje adicional, como un cómplice invisible que acompaña de la mano en el camino del desenlace de una narrativa determinada.

A mayor abundamiento, la escenografía es "un elemento plástico que proporciona información, configura la atmósfera y sustenta el drama (…) (emitiendo) información esencial sobre el lugar, tiempo, medio social y condiciones en las que se desarrolla la trama" (Bedoya y León Frías, 2016, p. 208, 219). En la película peruana "El Mudo", dirigida por Daniel y Diego Vega del año 2013, se aprecia el despacho judicial del juez Constantino Zegarra como protagonista conformado por un escritorio amurallado de expedientes, una PC con su monitor, la bandera peruana acompañada por la imagen de Cristo crucificado, y un martillo de madera tal vez para llamar al orden ante una audiencia programada para que las partes aleguen lo que corresponda a su derecho. Es posible que en el monitor se encuentre proyectada una sentencia o una obra literaria.

Vemos pues, que así como en el ámbito del consumidor la información debe ser relevante[13] para que éste decida la adquisición de producto o un servicio, en el rubro del cine la escenografía es la herramienta que permite de manera visual unir piezas para apuntar, cual prueba indiciaria, al contexto del desarrollo del argumento de este tipo de obras.

Cabe añadir que en el caso la escenografía cuente con elementos de originalidad, puede ser protegida como obra, y como consecuencia de ello, sirve como un elemento para el análisis de plagio en este tipo de creaciones (Báez, 2015, p. 155).

Lo mismo puede ocurrir de usarse como locaciones las siguientes: i) una biblioteca de un piso o dúplex que simule un refugio académico, en el que puedan encontrarse estatuas o algún busto; ii) o el despacho de un juzgado, en el que se aprecien bloques interminables de expedientes creciendo de forma vertical hacia un techo y sus ramificaciones horizontales como si tuvieran vida propia, o títulos de libros comprendidos en la protección intelectual; iii) o la sala de una vivienda de un personaje ubicada en un lugar inhóspito con un libro de bocetos de cuadros reposando en uno de los muebles.

5. Conclusiones

Tomando como analogía el derecho – o deber – de idoneidad en materia de protección al consumidor, los titulares de derechos intelectuales, en atención a lo que señale cualquier juzgador, evalúa si ha recibido la tutela que ha solicitado, y si la misma ha sido atendida, en función de si existe una brecha o una correlación entre el contenido normativo y la interpretación que se hubiera realizado.

Lo anterior es de importancia pues el sistema de propiedad intelectual, y particularmente el del derecho de autor, cuentan con un reconocimiento a nivel internacional, con respaldo constitucional y el debido desarrollo legislativo. El marco normativo, según el artículo 1 de la Decisión 351, tiene como finalidad una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares. Esta meta debe tenerla en cuenta quien resuelva un conflicto o incertidumbre al evaluar la normativa en la que deba pronunciarse, consiguiendo un real y objetivo amparo.

El derecho de comunicación pública es un derecho patrimonial de gran proyección y alcance, incluyendo cualquier forma de desarrollo futuro en el que, bajo cualquier forma, una o más personas pueden acceden a las obras, sea de manera presencial o en vía remota.

(13) Según el artículo 2 de la Ley 29571, sugiriendo sobre esta materia revisar los derechos de los consumidores y su relación en el ámbito de la Comunidad Andina en Rejanovinschi (2017 b).

Nótese que el concepto establece la posibilidad de acceso, no requiere que el mismo sea necesariamente efectivo. Es decir, si alguien crea una plataforma en internet o mediante una aplicación, la que se encuentren fijadas o no previamente las obras, las personas tienen la posibilidad de acceso a dicho contenido. Tampoco el concepto evalúa la intencionalidad o no del sujeto que efectúa la comunicación pública, es suficiente con que se pueda acceder a la obra.

Como se advirtió previamente, al ser este derecho de gran alcance permite diversas manifestaciones pues vivimos rodeado de obras. En un dispositivo móvil, según la tecnología actual, se pueden descargar aplicaciones con contenidos musicales, audiovisuales, literarios, artísticos, entre otros. Cuando nos trasladamos desde nuestro domicilio a cualquier actividad vemos películas o series, leemos textos sea en redes sociales o en portales académicos o periodísticos que pueden ser protegido por el derecho de autor, o acompañamos el viaje con la música que nos gusta.

