THĒMIS

Revista de Derecho

Roque J. Caivano | Natalia M. Ceballos Ríos | Gilles Cuniberti | Manuel José Segovia González | Augusto Dannon Alva | Nicolás Daichi Yano Tsuha | Nicolás Jorge Serván Eyzaguirre | Geneviève Saumier | Billy Franco Arias | Małgorzata Judkiewicz | Jorge Alvarado Giraldo | Julio Olórtegui Huamán | Cecilia O'Neill de la Fuente | Melissa del Pino Yupari | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | Víctor Sueiro Varhen | Mario Reggiardo Saavedra | Álvaro Cuba Horna | Ana Isabel Blanco García | Christian Collantes Rojas | Rodrigo Rabines Matta | Fernando Berckemeyer Olaechea | Rodrigo Zamora Etcharren | Paola Aldrete Rivas | Santiago Oñate Yáñez | Adriana Lozano Cázares | Héctor Campos García | Gisèle Stephens-Chu | Camille Teynier | Katherine Waidhofer Ludeña | Paula Silva Longobardi | Valeria Moreno Machín | J. Eloy Anzola | Nicolás Alarcón Loayza | Andrés Talavera Cano | Andrés Álvarez Calderón Campos | Nicolás de la Flor Puccinelli | Matias Quiroz Arellano | Fabio Nuñez del Prado Chaves | Eugenia Simó García | Elena de Luis García, Huáscar Ezcurra Rivero | Daniel Masnjak Marín | Tatiana Herrada Sánchez | Javier Fernández-Samaniego | Gonzalo Hierro Viéitez | Yaiza Araque Moreno | Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Romina Santillán Santa Cruz

Segunda Época. Edición 77

Arbitraje
1965 - 2020

THĒMIS

Revista de Derecho

1965 - 2020

THĒMIS
desde 1965

77

© Asociación Civil THĒMIS, 2020
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

Editor: Luz Andrea Caycho Cáceres
Coordinadores: José Daniel Amado y Martin Doe
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Octubre 2020
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501152000440
THĒMIS-Revista de Derecho 76. ISSN: 1810-9934 (Impreso)
Año LVI - Número 77

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2020
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

PRESENTACIÓN

Nuestra disciplina posee como especial virtud una aptitud para abordar a través de sus distintas especialidades una compleja e incesante miríada de problemáticas, las cuales han sido elegidas y desarrolladas con avidez y sapiencia por las distintas generaciones de estudiantes editores, encargados de supervisar las entregas de THĒMIS-Revista de Derecho.

Continuando esta tradición, entregamos a la comunidad jurídica nuestra edición dedicada al Arbitraje destacando la dedicación e investigación que consolida la innegable calidad de cada uno de los artículos que la integran, así como expresando nuestro más sincero deseo de que la misma pueda continuar la difusión y expansión del conocimiento en esta importante rama de la práctica en nuestro país, así como fuera de sus fronteras.

Este medio de solución de controversias ha transformado el panorama legal de nuestro país, y con toda seguridad seguirá haciéndolo en los próximos años. Ella, sin embargo, no es una panacea y cuenta, como tantas otras áreas del derecho, con problemáticas y cuestiones latentes que los autores nacionales e internacionales de la presente edición han abordado a partir de sus investigaciones y su experiencia.

La organización de esta entrega busca destacar la diversidad de temas desarrollados a lo largo de las siguientes páginas. Siguiendo los pasos del proceso o *iter* arbitral, el lector encontrará trabajos referidos a la naturaleza y efectos del convenio arbitral; a la etapa de las actuaciones arbitrales; y, finalmente, a la deliberación de los méritos y argumentos presentados por las partes el laudo arbitral. Encontrará también artículos referidos al *case management*, esto es, a la gestión realizada por el tribunal o la institución arbitral para introducir medidas o técnicas que introduzcan eficiencia al proceso arbitral. La penúltima sección está dedicada a los trabajos referidos al arbitraje de inversiones y, finalmente, la última sección desarrolla los desafíos actuales en el arbitraje.

Este número resulta especialmente importante en el difícil panorama de la actual pandemia mundial. Mientras algunas cortes y juzgados se vieron obligados a paralizar sus actividades y cerrar sus sedes o establecimientos por varios meses, muchos tribunales arbitrales y litigantes de este medio continuaron, no sin complicaciones pero con gran dedicación, con sus actuaciones. Lo dedicamos a aquellos que no se dejaron amilanar por la adversidad.

Este volumen, el más extenso de nuestra publicación hasta la fecha, no solo es producto del férreo y sostenido esfuerzo invertido por los miembros del Consejo Ejecutivo, que permitieron la sofisticación de nuestro trabajo editorial. Se debe también a la confluencia de otros elementos, como la pormenorizada revisión realizada por destacados especialistas en la etapa de arbitraje a doble ciego (*double-blind peer review*) y la valiosa colaboración de nuestros coordinadores y asesor temático.

Invocamos el lema de nuestra consabida consigna no sin antes manifestar nuestros deseos de que nuestras futuras generaciones de editores continúen y mejoren el sendero labrado por nosotros y quienes nos precedieron: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, octubre de 2020

EL CONSEJO EJECUTIVO

Reseña sobre la Pintura

En esta oportunidad, THĒMIS-Revista de Derecho presenta como portada de su edición 77 al óleo de Heinrich Friedrich Füger (1751-1818) "La muerte de Julio César", c. 1815. Los numerosos documentos históricos que describen al César dan cuenta de su ambivalencia, pues fue para unos un sagaz y juicioso líder de la República romana, mientras para otros fue un cruento tirano ávido de poder. El asesinato de este dictador pervive como uno de los hechos más notorios y relevantes de la cultura romana, cuna de la civilización moderna. La composición de este lienzo escenifica este histórico magnicidio colocando como eje central a la suntuosa figura del César, sobre el cual gravita la atención de los enfurecidos senadores. Así, tanto la acción contenida de la turba como los vívidos y gravitantes colores de las vestiduras de los *liberatores* redirigen hábilmente la atención del observador hacia la dramática expresión del dictador. Julio César, colocado a los pies de sus asesinos, dirige evocativa y contemplativamente su mirada al vacío, apropiándose del punto de inflexión o de no retorno previo al curso de las acciones dirigidas a su apuñalamiento.

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2019-2

CONSEJO DIRECTIVO

Loana Huerta Hidalgo (Administración)
Axel Valverde Pariasca (Contenido)
Miluska Bobadilla Chancafe (Cursos & Capacitaciones)
Angélica Pretell Gómez (Desarrollo Social)
Laura Bravo Chagua (Imagen Institucional)
Jordi Sardá Paz (Publicaciones)
Jorge Chiang Belliki (Seminarios)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica
José Antonio del Risco Ramírez
Ana Calderón Torres
Juan Sergio Puicón Deza
Lucrecia González-Olaechea Dutari
Fanny Herrera Cevasco

Administración
Nicol Gaona Buitrón
Mariana Sequeiros Ugarte
Luis Felipe Cornejo Arenas

Contenido
Lucia Beatriz López Gallardo
Luz Andrea Caycho Cáceres
Sol María Guevara Ratto
Felipe Santa María Alcázar

Cursos & Capacitaciones
Luis Javier Montalva Capella
Gabriela de Olazával Aguilar

Desarrollo Social
Alejandra Aquije Cornejo
Denisse Paucar Laurencio

Financiamiento
Zuly Bolaños Enríquez
Cristian Zamora Dávila
Valeria Murrieta Noly
Francesca Ferruzo Matos

Imagen Institucional
Sergio Rodríguez Asencios
Ignacio Ruiz Valle
Renato Valdizán Cervantes
Joyce Vivas Huaccho
Alejandra Carrillo Ayala

Publicaciones
Henrry López Javier
Johanna Mosqueira Gonzales
Rodrigo Román Olarte
Juan Alberto Liu Sánchez

Recursos Humanos
Héctor Míñope Ferro
Alexa Laguna García

Seminarios
Rosa Villalón Orellana
Enzo Yturrizaga Aguirre
Alessandra Rocca Rodríguez

CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)
César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
www.themis.pe

THĒMIS - Revista de Derecho 77

Editor General
Luz Andrea Caycho Cáceres, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho
Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú
Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú
Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú
José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia
Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia
Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia
Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España
Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia
René Provost, McGill University, Canadá
Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España
Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos
Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos
Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Neves Mujica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos
George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos

Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Axel Valverde Pariasca, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Lucia Beatriz López Gallardo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Sol María Guevara Ratto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Lilian Raquel Cánepa Yufra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Santiago Garnica Franco, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Joaquín Alejandro Mejía Cacho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

ÍNDICE 77

TEMA CENTRAL: Arbitraje

Naturaleza y efectos del convenio arbitral

Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos 15
El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina
The Kompetenz-Kompetenz Principle Revisited in Light of the Argentinian International Commercial Arbitration Law

Gilles Cuniberti y Manuel José Segovia González 35
Choice of Law in Latin American Arbitration: Some Empirical Evidence and Reflections on the Latin American Market for Contracts
Elección de derecho en el arbitraje latinoamericano: conocimiento empírico y reflexiones sobre el mercado de contratos en Latinoamérica

Augusto Dannon Alva 59
Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú
An Approach to Asymmetric Arbitration Agreements: Intuitions About Its Legal Treatment in Peru

Nicolás Daichi Yano Tsuha y Nicolás Jorge Serván Eyzaguirre 99
El gran dilema: el problema de las cláusulas escalonadas en el Perú
The great dilemma: the problem with multi-tiered clauses in Peru

Geneviève Saumier 111
Uniformity and Diversity in the Enforcement of Arbitration Clauses in Canada
Uniformidad y diversidad en la ejecución de las cláusulas arbitrales en Canadá

Actuaciones arbitrales

Billy Franco Arias 123
La determinación de los honorarios arbitrales
Calculation of Arbitrators' Fees

Małgorzata Judkiewicz 147
La responsabilidad de los árbitros por los incumplimientos de sus obligaciones en el arbitraje
Civil Liability of Arbitrators for the Breach of Their Obligations in Arbitration

Jorge Alvarado Giraldo y Julio Olórtegui Huamán 161
El consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas
Implied Consent from Arbitral Jurisprudence: Commentaries to the First Section of Article 14 of the Peruvian Arbitration Law and Some Other Related Remarks

Cecilia O'Neill de la Fuente y Melissa del Pino Yupari 189
Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú
Arbitration and Legitimate Third Parties in the Challenge of Corporate Agreements in Peru

Alejandra Quintanilla Gutiérrez 203
¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo
Is There a Piercing of the Jurisdictional Veil? The Piercing of the Corporate Veil as an Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories and as a Remedy for the Merits

Víctor Sueiro Varhen 217
Arbitraje comercial internacional y tutela cautelar: colaboración entre jueces y árbitros en la adopción y reconocimiento de medidas cautelares internacionales
International Commercial Arbitration and Precautionary Protection: The Collaboration Between Judges and Arbitrators in the Adoption and Recognition of International Precautionary Measures

Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna 233
Las medidas antiproceso en el arbitraje peruano
Anti-suit Injunctions in Peruvian Arbitration

Ana Isabel Blanco García 253
Árbitro de emergencia: el refuerzo de la tutela cautelar (*ante causam*) en el arbitraje institucional
Emergency Arbitrator: The Reinforcement of Precautionary Protection (Ante Causam) in Institutional Arbitration

Christian Collantes Rojas 265
"No utilizar en caso de emergencia": cinco patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano
"Do Not Use in Case of Emergency": Five Underlying Pathologies in the Peruvian Emergency Arbitrator Proceeding

Rodrigo Rabines Matta 285
¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano
The Righteous paying for the Sinners? Analyzing the Amendments to the Arbitration Rules Against the Peruvian State

Deliberación y laudos arbitrales

Fernando Berckemeyer Olaechea 303
Al calor de un disenso
In the Heat of Dissent

Rodrigo Zamora Etcharren, Paola Aldrete Rivas, Santiago Oñate Yáñez y Adriana Lozano Cázares 315
Publicidad de laudos arbitrales en el arbitraje comercial: ordenando la discusión
Publication of Arbitral Awards in Commercial Arbitration: Ordering the Discussion

Héctor Campos García 331
Apuntes respecto de la validez de los acuerdos procesales que condicionan el acceso a la anulación de laudo a la constitución de una garantía en el ordenamiento jurídico peruano
Notes on the Validity of the Procedural Agreements that Condition Access to the Annulment of the Arbitral Award to the Constitution of a Guarantee in the Peruvian Legal System

Case management

Gisèle Stephens-Chu y Camille Teynier 367
The Contribution of the Prague Rules to Promoting Efficiency in International Arbitration
La contribución de las Reglas de Praga a la promoción de la eficiencia en el arbitraje internacional

Katherine Waidhofer Ludeña 379
Opinión experta en arbitraje de construcción: deberes y responsabilidad profesional de los peritos
Expert Opinion in Construction Disputes: Duties and Professional Liability of Experts

Paula Silva Longobardi y Valeria Moreno Machín 395
¿La rapidez o la flexibilidad?: Un análisis económico de la ampliación de plazos en el arbitraje
Speed or Flexibility? An Economic Analysis of the Extension of Deadlines in Arbitration

Arbitraje de inversiones

J. Eloy Anzola 409
La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela
Dual Nationality of Individuals in Venezuelan Investment Arbitration

Nicolás Alarcón Loayza 429
Repensando el requisito de legalidad en el arbitraje internacional de inversión
Rethinking the Legality Requirement in International Investment Arbitration

Andrés Talavera Cano 447
Bear Creek V. Peru and the Legality of the Investment as a (Implied) Requirement for the Investment Arbitration Tribunal's Exercise of Jurisdiction
Bear Creek c. Perú y la legalidad de la inversión como un requisito (implícito) para el ejercicio de la jurisdicción del tribunal arbitral de inversiones

Andrés Álvarez-Calderón Campos 457
Corrupción en arbitraje internacional de inversiones: ¿es un peligro o un salvavidas para países en desarrollo?
Corruption in International Investment Arbitration: Is It a Danger or a Lifesaver for Developing Countries?

Nicolás de la Flor Puccinelli y Matías Quiroz Arellano 467
Importando paraguas: las cláusulas de Nación Más Favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión
Importing umbrellas: Most-Favored-Nation Clauses and Umbrella Clauses in Investment Arbitration

Fabio Núñez del Prado Chaves y Eugenia Simó García 485
Relaciones tóxicas: la insoportable tensión entre las cláusulas de estabilización, la soberanía estatal y los Derechos Humanos bajo el derecho internacional
Toxic Relationships: The Unbearable Tension Between Stabilization Clauses, State Sovereignty and Human Rights under International Law

Elena de Luis García 505
Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos
Arbitration for Environmental Disputes: A Human Rights Approach

Desafíos actuales en el arbitraje

Huáscar Ezcurra Rivero y Daniel Masnjak Marín 517
Pongamos a competir a las instituciones arbitrales: a favor del escrutinio de laudos en el Perú
Let's Put Arbitral Institutions to Compete: In Favor of the Award Scrutiny Process in Peru

Tatiana Herrada Sánchez 531
¿Más mujeres árbitros?: La equidad de género en los tribunales arbitrales
More Female Arbitrators? Gender Equality in Arbitral Tribunals

Javier Fernández-Samaniego, Gonzalo Hierro Viéitez y Yaiza Araque Moreno 547
Ciberseguridad y arbitraje internacional: el Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional del ICCA, el NYC Bar y el CPR (Edición 2020)
Cybersecurity and International Arbitration: ICCA – NYC Bar – CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020 Edition)

MISCELÁNEAS

Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón 561
La valorización de acciones en el ejercicio del derecho de separación de accionistas en una sociedad anónima
The Valuation of Shares in the Exercise of the Right of Separation in a Stock Corporation

Lucía Rodrigo Rohrhirsch 579
El Aporte por Regulación a favor del OEFA bajo la lupa: ¿transgresión al principio de no confiscatoriedad?
The Regulatory Fee in Favor of the OEFA Under Scrutiny: Transgressing the Non-Confiscation Taxation Principle?

Romina Viviana Santillán Santa Cruz 591
Gestión de los bienes propios en la sociedad de gananciales: una visión crítica
Management of Personal Property in the Community of Property: A Critical View

Coordinadores Generales

José Daniel Amado

Abogado graduado con honores por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), es Master of Laws (LL.M.) por la Escuela de Derecho de Harvard, donde obtuvo el Premio Laylin en Derecho Internacional. Socio fundador de Miranda & Amado, inició su carrera de abogado en Wilmer, Cutler & Pickering en Washington D.C. Ha ocupado distintos cargos en el Gobierno peruano, entre ellos secretario general de la Presidencia del Consejo de Ministros y jefe del Gabinete del Primer Ministro. Actualmente es presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de AmCham Perú.

En el plano académico, Amado es profesor de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la PUCP desde hace varios años. Ha sido Visiting Fellow y Visiting Scholar del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional y del Centro de Estudios Latinoamericanos, Cambridge, y Scholar-in-Residence en Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr.

Es exeditor general de THĒMIS-Revista de Derecho.

Graduated from Pontifical Catholic University of Peru (PUCP), Amado holds an LL.M. from Harvard Law School, where he was awarded the Laylin Prize of International Law. He held official roles within the Peruvian Government as the Secretary-General of the Presidency of the Council of Ministers and the Chief of Advisors to the Prime Minister. Founding partner of Miranda & Amado, he began his legal career at Wilmer, Cutler & Pickering in Washington D. C.. He is presently chair of the International Court of Arbitration of AMCHAM Peru.

In the academic field, Amado has taught Domestic and International Commercial Arbitration at PUCP for several years. He has been a Visiting Fellow and a Visiting Scholar at the Lauterpacht Centre for International Law and the Centre of Latin American Studies, Cambridge, as well as a Scholar-in-Residence with Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr in London.

He is a former Editor-in-Chief of THĒMIS-Law Review.

Martin Doe

Graduado por la Universidad de McGill tanto en common law como derecho civil, es miembro admitido del Barreau du Québec, el New York State Bar y el Chartered Institute of Arbitrators.

Doe es consejero jurídico sénior de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de La Haya, donde ha trabajado en la resolución de muchos de los arbitrajes comerciales, de inversiones e interestatales de mayor magnitud, y especialmente los casos de América Latina y la Península Ibérica. Además, lidera el trabajo del organismo en relación con temas de cambio climático, "empresas y derechos humanos", la reforma del sistema de resolución de controversias de inversiones y la armonización de las leyes de comercio y arbitraje.

A McGill University graduate in both civil and common law, he is a member of the Barreau du Québec, the New York State Bar and the Chartered Institute of Arbitrators.

Doe is Senior Legal Counsel at the Permanent Court of Arbitration (PCA) in The Hague, where he has worked on some of the largest and most complex inter-State, investor-State, and commercial proceedings, in particular those involving Latin American and Iberian parties. Doe also leads the work of the organization on such matters as climate change, business and human rights, investor-State dispute settlement reform, and the legal harmonization of arbitration and commercial laws.

Asesor Temático

Fabio Núñez Del Prado

Graduado con honores por la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Master of Laws (LL.M.) por la Escuela de Derecho de Yale. Ha sido pasante en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París y en Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr, Londres, así como asociado en el área de arbitraje internacional de Uría Menéndez en Madrid. Actualmente, es asociado de Clifford Chance LLP, en Washington D.C.

En los últimos años, Núñez del Prado ha sido profesor de Resolución de Conflictos y Derecho Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Carlos III de Madrid, respectivamente. Es también autor de varios artículos en revistas especializadas y ha publicado tres libros sobre arbitraje y sistema de justicia.

Es exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS.

Graduated with honors from Pontifical Catholic University of Peru, he holds an LL.M. from Yale Law School. He has also been an Intern at the ICC International Court of Arbitration and at the London office of Wilmer Cutler Pickering Hale & Dorr, before joining the International Arbitration area of Uría Menéndez in Madrid as an associate. He is currently an international associate at the Washington D.C. office of Clifford Chance LLP.

In recent years, Núñez del Prado has taught Alternative Dispute Resolution and Arbitration at the Pontifical Catholic University of Peru and the Carlos III University of Madrid, respectively. He is also an author of several articles in specialized journals and has published three books.

He is a former Member of the Directive Board of THEMIS.

ARBITRAJE

10.18800/themis.202001.001

EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ, REVISITADO A LA LUZ DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ARGENTINA

THE KOMPETENZ-KOMPETENZ PRINCIPLE REVISITED IN THE LIGHT OF THE ARGENTINA'S INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION LAW

Roque J. Caivano*
Universidad de Buenos Aires
Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires

Natalia M. Ceballos Ríos**
Universidad Austral de Buenos Aires
Árbitro independiente

As one of the pillars of international arbitration, the doctrine of kompetenz-kompetenz has a dual function. In a positive sense, it represents the recognition of the existence of an arbitral jurisdiction founded on the parties' agreement and thus the power of any arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction when challenged. In its negative sense, the principle acknowledges the arbitrators' power to be the first judge to consider and decide on the said jurisdiction when resolving a dispute.

In this article, the authors recapitulate the kompetenz-kompetenz principle under the light of the recently promulgated Argentina's International Commercial Arbitration Law, emphasizing its various nuances, which sometimes occur unnoticed by national courts. The aim is understanding, through a logic and practical standpoint, the reasonable and balanced distribution between arbitral and judicial roles when the principle is exercised.

Keywords: Kompetenz-kompetenz principle; arbitral jurisdiction; declinatory form; inhibitory form; national courts.

Como uno de los pilares del arbitraje internacional, la doctrina kompetenz-kompetenz tiene una función dual. En un sentido positivo, representa el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción arbitral que se funda en el acuerdo de las partes y, en consecuencia, el poder de cualquier tribunal para decidir sobre su propia jurisdicción cuando esta es cuestionada. En su sentido negativo, el principio reconoce el poder de los árbitros de ser los primeros jueces que evalúen y decidan sobre su jurisdicción.

En este artículo, los autores recapitulan el mencionado principio dentro de la recientemente promulgada Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, colocando énfasis en sus múltiples matices, que en ocasiones pasan inadvertidos por los tribunales estatales. El propósito es comprender, mediante la lógica y utilidad práctica del principio, la distribución razonable y equilibrada de los roles entre la justicia arbitral y judicial.

Palabras clave: Principio kompetenz-kompetenz; jurisdicción arbitral; forma declinatoria; forma inhibitoria; sede judicial.

* Árbitro. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Profesor de las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella. Gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Contacto: Roque.Caivano@cabc.com.ar.

** Árbitro. Máster en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Americana de Asunción y el IDE-CESEM Business School, con estudios de especialización por la American University, Washington College of Law. Profesora de la Universidad Austral de Buenos Aires. Directora de la Competencia Internacional de Arbitraje. Árbitro independiente (Buenos Aires, Argentina). Contacto: natceballosrios@gmail.com.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 1 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 25 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2018, Argentina sancionó la Ley 27.449 (en adelante, LACI) que regula el arbitraje comercial internacional. La referida norma está sustancialmente basada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) (luego de su actualización en 2006). En ese sentido, dado que la LACI reproduce con exactitud el texto de la referida Ley Modelo, las consideraciones que se viertan y el análisis que se realice en el presente trabajo, serán perfectamente aplicables a cualquier legislación que haya recogido el principio *kompetenz-kompetenz* en los términos de la Ley Modelo.

La Ley de Arbitraje peruana también está basada en la Ley Modelo. No obstante, con relación al tema objeto de este trabajo, contiene algunas soluciones parcialmente diferentes a la LACI, que identificaremos a efectos de ofrecer también un examen comparativo[1].

El artículo 35 de la LACI, idéntico al artículo 16.1 de la Ley Modelo, contiene la formulación general del principio al expresar que "el tribunal arbitral está facultado para decidir lo referente a su propia competencia, inclusive, sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje" (2018). En el más elemental de sus efectos, esta regla supone reconocer a los árbitros facultades para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción. Dado que las objeciones a la jurisdicción de un tribunal arbitral no pueden basarse más que en un cuestionamiento a la existencia, a la validez[2], o al alcance del convenio arbitral; el principio *kompetenz-kompetenz* implica que el tribunal arbitral tiene la atribución de analizar y decidir si el convenio arbitral que se invoca existe y es válido, si es oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son aquellas comprendidas en ese acuerdo.

A través del principio *kompetenz-kompetenz* se procura impedir la sustracción prematura de la jurisdicción arbitral y la remisión de la causa a sede judicial, muchas veces propiciada por alguna de las partes que –a pesar de haberlo convenido al contratar– por razones tácticas buscan luego, cuando el conflicto se ha presentado, huir del arbitraje (Llain Arenilla, 2014, pp. 143 y ss.). Coincidimos con Gaillard, en que el principio no es neutral; es decir, está específicamente destinado a proteger al arbitraje de su intrínseca fragilidad: como la jurisdicción de los árbitros descansa en la voluntad de las partes, es más fácil sabotear la competencia de un tribunal arbitral que la de uno judicial, porque bastaría con argumentar que, al nacer aquella de un acuerdo, los árbitros no están facultados para pronunciarse sobre ningún punto mientras la existencia, validez y exigibilidad del acuerdo arbitral, del que derivan su competencia, no estén definitivamente establecidas (2010, pp. 100-110).

El principio *kompetenz-kompetenz* busca erradicar la creencia de que los árbitros no pueden resolver los cuestionamientos de su propia competencia porque, al estar esa misma competencia en tela de juicio, es necesario que un tribunal judicial la confirme, como paso previo a cualquier otra decisión. Bajo esa concepción, el solo cuestionamiento a su competencia impedía a los árbitros decidir la cuestión y derivaba en una forzosa remisión del caso a un tribunal judicial. Cabe resaltar que, históricamente, se consideraba que solo un tribunal judicial era capaz de determinar la existencia y la extensión de los poderes de los árbitros, porque no era dable a estos pronunciarse sobre aquello que estaba siendo cuestionado. En otras palabras, para poder decidir sobre su competencia, tenerla era una condición previa, y, si una de las partes objetaba esa tenencia, era un contrasentido permitir que los propios árbitros se pronunciaran.

II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE SUS EFECTOS Y ALCANCE

En su efecto básico, el principio *kompetenz-kompetenz* rompe con la línea de razonamiento referente a la competencia del tribunal judicial y, sencillamente, autoriza de modo expreso a los árbitros a decidir sobre el alcance de su propia competencia, garantizando que la afirmación que realice alguna de las partes acerca de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral no producirá inexorablemente la parálisis del procedimiento arbitral y la judicialización del caso (Silva Romero, 2005, p. 581). Esta judicialización frustraría la intención

[1] Para un análisis comparativo general entre la ley argentina y la peruana, véanse a Caivano y Ceballos Ríos (2019).

[2] Comprendemos dentro de este término las cuestiones relativas a la arbitrabilidad, pues, en definitiva, la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes, sino que su objeto debe ser susceptible de ser resuelto mediante arbitraje; emerge, pues, como una condición legal de la validez del convenio arbitral y, por consiguiente, de la competencia de los árbitros (Fernández Rozas, 2019). Véase a Caivano (2011a).

común de las partes al convenir el sometimiento a arbitraje, que es precisamente evitar la intervención de un tribunal judicial[3]. En definitiva, lo que busca el principio es evitar que una de las partes pueda paralizar o suspender fácilmente el procedimiento arbitral con el solo expediente de negarle competencia a los árbitros (Vásquez Palma, 1981, pp. 181-196).

Este efecto, que suele calificarse como el efecto **positivo** del principio, consiste en facultar a los árbitros a decidir sobre su propia jurisdicción, impide que caigan en alguna inconsistencia lógica. Ahora bien, la primera inconsistencia que se evita es la de resolver, precisamente, sobre aquello que una de las partes cuestiona, cuando de ese convenio depende su facultad de juzgar; tómese como ejemplo la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Si bien es cierto que en la mayoría de los sistemas procesales son los propios jueces quienes deciden sobre su propia competencia, la situación de los árbitros no es exactamente igual, porque su autoridad para juzgar no proviene de la ley, sino de un acuerdo de voluntades. Y si la existencia, la validez, la exigibilidad o el alcance de ese acuerdo es lo que está siendo disputado, la utilidad de la norma legal que establece el principio *kompetenz-kompetenz* luce más evidente: de ese modo se asegura que, aun cuando se haya objetado la fuente misma de la que surge su potestad jurisdiccional, los árbitros podrán pronunciarse sobre ella. Por otro lado, la segunda inconsistencia lógica que se evita con el principio es que el tribunal arbitral puede declarar su incompetencia, sin que esa decisión se **autoanule** por falta de competencia[4].

Pero el principio cuenta con otro efecto, denominado **negativo,** e implica que los tribunales judiciales están temporalmente impedidos de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral[5]. Este efecto es la contrapartida lógica de la habilitación para que los árbitros resuelvan esas cuestiones, pues si este no fuera reconocido, de poco serviría el efecto positivo (Gaillard, 2002, p. 27).

De cualquier manera, el principio *kompetenz-kompetenz* no otorga a los árbitros el poder total para resolver el planteo de incompetencia. Como se explicará más adelante, esa decisión de los árbitros es siempre revisable judicialmente, por lo que el Poder Judicial se reserva el rol de **autoridad final** en el juzgamiento de la jurisdicción arbitral. El principio no convierte a los árbitros en jueces únicos o finales de su propia competencia. Solo precisa el momento en que cada uno puede pronunciarse sobre la jurisdicción arbitral: los árbitros en primera instancia y los tribunales judiciales revisando esa decisión. Lo que se intenta, en esencia, es conciliar el propósito de resolver en una instancia privada los conflictos surgidos entre las partes, con la necesidad de que exista una supervisión judicial. Y ese propósito se cumple reconociendo a los árbitros la facultad de decidir, pero subordinando esa decisión a una instancia de revisión judicial.

Como explica autorizada doctrina, mediante el principio *kompetenz-kompetenz* se logra que la justicia arbitral tenga "prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje" (Figueroa Valdés, 2014, p. 32). Ello, conforme a Silva Romero, significa que

> los árbitros no serían los únicos autorizados para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral sino, más bien, tendrían la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, dichas controversias dentro del marco del procedimiento arbitral, y la justicia estatal tan solo podría revisar la decisión arbitral sobre la competencia (arbitral) en un momento ulterior [...] Así, el principio '*compétence-compétence*' establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea, como lo sugería su significado de origen, una regla de competencia (2005, p. 580).

El alcance que atribuimos al principio es también predicable en el Perú, aun cuando la Ley de Arbitraje, en su artículo 41.1, dispone literalmente que el tribunal arbitral es el **único** competente para decidir sobre su propia competencia (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esta expresión parece estar más destinada a enfatizar la regla, que a dar a los árbitros facultades exclusivas para decidir sobre su

[3] Recuérdese que el objetivo que las partes buscan al pactar el arbitraje es resolver sus controversias al margen del Poder Judicial (Caivano, 2008, p. 21), y que ese es uno de los efectos del convenio arbitral, en tanto elimina el derecho de las partes a recurrir a los tribunales judiciales (Carbonneau, 2003, pp. 1189-1231).

[4] Este principio, según Fouchard, Gaillard y Goldman, permite a los árbitros decidir que un acuerdo arbitral es inválido y dictar un laudo declarando que ellos carecen de jurisdicción, sin contradecirse a sí mismos (1996, p. 414) [traducción libre].

[5] El impedimento, como veremos, es temporal. Lo que no pueden los tribunales judiciales es decidir en primera instancia. Su intervención es reservada –y en términos imperativos– para revisar la decisión de los árbitros.

competencia. Porque, de cualquier forma, la ley consagra expresamente la revisión judicial de la decisión, cualquiera sea el sentido de ella y el momento en que se adopta. Por su parte, el artículo 41.4 habilita el recurso al Poder Judicial cuando el tribunal arbitral se declara competente[6], y el numeral siguiente regula la revisión judicial de la decisión mediante la cual el tribunal arbitral se declara incompetente[7].

III. EL FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* SEGÚN LA SEDE Y LA FORMA PROCESAL EN QUE SE CUESTIONA LA COMPETENCIA ARBITRAL

Los dos efectos del principio *kompetenz-kompetenz* que hemos descrito, tanto positivo como negativo, parten de la misma lógica y cumplen el mismo propósito: permitir que los árbitros decidan inicialmente sobre su propia competencia. Sin embargo, su funcionamiento difiere según el contexto procesal.

Para mayor claridad de lo que se dirá en este capítulo, conviene recordar que los códigos procesales admiten dos formas de objetar la competencia de un tribunal: declinatoria e inhibitoria. La primera se produce cuando la parte que es demandada ante un juez que considera incompetente, se presenta ante ese mismo juez y le pide que se declare incompetente; en otras palabras, se solicita que **decline** su propia jurisdicción[8]. La inhibitoria, en cambio, se produce cuando esa misma parte[9], en lugar de pedirle al mismo tribunal que decline su competencia, acude ante el tribunal que en su opinión es el competente y le pide que exhorte al otro a apartarse del caso, que se **inhiba** de intervenir.

Tanto en la forma declinatoria como en la inhibitoria, el tribunal ante el que esa parte es demandada recibe un planteo de incompetencia. Únicamente cambia el vehículo a través del cual ese planteo se introduce al proceso: en el primer caso, el pedido lo hace el propio interesado; en el segundo, lo hace otro tribunal, aquel que el demandado considera competente, en su nombre. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, la parte persigue el mismo propósito: evitar tener que litigar ante un tribunal que considera incompetente. Y también es idéntico el efecto del planteo frente al tribunal reputado incompetente: le permite (más bien, lo obliga a) emitir un pronunciamiento sobre su propia competencia. En otras palabras, no importa quién se lo pida, el tribunal cuya competencia es cuestionada, podrá (más bien, deberá) decidir si es competente o no.

Lo que también varía, según la forma en que la cuestión se plantee, es quién determina finalmente cuál es el tribunal competente. Por un lado, en la declinatoria, la decisión del juez de primera instancia sea que acoja o que desestime el planteo de incompetencia, normalmente es recurrible ante la segunda instancia. Mientras que en la inhibitoria al producirse una contienda de competencia entre dos tribunales que estiman ser ambos competentes, habrá de intervenir una instancia superior para dirimirla[8].

Trasladando estas premisas al arbitraje, tenemos que la controversia entre una parte que afirma la jurisdicción arbitral y otra que la contradice puede darse en situaciones diversas: (i) una parte inicia un arbitraje y el demandado objeta la jurisdicción arbitral o (ii) una parte promueve una acción judicial y el demandado objeta la jurisdicción judicial sobre la base del el convenio arbitral y pretende la remisión del caso a arbitraje. Al menos en el primer caso, el cuestionamiento, a su vez, puede hacerse por la vía declinatoria o inhibitoria. Esto, da como resultado tres posibles situaciones: un planteo de declinatoria en sede arbitral, un planteo de inhibitoria en sede judicial (para cuestionar la jurisdic-

---

6 Artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje del Perú:

> 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 solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo (Decreto Legislativo 1071, 2008).

7 Artículo 41.5 de la Ley de Arbitraje del Perú:

> Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará 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 decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia (Decreto Legislativo 1071, 2008).

8 En el derecho argentino, las contiendas de competencia entre jueces son dirimidas por el superior jerárquico **común a ambos** y, en caso de no tener un mismo tribunal jerárquicamente superior, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el derecho peruano, la contienda de competencia que se produce entre jueces civiles del mismo distrito judicial, la dirime la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; en los demás casos, la Sala Civil de la Corte Suprema, tal como indica el Código Procesal Civil en su artículo 43.

9 La que ha sido demandada ante un juez que considera incompetente.

ción arbitral), y un planteo de declinatoria en sede judicial (para hacer valer la jurisdicción arbitral).

Analizaremos seguidamente cómo opera el principio *kompetenz-kompetenz* en cada uno de estos escenarios.

A. Declinatoria en sede arbitral (excepción de incompetencia)

En el primer escenario una parte inicia un arbitraje y el demandado se presenta al arbitraje discutiendo, ante los mismos árbitros, la jurisdicción arbitral. En esta situación, cualquiera sea la causa por la que el demandado pretenda excluir la intervención de los árbitros, es de aplicación la primera parte del artículo 35 de LACI que expresa el efecto positivo del principio: "el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia" (2018). Como hemos anticipado, la objeción jurisdiccional puede estar fundada en motivos diferentes, aunque todos se subsumen en controvertir la existencia, la validez o el alcance del convenio arbitral. Y el principio se aplica sin importar cuál se haya invocado.

Si la objeción consiste en disputar el alcance del convenio arbitral[11], la justificación del principio es más evidente: el demandado no niega que se haya pactado el sometimiento a arbitraje, ni cuestiona la validez del convenio arbitral; lo que alega es que se pactó para otras cuestiones o entre otras personas. Aun sin el principio *kompetenz-kompetenz*, el tribunal arbitral tendría facultades para decidir, porque no se objeta tanto la **existencia** de sus atribuciones jurisdiccionales cuanto **su extensión** (material o personal). Si, como consecuencia de un convenio arbitral válido, el árbitro adquirió la condición de juez, está en la misma situación que un magistrado judicial: genéricamente puede juzgar, pero es dudoso si puede hacerlo respecto de esas partes y/o de esas pretensiones. Y es sabido que, en esas mismas condiciones, un tribunal judicial es competente para decidir sobre la extensión de sus poderes jurisdiccionales.

Pero los árbitros pueden igualmente decidir sobre su competencia si la oposición se funda en la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. El párrafo primero del artículo 35 de la LACI dispone que aquellos están facultados para decidir acerca de su propia competencia "incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje" (2018). Y pueden hacerlo cualquiera sea la causa por la que se alegue la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Como se sabe, el cuestionamiento de la existencia o validez del convenio arbitral puede estar fundado en la inexistencia o invalidez del contrato en el que aquel está contenido, o puede hacerse, de manera específica, a la existencia o validez del convenio arbitral. En el primer caso, el tribunal arbitral debe examinar el convenio arbitral separadamente del contrato, en virtud del principio de la separabilidad que implica que, conforme al párrafo 2 del artículo 35 de la LACI, "una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato" (2018)[12]. En consecuencia, y más importante aún, los árbitros serán igualmente competentes para decidir sobre las objeciones que se les planteen, aun cuando ellas se basen directamente en la inexistencia o en la nulidad del convenio arbitral.

La objeción jurisdiccional debe articularse como excepción o defensa dentro del proceso arbitral. Y debe hacerse en forma temporánea. Sin perjuicio de lo que pueda prever el reglamento al que las partes se hubieran sometido, y de la facultad del tribunal de admitirla ulteriormente[13], el artículo 36 de la LACI –idéntico al artículo 16.2 de la Ley Modelo– dispone que este planteo debe hacerse "a más tardar en el momento de presentar **la contestación**" (2018) [el énfasis es nuestro]. No obstante, como la ley no aclara a qué **contestación** se refiere, es necesario establecer algunas precisiones.

Un proceso arbitral normalmente no se inicia con una **demanda** tal como es entendida en los procedimientos judiciales, sino con un requerimiento de someter ciertas controversias al arbitraje, usualmente denominado solicitud de arbitraje, que contiene en forma esquemática los elementos constitutivos del proceso[14]. En todo caso, el acto procesal que podría ser equivalente a una deman-

[11] En este caso, el demandado alegaría que el arbitraje fue pactado para resolver controversias distintas de las que forman parte de las pretensiones del demandante, o entre personas distintas de aquellas que son o pretenden ser parte del proceso.

[12] De esta forma, tal y como señala Caivano, la inexistencia o la invalidez de la relación jurídica sustantiva no inciden, necesariamente, sobre el convenio arbitral (2011c, pp. 285-314).

[13] De conformidad con el último párrafo del artículo 36, el tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora (Ley 27.449, 2018).

[14] Quién es el demandante, quién es el demandado, cuál es la relación jurídica de la cual surgen las controversias que se proponen llevar a arbitraje, una somera descripción de esas controversias y una enunciación de cuáles serían, *prima facie*, las pretensiones que se deducirán.

da judicial, generalmente denominado **memoria de demanda**[15], se realiza más adelante, una vez constituido el tribunal arbitral y en la oportunidad que, previa discusión con las partes, fija el propio tribunal. Además de su contenido, la solicitud de arbitraje y la demanda difieren en que, al momento de producirse el primero, todavía no existe tribunal arbitral[16], mientras que el segundo se presenta directamente al tribunal.

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI (2013) permite ilustrar lo que decimos. Por un lado, como se estipula en el artículo 3.3, el acto con el que se inicia el arbitraje es la **notificación de arbitraje**, que la parte demandante debe dirigir a aquella que se propone demandar, y que, como señala el artículo 3.3, contiene la información básica para que quien la reciba pueda conocer el objeto del arbitraje. Consiguientemente, tal como se indica en el artículo 17.2, una vez que los árbitros designados aceptaron el cargo, el propio tribunal arbitral, luego de escuchar a las partes, fija el **calendario provisional del arbitraje**. Uno de los hitos que debe establecer el calendario es, precisamente, el plazo para que el demandante presente la demanda. De ahí que, el reglamento de la CNUDMI prevea que "dentro del plazo que determine el tribunal arbitral" (2013), y siguiendo lo señalado por el artículo 20.1, el demandante deberá presentar el **escrito de demanda**; demanda que será contestada por el demandado dentro del plazo que hubiera determinado el tribunal (artículo 21.1).

Dada la lógica de la declinatoria, entendemos que la objeción que el demandado tenga respecto de la jurisdicción arbitral debe plantearse al contestar la solicitud o notificación de arbitraje, y no esperar a contestar la demanda o la memoria de demanda. A modo de ejemplo, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI dispone expresamente, en su artículo 4 párrafo 2a, que la "excepción de incompetencia oponible al tribunal arbitral que se vaya a constituir" debe deducirse de la contestación a la notificación del arbitraje, y no de la contestación del escrito de demanda (2013).

La deducción de la objeción al contestar la solicitud de arbitraje se justifica para evitar que el demandado consienta la jurisdicción arbitral, y se explica porque el convenio arbitral implica prorrogar la competencia de un tribunal judicial –que, conforme la ley, habría sido competente, a favor de un tribunal arbitral. Cabe recordar que los códigos procesales disponen que la competencia de un juez se entenderá consentida o prorrogada tácitamente a su favor si el demandado omite deducir la excepción de incompetencia en la **primera oportunidad procesal**[17]. De la misma forma, la LACI también contiene una norma que podría implicar un consentimiento tácito a la jurisdicción arbitral si la objeción no se deduce al contestar la solicitud de arbitraje: el artículo 11, que reproduce el artículo 4 de la Ley Modelo, establece lo siguiente:

> Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción dentro de los veinte días siguientes, ha renunciado a su derecho a objetar (2018).

En el momento en que debe plantearse, la objeción jurisdiccional no necesita ser total y completamente fundada al deducir la excepción. Basta con que el demandado la introduzca en términos inequívocos, aunque no desarrolle en ese momento la totalidad de los argumentos de hecho y de derecho en que se funde. En la práctica, una vez constituido, el tribunal arbitral dispondrá que se produzca un intercambio de escritos, dando a ambas partes la oportunidad de desplegar íntegramente sus defensas.

Para preservar el derecho de todas las partes a designar árbitros, el artículo 36 de la LACI aclara que "las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación" (2018). Con esta aclaración, la norma busca evitar que una parte se vea privada de ese derecho por el solo hecho de cuestionar la jurisdicción arbitral. Como se entenderá, de una cosa no debe seguirse necesariamente la otra; es decir, que objete la vía arbitral no es razón suficiente para impedir a

[15] Usualmente, la memoria de demanda debe expresar las pretensiones definitivas, los hechos en que se fundan, los argumentos jurídicos que les dan soporte, y la prueba de que el demandante intenta valerse.

[16] De allí que la solicitud de arbitraje se presenta ante la entidad que administra el arbitraje o, en arbitrajes *ad hoc*, se comunica directamente a la contraparte.

[17] Conforme el Código Procesal Civil y Comercial argentino, en su artículo 2, la prórroga se producirá tácitamente "para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria" (1981). De igual modo, el Código Procesal Civil peruano, en su artículo 26, dispone que "se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia" (1993).

una parte contar en el tribunal con un árbitro de su confianza. Sobre todo si la contraria ha tenido ese derecho. Dado que en ese caso habría una afectación a la igualdad procesal, que constituye uno de los pilares del debido proceso.

B. Declinatoria en sede judicial (la obligación del juez de remitir a las partes al arbitraje)

La controversia sobre la jurisdicción arbitral puede presentarse en otro contexto. Si una de las partes promueve una demanda judicial por alguna de las cuestiones que estaban sometidas a juicio de árbitros, y el demandado plantea una excepción de incompetencia del tribunal judicial invocando el convenio arbitral, el demandante –al contestar la excepción– podría justificar la competencia judicial cuestionando la existencia, la validez o el alcance del convenio arbitral.

En este supuesto, entra en juego el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, plasmado en los artículos 19 y 20 de la LACI, idénticos a los artículos 8.1 y 8.2 de la Ley Modelo que, con algunas excepciones, obligan al juez a declararse incompetente y remitir a las partes al arbitraje. Por su parte, el artículo 19 dispone lo siguiente:

> el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (2018).

Mientras que, el artículo 20 establece que "si se ha entablado la acción a que se refiere el artículo 19, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal" (2018).

Con todo, varios son los presupuestos de aplicación del artículo 19.

En primer lugar, se aplica en el contexto procesal de un proceso judicial, iniciado por una de las partes del convenio arbitral sobre **un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje**. En otras palabras, supone que una parte propone al conocimiento de un tribunal judicial aquello que se había comprometido a decidir en arbitraje.

En segundo lugar, la remisión al arbitraje no opera de oficio sino a petición de parte. En consecuencia, aunque advierta que existe un convenio arbitral y considere que es válido y vinculante, el juez no puede declararse incompetente y remitir a las partes a arbitraje sin que le haya sido pedido. El artículo 19 de la LACI señala que la solicitud de remisión puede ser hecha por **cualquiera** de las partes, pero el único que tiene legitimación, e interés, en hacerlo es el demandado. El demandante, que fue quien inició la acción ante un tribunal judicial, ya aceptó su jurisdicción, y si el demandado no opone la excepción[18], habrá existido una prórroga tácita de jurisdicción a favor de ese juez[19], o, lo que en definitiva es lo mismo, una renuncia tácita al convenio arbitral[20], figura expresamente prevista en la Ley de Arbitraje peruana[21].

En tercer lugar, la solicitud de remisión debe ser hecha temporáneamente. El artículo 19 de la LACI señala que debe solicitarse "a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio" (2018). Conforme a las normas procesales argentinas, si nada se dispone para el tipo de proceso de que se trate, el demandado deberá hacer valer los efectos del convenio arbitral bajo la forma de excepción de incompetencia, de previo y especial pronunciamiento, que debe interponerse en forma conjunta con la contestación de la demanda, como señalan los artículos 2, 8 y 346 del Código Procesal Civil y Comercial[22].

---

18 En el derecho argentino, la excepción es la de incompetencia, tal como señala el Código Procesal Civil en su artículo 347 inciso 1. El derecho peruano prevé una excepción específica, la **excepción de convenio arbitral**, reglada en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y en el artículo 446, inciso 13 del Código Procesal Civil.

19 Conforme los ya citados artículos 2 del Código Procesal argentino y 26 del Código Procesal peruano.

20 Como indica Gómez Jene, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo del 11 de febrero de 2010, si pese a la existencia de un convenio arbitral válido, una de las partes plantea una demanda sobre el fondo ante la jurisdicción [estatal] y la parte demandada responde a la misma sin excepcionar mediante declinatoria la existencia del convenio arbitral, se entenderá que ambas partes renuncian al arbitraje. El juez, aun apreciando la existencia y validez del convenio, no puede remitir a las partes al arbitraje (2017, pp. 7-38).

21 En el artículo 18 de la Ley de Arbitraje peruana se señala que

> La renuncia al arbitraje será válida solo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, solo respecto de las materias demandadas judicialmente (2008).

22 En el derecho peruano, conforme a los artículos 447 del Código Procesal Civil y 16.2 de la Ley de Arbitraje, habrá que estar al plazo previsto para interponer excepciones en cada tipo de procedimiento.

Según las reglas del procedimiento civil, esa petición del demandado debe ser sustanciada[23]. Y, ante el traslado de la excepción, el demandante tiene dos opciones: allanarse a la excepción o resistirla. El artículo 19 de la LACI opera cuando el demandante resiste la excepción; es decir, cuando ratifica su intención de dirimir las controversias en sede judicial. En caso contrario, si el demandante se allana a la excepción, el juez deberá declararse incompetente y derivar el juzgamiento del caso a los árbitros.

El artículo 19 de la LACI sienta una regla general, y establece algunas excepciones. Interpuesta la excepción de incompetencia por el demandado, es **obligación** del juez ampararla y remitir a las partes al arbitraje, ante la sola comprobación de que existe un convenio arbitral. Solo por excepción, el juez podría rechazar la excepción y retener su competencia si comprueba que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

La LACI no es explícita respecto del alcance de la **comprobación** que el juez está autorizado a hacer en esa circunstancia, ni impone restricciones temporales a la facultad, excepcional, de desestimar la excepción de incompetencia y retener su competencia sobre el caso. Empero, puede hacerlo antes o después de iniciado el arbitraje, y si comprueba, sin mayores aclaraciones, la nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral.

Los antecedentes de la elaboración de la Ley Modelo –que tampoco formula ninguna aclaración– dan cuenta de que la Comisión no aceptó una propuesta de añadir el calificativo **manifiesto** a los supuestos que prevé (Holtzmann & Neuhaus, 2005, p. 303), presumiblemente en el afán de no innovar sobre la fórmula que ya gozaba de consenso internacional a través de su incorporación a la Convención de Nueva York[24].

Sin embargo, algunos tribunales en jurisdicciones cuya legislación sigue el texto de la Ley Modelo han interpretado que el análisis del juez en esta instancia debe ser limitado: la Corte Suprema de Canadá resolvió que ese examen debe circunscribirse a decidir si el acuerdo arbitral **aparenta** ser válido y aplicable a la controversia solo sobre la base de los documentos producidos, presumiendo que lo es (*Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007)[25]; y la Corte de Apelaciones de Hong Kong determinó que de no adoptar este criterio restrictivo, los jueces estarían usurpando una función de los árbitros, por lo que, salvo que la inaplicabilidad de la cláusula sea clara, deben suspender el arbitraje y remitir a las partes al arbitraje (*PCCW Global c. Interactive Communications Service*, 2007). La Convención de Nueva York tampoco hace una referencia específica al carácter manifiesto que debe revestir la inexistencia, nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral; no obstante, se ha considerado que así debe ser interpretada, dado que el objetivo del tratado fue favorecer la ejecución de los acuerdos arbitrales (Van den Berg, 1981, p. 155).

Ciertamente, la cuestión no está definitivamente resuelta en doctrina y jurisprudencia comparadas[26]. Algunos autores entienden que, salvo que la ley expresamente señale que la nulidad o inaplicabilidad deben ser manifiestas, los jueces pueden efectuar una revisión más amplia (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 349). Y, de hecho, algunos tribunales lo hacen. Se señala que ordinariamente los tribunales de Nueva Zelanda y Australia no se sienten constreñidos a un análisis puramente *prima facie* (Bachand, 2006, pp. 463 y ss.). Lo mismo sucede en Alemania, cuya legislación recoge en este aspecto el texto de la Ley Modelo[27]. Este ha sido también el enfoque de los tribunales judiciales argentinos hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación[28] y al parecer también de los tribunales

[23] Como señala el Código Procesal Civil y Comercial argentino en su artículo 8, "la declinatoria se sustanciará como las demás excepciones previas" (1981). En igual sentido, el artículo 447 del Código Procesal Civil peruano.

[24] El artículo II.3 de la Convención de Nueva York dispone que

> 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 (1958).

[25] La Corte explicó que ello era así toda vez que la decisión judicial que se adopte en esa instancia no será definitiva: el tribunal arbitral examinará la cuestión de manera comprehensiva y, en cualquier caso, los tribunales judiciales revisarán luego esa decisión.

[26] No analizaremos aquí el tratamiento del principio *kompetenz-kompetenz* en el derecho norteamericano, cuyo marco legal difiere del que ofrece la Ley Modelo. Para ello, nos remitimos a Caivano y Ceballos Ríos (2020).

[27] Véase a Rivera (2018).

[28] Véase a Rivera (2008; 2010). Con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, los tribunales han resuelto que el control judicial de la validez o extensión de la cláusula arbitral solo se encuentra habilitado cuando el tribunal arbitral no haya sido constituido y el juez únicamente podría declararse competente "si la nulidad o la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria se presenta nítida (diría burdamente viciada o inaplicable)" por considerarse ésta una solución claramente excepcional (*Francisco Ctibor c. Wall-Mart Argentina S.R.L.*, 2016).

venezolanos (Diaz-Candia, 2007, pp. 25-36; Follonier Ayala, 2014, pp. 513 y ss.). Sin embargo, para evitar esta interpretación, que era la prevaleciente en la jurisprudencia, México debió reformar su legislación aclarando expresamente que el juez solo podrá declararse competente cuando la inexistencia, nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral sean manifiestas[29].

Pensamos que, aun cuando el texto del artículo 19 de la LACI no sea explícito en ese sentido, la tesis restrictiva de las facultades judiciales para examinar la existencia, validez y alcance del acuerdo arbitral en esta instancia debe prevalecer. No solo porque el derecho argentino ha recogido legislativamente el principio pro-arbitraje[30], sino en función de las pautas generales de interpretación de la ley. El Código Civil y Comercial de la Nación dispone, en su primer artículo, que el juez "tendrá en cuenta la finalidad de la norma" (2014) y que, conforme al artículo 2, "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento" (2014); y la propia LACI, según su artículo 7 inciso g, establece que, la interpretación e integración de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, su carácter especial, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe (2018) y que "las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley" (2018).

En ese sentido, no es dudoso que lo que pretende la ley al recoger el principio *kompetenz-kompetenz* es que los árbitros puedan pronunciarse sobre su propia jurisdicción. Y este propósito no se cumpliría si, cuando los jueces deban decidir la cuestión, pudieran hacer un examen detallado y exhaustivo sobre la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Si así fuera, al resolver que el convenio arbitral es nulo o ineficaz, la decisión sobre la jurisdicción arbitral terminaría siendo íntegra y exclusivamente del tribunal judicial y nunca se daría a los árbitros la oportunidad de pronunciarse sobre ella que, en realidad, es lo que la ley busca evitar. Dado este ostensible propósito de la ley, la única forma de respetar su *ratio legis* es que el juez realice un examen apenas *prima facie* sobre la alegada inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral y, salvo que estas condiciones le aparezcan evidentes, remita a las partes al arbitraje. En ese marco, los árbitros podrán examinar detenidamente estos aspectos. De cualquier forma, como veremos más adelante, el Poder Judicial tendrá una nueva oportunidad de revisar luego, con total amplitud, la decisión que aquellos adopten.

Aunque esta solución es más justificada cuando el proceso arbitral ya se ha iniciado, sostenemos que debería adoptarse idéntico criterio, aunque el arbitraje no haya dado comienzo. Como se verá más adelante en este mismo parágrafo, para arbitrajes domésticos con sede en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación solo permite al juez un análisis, expresamente definido como *prima facie*, cuando el arbitraje no se inició; pero estando en trámite el arbitraje, la remisión del caso a los árbitros opera por la sola comprobación de la existencia del acuerdo arbitral. Por tanto, no parece razonable que a los arbitrajes internacionales se les aplique una solución distinta, en función de la finalidad que inspiró la sanción de la LACI[31].

En función de lo que venimos explicando, y dadas las causas que pueden fundar una objeción jurisdiccional[32], podrían distinguirse dos situaciones que justificarían un tratamiento diferenciado en la comprobación que la ley autoriza a realizar por parte del juez. Estas situaciones se presentan cuando (i) no parece ser lo mismo que la resistencia del demandante frente a la excepción de incompetencia

[29] El artículo 1465, adicionado al Código de Comercio en 2011, dispone que cuando se solicite la remisión a arbitraje en el marco de un proceso judicial, "la suspensión del procedimiento judicial y la remisión al arbitraje se harán de inmediato", y solo se denegará la remisión al arbitraje: a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso (2011).

[30] Véase a Aguilar (2007). Esta regla de interpretación, que ya venía siendo postulada en doctrina antes de la sanción del Código. Hoy forma parte del derecho positivo argentino: el artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, luego de establecer el principio *kompetenz-kompetenz*, dispone que "en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje" (2014).