Este alcance amplio puede incluso potenciarse según la obra en la que nos encontremos. Así, las obras musicales pueden encontrarse en la comunicación pública mediante aplicaciones, internet, redes sociales cuando se suben o comparten contenidos, en fiestas, discotecas o establecimientos comerciales, en transporte público o privado, en organismos de radiodifusión o canales digitales. Lo mismo puede extenderse a otro tipo de obras, como las obras de artes plásticas.

Si una o más personas pueden acceder a una obra nos encontramos ante el derecho de comunicación pública, de titularidad patrimonial del autor. De otra manera, no se configura la comunicación pública cuando las personas no pueden acceder a una pintura o escultura al mirar un audiovisual o entrevista.

A manera de resumen, el TJCA planteó, entre otros, los siguientes argumentos:

- Cuando se compra una pintura se adquiere el derecho a exponerla de manera privada. Sin embargo, el que se adquiera un soporte material que contenga una obra no implica que el comprador tenga licencias para el uso de una obra sin previa autorización del titular del derecho. La D351 no establece algún tipo de presunción de cesión a favor del adquirente de una obra de arte, a diferencia de la norma nacional.
- La venta de una pintura afecta los derechos patrimoniales del autor, pues el adquirente podría almacenar la obra para que nadie la vea. Sobre ello, el derecho que podría estar afectado sería el derecho de reventa, los demás derechos patrimoniales se pueden ejercer, como el de reproducción, transformación y comunicación pública, según lo explicado en este documento.
- No se requiere autorización cuando la obra aparece incidentalmente en un audiovisual. Contrariamente a ello, la definición de comunicación pública incluye la aparición incidental. Lo que tendría que evaluarse, de ser el caso, es si la misma se encuentra amparada por alguna excepción o límite al derecho de autor. Vale aclarar que estos límites son expresos y bajo una interpretación restrictiva.
- Los criterios para evaluar la incidentalidad de la obra son, entre otros, la duración de la aparición (casi imperceptible, por unos segundos), el desconocimiento del autor. Pese a ello, una breve aparición merece protección pues la obra se protege en todo o en parte. Extender el criterio de duración a otras obras puede perjudicar derechos de terceros, como la aparición de un extracto de una obra musical en un reportaje. A su vez, el desconocimiento del autor de la obra tampoco resta validez al acto de comunicación pública, pues si existe el titular de un derecho éste puede válidamente reclamarlo, o en tal caso, sus herederos.
- La intencionalidad de mostrar la obra pictórica y que el espectador tome conciencia de ella, califica como un acto de comunicación pública. Nuevamente, así sea una aparición mínima o accidental, sigue siendo comunicación pública. Adicionalmente, cómo se evaluaría que la aparición de la pintura sea irrelevante dentro de la obra audiovisual. Cabe recordar que la escenografía, incluyendo la aparición incidental o no de una obra de arte, contribuye a que el espectador se involucre en la trama de un audiovisual.

Seguir el criterio de considerar la aparición incidental de obras de artes plásticas como la negación de la comunicación pública, y se traslada el mismo a otro tipo de obras, existe un posible perjuicio de los titulares de derecho, pues eliminaría de la protección la sola aparición breve o de extractos.

Debe tenerse en cuenta que, si a una persona la entrevistan y en su oficina posee obras, según el ejemplo citado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, nos encontramos ante dos formas de comunicación pública: la primera, en

la que la persona es entrevistada y las personas, como el entrevistador o terceros, acceden a la obra; la segunda, la que el entrevistador hace que terceros, mediante la difusión de la entrevista, pueden acceder a la obra. En ambos casos se configuran como comunicación pública. Si por legislación nacional se otorga el derecho al adquirente de exponer la obra protegida por derecho de autor, dicho derecho no se traslada al entrevistador que difunde dicha entrevista.

Como se ha expuesto, puede existir la duda de varios de los criterios establecidos por el Tribunal en el caso de obras de arte plástica que aparecen en una película, audiovisual o una entrevista que no califique como obra protegida: la irrelevancia de la aparición de la obra entra en contraposición con el espacio escenográfico de una obra audiovisual, la aparición fortuita no invalida el concepto de comunicación pública, si la aparición de la obra de arte plástica fuera mínima igual califica como un uso patrimonial. Es necesario recordar que la obra se protege en todo o en parte.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido la teoría del acto aclarado, en aquellos casos que no es necesaria la solicitud de interpretación prejudicial. Uno de ellos establecido en el Proceso 391-IP-2022, consiste en si el juzgador cuenta con dudas ineludibles que se deducen de "la norma andina y que deben ser aclaradas (…)" (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2023, literal d del numeral 32).