[31] En el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso se destaca que el mismo forma parte del Programa Justicia 2020 propiciado por el Gobierno Nacional, cuyo objetivo es que se "permita la resolución de conflictos en forma independiente, rápida y segura mediante el fortalecimiento integral del sistema judicial", siendo que "el arbitraje se vislumbra como un método para solucionar controversias nacidas de las relaciones internacionales, sin desconocer que es un instituto que merece ser reconocido por su propio mérito" (2020).

[32] Inexistencia, invalidez o alcance del convenio arbitral.

deducida por el demandado se base en la interpretación del alcance del convenio arbitral, (ii) o que el fundamento radique en su inexistencia o invalidez.

En el primer caso, si para sostener la competencia judicial el demandante argumenta que las pretensiones deducidas en esa sede no están comprendidas dentro de aquellas para las cuales las partes se sometieron a arbitraje, o que alguna de las partes del proceso no ha sido parte del convenio arbitral, el juez debería automáticamente remitir a las partes al arbitraje. Esto, porque, estando en discusión su **alcance**, ya sea material o personal, pero no su existencia o validez, debería ser el tribunal arbitral el cual, en primera instancia, determine la extensión de sus atribuciones, sin perjuicio de la ulterior revisión judicial que corresponda contra esa decisión.

Por otra parte, la excepción del artículo 19 de la LACI aplicaría, con el alcance propiciado, en el segundo supuesto. Si el argumento del demandante para afirmar la competencia judicial y resistir la excepción de incompetencia fuese que el convenio arbitral es inexistente, nulo, ineficaz o de ejecución imposible, el tribunal judicial podría, aunque por excepción, retener su competencia y no remitir a las partes al arbitraje, siempre que la inexistencia, invalidez, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral le aparezca manifiesta.

Esta interpretación sería coherente con el sentido y la lógica del principio *kompetenz-kompetenz* que, como vimos, no importa sino una regla de prioridad. El acogimiento de la declinatoria por parte del juez y la remisión al arbitraje no tienen otro propósito que permitir a los árbitros emitir un pronunciamiento **inicial** sobre su propia competencia. Pero como este pronunciamiento no es definitivo ni final, y la decisión de los árbitros está siempre sujeta a revisión judicial, el Poder Judicial tendrá oportunidad de revisar, ahora sí con total amplitud, la existencia, validez o alcance del convenio arbitral en ocasión del recurso que la ley habilita contra la decisión de los árbitros. El principio *kompetenz-kompetenz* existe para que no pueda privarse a los árbitros de pronunciarse en primera instancia sobre su competencia bajo el argumento de que el convenio arbitral es inexistente, nulo o incapaz de producir efectos. Y ese objetivo únicamente se logra si, correlativamente, se le prohíbe hacerlo a los tribunales judiciales. A estos la ley les reserva un rol trascendente: ser los jueces **finales** de la cuestión. Pero no los autoriza para ser los **iniciales**.

La facultad judicial de comprobar la inexistencia, invalidez, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral es –y debe interpretarse como– excepcional, si esas condiciones surgen manifiestas. Lo señalado solo se justifica en esas circunstancias, por razones de economía procesal: si a primera vista, sin necesidad de efectuar mayor examen, el juez advierte que no existe convenio arbitral, o que este es inválido o de ejecución imposible, es irrazonable que remita a las partes a un arbitraje para el que no existe base cierta. Pero en cualquier otro caso, el tribunal judicial no puede subvertir el rol que la ley le asigna y erigirse, en esa instancia, en el juez de la competencia de los árbitros. Entre otras razones porque, de hacerlo, los árbitros jamás tendrían oportunidad de juzgar su propia competencia.

Conceptualmente, el principio *kompetenz-kompetenz* establece un reparto claro de atribuciones entre jueces y árbitros para determinar la jurisdicción arbitral[33]. Y lo hace estableciendo una doble instancia. Una primera, siempre a cargo de los árbitros[34]; y una segunda, siempre a cargo del Poder Judicial. Ello exige que la interpretación de los casos en que el tribunal judicial puede juzgar la cuestión en instancia única debe ser hecha en términos absolutamente restrictivos.

Esta idea puede ilustrarse trazando un paralelismo con el funcionamiento del Poder Judicial argentino. Los tribunales judiciales están divididos en instancias, y cada una de ellas tiene su propio ámbito de actuación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, la última instancia (extraordinaria) del sistema judicial federal, solo puede conocer de aquellos casos, y por las vías, que la ley le autoriza[35]. Salvo los casos de competencia originaria, taxativamente previstos en la Constitución, no es posible acceder a la Corte sino luego de haberse agotado las instancias ordinarias[36]. Como única excepción a esta regla, en el año 2012 se legisló la figura del *per saltum*, incorporándose al Código

[33] Que, conviene reiterar, consiste en determinar quién es el juez de la existencia, validez y alcance del convenio arbitral.

[34] Salvo, como señalamos, que las circunstancias que obstan a la jurisdicción arbitral sean evidentes. En cuyo caso, por razones de economía procesal, se hace una excepción a la regla.

[35] En general, por vía del recurso extraordinario federal y, excepcionalmente, en aquellos casos en que su competencia es originaria; por ejemplo, causas entre provincias o que involucren a diplomáticos extranjeros, conforme el artículo 117 de la Constitución Nacional.

[36] Conforme el artículo 14 de la Ley 48, y la interpretación que la Corte Suprema ha hecho de esa norma, el recurso extraordinario solo procede contra una sentencia definitiva pronunciada por el tribunal superior de la causa.

Procesal una disposición que permite a la Corte conceder el recurso extraordinario prescindiendo de ese requisito, en casos de "notoria gravedad institucional" y cuando ese remedio sea el "único eficaz para proteger el derecho federal comprometido", pero destacando que la Corte "habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad" (Ley 26790, artículo 1, 2012)[37].

Salvando las distancias, el *per saltum* y el principio *kompetenz-kompetenz* comparten la misma lógica: cada instancia tiene su propia competencia, determinada por la ley. Y solo en circunstancias realmente excepcionales[38], esas instancias pueden trastrocarse de modo que conozca de una causa, en primera instancia, un tribunal que solo está habilitado para conocer de ella en instancia de revisión.

A título comparativo, algunas otras normas son más precisas en relación con este aspecto.

El propio Código Civil y Comercial argentino permite al tribunal judicial hacer un examen apenas *prima facie* del convenio arbitral solo cuando el arbitraje no se hubiese iniciado; pero si el proceso arbitral ya está en marcha, debe necesariamente declararse incompetente. Así debe leerse el párrafo primero del artículo 1656, de la siguiente manera:

> el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable[39].

Esta norma está claramente inspirada en la legislación francesa: el *Code de procédure civile*, en su artículo 1448, párrafo 1, dispone que, en la situación analizada en este parágrafo, los tribunales judiciales deben declararse incompetentes a menos que el tribunal arbitral no haya sido todavía constituido y la cláusula arbitral sea **manifiestamente** nula o inaplicable[40].

De manera similar, la Ley de Arbitraje peruana distingue dos supuestos: (i) si la excepción de convenio arbitral se interpuso antes de iniciado el arbitraje, el juez solo podrá rechazarla (y mantener su competencia) cuando el convenio arbitral fuese **manifiestamente** nulo; y (ii) si, en cambio, la excepción se interpuso después de iniciado el arbitraje, el juez carece de atribuciones para revisar, siquiera *prima facie*, la validez del convenio arbitral y debe ampararla "por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral" (2008)[41].

---

37 La Ley 26.790, de noviembre de 2012, incorporó dos disposiciones al Código Procesal Civil y Comercial. El artículo 257 *bis* dispone lo siguiente:

> Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados. La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad. Solo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares. No procederá el recurso en causas de materia penal.

Y el artículo 257 *ter* dispone que

> el recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada. La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren prima facie los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda. El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida. Del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco (5) días notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso. Si lo estimare necesario para mejor proveer, podrá requerir al Tribunal contra cuya resolución se haya deducido el mismo, la remisión del expediente en forma urgente.

38 Existiendo gravedad institucional, en el caso de *per saltum*, y advirtiéndose de manera manifiesta la inexistencia, invalidez o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral, en el principio *kompetenz-kompetenz*.

39 Esta disposición, según el artículo 1 de la LACI, no es directamente aplicable a arbitrajes internacionales. Sin embargo, como hemos explicado *supra* en este mismo parágrafo, la misma solución podría ser extendida a aquellos, en función de las razones que inspiraron la expedición de la LACI.

40 La *Cour de cassation* resolvió que, por aplicación de esta disposición, el juez tiene vedado realizar un examen exhaustivo del acuerdo de arbitraje (*Copropriété Maritime Jules Verne et al. c. Société American Bureau of Shipping*, 2006; Gaillard, 2006, pp. 945 y ss.).

41 Este es el sentido del artículo 16.3, que dispone que "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" (2008). Véase a Rubio Guerrero (2010).

Finalmente, para completar el análisis de esta hipótesis, cabe señalar que la LACI no determina qué recursos caben contra la decisión del juez de primera instancia que resuelve la excepción de incompetencia. Este aspecto es regido por el Código Procesal Civil y Comercial que, en su artículo 353, hablita cualquiera sea el sentido en que se resuelva la excepción, el recurso de apelación[42]. La lógica misma del recurso de apelación, que es controlar lo que decidió el juez de primera instancia[43], lleva a sostener que el alcance de la cognición del tribunal de apelaciones debe ser el mismo que tuvo aquel que dictó la resolución que se revisa. Por tanto, si la ley no otorga al juez *a quo* la facultad de realizar un escrutinio exhaustivo de la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, tampoco la tendrá el *ad quem*.

C. Inhibitoria en sede judicial para cuestionar la competencia arbitral

Como hemos anticipado, la forma de competencia inhibitoria es también, teóricamente, una forma de plantear la incompetencia de un tribunal arbitral. Ello sucede cuando la parte contra la que se inicia un arbitraje, en lugar de objetar la jurisdicción arbitral en ese mismo proceso, acude al tribunal judicial que entiende competente para que sea éste quien pida a los árbitros inhibirse.

Aunque, en el derecho argentino, la Corte Suprema la ha admitido como medio de dirimir contiendas de competencia entre jueces y árbitros (*Nidera Argentina c. Elena Rodríguez Álvarez de Canale,* 1988; *Basf c. Capdevielle Key,* 2004; *La Nación c. La Razón,* 1988; y *Energomachexport c. Establecimientos Miron,* 1996)[44], esta vía es incompatible con la recepción legislativa del principio *kompetenz-kompetenz*. Y aun si pudiese obviarse esa circunstancia, plantea una serie de dificultades que la hacen inconveniente.

El principio *kompetenz-kompetenz* hace improcedente el cuestionamiento a la competencia de los árbitros por vía de inhibitoria. En primer lugar, porque es un mecanismo previsto para resolver cuestiones de competencia entre órganos del Poder Judicial[45]. Y los árbitros no lo son. En segundo lugar, porque la inhibitoria supone, como condición previa, que el juez ante quien se interpone se considere competente. Lo que, de conformidad con el artículo 19 de la LACI, no podría suceder si existe un convenio arbitral que no sea manifiestamente nulo o ineficaz.

Históricamente se ha considerado que esta situación origina una contienda de competencia entre jueces y árbitros. Pero lo que en rigor produce es una discrepancia sobre la existencia, validez o alcance de un convenio arbitral. Si este existe, es válido y comprende las cuestiones de fondo en disputa; así, es el árbitro quien debe conocer de ellas, en detrimento del juez estatal, cuya jurisdicción ha sido renunciada por las partes de ese acuerdo[46]; en el caso contrario, el tribunal judicial continuará siendo el llamado a resolverlas. Y si legislación establece, como lo hace la LACI, que el órgano encargado de pronunciarse preferentemente sobre esa discrepancia es el tribunal arbitral, un juez debería rechazar de plano el pedido de inhibitoria y mandar a que lo resuelvan directamente los árbitros, sin emitir, como requiere la inhibitoria, un previo pronunciamiento judicial sobre su propia competencia. De admitirse, por esta vía se privaría a los árbitros de la atribución, que la ley les reconoce, de pronunciarse sobre su propia competencia (Grigera Naón, 2005, pp. 335-346).

Adicionalmente debe recordarse que, conforme el texto expreso de la legislación procesal argentina, la forma inhibitoria es de carácter excepcional[47].

---

42 En el derecho peruano, la Ley de Arbitraje tampoco aclara esta cuestión, y el Código Procesal dispone, en el artículo 450, que la decisión solo es apelable cuando la declara fundada. Empero, si bien el Código Procesal otorga a este recurso efecto suspensivo, pensamos que debe prevalecer, por provenir de una ley especial, la solución de la Ley de Arbitraje, en su artículo 16.5, que dispone que "las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral" (2008).

43 Se ha explicado que el régimen de doble instancia en el sistema judicial no configura un nuevo juicio, sino que el cometido del tribunal de alzada "se limita a verificar, sobre el piso de marcha de la sentencia de mérito impugnada, el acierto o error en que haya incurrido el sentenciante de la instancia de origen en ese acto procesal decisorio" (Masciotra, 2016, pp. 8-24), por lo que la apelación no importa, estrictamente la revisión de la instancia anterior, sino la revisión de lo decidido en esa instancia, a la luz de los elementos de convicción introducidos en ella (Palacio, 2005, p. 82).

44 Nuestros comentarios acerca de los casos *Nidera* y *Energomachexport* se encuentran publicados en la Revista La Ley; véase Caivano (1990, p. 490; 1997, p. 6).

45 De conformidad con el Código Procesal Civil y Comercial argentino en su artículo 7, está reservada para cuestiones de competencia que se susciten "entre jueces de distintas circunscripciones **judiciales**" (1981) [el énfasis es nuestro].

46 Si el acuerdo arbitral sustrae el poder jurisdiccional al órgano judicial, la relación entre jueces y árbitros debe ser tratada no como un conflicto de competencia, sino como un conflicto de jurisdicciones, que se resuelve, en general, presumiendo la existencia y validez del acuerdo arbitral, de modo de permitir a los árbitros emitir un pronunciamiento preliminar sobre su propia competencia (Valença Filho, 2008, pp. 155-180).

47 La declinatoria es el cauce ordinario o normal para plantear una cuestión de competencia, quedando la inhibitoria para los casos excepcionales previstos en la norma ritual (Podetti, 1973, p. 374).

Así, el Código Procesal en el artículo 7 señala que, las cuestiones de competencia **solo** podrán promoverse por vía de declinatoria, con excepción de las que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones judiciales, en las que también procederá la inhibitoria" (1981). Lo llamativo de los casos comentados previamente[48], es que la forma inhibitoria se planteó ante tribunales judiciales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, contra demandas arbitrales promovidas ante la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales o ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio, ambos con sede en la misma Ciudad de Buenos Aires. Lo que debió haber motivado el rechazo *in limine* del planteo de inhibitoria, como lo hicieron otros tribunales en condiciones similares.

En el caso *Telefónica de Argentina* se denegó la inhibitoria con fundamento en que "las cuestiones de competencia solo pueden plantearse por vía de declinatoria, siendo la inhibitoria una vía excepcional para el supuesto de cuestiones que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones, lo que no ocurre en el caso" (2001), y que los argumentos de la peticionante revisten virtualidad respecto a la cuestión de competencia, "pero no respecto de la vía procesal intentada para plantearla, máxime considerando que no se advierte cuál sería el agravio que podría ocasionarle acudir a [la declinatoria]" (2001). En igual sentido, en el caso *BNP Paribas c. Deutsche Bank* (2007), la Cámara de Apelaciones en lo Comercial rechazó el pedido de inhibitoria deducido por una de las partes –que alegaba la incompetencia del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires– con fundamento en que la inhibitoria era improponible; puesto que, por un lado, porque las cuestiones de competencia deben plantearse por vía de declinatoria; y, por el otro, al no encontrarse involucradas cuestiones entre jueces de distintas circunscripciones[49].

Además de las consideraciones jurídicas que lo harían improcedente, el planteo de incompetencia de un tribunal arbitral por vía de inhibitoria entraña, desde el punto de vista práctico, un enorme riesgo para quien lo intenta. En primer lugar, porque es manifiestamente inadmisible cuando se trata de tribunales que tienen asiento en la misma circunscripción y porque, intentada y fracasada la forma inhibitoria, se pierde el derecho a plantear la declinatoria[50]. En segundo lugar, porque, aun si se lograra que el juez se declare competente y acceda a solicitar al tribunal arbitral la inhibitoria[51], la reforma al Código Procesal de 2001 ha eliminado el efecto suspensivo que la contienda de competencia tenía sobre los procedimientos, disponiéndose ahora, en el artículo 12 de la Ley 25488, que las cuestiones de competencia "no suspende[n] el procedimiento, el que seguirá su trámite por ante el juez que previno, salvo que se tratare de cuestiones de competencia en razón del territorio" (2001).

Asimismo, aun cuando se obtenga una decisión judicial reclamando jurisdicción a los árbitros[52], el planteo de inhibitoria carece de todo efecto práctico cuando se trata de cuestionar, ante un tribunal judicial local, la competencia de un tribunal arbitral constituido en el extranjero. Muestra de ello fue un caso en que se disputaba la competencia de un tribunal judicial extranjero, entendiendo en instancia originaria por involucrar al Estado Argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la inhibitoria "es improcedente cuando se trata de órganos jurisdiccionales de distinta nacionalidad", ante la ausencia de un tribunal superior que pueda dirimir la contienda de competencia (*Pan American Energy c. Forestal Santa Bárbara*, 2005, párr. 6).

En el caso *Reef,* referido a un arbitraje, se intentó –y se obtuvo– una resolución judicial reclamando la inhibitoria de un tribunal arbitral con sede en los Estados Unidos (*Compañía General de Combustibles S.A.*, 1999; O'Farrell, 2000, pp. 1137 y ss.). Pero este se negó a aceptar la inhibitoria, juzgó que las cuestiones planteadas en el arbitraje

48 Véase la nota 44.

49 Hasta donde sabemos, el fallo de la Cámara Comercial (sala B) no ha sido publicado. Sin embargo, el criterio fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*BNP Paribas c. Deutsche Bank*, 2007), que se negó a abrir el recurso extraordinario, al considerar que

> los agravios relativos a la procedencia de la vía inhibitoria como los concernientes a la interpretación de la cláusula compromisoria conducen al examen de cuestiones de derecho procesal y común y solo traducen una mera discrepancia con lo decidido, por lo que resultan inhábiles para tener por configurada en forma nítida, inequívoca y concluyente, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso.

50 Código Procesal Civil y Comercial argentino, artículo 7, *in fine*: "Elegida una vía [inhibitoria o declinatoria] no podrá en lo sucesivo usarse de otra" (1981).

51 Ello, como es obvio, no siempre se logra. En el caso *Visteon c. Cohen* (2002), la justicia comercial argentina consideró improcedente la inhibitoria respecto de un tribunal arbitral con sede en los EE. UU., al juzgar que había una cláusula arbitral válida que cubría las controversias para las cuales se reclamaba la jurisdicción judicial.

52 Hay casos en los que el propio tribunal judicial requerido para reclamar jurisdicción deniega la inhibitoria por considerar que las cuestiones son de competencia del tribunal arbitral, como en el caso *Visteon*, citado.

estaban comprendidas dentro de las que habían convenido someter a arbitraje y dictó un laudo condenando a la demandada al pago de una suma de dinero. Por ello, lo que este caso demuestra es que la falta de efectos prácticos de la inhibitoria internacional no se da solo porque el tribunal arbitral puede declararse competente y laudar, sino también porque ese laudo es ejecutable, inclusive en la Argentina.

Obtenido el laudo de condena, la actora inició, ante la Justicia Nacional en lo Comercial de Buenos Aires, una acción tendiente a que se concediera el *exequatur* del laudo y se reconociera su fuerza ejecutoria en nuestro país. Aunque en primera instancia esa petición no fue atendida, la Cámara Comercial hizo lugar a la demanda de *exequatur*. Su principal argumento para ello fue que la sentencia de la Sala B en el trámite de la inhibitoria no era oponible a Reef, toda vez que no había sido parte en el proceso en que se había dictado la inhibitoria, ni al tribunal del *exequatur*, que es, finalmente, el verdadero juez de la competencia del tribunal arbitral (*Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles S.A.*, 2002; Caivano & Bianchi, 2003, pp. 90 y ss.).

IV. LA OPORTUNIDAD EN QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECIDE SOBRE LAS OBJECIONES JURISDICCIONALES

El artículo 37 de la LACI, que reproduce el texto del artículo 16.3 de la Ley Modelo, establece la posibilidad de que el tribunal arbitral decida sobre estas objeciones en forma previa, o que las difiera para resolverlas en el laudo en que se pronuncia sobre las pretensiones de fondo.

Esto marca una diferencia sustancial con los planteos de competencia en el régimen procesal judicial argentino. Conforme al Código Procesal, en los artículos 346 y 347 inciso 1, la excepción de incompetencia es una de aquellas que **únicamente** pueden oponerse como de previo y especial pronunciamiento, debiendo hacerse en un solo escrito juntamente con la contestación de demanda o la reconvención. Adicionalmente, se sabe que las excepciones de previo y especial pronunciamiento son aquellas que deben tener un tratamiento anticipado y que deben decidirse antes de la continuación normal del proceso. Dentro de las excepciones previas, conforme al artículo 353, la de incompetencia debe, inclusive, resolverse antes de las demás. Los árbitros, en cambio, están autorizados a decidir cuál es el momento o la etapa procesal en que habrán de resolverla.

Esta flexibilidad se justifica por las razones que pueden motivar una objeción jurisdiccional que, como hemos señalado, implican tener que juzgar sobre la arbitrabilidad, y sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral. Cuestiones que pueden hacer necesaria la consideración de elementos fácticos que requieran de sustanciación, debate y prueba y que, en algunos casos, podrían ser comunes a los relativos al fondo de la controversia. En este último supuesto podría ser justificado que, por razones de economía procesal y congruencia, se posponga la decisión jurisdiccional para ser tratada y resuelta en forma conjunta con los méritos, en un solo laudo. En sentido contrario, si la objeción jurisdiccional se basa en una cuestión susceptible de resolverse como de puro derecho, la solución más eficiente será decidirla en forma previa, de modo de despejar la competencia del tribunal antes de avanzar en el proceso para discutir el fondo de la controversia.

Por lo tanto, frente a una excepción de incompetencia, la primera decisión que un tribunal arbitral debe tomar es si la resolverá en forma previa o la aplazará para la oportunidad de dictar el laudo sobre el fondo. Es obvio que, en este último caso, la cuestión jurisdiccional será la primera que el tribunal deba abordar en el laudo, en tanto es el presupuesto para que pueda pronunciarse sobre las demás.

V. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS SOBRE SU COMPETENCIA

Hemos explicado que, sobre la base del principio *kompetenz-kompetenz*, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia no es exclusiva sino preliminar. En cualquier caso, su decisión será revisable judicialmente. Así como los árbitros deben tener siempre la **primera** palabra respecto de su jurisdicción, los tribunales judiciales deben tener siempre la **última** (Sanders, 2005, pp. 443-482). Sentado lo expuesto, y tomando en consideración que el tribunal arbitral puede resolver la objeción jurisdiccional en forma previa o junto con el laudo sobre el fondo, y que puede declararse competente o incompetente, los medios procesales para suscitar la intervención judicial son diferentes. Analizaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

A. Cuando el tribunal arbitral se declara competente en el laudo final

En este caso, al formar parte del laudo, esa decisión será susceptible de los mismos recursos que caben contra aquel. En el esquema de la LACI, ello supone que esa decisión será revisable judicialmente por la vía de la petición de nulidad prevista en el artículo 98. Debe recordarse que las objecio-

nes a su jurisdicción pueden estar basadas en que la materia no es arbitrable, o en la inexistencia, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. Por lo tanto, para decidir que tiene competencia, un tribunal arbitral debe haber resuelto que la materia es arbitrable, o que el convenio arbitral objeto del cuestionamiento es válido y que comprende a las personas y materias que le han sido propuestas para su decisión.

Cualquiera de esas hipótesis suscita la revisión por vía del remedio del artículo 98 de la LACI. Remedio que la ley habilita, conforme al artículo 99 inciso a apartado (i), si una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o restricción a la capacidad, o dicho acuerdo no es válido, conforme al artículo 99 inciso a apartado (iii), si se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, o, si como señala el artículo 99 inciso b apartado (i), el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

B. Cuando el tribunal arbitral se declara competente en forma previa

El párrafo final del artículo 37 de la LACI regula la hipótesis en que la decisión sobre su competencia es adoptada por el tribunal arbitral en forma previa, y en favor de su competencia. Y para ello, la norma dispone que "cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión" (2018).

Esta norma recoge el artículo 16.3 de la Ley Modelo, e implica una decisión de política legislativa respecto del momento en que la decisión jurisdiccional adoptada por los árbitros debe ser objeto de supervisión judicial. La LACI ha optado por conceder un recurso inmediato, directo y amplio, aunque sin efectos suspensivos. La Ley de Arbitraje peruana, en cambio, establece que esa decisión solo podrá ser impugnada juntamente con el laudo sobre el fondo, si, como señala el artículo 41 inciso 4, "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 solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo" (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Ambas soluciones son subóptimas. Si se admite un recurso directo, se corre el riesgo de que la judicialización apareje, de hecho, o de derecho, la suspensión del arbitraje o signifique una obstrucción a la normal continuación del proceso arbitral. Pero diferir la revisión hasta el momento en que se dicte el laudo final sobre el fondo puede significar un dispendio de actividad jurisdiccional –y una inversión de tiempo y recursos que puede ser significativa– potencialmente estéril si la declaración de competencia de los árbitros es ulteriormente revocada.

Hemos opinado que la primera alternativa debe ser preferida. Ello porque, si los árbitros, pudiendo diferirla, resolvieron la objeción jurisdiccional como previa, es dable suponer que tomaron en consideración que no había razones para mantener indefinida la cuestión hasta el laudo final, sea porque el cuestionamiento a su competencia y las defensas de fondo eran razonablemente independientes, sea por razones de economía procesal. Las mismas razones justifican que el recurso judicial sea inmediato, de forma que la incidencia pueda ser definitivamente resuelta tan pronto como sea posible. Desde luego, ello sujeto a la condición de que el recurso judicial no suspenda automáticamente el procedimiento arbitral ni el dictado del laudo, pues de otro modo el recurso se transformaría en un medio de entorpecer el arbitraje (Caivano, 2011b, pp. 183-195).

Si la propia jurisdicción arbitral está puesta en tela de juicio, parece más lógico que la duda sea despejada cuanto antes. Si la decisión de los árbitros es acertada, una rápida confirmación judicial habrá saneado el proceso y permitirá al tribunal arbitral seguir adelante con el juicio sin la espada de Damocles de una futura nulidad pendiendo sobre su cabeza. Y si, por el contrario, su decisión fuese errada, es preferible que la revocación sobrevenga cuanto antes.

Si el tribunal arbitral resolvió declararse competente sin fundamentos o con fundamentos objetables, anular el laudo final aparece como un remedio ineficaz para quien tenía razones para cuestionar la decisión. En este último caso, las consecuencias negativas de diferir el control judicial son todavía más visibles y ponen en evidencia que la solución termina siendo inadecuada, por tardía, para todas las partes: quien finalmente tenía razón para objetar la jurisdicción arbitral, se habrá visto sometido a un proceso, probablemente costoso y carente de todo efecto; la contraparte tampoco habrá ganado demasiado obteniendo un laudo que, de todas maneras, será anulado; los árbitros habrán trabajado inútilmente para resolver las cuestiones de fondo en un laudo que finalmente se anulará por haber carecido de competencia para dictarlo. Si los árbitros se declararon erróneamente competentes, anular luego el laudo definitivo es una solución que, lejos de remediar el problema, lo agrava.

C. Algunas precisiones sobre el recurso del artículo 37 de la LACI

Dijimos que el remedio del artículo 37 de la LACI es un recurso inmediato, directo y amplio, aunque sin efectos suspensivos, contra la decisión del tribunal arbitral. Analizaremos aquí, sumariamente, estas características, resaltando de entrada las dos más obvias: este recurso solo es admisible si esa decisión es adoptada en forma previa; es decir, antes del dictado del laudo final y si el tribunal se declaró competente. En el parágrafo siguiente examinaremos si existe alguna vía para procurar la revisión judicial de esa misma decisión cuando el tribunal se declara incompetente.

A diferencia de la petición de nulidad contra el laudo, que suscita un control restringido, limitado a la verificación de las causales previstas en el artículo 99 de la LACI, el del artículo 37 es un remedio más amplio. La terminología utilizada por el legislador[53], sugiere que el tribunal judicial que conoce de él puede revisar *de novo* la decisión arbitral, en una suerte de segunda instancia. Es claro que su jurisdicción se encuentra acotada por el objeto del recurso, en la medida que solo le está permitido controlar la decisión en cuanto a la competencia de los árbitros. Pero como esa decisión ha debido necesariamente basarse en que existe un convenio arbitral válido y eficaz, sobre cuestiones arbitrables y que alcanza a las materias y a las personas involucradas en las pretensiones del demandante, se entenderá que la determinación final de la existencia, validez, eficacia y alcance (objetivo y subjetivo) del convenio arbitral, así como de la arbitrabilidad, recaerá en el tribunal judicial.

Con acierto, la LACI, en su artículo 13, otorga competencia para conocer de este recurso a la Cámara de Apelaciones con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje. Al ser esta una decisión final, conviene que sea adoptada por un tribunal colegiado, de la segunda instancia del sistema judicial argentino, cuyas sentencias no son pasibles de recursos ordinarios[54].

Como señala el artículo 37 de la LACI, la petición debe deducirse dentro de los treinta días de notificada la decisión del tribunal arbitral. Debe recordarse aquí que se trata de días corridos, salvo que el vencimiento del plazo se produjera en un día inhábil, en cuyo caso, tal como indica el artículo 108, se considerará prorrogado hasta el primer día hábil siguiente.

Dada la terminología utilizada por la ley[55], entendemos que no se trata de un **recurso** en sentido técnico y, por lo tanto, no se plantea ante el tribunal arbitral, ni este tiene facultades para concederlo o denegarlo, sino que se presenta directamente ante el tribunal judicial determinado por la ley. Que, según surge del artículo 13, es la Cámara de Apelaciones con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje.

Esta petición judicial carece de efectos suspensivos. La ley expresamente dispone, en el párrafo final del artículo 37, que "mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo" (2018). A partir del texto legal, parece claro que la ausencia de efectos suspensivos es una regla, pero no inflexible. Significa que no tiene naturalmente ese efecto, es decir, que no necesariamente suspende la tramitación del juicio arbitral. Pero (i) los árbitros conservan la facultad de decidir su suspensión si juzgan que continuarlo podría acarrear mayores perjuicios que suspenderlo, porque la ley los faculta a proseguir las actuaciones, mas no los obliga a hacerlo[56]; y, (ii) el tribunal judicial que conoce de la petición podría ordenar la suspensión del proceso arbitral. Sin embargo, por las mismas razones, esa decisión revestiría el carácter de medida cautelar y, por lo tanto, solo podría otorgarse si se acredita la verosimilitud del derecho del solicitante y el peligro en la demora. Por lo tanto, aunque naturalmente carente de efectos suspensivos, la jurisdicción que recibe a consecuencia de la solicitud del artículo 37 permitiría que el tribunal judicial disponga la suspensión, siempre que aprecie que aquella puede tener éxito, y se convenza de que la continuación del arbitraje causará un perjuicio de imposible o difícil reparación ulterior.

D. Cuando el tribunal se declara incompetente

La LACI no dice qué remedio existe (si alguno) contra una decisión mediante la cual los árbitros se

53 "[…] podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 **que resuelva la cuestión** […]" (2018) [el énfasis es nuestro].

54 Sin perjuicio de ello, la propia ley establece expresamente que su decisión será irrecurrible.

55 Cualquiera de las partes podrá **solicitar** del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión" (2018) [el énfasis es nuestro].

56 Por tratarse de un efecto que no le es propio, y porque el propósito de la ley es que ese remedio no sea utilizado para obstaculizar el procedimiento arbitral ni para provocar una paralización del arbitraje, es claro que las razones que justifican la suspensión deban ser apreciadas restrictivamente. Sin embargo, excepcionalmente, el tribunal arbitral podría suspender las actuaciones provisoriamente si, de las circunstancias del caso, resulta que proseguirlas implica irrogar un perjuicio a alguna de las partes.

declaran incompetentes. En este caso, el análisis que se realizará no distingue según el momento en que esa decisión se adopte, porque la situación es la misma: sea que la declaración de incompetencia conste en un laudo o en una decisión preliminar, sea que forme parte del mismo laudo final, en cualquier caso, tendrá como efecto poner fin al proceso. Por lo que, más allá de la forma que adopte, podría considerarse un laudo final, equiparable a una sentencia definitiva. Y, como tal, sería un laudo impugnable por vía de la petición de nulidad prevista en el artículo 98 de la LACI.

Sin perjuicio de ello, el peticionante de la nulidad encontrará dificultades para poder encuadrarla en alguna de las causales que la habilitan. Estas causales, que son las **únicas** por las cuales podría anularse un laudo, están contenidas en el artículo 99. Y, por su formulación literal, no parecen pensadas para esta hipótesis, sino para la contraria. Para declararse incompetentes, los árbitros debieron haber considerado que no existía convenio arbitral, que este no era válido, que las cuestiones sometidas a su decisión excedían sus términos, o que la materia no era arbitrable. Pero, conforme el artículo 99, la nulidad solo podría basarse en las decisiones contrarias, es decir, que el convenio arbitral no existía o no era válido, que las cuestiones sometidas a su decisión excedían sus términos, o que la materia no era arbitrable.

La Ley de Arbitraje peruana admite expresamente la revisión judicial de esta decisión, a través de la vía del recurso de anulación en el artículo 41 inciso 5:

> Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará 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 decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia (2008).

VI. CONCLUSIONES

El principio *kompetenz-kompetenz* constituye una de las reglas de mayor utilidad práctica de una ley de arbitraje, en la medida que apunta a proteger la jurisdicción arbitral en el momento inicial del proceso, y a impedir la judicialización prematura del arbitraje, muchas veces propiciada por el arrepentimiento de alguna de las partes que, luego de haber pactado el sometimiento de ciertas cuestiones a juicio de árbitros, intenta evitarlo y llevar el caso a los tribunales judiciales.

Más allá de su propósito práctico, la regla no es por entero carente de lógica, ni es un privilegio para el arbitraje. Supone trasladar al ámbito del arbitraje una facultad que es también propia de los jueces, esto es, decidir sobre su propia competencia. Y parte de una suerte de presunción de que lo que tiene la apariencia de ser un convenio arbitral válido, efectivamente lo es. Presunción de la que se deriva que, aun si luego se comprueba que el árbitro finalmente carece de competencia, alcanza cuanto menos inicialmente para juzgar si la tiene.

En su forma más elemental, significa que el tribunal arbitral es competente para emitir una decisión que resuelva una objeción planteada, bajo la forma de una excepción, en el marco del mismo proceso arbitral. Pero a través de lo que constituye su complemento necesario, el efecto negativo que consiste en la obligación judicial de resignar su propia jurisdicción a manos de los árbitros, sirve también para hacer posible un pronunciamiento arbitral cuando el convenio se hace valer en el marco de un proceso judicial.

El esquema muestra una razonable y equilibrada distribución de roles entre la justicia arbitral y la judicial. La contrapartida necesaria de conceder al tribunal arbitral la prioridad para conocer de su propia competencia, es la necesaria supervisión judicial a que se somete esa decisión. De modo que los árbitros sean, siempre, los primeros jueces de su competencia, pero los tribunales judiciales sean, siempre, los últimos.

Aunque seguramente el principio *kompetenz-kompetenz* es un concepto familiar para los lectores de esta revista, encontramos justificado el repaso de sus postulados en este trabajo, para colocar énfasis en algunos de sus múltiples matices, que en ocasiones pasan inadvertidos para los practicantes y, más frecuentemente, para los jueces.

REFERENCIAS

Aguilar, F. (2007). Notas sobre la interpretación de la convención arbitral (*in dubio pro arbitris*). *Revista Jurisprudencia Argentina*, *1*(13), 3-22.

Bachand, F. (2006). Does article 8 of the Model Law call for full or *prima facie* review of the arbitral tribunal's jurisdiction? *Arbitration International*, *22*(3), 463-476.

Caivano, R. J., & Bianchi, R. A. (2001). El *exequatur* de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, (3), 38-46.

Caivano, R. J. (2008). *La cláusula arbitral: Evolución histórica y comparada*. Editorial Universidad del Rosario.

(2011a). Arbitrabilidad y orden público. *Revista Foro Jurídico*, (12), 62-78.

(2011b). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo-Perrot S.A.

(2011c). La separabilidad de la cláusula arbitral. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (5), 285-314.

Caivano, R. J., & Ceballos Ríos, N. M. (2019). La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional, A través de un Enfoque Comparativo con la Ley Peruana de Arbitraje. *Revista de Arbitraje PUCP*, (8), 51-82.

(2020). *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*. La Ley.

Carbonneau, T. E. (2003). The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, *36*(4), 1189-1231.

Díaz-Candia, H. (2007). Non-recognition of kompetenz-kompetenz in developing countries: The Venezuelan example. *Journal of International Arbitration*, *24*(1), 25-36.

Fernández Rozas, J. C. (2019). Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad. *Revista Argentina de Arbitraje*, (4). https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=1239712fbb6c91b7becd8f2ad4d96764

Figueroa Valdés, J. E. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*, (4), 71-81.

Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996). *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec.

Follonier-Ayala, A. (2014). Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, *2*(2), 513-548.

Gaillard, E. (2002). The negative effect of *competence-competence*. *Mealey's International Arbitration Report*, *17*(1).

Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping (ABS) et autre. *Revue de l'arbitrage*, *2006*(4), 945-ss.

(2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. La Ley.

Gómez Jene, M. (2017). El convenio arbitral: statu quo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *9*(2), 7-38.

Grigera Naón, H. A. (2005). Competing orders between Courts of Law and arbitral tribunals: Latin American experiences. En G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi & A. M. Whitesell (Eds.), *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (pp. 335-346). ICC Publishing.

Holtzmann, H. M., & Neuhaus, J. E. (1989*). A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*. Kluwer Law International.

Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., & Kröll, S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Llain Arenilla, S. (2014). El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (24), 143-168.

Masciotra, M. (2016). Poderes-deberes del tribunal de alzada. *Revista Jurisprudencia Argentina, Recursos Judiciales*, *6*(1), 8-24.

O´Farrell, E. (2000). Un caso de inhibitoria internacional. *Revista La Ley*, 2000-F-1137.

Palacio, L. E. (2005). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot.

Podetti, R. J. (1973). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral.* EDIAR.

Rivera, J. C. (2008). Incomprensión judicial del arbitraje. *Revista Jurisprudencia Argentina*, (3), 1222-1247.

(2010). Interpretación restrictiva de la cláusula arbitral en la jurisprudencia argentina. *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, *1*(1), 3-16.

(2018). El efecto negativo del principio *compétence-compétence* en el arbitraje internacional. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, *78*(1), 58-73.

Rubio Guerrero, R. (2010). El principio *competence-competence* en la nueva Ley peruana de Arbitraje. *Revista Lima Arbitration*, (4), 101-118.

Sanders, P. (2005). UNCITRAL's Model Law on international and commercial arbitration: Present situation and future. *Arbitration International, 21*(4), 443-482.

Silva Romero, E. (2005). Breves observaciones sobre el principio *kompetenz-kompetenz*. En E. Silva Romero, F. Mantilla Espinosa & A. Aljure Salame (Eds.). *El contrato de arbitraje* (1ra ed., pp. 579-668). Legis.

Valença Filho, C. (2008). Tutela Judicial de Urgência e a Lide Objeto de Convenção de Arbitragem. En C. Valencia Filho & L.J. Bosco (Eds.), *Estudos de arbitragem* (pp. 155-180). Juruá Editorial.

Van den Berg, A. J. (1981). *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International.

Vásquez Palma, M. F. (2010). Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado,* (15), 181-196.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 23/9/1999, "Compañía General de Combustibles", Rev. Jurisprudencia Argentina [J.A.] (2001-III-53) (Arg.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala E, 4/12/2001, "Telefónica de Argentina S.A.", AP *on line* (11/31681) (Arg.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala B, 11/09/2002, "Visteon S.A. c. Cohen, Mario", causa 9332/02, AP *on line*, (11/35898) (Arg.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 5/11/2002, "Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles", Rev. La Ley [L.L.] (2003-E-937) (Arg.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala B, 2007, "BNP Paribas c. Deutsche Bank" (Arg.).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 20/12/2016, "Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Wal-Mart Argentina S.R.L", Rev. El Derecho [E.D.] (14.141) (Arg.).

Code de procédure civile [C.P.C.] (Código Procesal Civil) (Fr.).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil y Comercial de la Nación [Cod. Civ. y Com.] (2014) (Arg.).

Código de Comercio [Cod. Com.], Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 1902 (Perú).

Código Procesal Civil [Cód. Proc. Civ.], Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 1993 (Perú).

Código Procesal Civil y Comercial [Cod. Proc. Civ. y Com.] (1981) (Arg.).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008). https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013), documento de las Naciones Unidas A/RES/68/109 (2014).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú), http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Constitucion-Politica-2016.pdf.

Constitución Nacional [Const. Nac.] (Arg.), digestocomodoro.gob.ar/ofimatica/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 1/11/1988, "La Nación S.A. y Otra c. La Razón Editorial E.F.L.C. y A.S.A.", Fallos (1988-311-II-2223) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=347

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 10/11/1988, "Nidera Argentina S.A.c. Elena Gladys Rodríguez Álvarez de Canale", Fallos (1988-311-II-2300) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=347

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 11/7/1996, "S.A. Energomachexport c. Es-

tablecimientos Mirón S.A.O.C.I.F.A.", Fallos (1996-319-II-1287) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=367

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 11/05/2004, "Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Key y CIA. S.A.", Fallos (2004-327-II-1450) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=391

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 28/7/2005, "Pan American Energy LLC. c. Forestal Santa Bárbara S.R.L. y otros", Fallos (2005-328-II-2789) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=395

Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 17/10/2007, "B. N. P. Paribas-Sucursal Buenos Aires c. Deutsche Bank S.A.", Fallos (2007-330-IV-4422) (Arg.). https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomoId=405

Cour de cassation [Cass.] [Corte de Casación] 1e civ., 7 junio del 2006, 03-12.034, Bull. civ. I, No. 287 (Fr.). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=171

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 27 de junio de 2008 (Perú).

Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.C. 801 (Can.).

Ley No. 48 (Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales), 14 de septiembre de 1863, [1863-1869] R.N. 49 (Arg.).

Ley No. 25488 (Modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de Nación), 22 de noviembre de 2001, [29780] B.O. 1 (Arg.). https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7220091/20011122?busqueda=1

Ley No. 26.790 (Recurso Extraordinario por salto de Instancia. Incorpóranse artículos 257 bis y 257 ter.), 14 de noviembre de 2012, [32535] B.O. 1 (Arg.). http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/205495/norma.htm

Ley No. 27.449 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional), 26 de julio de 2018, [33.919] B.O. 16 (Arg.). https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/188861/20180726#

PCCW Global Ltd c. Interactive Communications Services Ltd [2007] 1 H.K.L.R.D. 309 (C.A.) (Hong Kong).

10.18800/themis.202001.002

CHOICE OF LAW IN LATIN AMERICAN ARBITRATION : SOME EMPIRICAL EVIDENCE AND REFLECTIONS ON THE LATIN AMERICAN MARKET FOR CONTRACTS

ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE EN EL ARBITRAJE LATINOAMERICANO: EVIDENCIA EMPÍRICA Y REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DE CONTRATOS EN LATINOAMÉRICA

Gilles Cuniberti*
University of Luxembourg

Manuel José Segovia González**
European University Institute

El objetivo de este artículo es evaluar las preferencias de las partes que participan en transacciones comerciales latinoamericanas cuando eligen el derecho que ha de regir sus contratos. Para ese propósito, los autores han conducido un análisis empírico de datos que pudieron ser obtenidos de instituciones de arbitraje activas en Latinoamérica, enfocado en los años 2011 y 2012.

Asimismo ofrecen algunas reflexiones sobre los resultados y evalúan si pueden ser explicados por la visión territorial de los conflictos de leyes en Latinoamérica, la importancia de Estados Unidos como socio comercial de los países latinoamericanos y el grado de presencia de abogados angloamericanos en los mercados latinoamericanos.

Palabras clave: Elección de la ley aplicable; sede del arbitraje; América Latina; CCI; ICDR; enfoque territorial; preferencias de las partes.

The aim of this Article is to assess the preferences of parties to Latin American international business transactions when they choose the law governing their contracts. For that purpose, the authors have conducted an empirical analysis of data that they were able to gather from arbitral institutions active in Latin America, with a focus on years 2011 and 2012.

Furthermore they offer some reflections on the results and elaborate on whether they can be explained by the territorial approach of choice of law in Latin America, the importance of the United States as a trading partner for Latin American countries and the extent to which Anglo-American lawyers are present on Latin American markets.

Keywords: Choice of law; seat of the arbitration; Latin America; ICC; ICDR; territorial approach; parties' preferences.

* Professor. J.D., Ph.D. (Law), Panthéon-Sorbonne University; LL.M., Yale University. Professor of Private International Law at the University of Luxembourg (Luxembourg). Visiting Professor, National University of Singapore and Columbia Law School; Visiting Lecturing Fellow, Duke Law School. President of the European Association of Private International Law. Email: gilles.cuniberti@uni.lu

** Researcher. M.A., Université Toulouse I; Ph.D. (Law), University of Luxembourg. Visiting Fellow, European University Institute (Florence, Italy). Candidate to Investigador Nacional of the Sistema Nacional de Investigadores, CONACYT (Mexico). Email: manuel.segovia.glz@gmail.com

Authors' note: We are most grateful to Sylvie Picard Renaut at ICC, Luis Martinez at ICDR, Fernanda Pires Merouço at AMCHAM Brazil, Patricia Vera Nieto at AMCHAM Quito, Claudia Paccieri Rojas at CAINCO, Verónica Romero Chacín and Isabel Victoria Galván R. at CCB, Adriana Vaamonde at CACC, Sylvia Sámano Beristain at CAM and María Arias Navarro at CEA for providing us with data on the arbitrations handled by their institutions. Many thanks as well to María Mercedes Albornoz, Diego Fernández Arroyo, Mariana Pargendler, Felipe Albuquerque, and Francisco Amallo for commenting on earlier drafts of this Article or on the law of their jurisdiction. All errors are ours.

Editor's Note: This paper was received by the Executive Board of *THĒMIS-Revista de Derecho* on 12 March, 2020 and accepted by the same on 18 July, 2020.

I. INTRODUCTION

The aim of this Article is to assess the preferences of parties to Latin American international business transactions when they choose the law governing their contracts. For that purpose, we have conducted an empirical analysis of unpublished data that we were able to gather from arbitral institutions active in Latin America, with a focus on years 2011 and 2012.

One of the authors had already conducted similar research on other samples revealing the contractual practices in other parts of the world, in particular in Asia (Cuniberti, 2016).[1] One aim of this Article is to compare our findings about Latin America with the findings about Asia, and to confirm the existence of regional variations in international economic actors' preferences.

We present the results of our empirical study in Section II. The data, unfortunately, are incomplete, as many arbitral institutions have declined to share it. We submit, however, that our study is reasonably representative, in particular because the dominant player in Latin American arbitration –the International Chamber of Commerce– did cooperate. We hope to be able to gather more data in the future, but the results of our study already allow us to formulate some preliminary conclusions, which we present in Section III.

II. CHOICE OF LAW IN LATIN AMERICAN ARBITRATION: SOME EMPIRICAL EVIDENCE

It is generally delicate to assess the contractual practices of private actors. Private contracts are not published, and millions of them are concluded every day. Yet, an interesting source for that purpose is the data gathered by arbitral institutions on cases they have handled. Arbitration is the dominant mode of resolution of international commercial disputes, and certain leading arbitral institutions handle large numbers of cases which are remarkably diverse, both from the perspective of the origin of the parties as well as the industries concerned. In addition, it appears that the data that they publish are, in many respects, remarkably consistent over the years. It is true, of course, that the data of arbitral institutions are only concerned with contracts which gave rise to disputes, and that this could be an important selection bias. It is hard to identify, however, which influence this could have on many of the terms of the relevant contracts and, in particular, on choice of law clauses. We submit, therefore, that the data of arbitral institutions are reasonably representative of the relevant contractual practices.[2]

This is even more so in the context of this Article. Our aim is to assess the preferences of parties to international business transactions with respect to the choice of law. In Latin America, freedom of choice in international contracts is much more accepted in the context of arbitration than it is in a judicial context. This makes the study of the data of arbitral institutions much more meaningful, as parties may express more freely their preferences than in a judicial context.[3]

The definition of international contracts has long been a vexing issue in comparative private international law. Because our focus is on the preferences of actors, we focus on, and thus define international contracts as, contracts concluded between parties based in different states.

We present in turn the data that we obtained from Latin American arbitral institutions and from international institutions.

A. Latin American Institutions

1. Background

In Latin America, the vast majority of cases filed with local arbitral institutions are domestic. Thus, most of the parties that turn to these institutions do not really choose the law that govern their contracts, they just abide automatically to the law that is common to them. There is, however, an international practice that has started to develop.

In April 2011, the Americas Initiative of the Institute for Transnational Arbitration (ITA) issued a survey that depicts the emergence of local arbi-

[1] A number of empirical studies of choice of law preferences were also conducted on the basis of questionnaires sent to economic actors: see Vogenauer (2017) and Queen Mary University of London (2010). In the United States, empirical studies were also conducted, but they focused on choice of law in domestic contracts, which raises entirely different questions: see Eisenberg & Miller (2009) and Sangath (2014).

[2] For a wider discussion on the representativeness of the data published by the ICC, see Cuniberti (2014, p. 467).

[3] In particular, there is no distinction between the law of the forum and foreign law in international arbitration. A number of private international law techniques which could result in the application of another law than the law chosen by the parties play a limited role (this is, in particular, the case of the public policy exception): this largely limits the scope of the argument made by certain scholars that Latin American courts do not respect freedom of choice because of their application of the public policy exception: see Pargendler (2012, p. 1730).

tral institutions throughout the region (2011). The survey identified 165 local institutions from eighteen different countries,[4] but focused on only 30 institutions from fifteen countries. Of particular interest for the purpose of this Article is the data collected with respect to foreign parties involved in arbitrations handled by these institutions.[5] Out of the 30 institutions studied, 17 reported that foreign parties were involved in some cases, 6 reported that no foreign parties were involved in any of the arbitrations they handled, and 7 did not provide any information in this respect. This practice is rather recent. According to the survey, 70% of these institutions were created between twenty to ten years ago, when many Latin American countries adopted new laws with the aim of fostering arbitration. It is reasonable to believe that, while consolidating during their first years, these institutions were exclusively, or almost, conducting domestic arbitrations.

The ITA's survey gives us an idea of the dimension of the international practice of Latin American arbitral institutions. The average proportion of foreign parties in cases handled by the 17 institutions which reported an international practice is 16%. We cannot assume, however, that this percentage is also the percentage of international cases of this caseload. This would only be possible if there were only one foreign party per arbitration, and this is often not the case.[6] Thus, the percentage of foreign parties in the caseload of a given institution does not translate into the number of international cases. The aggregate number of cases handled by the 17 institutions was 3,483. They included, therefore, less than 557 international cases, and indeed probably much less.[7] This still shows, however, that, as a whole, Latin American arbitral institutions are developing an international practice of significant dimension.

As exaggerated as it might be, the criterion of the number of foreign parties also allows us to compare the dimension of the international practice of each institution. From the 17 institutions with foreign parties in their caseloads,[8] only 5 would have more than 20 international parties participating. The most active institution would definitely be, by

[4] This is not the total amount of arbitral institutions in the region. The survey does not say it, but we believe that this amount corresponds to those institutions that are permanently active and enjoy certain recognition as arbitration more than conciliation or mediation centers, and not to every single arbitral institution authorized in each country. Only in Colombia, there are about 330 authorized arbitral institutions, most of which function primarily as conciliation centers, as it was pointed out by Rafael Bernal Gutiérrez, Vice-President of the Centro de Arbitraje y Conciliación of the Chamber of Commerce of Bogotá, in an interview with *La República*, the leading economic newspaper in the country (Arteaga, 2014).

[5] The survey appears ambiguous as to the caseloads of the institutions. It raises the question of whether they correspond to the number of pending cases at the moment when the data was collected or to the total of cases ever handled. Most of the caseloads seem to be collected under the first methodology. They go in line with the number of cases received by year. But others do not seem to correspond to this logic. For example, one institution appears with 546 cases and another with 1380, while receiving 50 and 150 per year (during a period rather close to the survey, and not during the first years of functioning), respectively. These caseloads seem to correspond to a much longer period of time. The Centro de Arbitragem e Mediação of the American Chamber of Commerce (AMCHAM) Brazil is a local institution that used to publish its statistics. They confirm that the survey is also based on the second methodology. By 2011, this institution had received a total of 50 cases, just as it is stated in the survey (Estatística do Centro de Arbitragem e Mediação em 2015, in file with the authors). Given this ambiguity, we will refer to these caseloads and the data ensuing therefrom without any relation to a specific period of time.

[6] For example, see the cases reported by the Centro de Arbitraje y Conciliación of the Chamber of Commerce of Bogotá below.

[7] Actually, the survey's data concerning foreign parties contains, to some extent, parties that are not foreign. Despite designating as foreign parties those that are established abroad (ITA, 2011, p. 12), the survey does include local subsidiaries of multinational companies. It is the case, for example, of the Centro de Arbitraje y Mediación of AMCHAM Quito, whose percentage of foreign parties is 29 according to the survey. This institution provided us with information on choice of law. Its Director told us, in one of the e-mails exchanged (in file with the authors), that the majority of those parties are local subsidiaries of multinational companies. Counting local subsidiaries of multinational companies as if they were foreign parties would be commonplace in the survey. By some conversations by mail and on the phone with other institutions, when asked about data concerning foreign companies, we noticed that some of them take local subsidiaries as one if the majority of the shares are held by foreigners, or are simply not sure whether to take these companies into account. Yet, many Latin American arbitration laws provide that an arbitration is international if the parties to the arbitration agreement are established in different countries.

[8] They are, from the most to the less active, the Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) of the Ecuadorian-American Chamber of Commerce - Quito, the Centro de Arbitraje de México (CAM), the Centro de Arbitraje (CACC) of the Chamber of Caracas, the Centro Internacional de Arbitraje of the American Chamber of Commerce of Peru (AMCHAM Peru), the Centro de Arbitragem e Mediação of the American Chamber of Commerce (AMCHAM) Brazil, the Centro de Arbitragem e Mediação (CAM-CCBC) of the Brazil-Canada Chamber of Commerce, the Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) of the Venezuelan-American Chamber of Commerce of the United States, the Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB), the Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM - BM&FBOVESPA), the Centro de Conciliación y Arbitraje (CCA) of the Chamber of Commerce of Costa Rica, the Centro de Mediación y Arbitraje of the Chamber of Commerce, Services and Tourism of Mexico City (CANACO) and the Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC) of the Commercial Association of Paraná.

far, the Centro de Mediación y Arbitraje (CAM) of the Chamber of Commerce of Santiago, Chile, with about 100 foreign parties participating.[9] These figures suggest that most Latin American institutions only receive a handful of international cases in a given year, and that they may not receive year in and year out.

Though the survey dates back to the beginning of 2011, it can still reflect a more actual picture of the international practice of Latin American institutions.[10] If there is no doubt that as a whole, arbitration is a phenomenon on the rise in the region, it is less clear whether the international cases are also growing at a fast pace.[11] The data on choice of law that we will present suggest that it has not been the case.

2. Choice of Law

Only six Latin American institutions provided us with data on choice of law. All in all, they cover 44 international cases in an average time span of 3 years between 2011 and 2016. Despite numerous efforts, several other local institutions did not provide us with this information.[12] The data will also show that the international practice of Latin American institutions seems to remain similar after 2011, i.e., in general, local institutions do not handle many international cases. After presenting the data, we will draw some conclusions on the choice of law of parties that turn to this kind of institutions to have their international disputes settled.

The Latin American arbitral institutions that provided us with data on choice of law are based in Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico and Venezuela.

a. *The Centro de Arbitraje of the Chamber of Caracas (CACC)*

The CACC was created in 1989 but has been working without interruption since 1998. By 2016, it reported to have administered more than 450 cases and it has been presented as one of the two most active Venezuelan arbitral institutions (Saghy, 2018, p. 3). It ranks third in terms of caseload among the 30 institutions included in the ITA's survey, with 277 cases.