La labor del Tribunal es significativa al darle contenido a las normas andinas; sin embargo, de conformidad con lo anterior, consideramos en términos respetuosos que Tribunal debe aclarar los criterios emitidos, ya que se configura el derecho patrimonial referenciado previamente. De seguir estos criterios, podrían ser trasladados a otro tipo de obras, con lo que cual podría implicar alguna vulneración. Tenga en cuenta el lector que el tratado, al referirse a la comunicación pública, no distingue si la misma es incidental o no.

Referencias bibliográficas

Antequera Parilli, R. y Ferreyros Castañeda, M. (1996). *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Perú Reporting.

Asociación Peruana de Autores y Compositores vs. Hotel San Remo S.R.L. (13 de junio de 2018). Tribunal de la Propiedad Intelectual de Indecopi, Resolución No. 1289-2018/TPI-INDECOPI.

Báez Jiménez, D. C. (2015). El plagio. Especial referencia a la obra cinematográfica. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (19), 113-166. https://doi.org/10.18601/16571959.n19.06.

Barrenechea, A. (2012). La aplicación del derecho de autor en las infracciones por Internet. En D. Lipszyc y R. Antequera Parilli (Coords.), *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías: ¿Intereses compatibles o contrapuestos? Homenaje a Carlos Alberto Villalba* (p.505). Instituto Autor. https://institutoautor.org/congreso-internacional/el-derecho-de-autor-y-los-derechos-conexos-ante-las-nuevas-tecnologias-intereses-compatibles-o-contrapuestos/

Barrenechea, A. (2017). Régimen de excepciones y limitaciones al Derecho de los autores. *Derecho & Sociedad*, (49), 55-64. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19877

Bedoya, R. y León Frías, I. (2016). *Ojos bien abiertos. El lenguaje de las imágenes en movimiento* (1.ª ed. digital). Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2013). Comentario al artículo 2.1 del Convenio de Berna. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Tecnos.

Carrancho Herrero, M. T. (2014). El concepto de obra plástica y la impresión en 3D. En I. Espín Alba (Coord.), *Propiedad intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*. Reus.

Citadines Betriebs GmbH y MPLC Deutschland GmbH (11 de abril de 2024). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta), asunto C-723/22.

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC]. Ley 29571 de 2010. 2 de setiembre de 2010.

Decreto Legislativo 822 de 1996. Ley sobre el Derecho de Autor. 24 de abril de 1996.

Decreto 765/2024 de 2024. Propiedad Intelectual. 27 de agosto de 2024.

Decreto Reglamentario 41223 / 1934 de 1934. Propiedad Intelectual. 3 de mayo de 1934.

De Freitas, E. (2007). Los derechos patrimoniales en el entorno digital. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, (3), 131-154. https://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario03/Art07/ANUARIO%20ANDINO%20ART07.pdf

Ficsor, M. (2014). El derecho de comunicación al público (y puesta a disposición del público) a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, *7*(14). https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAI_%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-13_v1_010613.pdf

Franco, J. T. (2015). *Escenografías notables: ¿puede un director de cine ser un buen arquitecto?* ArchDaily. https://www.archdaily.pe/pe/759702/8-imperdibles-de-cine-y-arquitectura-escenografias

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA) vs. GL (20 de junio de 2024). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), asunto C-135/23

González Gozalo, A. (2013). Comentarios al Convenio de Berna artículo 14 y artículo 14 bis. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*. Tecnos.

Home Box Office Inc. vs. Jordindustrias S.C.R.L. (1 de octubre de 2024). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi, Resolución No. 897-2024/TPI-INDECOPI.

Inter Artis Perú vs. Hotel Boca Ratón E.I.R.L (17 de julio de 2024). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi. Resolución No. 712-2024/TPI-INDECOPI.

Land Nordrhein-Westfalen y Dirk Renckhoff (7 de agosto de 2018). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), asunto C-161/17.

Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO; CERLALC; Zavalía

Maraví Contreras, A. (2010). *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor* (Cuaderno de Trabajo N° 16). Departamento Académico de Derecho PUCP. http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/CT16MARAVI.pdf

Mendis, D. y Ueno, T. (2025). "Mind the (virtual) gap": A critical analysis of UK and Japanese copyright exceptions relating to immersive environments and the metaverse. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, *56,* 1704-1733. https://doi.org/10.1007/s40319-025-01645-x

Michael Kelley vs. Morning Bee Inc. y Apple Inc. Case No. 1:21-cv-8420-GHW. Trial. (2023). United States District Court, Southern District of New York.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1980). *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*. OMPI.