The CACC provided us with information on choice of law for the international cases that it received from 2011 until August 2016.[13]

Table 1: CACC International Cases, 2011-2016

2011			**2012**		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
U.S. vs.Venezuelan	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Colombian	Caracas	Venezuelan
Venezuelan vs. Venezuelan and Panamenian	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Venezuelan and Panamenian	Caracas	Venezuelan

9 From a total of 1,380 cases. The other four are, in this order, the Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP) of the Chamber of Commerce, Industries and Agriculture of Panama, the Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) of the Costa Rican-American Chamber of Commerce, the Centro de Arbitraje of the Chamber of Commerce of Lima (CCL) and the Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) of the Chamber of Industry, Commerce, Services and Tourism of Santa Cruz - Bolivia.

10 It is however reasonable to consider that now there might be other local institutions that handle international arbitrations apart from the 17 of the survey, like the Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) of the Chamber of Commerce of Bogota, which provided us with data on choice of law. Not to count that it would be hard to believe that the survey did not miss institutions that had already handled international cases.

11 Karin Helmlinger, former Executive Director of CAM Santiago, the most active institution according to the survey, noted, in an interview with the Chilean newspaper *El Mercurio* in 2013 –one of the oldest Spanish language newspapers currently distributed– that this kind of arbitration was still growing but only by little (Chaparro, 2013).

12 These are all the ones referred to in note 9, except the CCAC of the Chamber of Industry, Commerce, Services and Tourism of Santa Cruz - Bolivia, as well as all the ones mentioned in note 8, except the CAM of the Ecuadorian-American Chamber of Commerce - Quito, the Centro de Arbitragem e Mediação of AMCHAM Brazil, the Centro de Arbitraje de México and the CACC of the Chamber of Caracas, as well as the CCA of the Chamber of Commerce of Costa Rica and ARBITAC of the Commercial Association of Paraná, which we did not contact, plus the Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem of the Federation of Industries of the State of São Paulo (CIESP/FIESP), the Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA), the Centro de Mediación y Arbitraje Comercial (CEMARC) of the Argentinean Chamber of Commerce and Services and the Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay (CAMP) of the National Chamber of Commerce and Services of Paraguay, which are not included in the survey as institutions with a percentage of foreign parties or are not included in it at all, but we thought worth to contact. Additionally, we contacted also without success, the Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), which is a global institution of the region.

13 We sincerely thank former Executive Director Mrs. Adriana Vaamonde.

2014			2015		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Venezuelan vs. U.S.	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Brazilian	Caracas	Venezuelan
Venezuelan vs. U.S.	Caracas	Venezuelan	**2016**		
Venezuelan vs. Venezuelan and Panamanian	Caracas	Venezuelan	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Venezuelan vs. Venezuelan and Panamanian	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Portuguese	Caracas	Venezuelan
Venezuelan vs. Venezuelan and Panamanian	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Portuguese	Caracas	Venezuelan
Venezuelan vs. Venezuelan and Panamanian	Caracas	Venezuelan	Venezuelan vs. Brazilian	Caracas	Venezuelan

b. *The Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) of the Chamber of Commerce of Bogota (CCB)*

The CAC was the first Colombian arbitral institution. It was created in 1983. It is one of the most active local institutions in Colombia (Zuleta, 2012, p. 1; World Bank, 2010, p. 101), and perhaps, the most active when it comes to international arbitration. In the ITA's survey, it appeared with a caseload of 202 cases and ranked seventh in this respect among the 30 institutions therein included.

The CAC informed us that it did not handle an international arbitration before 2014. In this year, 6 international cases were filed with it. It received 5 more during 2015. It provided us with information on choice of law for all of these cases.[14]

Table 2: CAC International Cases, 2014-2015

2014			2015		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Colombian vs. Panamanian	Colombia	Colombian	Colombian vs. Panamanian	Colombia	Colombian
Colombian vs. Brazilian	Colombia	Colombian	Colombian vs. Mexican	Colombia	Colombian
U.S. vs. Colombian	Colombia	Colombian	Colombian vs. Mexican	Colombia	Colombian
Chinese vs. Colombian	Colombia	Colombian	Colombian (x5) vs. Brazilian (x2)	Colombia	Colombian
Colombian vs. Venezuelan	Colombia	Colombian	Peruvian vs. Canadian and Colombian	Colombia	Colombian
Chinese (x2) vs. Colombian (x2)	Colombia	Colombian			

c. *The Centro de Arbitragem e Mediação of the American Chamber of Commerce (AMCHAM) Brazil*

AMCHAM Brazil is established in São Paulo and has offices in fourteen other Brazilian cities, where arbitrations also take place. The center was created in 2000, but it received its first arbitration in 2002. It has been referred as one of the eight most commonly used local institutions, from a universe of more than 100 (Gonçalves & Spaccaquerche Barbosa, 2013, p. 1). By 2015 it had handled a total of 90 arbitrations (Centro de Arbitragem e Mediação – AmCham, 2015). In the ITA's survey it ranked twentieth, with 49 cases by 2011.

AMCHAM Brazil provided us with information on choice of law for the international cases that it received in 2013 and 2015, and further specified that it did not handle any such cases in 2011, 2012 and 2014.[15]

[14] For which, we thank Mrs. Verónica Romero Chacín, former Head of Arbitration, and Mrs. Isabel Victoria Galván R., former Coordinator of the School of International Arbitration.

[15] We are very much grateful to Dr. Fernanda Pires Merouço, former Deputy Secretary General.

Table 3: AMCHAM Brazil International Cases 2011-2015

2013			2015		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Brazilian and U.S.	São Paulo	Brazilian	Brazilian and U.S.	São Paulo	Brazilian
Brazilian and Kuwaiti	São Paulo	Brazilian			

These international cases represent respectively 20% and 11% of the total of cases received in each of these years. In these years, the center received a total of 10 and 9 cases, respectively (Centro de Arbitragem e Mediação – AmCham, 2015).

d. *The Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) of the Ecuadorian-American Chamber of Commerce (AMCHAM) Quito*

The center was created in 1999. It is one of the most important Ecuadorian arbitral institutions (Consejo de la Judicatura, 2017).[16] It is the only institution from Ecuador included in the ITA's survey, where it ranked sixteenth in terms of caseload, with 70 cases.

AMCHAM Quito provided us with information on choice of law for the international cases filed with it in 2011 and 2012.[17]

Table 4: AMCHAM Quito International Cases 2011-2012

2011			2012		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Ecuadorian vs. Spanish	Ecuador	Ecuadorian	Colombian vs. U.S.	Ecuador	Ecuadorian
U.S. vs. Ecuadorian	Ecuador	Ecuadorian	German vs. Ecuadorian	Ecuador	Ecuadorian
Chinese vs. Ecuadorian	Ecuador	Ecuadorian	Ecuadorian vs. Spanish	Ecuador	Ecuadorian
			Spanish vs. U.S.	Ecuador	Ecuadorian

e. *The Centro de Arbitraje de México (CAM)*

The CAM was established in Mexico City in 1997. It is one of the three most important arbitral institutions of Mexico (von Wobeser, 2018, p. 1). It appears as the seventeenth most active institution in the ITA's survey, with 62 cases. The CAM provided us with information on choice of law for the international cases that it received from 2011 to 2015.[18]

Table 5: CAM International Cases, 2011-2015

2011			2012		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Mexican and U.S.	Mexico City	Mexican	Mexican and Brazilian	Mexico City	Mexican
2014			2015		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Mexican and Canadian	Mexico City	Mexican	Mexican and U.S.	Mexico City	Mexican

f. *The Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) of the Chamber of Industry, Commerce, Services and Tourism of Santa Cruz - Bolivia (CAINCO)*

The CCAC was created in 1993. It is one of the most active arbitral institutions of Bolivia, if not the most (World Bank, 2010). It is the only Bolivian institution that appears in the ITA's survey, ranking twelfth from the 30 institutions included in it, with a total of 110 cases.

16 By 2017, there were 15 authorized arbitral institutions in Ecuador.

17 We warmly thank Mrs. Patricia Vera Nieto, Director.

18 We are grateful to Mrs. Sylvia Sámano Beristain, LL.M.

Table 6: CCAC International Cases 2011-2014

2012			2013		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**	**Nationality of the parties**	**Seat of the arbitration**	**Chosen Law**
Ecuadorian vs. Bolivian	Bolivia	Bolivian	Bolivian vs. Chinese	Bolivia	Bolivian

2014		
Nationality of the parties	**Seat of the arbitration**	**Chosen law**
Chinese vs. Bolivian	Bolivia	Bolivian
Chinese vs. Bolivian	Bolivia	Bolivian
Bolivian vs. Paraguayan	Bolivia	Bolivian

The CCAC provided us with information on choice of law for the international cases filed with it in 2012, 2013 and 2014. It also let us know that it did not receive an international case in 2011.[19]

g. *Conclusion*

The data available are few but remarkably consistent. All 44 cases had three common features. The first is that the seat of the arbitration was in the country where the local arbitral institution was based. The second is that the law chosen by the parties was the law of that same country. The third was that the seat of the arbitration and the law chosen by the parties coincided. Finally, virtually all 44 cases (42 out 44) had in common that one party was a national from the country where the local arbitration institution was based. Although it would have been interesting to study the data from other local institutions, it is likely that they would share the same features.

The authors submit that a likely explanation for some of these features is that local arbitral institutions are chosen by the parties where a local party has a strong bargaining power and is thus able to dictate many of the contractual terms, including the jurisdiction and choice of law clauses. The local party thus imposes on the other party the local arbitral institution, a seat in its country and the application of the local law. This is not to say that Latin American arbitral institutions favor local parties, and even less that the law of Latin American institutions favor the same, but rather that Latin American parties with a higher bargaining power prefer to litigate in a forum that they know and which is easily accessible, and under a law they are familiar with.

B. International Institutions

Latin American parties do not only resort to Latin American arbitral institutions. Indeed, it seems that most international cases involving Latin American parties are handled by international arbitral institutions. Two international institutions have a significant activity in this market: the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC) and the International Center for Dispute Resolution (ICDR), which is the international division of the American Arbitration Association. The data published by most other international institutions reveal that they barely handle cases involving Latin American parties.[20]

1. The International Chamber of Commerce (ICC)

a. *Background*

Contrary to Latin American arbitral institutions, the International Court of Arbitration of the ICC is a global institution which is not specifically focused on Latin America. However, it is an important player in Latin American arbitration which handles both arbitrations with a seat in Latin America and arbitrations involving Latin American parties with a seat outside of this region.

In 2011 and 2012, Latin American parties were involved in respectively 81 and 95 ICC cases, but only 37 and 46 arbitrations had their seat in Latin America. This suggests that the seat of arbitrations

[19] We are very much grateful to Mrs. Claudia Paccieri Rojas, Executive Director.

[20] This is the case, for instance, of the London Court of International Arbitration (LCIA) and the Swiss Chambers' Arbitration Institution. Parties originating from Central and South America accounted for 4.8% of parties in 2019 (4.7% in 2018; 1.9% in 2017; 3.4% in 2016; 2.5% in 2015) in arbitrations handled by the LCIA (LCIA, 2019, p. 10; LCIA, 2017, p. 6). The statistics of the Swiss Chambers' Arbitration Institution does not even report separately that some of the parties involved in the arbitrations that it handles originate from Latin America (they are included in Others) (SCAI, 2019, p. 3).

involving Latin American parties is in Latin America in around 45 % of the cases, and that most ICC Latin American arbitrations are thus held outside such region.

Table 7: Number of Cases and Parties, 2011-2012

	2011	2012
ICC Cases involving a Latin American Party	81	95
Number of Latin American Parties involved in an ICC Case	180	205

Table 8: Latin American Seats in ICC Arbitrations, 2010-2013

	2010	2011	2012	2013
Brazil	11	16	17	22
Mexico	13	11	12	9
Chile	3	2	5	4
Argentina	6	4	2	3
Panama	0	1	2	2
Uruguay	1	1	1	0
Peru	0	0	2	0
Bolivia	0	1	0	1
Venezuela	0	1	0	0
Colombia	0	0	1	3
Ecuador	0	0	1	0
El Salvador	0	0	1	0
Honduras	0	0	1	1
Costa Rica	0	0	1	0
Total	**34**	**37**	**46**	**45**

An important feature of arbitration in Latin America is that parties often agree to resort to arbitration to resolve disputes involving parties of the same nationality. The data that the ICC publishes each year about the cases that it handles indicate that the proportion of single nationality cases is often high among Latin American countries. In particular, 33 to 45% of ICC cases involving Brazilian parties are single nationality cases. Unfortunately, the ICC only reports about countries which have a proportion of single nationality cases higher than a certain level, which changes each year. From 2010 to 2012, the threshold was respectively 20, 21 and 22 %. In 2013, it was 40%. It is thus not possible to know whether there were a lower proportion of single nationality cases in other countries, or simply none, during these years. The only exception is for nationalities which were involved in such a low number of cases that one single case would be above the threshold. For instance, if there were less than 5 cases in which parties of a given nationality were involved in 2010 to 2012, this would mean that none of them was a single nationality case, as one case would account for 25 % of all cases involving parties from that country.

The following results can thus be deduced from data published by the ICC.

Table 9: Latin American Single Nationality cases in ICC Arbitrations, 2010-2013

	2010	2011	2012	2013
Brazil	11 (42 %)	10 (33 %)	10 (34 %)	18 (45 %)
Mexico	Less than 20 %	Less than 21 %	8 (35 %)	7 (41 %)
Chile	3 (75 %)	Less than 21 %	Less than 22 %	Less than 40 %
Argentina	3 (60 %)	2 (22 %)	2 (22 %)	Less than 40 %
Uruguay	1 (50 %)	0	0	Less than 40 %
Peru	0	0	4 (80 %)	2 (66 %)
Bolivia	0	1 (50 %)	0	Less than 40 %
El Salvador	2 (50 %)	2 (100 %)	1 (50 %)	Less than 40 %

	2010	2011	2012	2013
Honduras	0	0	1 (100 %)	Less than 40 %
Ecuador	0	0	Less than 22 %	0
Venezuela	Less than 20 %	0	0	0
Guatemala	0	0	0	0
Costa Rica	0	0	0	0
Nicaragua	0	0	0	0
Colombia	0	Less than 21 %	Less than 22 %	Less than 40 %
Panama	Less than 20 %	Less than 21 %	Less than 22 %	Less than 40 %

Table 10: Nationality of Latin American Parties to ICC Arbitrations, 2010-2013

	2010	2011	2012	2013
Brazil	74 (38 %)	81 (45 %)	82 (40 %)	91 (42.3 %)
Mexico	62 (31%)	28 (15.5 %)	44 (21.4 %)	47 (28.8 %)
Argentina	16 (8.2 %)	18 (10 %)	14 (6.8 %)	19 (8.8 %)
Panama	7 (3.6 %)	13 (7.2 %)	12 (5.8 %)	11
Chile	9 (4.6 %)	12 (6.6 %)	13 (6.3 %)	10
Colombia	1 (0.5 %)	10 (5.5 %)	11 (5.3 %)	17 (7.9 %)
Peru	0	2 (1.1 %)	11 (5.3 %)	5
El Salvador	6 (3 %)	4 (2.2 %)	11 (3.7 %)	0
Ecuador	1 (0.5 %)	0	7 (3.4 %)	0
Bolivia	0	4 (2.2 %)	0	1
Venezuela	11 (5.6 %)	3 (1.6 %)	1 (0.4 %)	1
Uruguay	4 (2 %)	1 (0.5 %)	3 (1.4 %)	9
Honduras	1 (0.5 %)	1 (0.5 %)	2 (0.9 %)	0
Guatemala	2	2 (1.1 %)	0	2
Costa Rica	0	1 (0.5 %)	1 (0.4 %)	2
Nicaragua	0	0	1 (0.4 %)	0
Total	**194**	**180**	**205**	**215**

b. *Choice of Law*

We are also grateful to the ICC for providing us with detailed data on choice of law in arbitrations involving Latin American parties filed with the ICC in 2011 and 2012. More specifically, the ICC provided the seat of the arbitration and the law chosen by the parties for each of the 81 and 95 cases filed respectively during these two years.

It must be underscored again, however, that a number of these cases were single nationality cases. This is important, because parties to single nationality cases all originate from the same jurisdiction, and are thus very likely to provide for the application of the law which is known to all them.

Additionally, single nationality cases will often be domestic cases[21] where the power of the parties to provide for the application of foreign law will be doubtful. It is therefore useful to break the data and present separately cases involving parties of different nationalities. This could easily be done where the data indicated that the only case involving parties from a given country was a single nationality case, and a seat in this country had only been selected once.[22] For other countries, it was more difficult. The following assumption

[21] That is, cases with no connection to other jurisdictions, such as the domicile of the parties or the place of conclusion or performance of the contract.

[22] This was the case for Honduras in 2012. The ICC reported that the only case involving parties from Honduras in 2012 was a single nationality case, and the data revealed that a seat in Honduras had only been selected once. The parties had not chosen the applicable law, in most likelihood because it was obvious to them that Honduras law would apply to a domestic case.

was therefore made to identify them. Parties to single nationality cases would either select a seat of the arbitration and provide for the application of the law of the same jurisdiction, or select the seat in the same jurisdiction and then omit to indicate the applicable law.[23] We find that the ICC handled respectively 66 and 69 international cases involving Latin American parties in 2011 and 2012.

We present the data for both all cases and international cases in Table 11.

Table 11: Substantive Law Chosen in ICC Latin American Arbitrations, 2011-2012

	2011			2012		
	All cases	Int'l cases		All cases	Int'l cases	
Brazilian law	15	7	10.6%	19	11	16%
Mexican law	10	10	15.1%	12	4	5.8%
U.S. laws	7	7	10.6%	10.5	10.5	15.2%
Chilean law	2	2	3%	8	8	11.6%
Argentinian law	6	4	6%	2	1	1.4%
English law	4	4	6%	2.5	2.5	3.6%
Swiss law	2	2	3%	2	2	2.8%
French law	2	2	3%	2	2	2.8%
Other non-Lat Am laws	8	8	12%	4	4	5.8%
Panamanian law	2	2	3%	1	1	1.4%
Peruvian law	1	1	1.5%	2	0	0
Salvadorian law	2	0	0	1	0	0
Ecuadorian law	0	0	0	2	2	2.8%
Uruguayan law	1	1	1.5%	0	0	0
Guatemalan	1	1	1.5%	0	0	0
Columbian law	0	0	0	1	1	1.4%
Bolivian law	1	0	0	0	0	0
Non-national law	2	2	3%	4	4	5.8%
Unspecified	15	13	19.7%	22	16	23.1%
TOTAL	**81**	**66**	**100%**	**95**	**69**	**100%**

The first lesson that the data teach is that Latin American laws are often chosen. They were chosen in 28 cases both in 2011 and 2012. This represented respectively 42% and 40% of international cases. If one focuses on cases where the parties had actually made a choice (and thus neglect cases where no choice was specified), parties chose Latin American laws in 53% of cases. While laws of non-Latin American countries are also regularly chosen, in around 40% of cases where the parties had actually made a choice, they do not dominate.

The situation is different in other parts of the world. A previous study conducted by one of the authors (Cuniberti, 2016) revealed that parties to international arbitrations in Asia choose much more often laws of non-Asian states than laws of Asian states. The ICC data for the same period show parties to arbitrations involving Asian parties chose the laws of non-Asian states in around 60% of cases and chose the laws of Asian states in around 40% cases.[24]

The second lesson, which is correlated to the first, is that Latin American international business transactions are not dominated by the law of an influential jurisdiction of the northern hemisphere. In particular, English and Swiss laws, which dominate international business transactions in other parts of the world (Cuniberti, 2014, p. 479), do not seem

[23] For anecdotal evidence of the fact that parties to single nationality cases might not care for choosing the applicable law, see previous note.

[24] In 2011, parties to ICC arbitrations involving Asian parties had chosen non-Asian laws in 61% of cases where the parties had chosen a law (44.3% of all cases) and had chosen Asian laws in only 37% of such cases (26.7% of all cases). In 2012, parties to ICC arbitrations involving Asian parties had chosen non-Asian laws in 56.6% of cases where the parties had chosen a law (45.4% of all cases) and had chosen Asian laws in only 42% of such cases (34.6% of all cases).

to be very influential in Latin America. U.S. laws are chosen more often, but they do not dominate. In contrast, English law dominates Asian international business transactions, where it is chosen twice as often as any Asian law (Cuniberti, 2016, p. 54).[25]

c. *Combination Seat-Law*

One of the two most important lessons of data of Latin American arbitral institutions was the correlation between the seat of the arbitration and the law chosen to govern the dispute on the merits (see *supra* II.A.).

The data provided by the ICC for years 2011 and 2012 confirm this important trend of Latin American arbitration. In Table 12, we present the distribution of cases where the parties had actually chosen both the seat of the arbitration and the law governing the substance of the dispute (we exclude, therefore, cases where the parties had neglected to choose one or the other).

Table 12: Combination of Seat and Substantive Law in ICC Arbitrations, 2011-2012

	2011		2012	
	Number of cases	**% of choices**	**Number of cases**	**% of choices**
Same country				
Latin America	22	42.3%	18	33.9%
United States	6	11.5%	10[26]	18.8%
Europe	5	9.6%	7	13.2%
Lebanon	0	0	1	1.8%
Different countries				
Seat Latin America	2	3.8%	1	1.8%
Seat United States	6[27]	11.5%	2	3.7%
Seat Canada	0	0	1	1.8%
Seat France	8	15.4%	7	13.2%
Seat other Europe	3	5.7%	2	3.7%
Total	**52**	**100%**	**53**	**100%**

The data reveal first that parties to ICC arbitrations will designate the same jurisdiction for choice of law purposes and as the seat of the arbitration in more than 60% of cases. Given that there is, in principle, no reason for combining the two, this seems remarkably high. It begs the question of whether there is some reluctance among Latin American parties to choose foreign law in any adjudication (see *infra* III).

Table 13: Latin American Seats in ICC Arbitrations, 2011-2012

	2011		2012	
	Int'l cases	**Same law chosen**	**Int'l cases**	**Same law chosen**
Brazil	8	7	7	7
Mexico	11	9	4	2
Chile	2	2	5	5
Argentina	2	2	0	0
Panama	1	1	2	1
Uruguay	1	1	1	0
Venezuela	1	0	0	0
Colombia	0	0	1	1
Ecuador	0	0	1	1
Costa Rica	0	0	1	0
Total	**26**	**22**	**22**	**17**

[25] In 2011 and 2012, parties to ICC arbitrations involving Asian parties had chosen English law in respectively 11.6% and 17.7% of cases, while the most chosen Asian law (Indian law) had only been chosen in respectively 5.5% and 8.2% of cases.

[26] Including one case where the parties had chosen both UK and US laws.

[27] Not including two domestic Salvadorian cases.

While most parties to international arbitrations understand the importance of and the difference between the seat of the arbitration and the law governing the merits, there is still a significant proportion of cases where parties omit to provide for the applicable law, including cases where they also fail to choose the seat of the arbitration. These cases are summarized below.

Table 14: Cases with Choice of Seat but not Law in ICC Arbitrations

	2011		2012	
	Domestic cases	Int'l cases	Domestic cases	Int'l cases
Choice of seat only				
Seat in Latin America		2	3	1
Seat in the United States	2	4		6
Seat in France		1		3
Seat in other European S.		4		3
No choice of seat				
No choice of law	2	2	3	3
Choice of law	0	0	0	0
Total	2	13	6	16

The data reveal that parties omit to provide for the applicable law in about 20% of cases. This proportion is not higher in Latin American arbitration than it is in arbitrations involving parties based in other parts of the world. It is similar to the average proportion of choice of law in ICC arbitration generally (Cuniberti, 2014, p. 468).

2. The International Center for Dispute Resolution (ICDR)

As the ICC, the ICDR, which is the international division American Arbitration Association, is a global institution which is not specifically focused on Latin America. However, it is an important player in Latin American arbitration which handles a significant number of arbitrations involving Latin American parties.

We are grateful to the ICDR for providing us some data about its Latin American caseload in years 2011 and 2012.

Table 15: Nationality of Latin American Parties to ICDR Arbitrations, 2011-2012

	2011	2012
Mexico	28 (26.4%)	30 (26.5%)
Brazil	18 (17%)	11 (9.7%)
Colombia	12 (11.3%)	10 (8.8%)
Peru	9 (8.5%)	8 (7%)
Panama	11 (10,4%)	5 (4.4%)
Costa Rica	6 (5,6%)	6 (5.3%)
Honduras	5 (4,7%)	7 (6.2%)
Chile	2 (1,9%)	3 (2.6%)
Nicaragua	5 (4,7%	7 (6.2%)
Venezuela	0	8 (7%)
Bolivia	4 (3,7%)	3 (2.6%)
Argentina	3 (2,8%)	3 (2.6%)
Ecuador	0	5 (4.4%)
Guatemala	2 (1,9%)	1 (0.9%)
Uruguay	1 (0,9%)	2 (1.8%)
El Salvador	0	2 (1.8%)
Paraguay	0	2 (1.8%)
Total	**106**	**113**

Unfortunately, more precise data on these cases were unavailable. However, some general features of ICDR arbitration are known. The first is that the vast majority of ICDR cases have their seat in the United States (ICDR, 2016, p. 7).[28] The second is that, in the vast majority of cases, one party originates from the U.S. (ICDR, 2016, p. 7; ICDR, 2018, p. 1).[29] This means that most ICDR Latin American cases (probably about 90%) are likely to oppose a U.S. party to a Latin American party, and have their seat in the U.S.

The ICDR has never reported on the law chosen by the parties to ICDR arbitration. There are several reasons to believe, however, that, in the vast majority of cases, the law of a U.S. state applies. The first reason is that, in most cases, one of the parties was a U.S. party, and that the negotiation dynamics resulted in the choice of a U.S. seat and the choice of a U.S. arbitral institution. It is likely that the same negotiation dynamics would also be used to settle on the law of a U.S. state. The second reason is that it is the general trend in Latin American arbitration, including ICC arbitration.[30]

III. SOME REFLECTIONS ON THE PREFERENCES OF LATIN AMERICAN PARTIES

A. Territorial Approach

A striking feature of Latin American arbitrations is the willingness of parties to associate the seat of the arbitration with a choice of the substantive law of the same state. The data presented above reveal that this is almost systematically the case in arbitrations held under the aegis of Latin American institutions, and that this is the case in more than 60% of ICC arbitrations. Yet, the seat of the arbitration and the law governing the merits of a case are conceptually different. They serve different functions, and parties to international arbitrations may choose them independently from each other.

There are three possible reasons for the Latin American trend to associate the seat and the law governing the merits of the arbitration. The first could be a lack of sophistication of the parties. Parties to international commercial transactions will typically not have any legal education, and they might not be advised by lawyers. When advised by lawyers, these lawyers will typically be transactional lawyers, or in-house lawyers, who might have limited knowledge of the complexities of conflict of laws and doctrines of international commercial arbitration. As a result, the parties and their lawyers might not see clearly the difference between the venue of an arbitration and the applicable law, and even less between choosing the seat of the arbitration for the purpose of choosing the *lex arbitri* and choosing the substantive law. While it is inevitable that some of the parties lack legal sophistication and fail to understand this fundamental conceptual difference, in Latin America or elsewhere, it is difficult to believe that such a proportion of parties to Latin American arbitrations would be in this situation. It is therefore submitted that lack of sophistication cannot fully explain this phenomenon.

The second possible reason is that parties to international transactions typically prefer to litigate at home under their own law, with which they are familiar. As a consequence, when their bargaining power allows, they typically try to impose that disputes be resolved in their home state under the law of their state of origin. Under that explanation, the association seat/substantive law would often reveal the stronger bargaining power of one of the parties.

The third possible reason would be peculiar to Latin America, and might thus at least partially explain why the phenomenon is so strong in this part of the world. Latin America has traditionally distinguished itself by a territorial approach to choice of law and a reluctance to accept freedom of choice, in particular in international contracts. Historically, Latin American states would only apply local law and they would not accept that the parties choose the law governing their contract. Although the situation has changed in certain Latin American states, in particular in the context of international arbitration, it is possible that the idea of territoriality remains deeply ingrained in the mind of Latin American businessmen and lawyers. This could explain why Latin American actors continue to find it natural to provide for the application of "local" law which, in the context of international arbitration, would be interpreted as the designation of the law of the seat of the arbitration.

The territorial approach to choice of law has deep roots in Latin America. The colonies of Spain were subject to a private law system with a strong terri-

[28] For 2015, ICDR reported that only 109 cases out of 1064 cases filed had their seat outside of the U.S., i.e. 10%.

[29] For 2015, ICDR reported that less than 10% of cases (97 out of 1064) did not include a U.S. party. For 2018, the ICDR reported that about half of all parties originated from the U.S. (1067 U.S. parties vs 1011 non-U.S. parties).

[30] In the context of the study of one of the authors on Asia, this was also confirmed by a number of practitioners (Cuniberti, 2016).

torial character that goes back to the feudal period and even before.[31] This inherited approach to conflicts of laws became very appealing in the region in the early XIX century at the time of the wars for independence. It also helped the new constituted states as part of an ideological defense against the colonial powers when the latter tried to reconquer their old territories. The Chilean Constitution of 1812, one of the first constitutions of the continent, was particularly eloquent when referring to the rejection of foreign laws. It stated that "no decree, providence or order emanating from any authority or Tribunal from outside the territory of Chile, will be given effect; and those who tried to give them any value, will be punished as prisoners of the State" (Article 5). Also, the vast majority of the Hispanic American countries kept the territorial Spanish civil laws way after independence (Pereznieto Castro, 1985, p. 326; Samtleben, 1979, pp. 177-178),[32] and those which changed them quickly, adopted legal systems based on territorialism (Samtleben, 1979, p. 179).[33]

The private law systems of Latin America were deeply shaped in a territorial manner by the thinking and the works of Venezuelan Andrés Bello and Argentinean Dalmacio Vélez Sarsfield. Both men lived their early lives in the transition period from subordination to emancipation, hence the ideals of freedom and independence were natural in them. Andrés Bello was strongly influenced by the Dutch doctrine (Pereznieto Castro, 1985, p. 329).[34] He captured his ideas in his *Principios de derecho de jentes* of 1832, and then in the Chilean Civil Code of 1855, which he drafted.[35] Bello formulated the principle of the territoriality of the laws in an unequivocal way in article 14 of the Chilean Civil Code: "[t]he law is obligatory to all the inhabitants of the Republic, including foreigners". Dalmacio Vélez Sarsfield drafted the Argentinean Civil Code of 1869. He was also influenced by the Dutch doctrine, which he learnt through the work of Joseph Story, the most important figure of territorialism in North America. Vélez Sarsfield made a clear statement for territorialism at the very beginning of the Argentinean Civil Code. He drafted article 1 practically over Bello's provision and specified at the end: "residents or temporary residents". It is clear that, under these provisions, anyone who is in the territory of these countries is subject to their laws, and that no other law is applicable to them therein.

Neither of these men was completely insensible to the application of foreign laws, but for them, it was more a matter of necessity having regard to the international nature of social relations, contrary to Savigny, who shaped European conflict of laws in the same period under a universal, i.e. open approach. Driven by sovereignty ideas and ideals, Bello in particular would never have accepted that foreign law could apply in his country only because the nature of the concrete situation called for it. Rather, foreign laws could be applied as an exception based on comity, or because a given situation already vested rights abroad, and it would be unpractical not to apply the foreign law under which these were produced (Samtleben, 1992, p. 150). Thus, the very essence of Bello's doctrine was that the law of a given country has power and authority exclusively within the territory where it is enacted (1992, p. 150). This fundamental idea connects to another one just as fundamental, and along with it completes the general theory of conflict of laws of this author and lawmaker. If the laws of the countries have power and authority only within their

[31] Indeed, despite the existence of a *Derecho Indiano*, which was a legal system created having regard to the specificities and the needs of the colonial societies, Spanish law was the main source of private law in the American colonies (Guzmán Brito, 2000, pp. 104-106). For the territorial character of ancient Spanish law, see Pereznieto Castro (1985, pp. 323-325) and Samtleben (1979, pp. 174-179). These authors agree that this characteristic of Spanish law goes back to the *Liber Iudiciorum*, which was a legal text from the Visigoth period (VII century) that unified the law of the Iberian Peninsula for the first time. It stated: "From now on, we do not want either Roman laws or foreign laws to be used".

[32] Cuba and Puerto Rico gained their independences in 1898. They were the last Hispanic American states to obtain freedom. The same ancient Spanish law that applied in the other colonies applied to them until 1889, when the new Spanish Civil Code was promulgated. This code applied in Cuba until 1987 and it still influences the law of Puerto Rico (Guzmán Brito, 2000, pp. 143-146). In its origins, the 1889 Spanish Civil Code –still in force–, also presented territorial traits, but they have practically disappeared after plenty of reforms.

[33] It was the case of the Civil Code of the Mexican State of Oaxaca, promulgated in parts between 1827 and 1829, and those of Bolivia, Costa Rica and Peru, promulgated respectively in 1830, 1841 and 1851, which were modeled on the French Civil Code.

[34] In order to reaffirm the independence of the Netherlands from Spain, and to reunify its different provinces under one new nation, various Dutch authors of the XVII century advocated for the sovereign right of the state to dictate laws binding for everyone within its territory. As a consequence, foreign laws were applied only exceptionally when the state so decided as a matter of comity (Pereznieto Castro, 1985, pp. 298-300). Comity has been traditionally referred to as an act of mere courtesy or deference, however, it can also be construed as a directive of the legal order addressed to the judge (Niboyet & Geouffre de la Pradelle, 2009, pp. 129-30) and Briggs (2011, pp. 87-92).

[35] He was invited by the Chilean government to do so, after having represented the revolutionary interests of Chile, Colombia and his home country, Venezuela, in England, where he lived for almost twenty years (Samtleben, 1979, p. 180).

territories, only the judges of the given enacting countries, and no others, may apply them. For this pioneer of Latin American conflict of laws, the applicable law was thus closely related to jurisdiction (pp. 150 and 153).

In the field of contracts, Bello's territorial approach translated into a choice of law regime that left very little room for the application of foreign laws. His most important legacy is article 16 of the Chilean Civil Code, which is still in force and provides, in its third paragraph, that the performance of a contract in Chilean territory subjects the effects of the contract to Chilean law, regardless of the place of conclusion. If the contract is to be performed in Chile, Chilean law governs the whole legal regime of the contract, and, when it is not, the Chilean code simply does not provide a solution.[36] Bello's and Vélez Sarsfield's territorial approach to conflict of laws in general, and this specific choice of law rule in particular, were adopted, sometimes in response to specific, yet slightly different, social realities,[37] in several Hispanic American civil codes,[38] and they still remain in some of them.[39]

Territorialism hindered the admission of party autonomy in many Latin American states (Albornoz, 2010). Surveys of Latin American scholars have shown that, while certain countries allow freedom of choice in international contracts, the law is at best unclear in this respect in many others.[40] Freedom of choice is relatively recent among the countries that allow it. Nine Latin American countries (out of a total of twenty –including Puerto Rico–) have incorporated freedom of choice in their legislation in the last decades.[41] But Brazilian law, for instance, still lacks a clear admission of freedom of choice and, despite the efforts of scholars to identify legal arguments supporting freedom of choice, and the existence of certain cases which could be favorably interpreted, the extent to which choice of law clauses are enforceable in Brazilian courts remains unclear (Albornoz, 2010, note 21, pp. 44-46).[42] Uruguayan appended 1868 Civil Code ex-

[36] Foreign law may only be applied in the case of a contract validly concluded under the laws of a foreign state in regard to property located in Chile (Chilean Civil Code, Article 16, paras. 1 and 2).

[37] Mexico's approach to foreign laws was rather open at the moment of independence, and it remained so until the 1920s, when the triumph of the revolution gave a nationalistic sentiment to many laws, including the federal civil code of 1928 (Pereznieto Castro, 1985, pp. 330-334). It is only in 1988, after important reforms were introduced in this code, that Mexico opened again, and this time completely (at least at federal level), to the application of foreign laws, by adopting a universal conflict of laws regime.

[38] Strongly influenced by Story and by authors who shared the views on conflict of laws of Savigny, like Brazilian Augusto Teixeira de Freitas, Vélez Sarsfield approach to conflict of laws was very eclectic. He construed the Argentinean Civil Code of 1869 in a territorial manner in regard to the personal statute, leaving however some room for the application of foreign laws (articles 6, 7 and 8), but did provide for a bilateral choice of law rule for contracts (articles 1.205, 1.209 and 1.210).

[39] Bolivia (at least for commercial contracts), Colombia, Costa Rica, Ecuador and El Salvador. Honduran codes are extremely incipient in this field of law; they do not contain a provision that could allow to ascertain a specific approach to conflict of laws. It could thus be inferred that the role of foreign law is restricted. The same is true for Puerto Rico, though its civil code is currently being reformed and many changes are expected soon, including the admission of party autonomy. The situation is different in Nicaragua. Its civil code provides for bilateral choice of law rules in the field of contracts, but nowhere in its law is there an indication of freedom of choice in international contracts.

[40] *See* Albornoz (2010). See also Vial Undurraga (2018, 2020) and Revoredo de Mur (1994). The different treaties on private international law concluded at a multilateral level by the different Latin American countries among them, have not clarified the issue. What is more, this regime seems to expose the difficulties towards the acceptance of freedom of choice. For instance, the Convention on Private International Law (Bustamente Code) concluded under the aegis of the OAS in 1928, probably the most meaningful among these treaties for the purpose of an empirical type of research like this, considering the number of contracting states and its universal scope, recognizes the tacit will of the parties, but provides at the same time that such will results in the application of specific laws: in the case of pre-formulated standard contracts, the law that prepares them, and the common personal law of the parties in all other contracts, and, failing this, the law of the place of conclusion. Furthermore, some of the countries that have ratified the convention, have made reservations in the sense of excluding its application when contrary to their laws.

[41] Such provisions have been in force in Argentina since 2016, in Cuba since 1988, in the Dominican Republic since 2014, in Guatemala since 1990, in Mexico since 1988, in Panama since 2008, in Paraguay since 2015, in Peru since 1984, and in Venezuela since 1999. The development of free trade that took place in the region from the 1980s played an important role in the evolution of a territorial choice of law system into a more universal one, including the acceptance of freedom of choice (Juenger, 1997, pp. 196-197, 203).

[42] Before 1916, Brazil choice of law rules were very similar to those contained in Bello's Chilean Civil Code. Since, the relevant laws have provided for a bilateral choice of law system. See generally Samtleben (1985). Actually, Brazil did not inherit a territorial approach to conflict of laws as the Hispanic countries did. Contrary to Spain, the Portuguese empire was open towards the application of foreign laws, and Brazilian independence did not take place in a dramatic fashion, like it was the case in most of the Spanish colonies of the continent (Samtleben, 1979, pp. 187-88). Nevertheless, whether or not a territorial approach prevails is still a matter of controversy. First, because despite the existence of bilateral choice of law rules, traditionally, Brazilian jurisprudence seems to provide for the application of local law. Second, because the Civil Code of 1916 expressly admitted freedom of choice, but then the *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* of 1942, a law whose objective is to clarify and complete different important aspects of Brazilian law,

pressly rejects party autonomy.[43] Among all Latin American countries, this characteristic is specific to Uruguay and it may well also draw from Bello's territorial ideas.[44] Bello never addressed the issue of allowing the parties to an international contract to choose the applicable law, but this goes hand in hand with the cornerstone of his theory, i.e. the exclusive application of the law of the enacting state.[45] It is true that the 1941 appendix contains bilateral choice of law rules in different fields, but the completing postulate of Bello's ideas, which states that jurisdiction is subject to the applicable law is explicitly present,[46] and also strikingly given the time of its conception. The territorial approach also hindered the acceptance of international arbitration and the freedom that it entails (Jana, 2015, p. 420). This changed in the 1990s when many Latin American states adopted legislation regulating arbitration (2015, p. 422) and providing for the freedom of parties to choose the applicable law in international cases.[47] In particular, several states adopted legislation mirroring closely the UNCITRAL Model Law.[48]

Territorialism might well be in decline in Latin America, and party autonomy on the rise. It remains, however, that old habits and conceptions die hard, and that commercial parties may continue for years to be reluctant to dissociate the forum and the applicable law. The data might reveal such reluctance. It should be underlined, however, that the data are based on cases which were litigated in the early 2010s, and which arose out of contracts concluded a few years before.[49] They reflect, therefore, practices which are a decade old.

B. Importance of the U.S. as an Economic Partner

The United States is the most important trading partner of Latin American countries, and the most important source of foreign direct investments (FDI). As far as trade is concerned, the World Bank reports (WITS, n.d.) that, in 2009,[50] almost 37% of Latin American and Caribbean exports were to the U.S., while 19% were to other Latin American and Caribbean countries and close to 15% to European and Central Asian countries. In the same year, more than 31% of imports of Latin American and Caribbean countries came from the U.S, while 20% came from other Latin American and Caribbean countries and 16% from European and Central Asian countries. As far as FDI are concerned, the Economic Commission for Latin America and the Caribbean reports that the U.S. accounted for 25% of FDI in Latin America and the Caribbean in years 2006-2010 (ECLAC, 2011, p. 41).

The weight of the U.S. in Latin American trade and FDI should logically entail that Latin American parties conclude more international sales contracts, and more broadly more international commer-

---

misses out the issue while addressing the choice of law rule in the field of contracts, and now, the current civil code of 2002, which revokes that of 1916, simply does not address any of these issues.

43 Article 2403: "The rules of legal and judicial jurisdiction determined in this Title cannot be modified by the will of the parties. It can only act within the scope that the applicable law confers to it". Thus, if the Uruguayan choice of law rule designates as applicable a law that accepts party autonomy, the Uruguayan judge could give effect to the will of the parties to the extent established in the applicable law.

44 Though it comes from a rule directly taken from the Additional Protocol to the 1940 Montevideo treaties, which received more influence from Savigny, Story, Teixeira de Freitas and Vélez Sarsfield (Samtleben, 1985, pp. 274-275).

45 Story and Vélez Sarsfield did not address it either, but Savigny and Teixeira de Freitas arguably did. Contrary to Savigny, the ideas of the Brazilian author did not really impact positive law, at least not at the national level.

46 Article 2401: "The judges of the State whose law governs international legal relationships, have jurisdiction to hear the proceedings arising from those relationships. Patrimonial personal claims can also be exercised, at the will of the claimant, before the judges of the country where the defendant is domiciled". This does not contradict article 2403. Contractual claims belong to this type of claim, hence a Uruguayan judge may exercise jurisdiction in a lawsuit arising from a contractual claim governed by a foreign law in application of the Uruguayan choice of law rule for contracts, i.e. *lex loci executionis* (article 2399).

47 Mariana Pargendler has argued that the existence of the public policy exception will always limit the enforcement of choice of law clauses, as courts may find that foreign law violates public policy and thus apply the law of the forum instead (2012, p. 1730). In a commercial context, the argument is exaggerated: the public policy exception is typically interpreted restrictively and rarely applied, even in Latin America. It holds even more true before arbitrators: see above text accompanying note 3.

48 *See*, e.g., Argentinean International Commercial Arbitration Act No. 27449 of 2018; Chilean International Commercial Arbitration Act No. 19.971 of 2004; Costa Rican Act on International Commercial Arbitration based on the Model Law of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) No. 8937 of 2011; Uruguay International Commercial Arbitration Act No 19636 of 2018. See also Colombian Act on National and International Arbitration No. 1.563 of 2012.

49 Data from arbitral institutions show that the majority of contractual disputes arise two to three years after the conclusion of the contract.

50 As the majority of contractual disputes arise two to three years after the conclusion of the contract, and our data relate to arbitral proceedings initiated in 2011 and 2012, we refer to trade of Latin American countries in 2009.

cial contracts, with corporations based in the U.S. than with corporations based in any other country in the world. Of course, trade and FDI are macroeconomic concepts which do not directly translate into individual transactions. Nevertheless, it is submitted that they are reasonably good proxies for the proportion of individual transactions concluded between the economic actors of the relevant countries, or group of countries. It will be assumed, therefore, that about 30% of international commercial contracts of Latin American parties were concluded with U.S. parties at the end of 2000s.

While the U.S. is the most important trading partner of Latin America, the bargaining power of U.S. parties in individual transactions is not necessarily high. It might not be in a variety of case scenarios, in particular where other foreign companies are competing for the contract. It is submitted that the higher bargaining power of one of the parties can be revealed by the fact that the country of origin of that party was chosen both as the seat of the arbitration and as the jurisdiction providing the substantive law governing the contract. The ICC data show that parties to ICC arbitrations chose both a U.S. seat and the law of a U.S. state respectively in 11% and 18% in 2011 and 2012. These were likely cases where the bargaining power of U.S. parties was high.[51] But the ICC data also show that, in 2011 and 2012, the parties chose in respectively 11% and 3.7% of cases a U.S. seat and the substantive law of another country, which was almost always Latin American.[52] It is likely that most of these cases involved contracts concluded by a U.S. party and a Latin American party where the bargaining power of the U.S. party was not particularly strong. Finally, in certain cases, the Latin American party had a stronger bargaining power and could impose its country of origin both as the seat of the arbitration and as the jurisdiction providing the substantive law governing the contract: some cases reported by Latin American arbitral institutions likely suit this model.

The data reveal that the U.S. can be attractive as a seat of the arbitration. As already mentioned, besides the cases where the parties chose a U.S. state both as the seat and as the jurisdiction providing the applicable law, there are cases where the parties chose a Latin American law and a U.S. seat. In addition, the data reveal that, in a remarkably high number of cases, the parties choose the seat of the arbitration, but not the applicable law. In such cases, the U.S. is the preferred venue (see Table 14). This suggests that, from the perspective of Latin America, the U.S. appears as an attractive venue. One possible explanation is that certain Latin American parties may want to find a neutral venue where they can safely, and confidentially, resolve their disputes. Indeed, the ICC data reveal that some Latin American parties may choose to arbitrate domestic disputes in the U.S.[53]

By contrast, the data do not show any particular attractiveness for the laws of U.S. states. The data reveal, first, that they are never chosen in arbitrations handled by Latin American arbitral institutions. The data relating to ICC arbitration reveal that they are chosen in a proportion of the cases which is inferior to the likely proportion of cases involving Latin American and U.S. parties. It is therefore also likely that, in the vast majority of cases where the laws of a U.S. state was chosen, one of the parties to the transaction was a U.S. party, and that the law of a U.S. state was chosen because the bargaining power of that party was higher than the one of the Latin American party. By contrast, there is no sign that the laws of U.S. states are chosen as laws of a third state, i.e. in transactions where none of the parties is based in the U.S. This is consistent with a previous study of one of the authors on the laws chosen by parties to Asian arbitrations, (Cuniberti, 2016) where it was shown that, despite the claim that international business transactions are dominated by English and U.S. laws, only English law is regularly chosen as a third law in Asian business transactions, while U.S. laws are only chosen in transactions involving a U.S. party. The laws of U.S. states are not more attractive in Latin America than they are in Asia. A major difference, however, is that English law is not either. There is no third law consistently chosen in Latin American business transactions.

One of the authors has argued elsewhere that it is hard to identify any substantive rule of English law which could explain its attractiveness (Cuniberti, 2014, p. 497). Rather, the reason seems to relate to the presence of English lawyers in many parts of the world and, in particular, throughout Asia, including in the Asian offices of American law firms (Cuniberti, 2016). Before we wonder about the presence of foreign lawyers in Latin America and its

[51] The same phenomenon is probably at play when parties choose to arbitrate under the aegis of ICDR, as the vast majority of ICDR proceedings have their seat in the U.S. and are subject to the substantive law of a U.S. state.

[52] In 5 out of 6 cases in 2011, and in all (two) cases in 2012.

[53] This was the case, in particular, in two Salvadorian single nationality cases in 2011, which were both arbitrated in the U.S., under Salvadorian law.

importance with respect to the influence of foreign laws, it should also be underlined that a factor in the influence of English law in Asia could arguably be that England was an important colonial power there, and that some of the leading legal centers (such as Singapore or Hong Kong) in Asia are common law jurisdictions closely following the English lead (Cuniberti, 2014, p. 490). In Latin America, the colonial powers were essentially Spain and Portugal. It could thus have been imagined that Spanish and Portuguese laws would have played a comparable role in Latin America. The data reveal that this is not the case: Spanish and Portuguese laws are virtually never chosen. This suggests that the colonial past, as such, is not an important factor in the attractiveness of commercial laws.[54]

C. Who and Where Are the Lawyers?

Parties to international commercial contracts are often advised by lawyers. Where the applicable choice of law rule allows, these lawyers should inform their client that they need not choose the same law as the place of the seat of the arbitration, or the law of the place of performance of the contract, but may choose any law. In practical terms, however, lawyers have an interest in advising their client to choose the law of a legal system in which they are admitted to practice and offer legal advice. Otherwise, they might lose the client to a lawyer admitted to practice in the law that the parties would ultimately choose, both at the stage of conclusion of the contract and, as the case may be, for future work related to the resolution of any dispute that may arise between the parties. This is a typical agency problem (Posner, 2000): the interests of the lawyers might be different from the interests of their client.

A crucial factor in the choice of the laws governing international business transactions in a given part of the world is thus the availability and the prestige of foreign lawyers[55] in that part of the world. If the most prestigious law firms in a given legal market are the local offices of foreign firms staffed with lawyers educated in and practicing only foreign law, the chances are high that clients will be told, and convinced, that foreign law would be the best suited law to govern many of their international contracts.[56] By contrast, if very few foreign lawyers are active in a given legal market, most clients will turn to local lawyers who will advise clients to choose, if possible, local law to govern their international transactions. In a previous study conducted by one of the authors, it was shown that a big part of Asia corresponds to the first model (Cuniberti, 2016).[57] English and American firms have opened offices in many Asian states (Singapore, Hong Kong, Japan for instance). These offices are typically staffed with lawyers trained in the British common law (but rarely with U.S. lawyers, even in the local offices of U.S. law firms). As a result, Asian clients can easily find lawyers trained in the British common law. This important presence of British lawyers in Asia is correlated with the dominance of English law on Asian international business transactions, which is often chosen as a neutral law.

The data on choice of law in Latin American international arbitration reveal that there is no such dominance of English law or the law of any other state of the northern hemisphere in Latin America. Quite to the contrary, parties to Latin American transactions seem to choose primarily the laws of Latin American states. This begs the question whether this is because there are very few foreign lawyers in general, and common lawyers in particular, active in Latin American states.

Until recently, the presence of international law firms in Latin American countries was very limited (Gómez & Pérez-Perdomo, 2018, p. 18). In certain countries like Brazil, the national legal sector is strongly protected, and the local bar association imposes severe restrictions which make it difficult for foreign law firms to enter into the local market. By contrast, other countries have opened their local markets to foreign firms (Gómez & Pérez-Perdomo, 2018, p. 19). This has long been the case of Mexico and Venezuela, for instance. In Mexico, a number of international firms have opened offices of significant size in recent years.

---

54 It must be underscored, however, that a few Latin American cases are arbitrated in Spain under Spanish law. We are grateful to Mrs. María Arias Navarro for indicating to us that the Corte Española de Arbitraje of the Chamber of Commerce of Spain has handled a few cases involving Latin American parties, including single nationality cases (Peruvian), cases involving Spanish parties (Spanish v. Mexican, Spanish v. Ecuadorian) and cases between a European and a Latin American party (Swedish v. Bolivian). All had their seat in Madrid and were governed by Spanish law.

55 By foreign lawyers, we do not refer to the nationality of lawyers, but to their willingness to advise on matters of foreign law. See Posner (2000).

56 We assume that lawyers willing to advise on matters of foreign law (if only for insurance purposes) would have received primary education in the foreign legal system and be admitted to a foreign bar. We further assume that holding a master's degree from a foreign law school (e.g. a U.S. LL.M.) does not suffice. An interesting question is whether being admitted to the NY bar, associated with some experience in a NY firm, might suffice: see Curtis (n.d.).

57 Study excluding mainland China, for which data were unavailable.

Whatever the specific regime regulating the practice of the law for foreign lawyers in the different Latin American states, the fundamental issue is whether there are many foreign lawyers present on these markets. Below, we briefly review the composition of certain leading foreign firms established in the three biggest Latin American markets.

"It is not an exaggeration to say that the legal profession in Mexico is unregulated" (Meneses-Reyes & Caballero, 2018, p. 182). The one and only real condition to practice law in the country is to obtain a law degree from a Mexican university (Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional).[58] There are not real bars that would admit lawyers into the practice of law, but rather, associations of lawyers organized as trade associations or guilds, that are, in some cases, "seen as elitist organizations" (Meneses-Reyes & Caballero, 2018, p. 183).[59] These characteristics of the legal profession in Mexico clearly suggest that there is no specific regime to practice foreign law in this country. As a result of the signing of NAFTA in the mid-1990s, many "new competitors appeared as branches of international law firms, especially from the United States" (2018, p. 184).[60] Most of them, however, got associated with local firms in order to compete in the local market and be able to deal with the intricacies of the Mexican legal system and practice.[61] Two of the biggest offices of international law firms are the offices opened in Mexico City by Hogan Lovells with 18 partners (Hogan Lovells, n.d.) and White & Case with 22 partners, including 10 local partners (White & Case, n.d.). The education of the partners based in each of these two offices is similar. All of these lawyers received their primary legal education in Mexico. About two thirds of them (in each office respectively) completed their education by attending a U.S. or U.K. university. Despite working in an Anglo-American or American firm, none of them is a fully trained U.S. or English lawyer.

In Argentina, only graduates from Argentinean law faculties would be admitted to the local bar and may practice Argentinean law. But it does not seem that there are restrictions on foreign lawyers to practice foreign law. A few international firms have established small offices in Buenos Aires. Cleary Gottlieb established an office in 2009, which consists today of one partner, a counsel and a couple of associates. The partner and the counsel both received their primary education in Argentina and completed it with a U.S. LL.M. (Clearly Gottlieb, n.d.). A few years later, Curtis Mallet-Prevost, Colt & Mosle also opened an office in the Argentinean capital. It is much bigger, as it built on an alliance previously established with a local firm. Unsurprisingly, all 10 partners and counsel, who previously constituted an independent Argentinean law firm, were educated primarily in Argentina, with half of them holding a U.S. LL.M. (Curtis, n.d.). Finally, all 15 partners in the Buenos Aires office of DLA Piper received their primary education in Argentina, with 10 of them completing it with a U.S. graduate degree (DLA Piper, n.d.). This brief survey suggests that the presence of foreign lawyers on the Argentinean market is very limited.[62]

In Brazil, although there is no statutory provision prohibiting the practice of law by foreign lawyers, the Brazilian Bar Association has long enacted a provision (Provimento Nº 91/2000) preventing lawyers who are not admitted to the Brazilian bar to practice in Brazil, except as foreign law consultant (Ordem dos Advogados do Brasil, 2000). As a result, foreign firms have followed three strategies. The first has been to establish associations with Brazilian law firms.[63] The second has been to open small offices staffed with lawyers admitted as consultants in foreign law.[64] The third has been to open small offices staffed with a mixture of lawyers admitted to the local bar and lawyers admit-

[58] Each of the other 31 Mexican states has a law of the kind. For those holding a foreign law degree, there is the possibility of having it recognized by the ministry in charge of education.

[59] And there "are also no significant requirements for lawyers to become associated in order to offer services jointly" (Meneses-Reyes & Caballero, 2018, p. 182)

[60] But it was not easy at the beginning. There were "attempts to establish limits and barriers to prevent the participation of foreign law firms and lawyers in Mexico. Some legal organizations even opted to expressly prohibit their members to associate with foreigners offering legal services in Mexico" (Meneses-Reyes & Caballero, 2018, p. 184-185).

[61] Multinational law firms also "subcontract local services to be able to claim 'local knowledge'" (Meneses-Reyes & Caballero, 2018, p. 191)

[62] It seems, however, that at least one firm established in Buenos Aires has long specialized in the practice of New York law although none of its lawyers had received their primary education in the U.S. The firm might have considered that the combination of being admitted to the NY bar and experience in the New York office was sufficient for this purpose.

[63] This strategy has been pursued by Mayer Brown and Baker & McKenzie. Linklaters also established a cooperation agreement with a local firm but terminated it in 2012 after the Brazilian bar confirmed the restriction on the practice of law in Brazil by foreign firms.