Pacheco Chaparro, J. M. B. y Ortega Fajardo, S. V. (2025). El criterio incidental: la aparición incidental de obras y marcas en la industria audiovisual. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (39), 127–143. https://doi.org/10.18601/16571959.n39.05

Pumarino Mendoza, Andrés. (2019). Ex. Corte Suprema rechaza recurso de casación y confirma conde na a sociedad hotelera por vulnerar derechos de autor. *Derecho, Empresa y Tecnología*, (10). https://app.vlex.com/vid/ex-corte-suprema-rechaza-842598426

Rejanovinschi Talledo, M. (2017a). Una aproximación al derecho de participación en la reventa de obras. *Derecho & Sociedad*, (49), 65-75. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19878

Rejanovinschi Talledo, M. (2017b). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. En *Anuario de Investigación del CICAJ 2016*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Real Academia Española. *Enfocar*. Real Academia Española. Fecha de consulta: 10 de febrero de 2025. https://dle.rae.es/enfocar

Real Academia Española. *Incidental*. Real Academia Española. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2025. https://dle.rae.es/incidental

Resolución No. 04. Expediente No. 16204-2014. Civil. (2014). Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ruiz Rondán, J. D. (2024). Usos incidentales de obras artísticas dentro de obras audiovisuales. Comentario al fallo Massó vs. Caracol Televisión SA, sentencia 026 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, del 14 de mayo de 2024. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, (21), 479-488. https://doi.org/10.26422/RIPI.2024.2100.rui

Sganga, C. (2024). The past, present and future of EU copyright flexibilities. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, (55), 5-36. https://doi.org/10.1007/s40319-023-01413-9

Shkoukani, E. (2021). *Star Wars inside intel: The four sages of Dwartii*. StarWars.com. https://www.starwars.com/news/star-wars-inside-intel-the-four-sages-of-dwartii

Solórzano Solórzano, R. y Rejanovinschi Talledo, M. (2022). Museos virtuales y la necesidad de un nuevo límite o excepción al derecho patrimonial de autor. *Derecho PUCP*, (88), 235-263. https://doi.org/10.18800/derechopucp.202201.008

The Football Association Premier League Limited and Others vs. Panini UK Limited. Case No. A3/2002/2748. Appeal. (2003). Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2013, 16 de julio). Proceso 44-IP-2013. https://www.tribunalandino.org.ec/ips/Pr44ip2013.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2022, 15 de diciembre). Proceso 156-IP-2021. https://www.comunidadandina.org/normativa-files//uploads/156_IP_2021_a039083ffa.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2023, 13 de marzo). Proceso 391-IP-2022. https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/391_IP_2022.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024, 10 de julio). Proceso 256-IP-2021. https://www.comunidadandina.org/normativa-files/uploads/256_IP_2021_ec1d734a39.pdf

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024, 23 de enero). Proceso 135-IP-2020. https://www.comunidadandina.org/normativafiles//uploads/PROCESO_135_IP_2020_c6975cdd68.pdf

s et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veri

ius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

sius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritasius et veritas

Fernando Cantuarias Salaverry
Marta Gonzalo Quiroga
Alfredo Ferrante
Diana Correa Ángel
Roque J. Caivano
Natalia M. Ceballos Ríos
Francisco González de Cossío
Maria Fernanda Vásquez Palma
Julio César Rivera (h)
Héctor Campos-García
Santiago Talero Rueda
Cecilia O'Neill de la Fuente
Andrea Chumpitaz Ortiz
Rodrigo Hesse Martínez
Rodrigo Andrés Freitas Cabanillas
Lidia Alexandra Gallardo Vera
Ricardo Vásquez Urra
Daniel Brantes Ferreira
Elizaveta A. Gromova
Raffo Velásquez
Marta Blanco Carrasco
Mario Reggiardo Saavedra
Andrea Palacios Zárate
Augusto Dannon Alva
Sebastián Balvin Montalván
Moisés Rejanovinschi Talledo

ISSN 1995-2929
61
9 771995 292008

IUS ET VERITAS
Asociación integrada por estudiantes y egresados de la Facultad de Derecho de la PUCP
www.iusetveritas.com