[64] This strategy has been pursued by Skadden, for instance: the Sao Paulo office includes two partners and two other resident lawyers (and a partner attached both to the New York and the Sao Paulo offices) who are all admitted as foreign consultants (or only admitted in New York).

ted as consultants in foreign law.[65] Firms following either the second or the third strategy introduce in the local market foreign lawyers available to advise local clients, including on foreign contract law. The chances that Brazilian clients might be convinced of the advantages of submitting an international contract to a law other than Brazilian increase accordingly. However, it seems that, for the time being, these foreign lawyers are very few, and were even less at the end of the 2000s. Their impact on choice of law by Latin American parties is thus likely limited.

IV. CONCLUSION: THE LATIN AMERICAN MARKET FOR CONTRACTS

In many parts of the world, freedom of choice of the law governing international contracts has created the conditions of an international market for contracts. Commercial parties are free to choose a law suited to their needs even if it is unrelated to their contract. In recent years, some national lawyers' associations have competed for international contracts through marketing materials that promote their contract law (Law Society of England and Wales, 2007; Alliance for German Law, 2012). These marketing efforts demonstrate that elites in at least some jurisdictions believe that there is an international market for contracts in which it is worth competing (Vogenauer, 2013; Rühl, 2013).

Is there a similar market for international contracts in Latin America? The conditions for its existence have gradually been established. The power of commercial parties to freely choose the law governing their transaction is now widely recognized in the context of international arbitration. Parties willing to choose a law for its intrinsic qualities may do so if they also include an arbitration clause in their contract. Our study reveals, however, that parties to Latin American international transactions barely use their power to choose a law other than the law of origin of one of the parties, and rarely dissociate the seat of the arbitration from the law governing the transaction. This suggests that their choices are essentially dictated by the relative bargaining power of the parties and the appeal of resolving disputes at home, before an arbitral tribunal sitting in the jurisdiction and applying the law of the party who was able to impose his preferences. In contrast, parties seem to choose the law of a third country in rare circumstances. If there is a Latin American market for contracts, it does not seem to be very active.

REFERENCES

Albornoz, M. M. (2010). Choice of Law in International contracts in Latin American Legal Systems (2010). *Journal of Private International Law, 6*(1), 23-58. https://doi.org/10.1080/17536235.2010.11424372

Alliance for German Law (2012). *Law – Made in Germany: Global, Effective, Cost-Efficient.* Federal Ministry of Justice of Germany. https://www.clglaw.eu/cmsimages/Publications/law%20made%20in%20germany.pdf

Arteaga, N. (2014, September 6). "En Colombia hay 330 centros de arbitraje autorizados", dice Rafael Bernal Gutiérrez. *La República*. http://www.larepublica.co/%E2%80%9Cencolombia-hay-330-centros-de-arbitraje-autorizados%E2%80%9D-dice-rafael-bernal-guti%C3%A9rrez165036

Briggs, A. (2011). *Recueil des Cours en ligne de l'Académie de Droit International de la Haye (RCADI): Vol. 354. The Principle of Comity in Private International Law*. The Hague Academy of International Law. https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789004227286_02

Centro de Arbitragem e Mediação – AmCham (2015). *Estatística do Centro de Arbitragem e Mediação em 2015*.

Chaparro, A. (2013, July 17). CAM Santiago: arbitraje nacional crece un 35% en lo que va de 2013. *El Mercurio*. http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2013/06/17/CAM-Santiago-arbitraje-nacional-crece-un-35-en-lo-que-va-de-2013.aspx

Clearly Gottlieb (n.d.). *Clearly Gottlieb. Professionals: Argentina*. https://www.clearygottlieb.com/professionals?location=b2e51d34-7f5b-4642-a138-2e2861f23e07

Consejo de la Judicatura (2017). *Listado de centros de arbitraje aprobados por el pleno del Consejo de la Judicatura*. http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/533.html

[65] This seems to be the strategy of Cleary Gottlieb, for instance: the Sao Paulo office includes two partners educated abroad and admitted in New York, and a counsel and 10 associates who received their primary legal education in Brazil and are admitted to the Brazilian bar.

Cuniberti, G. (2014). The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws. *Northwestern Journal of International Law & Business*, *34*(3), 455-517. https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1767&context=njilb

(2016). The Laws of Asian International Business Transactions. *Washington International Law Journal, 25*(1). https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1720&context=wilj

Curtis. (n.d.). *Curtis. Offices: Buenos Aires*. https://www.curtis.com/our-firm/offices/buenos-aires/team

DLA Piper. (n.d.). *DLA Piper. People: Argentina*. https://www.dlapiper.com/en/global/people/#q=argentina&sort=relevancy

ECLAC (2011). *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2010*. United Nations. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1142/1/S1100323_en.pdf

Eisenberg, T., & G. P. Miller (2009). The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts. *Cardozo Law Review, 30*(4), 1475-1512. https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1203&context=facpub

Gómez, M. A., & R. Pérez-Perdomo (Eds.) (2018). Corporate Lawyers and Multinational Corporations in Latin America and Spain: 1990-2015. *Big Law in Latin America and Spain. Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services* (pp. 3-23). Palgrave Macmillan.

Gonçalves, E. D., & F. Spaccaquerche Barbosa (2013). *Brazil, Arbitration Guide, IBA Arbitration Committee (January 2013).*

Guzmán Brito, A. (2000). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica* (1st ed.). http://www.larramendi.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.do?path=1000187

Hogan Lovells. (n.d.). *Hogan Lovells. People: Mexico City.* https://www.hoganlovells.com/en/people?personregionvalue=75b6cd3dd05246aab9f5485c921588cd&regions=Mexico+City

International Centre for Dispute Resolution (ICDR). (2016). *The ICDR Arbitration Reporter, Fall 2016*. ICDR. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_International_Arbitration_Reporter-Vol.5.pdf

(2018). *2018 ICDR Case Data Infographic*. ICDR. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/2018_ICDR_Case_Data.pdf

Institute for Transnational Arbitration (ITA). (2011). *The Inaugural Survey of Latin American Arbitral Institutions*. ITA. http://www.cailaw.org/media/files/ITA/Publications/arbitral-institutions-guide-dec.pdf.

Jana, A. (2015). International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities. *Journal of international arbitration, 32*(4), 413-446. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jia0032&div=28&id=&page=

Juenger, F. K. (1997). Contract Choice of Law in the Americas. *American Journal of Comparative Law, 45*(1), 195-208. https://doi.org/10.2307/840964

Law Society of England & Wales (2007). *England and Wales: The Jurisdiction of Choice*. https://www.eversheds-sutherland.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf

London Court of International Arbitration (LCIA) (2017). *Facts and Figures – 2017 Casework Report.* LCIA. https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx

(2019). *2019 Annual Casework Report*. LCIA. https://www.lcia.org/LCIA/reports.aspx

Meneses-Reyes, R., & J. A. Caballero (2018). Global and Traditional: A Profile of Corporate Lawyers in Mexico. In M. A. Gómez, & R. Pérez-Perdomo (Eds.), *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in High End Legal Services* (pp. 177-195). Palgrave Macmillan.

Niboyet, M.-L. & G. de Geouffre de la Pradelle (Eds.) (2009). *Droit international privé* (2nd ed.). LGDJ.

Ordem dos Advogados do Brasil (2000). *Provimento Nº 91/2000*. https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/91-2000

Pargendler, M. (2012). Comparative Contract Law and Development: The Missing Link. *The George Washington Law Review,* (85), 1717-1738.

https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2018/03/85-Geo.-Wash.-L.-Rev.-1717.pdf

Pereznieto Castro, L. (1985). *Recueil des Cours en ligne de l'Académie de Droit International de la Haye (RCADI): Vol. 190. La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique latine*. The Hague Academy of International Law. https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789024733231_04

Posner, E. (2000). Agency Models in Law and Economics (John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 92, 2nd Series). University of Chicago, School of Law. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=law_and_economics

Queen Mary University of London. (2010). *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*. Queen Mary University of London; White & Case. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/#d.en.493197

Revoredo de Mur, D. (1994). La autonomía de la voluntad y la ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (*30*), 231-241. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11446

Rühl, G. (2013). Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications. *European Review of Contract Law*, *9*(1), 61-89. https://doi.org/10.1515/ercl-2013-0003

Saghy, P. (2018). *Arbitration Guide. Venezuela (Updated January 2018).* https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Arbcountryguides.aspx

Samtleben, J. (1979). El territorialismo de leyes en América Latina. In L. Pereznieto Castro, & C. Belair Mouchel (Eds.), *Primer Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado* (pp. 171-209). Universidad Nacional Autónoma de México.

(1985). Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latinoamericano. *Revista de informação legislativa, Brasília,* (*85*), 251-276. https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181601

(1992). La relación entre derecho internacional público y privado en Andrés Bello. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, (*191*), 145-154. http://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2424

Sangath, S. (2014). Choice of Law: An Empirical Analysis. *Journal of Empirical Legal Studies,* (*11*), 894-928. https://doi.org/10.1111/jels.12059

Vial Undurraga, M. I. (2018). Party Autonomy in Latin America: A Pending Task. *Revista Chilena de Derecho, 45*(2), 453-478. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000200453.

(2020). International Contracts in Latin America: History of a Slow Pace towards the Acceptance of Party Autonomy in Choice of Law. *Revista de Derecho Privado*, (38), 241-276. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3519291

Vogenauer, S. (2013). Regulatory Competition through Choice of Law and Choice of Forum: Theory and Evidence. *European Review of Private Law*, (*21*), 13-78. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2211557

(2017). Perceptions of Civil Justice Systems in Europe and Their Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law: An Empirical Analysis. In S. Vogenauer & C. Hodges (Eds.), *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*. Hart Publishing.

Von Wobeser, C. (2018). *Arbitration Guide. Mexico (Updated January 2018).* http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=a646cf32-0ad8-4666-876b-c3d045028e64

White & Case (n.d.). *White & Case. People: Mexico City*. https://www.whitecase.com/people/all/partner/all/816/all/all/search_api_relevance/DESC

World Integrated Trade Solution (WITS). (n.d.). *Latin America & Caribbean exports, imports and trade balance by Country and Region 2009*. https://wits.worldbank.org/CountryProfile/en/Country/LCN/Year/2009/TradeFlow/EXPIMP

World Bank. (2010). *Investing Across Borders 2010.* World Bank.

https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/27883/643710WP0Inves00Box0361535B0PUBLIC0.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Zuleta, E. (2012). *Arbitration Guide. Colombia (March 2012).* http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=a646cf32-0ad8-4666-876b-c3d045028e64

STATUTES, CASE LAW AND OTHER DOCUMENTS

Código Civil de 1896 [Cód. Civ.] [Code Civil] (Arg.).

Código Civil [Cód. Civ.] [Code Civil] (Chile).

Código Civil [Cód. Civ.] [Code Civil] (Uru.).

Law 27449 [International Commercial Arbitration Act], July 27, 2018, [33.919] B.O. 16 (Arg.).

Law 19.971 [International Commercial Arbitration Act], Sept. 29, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Law 1.563 [Act on National and International Arbitration], July 12, 2012, [48.489] Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Law 19636 [International Commercial Arbitration Act], July 26, 2018, [29.992] Diario Oficial (Uru.).

Law 8937 [Act on International Commercial Arbitration based on the Model Law of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)], Apr. 27, 2011, [100] La Gaceta (Costa Rica).

Ley reglamentaria del artículo 5º constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México, Diario Oficial de la Federación [DOF] 26-5-1945, últimas reformas DOF 19-1-18 (Mex.).

10.18800/themis.202001.003

UNA APROXIMACIÓN A LOS CONVENIOS ARBITRALES ASIMÉTRICOS: INTUICIONES SOBRE SU TRATAMIENTO LEGAL EN EL PERÚ

AN APPROACH TO ASYMMETRIC ARBITRATION AGREEMENTS: INTUITIONS ABOUT ITS LEGAL TREATMENT IN PERU

Augusto Dannon Alva*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In this paper, the author explores the discussion surrounding the validity of asymmetric arbitration agreements and examines the bases for their treatment in Peru. In several jurisdictions, these agreements are considered as an expression of the contractual freedom of the parties that allows them to design the means to solve their controversies. However, others prohibit it as it poses one of the parties in a disadvantageous situation. Faced with this dilemma, the author seeks to determine the compatibility of these agreements with the Peruvian legal system through the study of various issues emerged around them: consent, inevitability, equality, voidance, pathology, among others.

The author seeks to reach an intuitive answer about the validity of asymmetric arbitration agreements, based on the scarce Peruvian legal dispositions, the foundations of arbitration and arbitration agreements and the arguments discussed both in favor and against by compared doctrine and jurisprudence.

Keywords: Arbitration agreement; asymmetric arbitration agreements; dispute resolution; civil law.

En este artículo, el autor explora la discusión en torno a la validez de los convenios arbitrales asimétricos y examina las bases para su tratamiento en el Perú. En varias jurisdicciones está establecido que estos acuerdos son solo otra expresión de la libertad contractual de las partes, que les permite diseñar los medios para resolver sus controversias. No obstante, otras los prohíben por creer desventajosa la situación en la que se coloca a una de las partes. Frente a esta disyuntiva, el autor busca determinar la compatibilidad de estos convenios con el ordenamiento jurídico peruano a través del estudio de varios problemas surgidos alrededor de ellos: el consentimiento, la inevitabilidad, la igualdad, la nulidad, la patología, entre otros.

El autor busca dar una respuesta intuitiva sobre la validez de los convenios arbitrales asimétricos, en base a las escasas disposiciones normativas peruanas, a los fundamentos del arbitraje y del convenio arbitral, y a los argumentos discutidos tanto a favor como en contra por la doctrina y jurisprudencia comparada.

Palabras clave: Convenio arbitral; convenios arbitrales asimétricos; solución de controversias; derecho civil.

* Estudiante de undécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) (Lima, Perú). Contacto: a20150065@pucp.edu.pe.

El presente artículo es una versión preliminar de la investigación "La validez de los convenios arbitrales asimétricos en el Perú", ganadora del premio del Programa de Apoyo a la Iniciación en la Investigación otorgado por el Vicerrectorado de Investigación de la PUCP.

Nota del Autor: El autor agradece la asesoría de Domingo Rivarola Reisz, por su consejo esencial en la elaboración de esta investigación. Asimismo, agradece los enriquecedores comentarios y críticas formuladas por Micaela Ortiz Rivarola y Mayra Bryce Alberti. Finalmente, agradece también a Álvaro Peña Villanueva por su útil apoyo en este proyecto.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de junio de 2020

I. INTRODUCCIÓN

Los convenios arbitrales asimétricos pueden ser definidos como aquellos acuerdos para arbitrar en los que se le asignan más o mejores derechos, facultades o poderes a una parte, y, en consecuencia, más o más intensas obligaciones o sujeciones a la otra. En la mayoría de los casos, habrá una parte en un estado de sujeción, mientras que la otra tendrá un derecho potestativo. Esta peculiar institución genera distintos problemas relacionados al consentimiento, la inevitabilidad, la igualdad, la mutualidad, la ejecución y la validez de los convenios arbitrales. En ese sentido, la presente investigación busca (i) definir con claridad qué constituye un convenio arbitral asimétrico; (ii) resaltar las principales problematizaciones surgidas en la operación de estos convenios arbitrales en otras jurisdicciones; (iii) ponderar y analizar críticamente los argumentos expuestos alrededor de esta institución; y, (iv) evaluar si los convenios arbitrales asimétricos son compatibles con el ordenamiento jurídico peruano, pese a su parcial silencio[1].

A primera impresión, la sola idea de un convenio arbitral asimétrico podría resultar inaceptable. ¿Por qué debería el ordenamiento jurídico tutelar una cláusula que le dé más derechos a una parte que a la otra en el mecanismo de resolución de conflictos que han pactado cuando –justamente– este debería operar sobre la base de la igualdad entre las partes? Aún más, ¿quién en su sano juicio pactaría un convenio arbitral que lo someta a asumir todos los gastos o a elegir menos árbitros que su contraparte? A primera impresión, los convenios arbitrales asimétricos podrían parecer un pacto irrazonable, que no merece ser tutelado por el derecho.

Sin embargo, quisiera invitar al lector a pensar en la siguiente situación. Al negociar un contrato, una parte prefiere notoriamente recurrir al arbitraje para solucionar sus controversias, por lo que insiste en que se incorpore un convenio arbitral en el contrato. Sin embargo, la otra, quien concuerda con los beneficios del arbitraje, no está en capacidad de asumir sus elevados costos. Debido a ello, se opone a suscribir un convenio arbitral.

En este contexto, ambas partes llegan al siguiente acuerdo. La parte A se ofrece a pagar los costos arbitrales de todo el proceso, a efectos de persuadir a la parte B de suscribir el convenio arbitral. No obstante, la parte A no desea darle una herramienta de presión económica a la parte B, por lo que propone también que sea solo la parte A quien pueda demandar en sede arbitral. Con esto, la parte B solo podría demandar en sede judicial. El pacto entonces plantea que solamente A puede recurrir a arbitraje, caso en el cual deberá asumir todos los gastos del proceso, sea cual sea su resultado, mientras que la parte B solo podrá demandar judicialmente. Además, dos acotaciones adicionales son planteadas. La parte A puede también demandar judicialmente, en los casos que considere que una controversia determinada no vale el pago de la totalidad de los costos arbitrales y, si B demandara en sede judicial, A podría llevarlo a la jurisdicción arbitral, a condición de solventar todos los gastos del arbitraje.

El convenio arbitral descrito luciría de la siguiente manera: cualquier controversia que pudiera surgir del presente contrato o que guarde relación con este, incluso aquellas sobre su nulidad o validez, serán resultas por los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima. Alternativamente, la parte A podrá recurrir a arbitraje para resolver cualquier controversia relacionada al contrato, caso en el cual asumirá la integridad de los costos arbitrales. Al ser emplazado con una demanda interpuesta por B, A podrá remitir la controversia al foro arbitral mediante una excepción de convenio arbitral, la cual no podrá ser invocada por B.

Esta solución parece estar lejos de ser problemática. Muy por el contrario, parece una solución justa y equitativa que optimiza los intereses de las partes y sus demandas de justicia, acomodándose a la situación particular de ambas. La parte A asegura que siempre tendrá la posibilidad de llevar a arbitraje las controversias que se susciten en la relación contractual, ya sea como demandante, mediante la interposición de una solicitud de arbitraje, o como demandado, mediante la deducción de una excepción de convenio arbitral, y la parte B no ve afectado su patrimonio con los altos costos del arbitraje. Sin embargo, para evitar que haya abuso de la acción, se mantiene la posibilidad de que la parte B demande en sede judicial, caso en el cual los costos y costas se distribuirán según las reglas comunes del derecho procesal.

En el caso descrito, la solución de las partes presenta dos tipos de convenios arbitrales asimétricos: uno de selección de foro y otro de distribución

[1] Como se verá más adelante, el ordenamiento jurídico brinda ciertos indicios sobre una postura, principalmente en cuanto a la designación de árbitros y a la distribución de costos. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje, en los artículos 19 y 23 establecen principios rectores en la designación de los árbitros. Asimismo, el artículo 45.16 de la Ley de Contrataciones con el Estado restringe la posibilidad de nombramiento del Estado en base a cualidades personales de los árbitros.

de costos. Entonces nos enfrentamos a una aporía: consideramos, en abstracto, a los convenios arbitrales asimétricos como pactos irracionales que no merecen el soporte del derecho, pero consideramos justo, equitativo y hasta eficiente el pacto descrito. El ejemplo desarrollado cuestiona la percepción inicial y nos muestra que cualquier escenario en el que no se hubiera recurrido a un convenio arbitral asimétrico habría sido subóptimo. Si el derecho no apoyara a los convenios arbitrales asimétricos, necesariamente las partes hubieran tenido que renunciar a alguno de sus intereses y la valoración subjetiva del convenio definitivamente sería menor.

II. EL ARBITRAJE

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y la estricta revisión de ese fundamental debate no es el objetivo de este artículo. Sin embargo, es relevante sentar una postura, ya que esta afectará la preponderancia de ciertos valores por sobre otros al momento de evaluar la validez de los convenios arbitrales asimétricos. Las teorías clásicas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje son la teorías o tesis privatistas o contractualistas, las teorías o tesis publicistas o jurisdiccionales y las teorías o tesis mixtas o eclécticas.

Quienes defienden la teoría privatista equiparan al arbitraje con un contrato; en particular, el convenio arbitral (Pérez-Cruz Martín, 2011, pp. 89-94). Además, se encuentra una esencial similitud en el fundamento del contrato y del arbitraje: la autonomía de la voluntad. Al emanar del mismo valor jurídicamente tutelado, su naturaleza debe comprenderse de manera similar (Ledesma Narváez, 2014, p. 31)[2]. Por su parte, Bullard González sostiene que el arbitraje es enteramente un contrato, no lo es solo en su origen, con lo que el desenvolvimiento de una serie de actos procedimentales es simplemente el medio de ejecución del contrato de arbitraje. En esa medida, el procedimiento arbitral sería la prestación debida (2012, p. 18). Como se hace evidente, para esta postura, la autonomía de la voluntad es el valor supremo –quizás el único– del arbitraje.

En la posición contraria se encuentran las tesis publicistas o jurisdiccionalistas. El argumento central de esta postura se funda en los atributos que el ordenamiento jurídico le da al arbitraje; en particular, la autoridad de cosa juzgada del laudo. Los defensores de esta teoría sostienen que, si bien el arbitraje inicia por la voluntad de sus partes, su eficacia se la debe al ordenamiento jurídico. Asimismo, estos defensores afirman que los árbitros realizan funciones jurisdiccionales públicas (Ledesma Narváez, 2014, pp. 32-33)[3]. Para esta tesis, la autonomía de la voluntad no es tan relevante, sino que el valor principal sería la administración de justicia.

Esta es la posición que nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado como precedente en la sentencia recaída en el caso Cantuarias (Expediente 6167-2005-PHC/TC). En dicho fallo, sostuvo que

> la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución (2006, párr. 11).

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional no solo le reconoció efectos o función jurisdiccionales al arbitraje, sino que sostuvo que incluso su origen estaría en la norma, en una suerte de negación de su espontánea existencia ¿Es acaso que el arbitraje solo existe desde que la norma lo reconoce o es que la norma regula el fenómeno existente que conocemos como arbitraje?[4] Pese a

[2] Muchos argumentos han sido expuestos en la doctrina. Por ejemplo, a juicio de Chiovenda, el arbitraje solo se puede concebir como un producto privado, en tanto que carece de *executio*, uno de los atributos esenciales de la jurisdicción. Al tener menos facultades que la jurisdicción y tener un origen en la voluntad de las partes, se debe comprender que el arbitraje es un producto meramente contractual (citado por Ledesma Narváez, 2014, p. 32). Los defensores de estas tesis suelen asimilar al arbitraje con la transacción. Ambas son figuras a las cuales el ordenamiento jurídico les reconoce autoridad de cosa juzgada, pero que emanan de la voluntad de los suscribientes (Pérez-Cruz Martín, 2011, p. 90). Otros autores resaltan las diferencias existentes entre el juez y el árbitro para demostrar que el arbitraje no comparte la misma naturaleza con el proceso judicial. Entre estas, resalta que el árbitro es un privado, mientras que el juez es un funcionario público; que el árbitro tiene autoridad en virtud del acuerdo de las partes y su nombramiento, mientras que el de los jueces proviene de la ley; y que los árbitros pueden aceptar o rechazar la función en base a su sola voluntad, mientras que los jueces solo pueden hacerlo en virtud a ciertas causas establecidas por ley (Ledesma Narváez, 2014, p. 31).

[3] La diferencia entre una y otra sería que los árbitros son convocados para resolver un caso en concreto, con lo que sus facultades son específicas para cumplir esa función determinada, mientras que las de los jueces son generales y aleatorias (citado por Ledesma Narváez, 2014, p. 33). Sin embargo, en esencia, ambos realizan función decisoria y emanan un producto que tienen las mismas características (Pérez-Cruz Martín, 2011).

[4] Esta pregunta resulta de fundamental importancia en el debate arbitral actual, dada la fuerte presencia de una línea de pensamiento que considera que el poder de juzgar de los árbitros se encuentra fuera de cualquier ordenamiento jurídico nacional, sino que se funda en lo que Gaillard denomina *l'orde juridique arbitral* (Paulsson, 2013, p. 39).

las críticas y a nuestro desacuerdo, debemos reconocer el peso institucional de este fallo, en tanto precedente. En ese sentido, resulta incuestionable que, en el ordenamiento jurídico peruano, se cuelan en el arbitraje elementos *ius publicistas*.

Las tesis mixtas entienden al arbitraje, finalmente, como una institución de naturaleza contractual, pero con efectos jurisdiccionales. Consideran que los elementos de interacción con la jurisdicción ordinaria, ya sea en colaboración, subsidiariedad o revisión, demuestran que el arbitraje no es de por sí jurisdicción, sino algo menos. Sin embargo, es un poco más que un simple contrato, pues cumple una función pública –la pacífica composición de los conflictos de interés intersubjetivos– y porque se le aplican ciertas garantías al procedimiento (Ledesma Narváez, 2014, pp. 37-40).

Esta teoría sostiene que, si bien la fuente del arbitraje es contractual, tendría poca utilidad sin el sustento legal que le da efectos jurisdiccionales (Quiroga León, 2017, p. 92). La tendencia actual del arbitraje, a nivel internacional, concuerda con esta teoría. Y es que esta posición pone a la autonomía de la voluntad en un lugar central, pero le reconoce efectos jurisdiccionales al arbitraje y lo dota de seguridad jurídica (Cantuarias Salaverry & Repetto Deville, 2014).

Creemos, pese a la persuasión de los argumentos de todas las esquinas del debate, que la naturaleza del arbitraje es principalmente contractual. El arbitraje es un producto que habita en el ámbito del derecho privado y cuya aplicación e interpretación se debe guiar por su lógica y sus principios. El principal error, a nuestro juicio, de los argumentos de la tesis jurisdiccionalista es que estos parecen buscar determinar la naturaleza de la cosa en base a lo que la ley dice de esta[5]. En el plano ontológico, poco tiene que ver lo que se dice de una institución, siendo que lo relevante es lo que esa institución. El arbitraje es un procedimiento que emana del acuerdo entre las partes para solucionar conflictos de derecho privado. En ese sentido, en puridad, no hay exigencia pública alguna.

A la inversa de lo que plantean los defensores de la tesis jurisdiccionalista, parecería que la ley fuera más bien un soporte para el arbitraje y no una condición de posibilidad (Cantuarias Salaverry & Caivano, 2008, p. 45). La razón de ser del arbitraje es la autonomía de la voluntad de los contratantes y la ley opera como una defensa de dicho espacio de libertad. No hace sentido, entonces, concebir al arbitraje como creación de la ley, al punto de que la ley se vuelva un límite para aquello que quiere proteger. No obstante, de la misma manera, tampoco hace sentido eliminar de la ecuación la relevancia que trae el reconocimiento legal del arbitraje para garantizar su eficiencia. No basta, entonces, solo la voluntad de las partes, sino se requiere de un ecosistema legal que permita que su pacto surta efectos debidamente (Born, 2014, p. 229).

Dado ese reconocimiento por parte del Estado y sus efectos jurisdiccionales, nacen en el arbitraje ciertas exigencias públicas. Así, el Estado le adjudica al arbitraje la función social de la resolución pacífica de los conflictos, correspondiente al ejercicio de su jurisdicción. Al darle esa finalidad, se le imputan ciertos efectos –la autoridad de cosa juzgada de los laudos, la inevitabilidad, entre otros– así como ciertas garantías –el respeto al debido proceso, el deber de motivación, entre otros. Al igual que la propiedad, se podría decir que el arbitraje es una institución privada con función social[6]. Debido a ello, un correcto análisis del arbitraje requerirá la reconciliación de las tesis mixtas para incorporar la autonomía de la voluntad con las exigencias normativas impuestas por la regulación de la administración de justicia de un país. Se debe entender que el arbitraje es ontológicamente privado, pero, con ciertos matices, es fenomenológicamente jurisdiccional.

III. EL CONVENIO ARBITRAL

Para acceder al arbitraje, se requiere un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obliguen a someter la solución de sus controversias a particulares, llamados árbitros. Este sometimien-

[5] Como afirma Ana María Arrarte Arisnabarreta, "el «etiquetar» al arbitraje como «jurisdicción» no lo ha convertido en tal. El nombre, no puede alterar la naturaleza de las cosas" (2007, p. 71).

[6] La propiedad y los derechos reales son, indudablemente, un fenómeno privado del derecho civil. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno se le adjudica una función social, que sirve para justificar ciertas cargas o limitaciones al señorío de su propietario. Esta función social no solo delinea los contornos de la propiedad –es decir, limita el derecho– sino que se presenta como parte de su contenido esencial. En ese sentido, se entiende que la propiedad satisface el interés personal de su propietario, pero, a su vez, el Estado la garantiza siempre que se cumpla una función social (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, 2009, pp. 259-266). Pese a que esta función social es ahora parte de su contenido esencial, nadie niega su origen y naturaleza privada. De igual manera, una correcta comprensión del arbitraje debe incorporar que, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, el arbitraje cumple una función social, propia de la jurisdicción, que es alcanzar la paz social, a través de la justa resolución de las controversias. Esta función es parte de su contenido esencial en la comprensión constitucional. No obstante, esto no tiene por qué enervar su origen y naturaleza privada. Lo privado puede servirle a lo público, sin que este se adueñe de aquel.

to pue- de ser actual o futuro (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 37; Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 1; Santistevan de Noriega, 2008, p. 97; Barchi Velaochaga, 2013, p. 90). Además, las partes pueden pactar convenios arbitrales dentro de un contrato o de forma separada (Born, 2016, p. 33). Es pacífico en la doctrina afirmar que el convenio arbitral es un negocio jurídico[7]. Incluso el Tribunal Constitucional, pese a tener una postura jurisdiccional en cuanto al arbitraje, le reconoce al convenio arbitral una naturaleza contractual[8] y acepta que es una expresión de la voluntad de los contratantes[9]. A partir de esto, es correcto afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio arbitral no está irradiado por exigencias *ius publicistas*, con lo que el único elemento constitucionalmente relevante en el convenio arbitral es la libertad contractual.

El convenio arbitral consiste en un acuerdo de recurrir al arbitraje, por lo que esa voluntad sería el único elemento esencial y de validez del mismo (Born, 2016, p. 75). Con esto, lo que se busca es privilegiar la voluntad de arbitrar que tuvieron las partes al suscribir el convenio arbitral[10]. Asimismo, se establece como requisito esencial que dicha voluntad sea clara e inequívoca –lo que no es igual a exclusiva–, debido a que el convenio arbitral constituye en puridad una renuncia parcial[11] a un derecho fundamental, como es el juez predeterminado por ley, y a una serie de elementos de la tutela jurisdiccional efectiva, por no ser aplicables *mutatis mutandi* al arbitraje (Bustamante Alarcón, 2013, p. 403).

En el Perú, Cantuarias Salaverry sostiene que el convenio arbitral tiene dos elementos esenciales: "el compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias y la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los futuros e inciertos conflictos" (1997, p. 386). Los demás elementos relacionados al arbitraje podrán ser integrados legalmente o mediante algún reglamento, si este es pactado (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 95-99). Tanto Cantuarias como Barchi recogen el principio esencial destacado por Born y lo complementan con su consecuencia lógica: la determinación del alcance de dicha voluntad. Si lo esencial es que las partes manifiesten su voluntad de arbitrar, es necesario determinar qué arbitrarán. A estos requisitos especiales del convenio arbitral, sin lugar a dudas, se le deben integrar los requisitos de validez de todos los negocios jurídicos.

---

7 Para Vidal Ramírez, por ejemplo, este es "un acto jurídico típico y nominado, por cuanto tiene su propia sustantividad, su propio *nomen iuris* y está sometido a un régimen legal específico" (2003, p. 572). A esto se le agrega que, en la mayoría de los casos, es un acto jurídico plurilateral, en tanto que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje lo define como un acuerdo entre las partes, lo que demuestra que no es un acto jurídico unilateral, sino que requiere el concurso de cuando menos dos voluntades (Barchi Velaochaga, 2013, p. 89).

8 Al respecto, el Tribunal Constitucional afirma, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, lo siguiente:

> Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral (2006, párr. 15).

9 En esa línea, el supremo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, sostiene lo siguiente:

> La jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *ius publicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales (2006, párr. 11).

10 De acuerdo con Born, hay siete elementos críticos de un convenio arbitral: (i) el acuerdo de arbitraje; (ii) el alcance del convenio; (iii) el uso de una institución arbitral o sus reglas; (iv) la sede del arbitraje; (v) el método de nombramiento de árbitros, su número y calificaciones; (vi) el lenguaje del arbitraje; y (vii) la ley aplicable a la controversia (2016, pp. 33-39). En línea similar, en doctrina nacional, Rubio Guerrero sostiene que, para un arbitraje doméstico, deben considerarse los siguientes cinco elementos: (i) elección del tipo de arbitraje; (ii) la elección de la clase de arbitraje; (iii) la composición del Tribunal Arbitral; (iv) las reglas del proceso arbitral; y (v) los gastos arbitrales (2007, p. 13). Sin embargo, muchos de estos pertenecen al campo de los elementos no esenciales; es decir, que no comprometen su validez, por lo que no serán analizados.

11 Esta renuncia no es solo parcial en los casos de los convenios arbitrales asimétricos. Incluso con un convenio arbitral simple y sinalagmático, las partes no renuncian íntegramente al juez predeterminado por ley, ya que se mantiene la posibilidad de demandar judicialmente y que la contraparte no deduzca una excepción de convenio arbitral. En ese caso, se entenderá que las partes han renunciado al convenio arbitral en esa controversia en concreto. Es justamente por ello que la excepción de convenio arbitral no puede ser invocada de oficio por el juez. Siendo esto así, se contempla que la renuncia no debe ser total. Si no lo es en el caso del convenio arbitral simple y sinalagmático, no tiene por qué serlo en el caso del convenio arbitral asimétrico.

A. Naturaleza jurídica del convenio arbitral

Al igual que la naturaleza jurídica del arbitraje, la naturaleza jurídica del convenio arbitral ha suscitado discusión en la doctrina. Existen dos tesis centrales: (i) la tesis formal, que plantea la eficacia dispositiva del convenio arbitral; y, (ii) la tesis material, la cual propugna su eficacia obligatoria. Determinar cuál es la postura más adecuada resulta relevante, ya que, si se considera que el convenio arbitral tiene eficacia obligatoria, este se guiará principalmente por los principios del derecho civil personal que privilegian la autonomía de la voluntad. Por el contrario, si se considera que tiene eficacia dispositiva, se dará mayor cabida a los efectos procesales del contrato, en los que la autonomía de la voluntad no cumple un rol igualmente protagónico.

La tesis formal se condice con la noción clásica del derecho procesal, en la que los sujetos del proceso no cuentan con obligaciones, sino solamente con cargas (Goldsmith, 1936, pp. 201-204). Debido a esto, es común que quienes defienden esta postura identifiquen al convenio arbitral como un contrato procesal, que impacta en ese mismo ámbito, no material, de la esfera jurídica de sus partes (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 93-94)[12].

Por el contrario, quienes propugnan la tesis material del convenio arbitral sostienen que este sí genera efectos obligatorios. En virtud de ello, el convenio arbitral se ve irradiado por los principios generales del derecho de los contratos, como la autonomía de la voluntad, el *pacta sunt servanda*, la buena fe contractual, la relatividad, entre otros (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 85). En la doctrina internacional, pareciera no cuestionarse el carácter contractual del convenio arbitral (MacKinnor *et al.,* 2016, p. 184).

Bullard afirma que el convenio arbitral es un contrato con particularidades relacionadas a su ejecución, pues no se puede recurrir a la ejecución forzada en el Poder Judicial, ya que esto desnaturalizaría la esencia del pacto. Asimismo, no cabe la resolución ni la indemnización por su incumplimiento. En ese sentido, este autor determina que el convenio arbitral es un contrato autoejecutable (2016, p. 101; 2012, pp. 20-21). Para compensar esta complejidad, la norma refuerza los efectos del convenio arbitral mediante el principio de inevitabilidad.

La inevitabilidad supone que el arbitraje se vuelva ineludible cada vez que se concluya que hay un convenio arbitral y es una manifestación del principio de *pacta sunt servanda* aplicado al arbitraje (Santistevan de Noriega, 2008, pp. 94-95). Este principio se hace patente mediante una serie de garantías normativas, entre las que destacan el principio de *kompetenz-kompetenz*, el principio de separabilidad del convenio arbitral y el carácter *ex post* del recurso de anulación de laudo arbitral (Bullard González, 2012, pp. 22-25)[13]. Estas garantías nacen a título legal cada vez que se verifica la existencia de un convenio arbitral (Santistevan de Noriega, 2008, p. 105).

Los defensores de la tesis material critican la tesis formal, pues consideran que estos ignoran que, para que las facultades y cargas procesales surtan efecto, se requiere un acto adicional y posterior al convenio arbitral, que es la interposición de la solicitud o petición de arbitraje (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 75-76). Decir que el convenio arbitral solo tiene efectos procesales implica afir-

---

[12] En el medio nacional, Barchi Velaochaga se posiciona como un partidario de la tesis formal o dispositiva. Él afirma que

> el convenio arbitral produce, por un lado, efectos procesales, y, por el otro, efectos sustanciales, creando una relación jurídica que no es una relación obligatoria, sino una relación que tiene como situación jurídica pasiva la sujeción y como situación jurídica activa un derecho potestativo (2013, p. 94).

A dicha relación jurídica material *sui generis* la denomina relación arbitral. Como se puede apreciar, Barchi sí reconoce que el convenio arbitral crea una relación jurídica material, por lo que no se limita a defender la tesis de los contratos con efectos procesales. Sin embargo, no considera que esta sea una relación obligatoria. La relación obligatoria es la conexión entre una situación jurídica de crédito y una situación jurídica de débito a un derecho subjetivo y una obligación, respectivamente. La obligación es un deber jurídico con contenido patrimonial, cuyo objeto es una prestación debida, que consiste en una conducta o un comportamiento del deudor dirigida a satisfacer un interés pactado del acreedor. Barchi no considera que el convenio arbitral entrañe una prestación debida, por lo que niega su carácter obligatorio. En cambio, propone que se entienda la relación arbitral como una situación de sujeción en la que el sujeto pasivo soporta el poder ajeno, el cual modifica su situación jurídica. La diferencia esencial sería que, a juicio de Barchi, la situación jurídica pasiva generada por el convenio arbitral no demanda de su sujeto ninguna conducta ni comportamiento para satisfacer el interés de su acreedor, sino solamente implica un cambio incuestionable de su situación jurídica (2013, pp. 89-95).

[13] Bullard González conecta los efectos positivo y negativo del convenio arbitral como una manera de lograr la inevitabilidad del arbitraje y asegurar la autoejecución del convenio arbitral (2012, p. 21). Esta formulación resulta confusa, en tanto que la inevitabilidad se alcanza mediante garantías legales, mientras que los efectos positivo y negativo son el contenido obligacional del convenio arbitral. Así, mientras la inevitabilidad se consigue a título legal (imaginémonos la excepción de convenio arbitral), ambos efectos son exigibles a título convencional.

mar que existe una etapa entre la suscripción del convenio arbitral y la interposición de la solicitud de arbitraje en la que no hay efectos jurídicos. Esto carece de sentido, pues el convenio arbitral es un pacto perfectamente eficaz desde su suscripción.

De Benito diferencia entre las fases estática y dinámica del convenio arbitral. La primera es aquella en la que no se ha ejercitado aún ninguna acción, mientras que, en la segunda, una vez ejercitada la acción, se activa el procedimiento arbitral. El punto de inflexión entre una y otra es el ejercicio de la acción, materializada en la solicitud o petición de arbitraje. Así, queda claro que el objeto de referencia de la tesis formal es la etapa dinámica, en la que es indudable que las partes tienen facultades y cargas procesales. En este extremo, tanto la tesis material como la formal encuentran un punto de acuerdo (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 95-100) y, en consecuencia, la eficacia obligatoria del convenio arbitral se encontrará en su fase estática.

Coincidimos con dicha diferenciación y, consecuentemente, con la tesis material del convenio arbitral. Al tener, entonces, eficacia obligatoria, la asimetría no debería presentarse como un problema, salvo que interfiera con la naturaleza de las obligaciones que se pacten o con el interés que las motiva. En ese sentido, debemos evaluar el contenido obligatorio de los convenios arbitrales y el interés subyacente para determinar si este debe ser sinalagmático.

B. Contenido del convenio arbitral

Comúnmente se destaca que el convenio arbitral tiene un efecto positivo y uno negativo. El efecto negativo consiste en no recurrir a la jurisdicción ordinaria para buscar solucionar controversias cubiertas por el alcance de un convenio arbitral (Gómez Jene, 2017, p. 40). Esta obligación de no recurrir a las cortes ordinarias es la principal en un convenio arbitral y en esta reside su esencia (Bullard González, 2012, p. 20). Como contraposición, nace un derecho particular, que es el derecho de las partes a no ser demandadas ante los tribunales (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 134). Así, del convenio arbitral nacen una obligación de no hacer, consistente en no recurrir a la jurisdicción ordinaria, y un derecho, consistente en no ser demandado ante la jurisdicción ordinaria. Este derecho se encuentra gravado con una carga que lo posibilita a interponer una excepción de convenio arbitral si la contraparte no cumple con la obligación de demandar en la sede arbitral (Vidal Ramírez, 2003, p. 580). En un convenio arbitral simétrico, ambas situaciones jurídicas vienen emparentadas; en uno asimétrico, no lo están.

Por su lado, el efecto positivo consiste en resolver las controversias mediante arbitraje, al atribuirle competencia a los árbitros (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 1). Born afirma que el efecto positivo no se limita a la obligación genérica de recurrir al arbitraje, sino que entraña consigo la obligación de conducirse de buena fe y cooperativamente en el proceso (Born, 2016, pp. 63-64). Como ya se resaltó, la autoejecución del convenio arbitral resulta ser una característica esencial de este contrato (Bullard González, 2012, pp. 20-22), con lo que, de su propia naturaleza, emana la obligación de colaborar correctamente en su desarrollo. De Benito destaca que el efecto positivo del convenio arbitral, más que una obligación en sentido estricto es una carga material del derecho de acción. A efectos de poder ejercitar válidamente el derecho de acción, es menester que las partes recurran a la jurisdicción arbitral. Todo intento de alcanzar un remedio judicial no será, entonces, el incumplimiento de una obligación de hacer, sino que devendrá en ineficaz, por no cumplir con la carga material que lo condiciona (2010, pp. 120-123).

Para permitir la consecución del efecto positivo, se consagra el principio de *kompetenz-kompetenz*, el cual busca darles a los árbitros la prioridad cronológica en el pronunciamiento sobre su propia competencia frente a un cuestionamiento de las partes (Bullard González, 2012, pp. 22-23). Este tiene, como contrapartida, una manifestación en el efecto negativo, pues implica que el juez debe esperar a que el arbitraje culmine, mediante la emisión de un laudo, para poder revisar la competencia del árbitro, en caso se promueva una acción de anulación de laudo arbitral por dicha causal.

Ahora bien, es relevante destacar que sí se puede encontrar contenido obligatorio en el llamado efecto positivo del convenio arbitral. Como desarrolló Born, este efecto no solo implica recurrir a la jurisdicción arbitral si se tiene una controversia, sino entraña consigo el deber de conducirse en este de buena fe y cooperativamente. Estamos de acuerdo con que esto es parte de la relación obligatoria, pero no como la representación de un deber primario de prestación, sino como la de un deber de cooperación y de protección que se integran en virtud del principio de la buena fe (Morales Hervias, 2013, pp. 63-68; Fernández Cruz, 2004, pp. 613-616). Es por ello que conducirse en el proceso en contra de estas obligaciones no genera la pérdida de ninguna facultad procesal, sino que lleva a auténticas sanciones jurídicas, como, por ejemplo, inferencias adversas.

De Benito propone el siguiente esquema, el cual diferencia los efectos propios de la fase estática, denominados efectos inmediatos, y los propios de la fase dinámica, denominados efectos mediatos:

Figura 1. Los efectos materiales (inmediatos) y procesales (mediatos) del convenio arbitral

De Benito Llopis-Llombart (2010, p. 123).

A este punto, es fundamental determinar el carácter patrimonial del convenio arbitral, sin el cual no se le podrá considerar una obligación en sentido estricto. El carácter patrimonial se puede deducir del valor en el mercado de la prestación, por la existencia de una contraprestación o por la funcionalidad de la prestación a un interés patrimonial del acreedor (Espinoza Espinoza, 2011, p. 258). Se puede encontrar que el convenio arbitral sí es patrimonial en tanto existe un interés de esta naturaleza en las partes al pactar el arbitraje. Esto se debe principalmente al valor de la seguridad que genera ser juzgado por un arbitraje, pero también debido a la celeridad de la resolución de la controversia (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 149-151). Este valor patrimonial opera justamente como fundamento y legitimación del arbitraje de inversión.

En virtud de lo desarrollado, se puede apreciar que sí existe una prestación debida como objeto del convenio arbitral, contenida en las siguientes consecuencias jurídicas. En primer lugar, establece una obligación en sentido estricto de no recurrir a la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, nace el derecho a no ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, sino a ser juzgado mediante un arbitraje. En tercer lugar, emanan del principio de buena fe, el deber de cooperar y litigar de acuerdo a lo acordado, lo que también tienen naturaleza obligatoria. En cuarto lugar, se da a luz a una carga material sobre el derecho de acción que condiciona su ejercicio a la recurrencia a la jurisdicción arbitral, invalidando el ejercicio judicial de la acción. Finalmente, se crean una serie de facultades y cargas procesales que se activan en la etapa dinámica del convenio arbitral. Siendo esto así, no queda más que confirmar que el convenio arbitral es un contrato con contenido obligatorio.

Por otro lado, se ha sostenido que el convenio arbitral, al ser un pacto separable o autónomo, requiere encontrar funcionalidad en las prestaciones recíprocas de las partes. Consideramos que ello es un error. El principio de separabilidad del convenio arbitral consiste en una presunción, en virtud de la cual se le da autonomía, pese a estar incluido en un contrato (Born, 2016, p. 54). Esta autonomía es jurídica y se centra en la autonomía de la validez y eficacia del convenio arbitral (Priori Posada, 2011, p. 570). Todas las consecuencias del principio de separabilidad son jurídicas y se dirigen a preservar su existencia jurídica. Landolt sostiene que esta presunción logra que el convenio arbitral se impregne de un estatus de irresistibilidad (2013, p. 513). Landrove, de otro lado, afirma que esto se hace con el propósito de proteger la eficacia del convenio arbitral, objetivo que comparte con el principio de *kompetenz-kompetenz* (citado por Bullard González, 2012, p. 23). La separabilidad fue ideada para asegurar la validez del convenio arbitral.

En ese sentido, resulta esencial diferenciar la separabilidad, en un sentido jurídico, de la autosuficiencia del convenio arbitral, en un sentido fáctico: la separabilidad tiene una existencia y relevancia jurídica, no fáctica. Justamente, la separabilidad debe entenderse como un atributo jurídico nacido en respuesta a la real accesoriedad del convenio arbitral, el cual, en la mayoría de los casos, no es más que una estipulación contractual (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 55). Confundir estos dos planos representa –en palabras de De Benito– un prejuicio realista, según el cual se asume que, debido al principio de separabilidad, el convenio arbitral cuenta con autosuficiencia (2010, pp. 54-55). Este prejuicio evita comprender la racionalidad del convenio arbitral a partir de los demás elementos del contrato (p. 59).

De este prejuicio se deriva uno segundo, que denominamos el prejuicio sinalagmático. Según este, debido al prejuicio realista, el convenio arbitral debe ser genéticamente sinalagmático. Este tiene dos elementos: por un lado, se piensa que las obligaciones y derechos de las partes tienen

que ser sinalagmáticos; y, por el otro, que las obligaciones y derechos de las partes tienen que ser exactamente iguales. En muchos países, se usa este prejuicio para atacar la validez del convenio arbitral asimétrico, afirmando que el sinalagma es un requisito esencial para la existencia de un convenio arbitral o que ambas partes tienen que estar igualmente obligadas a ir a arbitraje para que el convenio sea válido (Aizenstatd, 2010, pp. 32-33). Sin embargo, esto no tiene mayor arraigo. La exigencia del sinalagma es solo un error de razonamiento inducido por el prejuicio realista, que hace que se piense en el convenio arbitral como totalmente aislado y se viertan en estas exigencias ya cumplidas por el contrato.

C. El interés en el convenio arbitral

El prejuicio sinalagmático se ha vinculado con la inevitabilidad del arbitraje y el carácter autoejecutable del convenio arbitral. Parecería una exigencia de la sana razón que ambas partes se encuentren sujetas a la obligación inevitable de recurrir al arbitraje para que el pacto haga sentido. Sin embargo, esto solo sería así si la causa común del convenio arbitral fuera el sometimiento exclusivo a la jurisdicción arbitral. Esto es afirmado por Vidal Ramírez, por ejemplo (2003, p. 571). Sin embargo, otros autores colocan el acento en el interés de no ser juzgado por la jurisdicción ordinaria (De Benito Llopis-Lombart, 2010, p. 134). A nuestro criterio, no obstante, ambos son equivocados: la finalidad del arbitraje es la de solucionar la controversia.

Juárez destaca que la causa-fin del arbitraje es la justicia (2015), visto desde una perspectiva institucional. Sin embargo, esta se mantiene al concretarla en una relación jurídica específica, a través del interés de resolver una controversia. Es cierto que este es el interés común de toda relación jurídico procesal; sin embargo, esto no le resta relevancia en el arbitraje. Jan Paulsson le da un enfoque humano al arbitraje y, al preguntarse por qué se prefiere al arbitraje por sobre el proceso judicial, concluye que "we wish to be judged by someone wise and familiar, perhaps an idealized version of ourselves – not someone clever and strange"[14] (2013, p. 5).

Acierta, además, al señalar que la más importante virtud del arbitraje es la capacidad de alterar y hacer propio el procedimiento: "[a]s society becomes more complex, and as individuals feel more secure in their rights, another motivation joins that of the urgent need for peace: aspirations to affect this process in some way, not just to be its object"[15] (2013, p. 6). Parece ser que los sujetos desean una aplicación personalizada de la justicia, que se adapte a su controversia y sus intereses: esta es la principal promesa del arbitraje. Los individuos ya conquistaron la ley a través de la democracia y ahora buscan conquistar su composición a través del arbitraje. Como concluye Paulsson, "[a]rbitration is the quintessence of bespoke justice"[16] (2013, p. 7).

En la actualidad, complejos negocios recurren a complejas cláusulas de solución de controversias, en las que se determinan etapas de trato directo, negociación, determinaciones de expertos, *dispute boards*, *adjudications*, arbitraje, entre otros. Todas estas se combinan y complementan de la forma en la que mejor se satisfacen los intereses y necesidades de las partes y la operación realizada. Siendo esto así, se ve que el interés que realmente persiguen es el de solucionar la controversia y el medio que eligen es solo funcional –utilitario– a ese interés. Resulta forzado buscar encontrarle un interés típico al convenio arbitral, que lo distinga de las demás cláusulas de resolución de controversias. Mucho menos razonable resulta que se use dicho interés típico para restringir la libertad contractual de las partes y la posibilidad de llegar a complejos arreglos en cuanto a la solución de futuras disputas.

Consideramos, entonces, que el sinalagma no responde a una necesidad técnica del derecho, ni a una necesidad ontológica del convenio arbitral, por lo que este puede ser perfectamente asimétrico, basado en su naturaleza contractual, eficacia obligatoria e interés genérico de solución de controversias. Todas estas características se encuentran fundamentadas en la bandera de la autonomía de la voluntad.

IV. LOS CONVENIOS ARBITRALES ASIMÉTRICOS

El desarrollo previo nos permite entrar al análisis del objeto de nuestro estudio con claros conceptos que serán elemento de discusión en esta sección. En primer lugar, definiremos qué son los

[14] Nosotros deseamos ser juzgados por alguien sabio y familiar, probablemente una visión idealizada de nosotros mismos no por alguien inteligente y extraño [traducción libre].

[15] A medida que las sociedades se vuelven más complejas y los individuos se sienten más seguros de sus derechos, otra motivación se une a la urgente necesidad de paz: aspiraciones de afectar el proceso en alguna manera, no solo de ser su objeto [traducción libre].

[16] Arbitraje es la quintaesencia de la justicia a la medida [traducción libre].

convenios arbitrales asimétricos, cómo se nos manifiestan y por qué son suscritos, a efectos de comprender a cabalidad su existencia. En segundo lugar, abordaremos los problemas, argumentos e interpretaciones que se han expuesto internacionalmente, los cuales ponderaremos críticamente y relacionaremos con el derecho nacional. Finalmente, analizaremos la figura de los convenios arbitrales asimétricos a la luz de sus fundamentos, su funcionalidad y su juridicidad en el Perú en concreto.

A. Significado y significantes

Los convenios arbitrales asimétricos no han encontrado aún una definición estándar que sea compartida por los operadores jurídicos a nivel internacional. No obstante, la definición dominante, compartida principalmente por la doctrina y jurisprudencia europea, define al convenio arbitral asimétrico como "a clause which gives only one party to an agreement the opportunity to make a forum selection (arbitration or litigation) to settle a dispute"[17] (Ustinov, 2016, p. 2) o, en otras palabras, "an agreement providing one of the parties the right to choose between the two available means to resolve a dispute, whereas the other party is confined only to one of the options"[18] (2016, p. 7). Estos convenios arbitrales tendrían, entonces, como centro, la posibilidad, asignada a una de las partes y negada a la otra, de elegir frente a qué foro de jurisdicción presentar su controversia.

Existe, sin embargo, una amplia discusión terminológica, que, más que contribuir al estudio de la institución, genera confusiones en la esencia de esta. Por ejemplo, la jurisdicción inglesa y holandesa le llaman convenio unilateral a aquel en el que se establece la posibilidad de optar entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, pero solo se le agrega el término asimétrico cuando dicha posibilidad se le reserva a una de las partes. Exactamente lo mismo sucede en la jurisdicción española con el término convenio arbitral híbrido. Parecería que la posibilidad de optar por un foro de resolución de controversias u otro no es la esencia de los convenios arbitrales asimétricos[19].

Draguiev establece que la *differencia specifica* de los convenios arbitrales asimétricos frente a otras figuras similares es el efecto unilateral de la cláusula (2014, p. 20)[20]; es decir, que se le reserven esos derechos a una parte a su sola voluntad. En simple, un convenio arbitral asimétrico es aquel que contiene "asymmetrical distribution of rights and duties"[21] (Draguiev, 2014, p. 21). Es sobre esta definición que la escasa academia latinoamericana ha construido su concepto. En este se definen a los convenios arbitrales asimétricos como "cláusulas compromisorias en las cuales las obligaciones y

---

17 Una cláusula que da la oportunidad a una sola de las partes de un acuerdo de hacer una selección de foro (arbitraje o litigación judicial) para resolver una controversia [traducción libre].

18 Un acuerdo que le provee a una de las partes el derecho a elegir entre dos medios disponibles para resolver una controversia, mientras que la otra parte está confinada solo a una de las opciones [traducción libre].

19 A pesar de que se presenta como un concepto simple, existen distintas refinaciones teóricas, que varían la denominación y algunas de sus características. Nesbitt y Quinlan extraen, a partir de la jurisprudencia inglesa, el tipo básico de lo que en su jurisdicción se denomina convenios arbitrales unilaterales:

> They [unilateral arbitration clauses] generally have the following structure: the parties to the agreement are restricted to bringing proceedings in a particular jurisdiction; however, one party (or in some cases, all of the parties) has an option to elect that the dispute in question must be referred to arbitration (2006, p. 134).

Por otro lado, Marta Gisbert denomina convenios arbitrales híbridos a

> […] aquella cláusula de resolución de conflictos pactada por las partes en un contrato (sea este del tipo que sea), en la que los contratantes deciden que la controversia pueda ser sometida tanto a arbitraje como a la jurisdicción de los tribunales de un determinado país (2015, pp. 145-146).

De Benito Llopis-Llombart sostiene que ese derecho a elegir entre el arbitraje o la jurisdicción estatal y, mediante esta, vincular a su contraparte, es ganado "en virtud de la llamada cláusula o pacto compromisorio "híbrido", "mixto", "asimétrico", "opcional" o "unilateral"" (2009, p. 141). Así, él postula que los términos propuestos previamente operan como intercambiambiables. Draguiev propone, en cambio, que se refiera a "unilateral jurisdiction clause as a catch-all term referring to one-sided, hybrid, optional, asymmetrical, combined, etc., clauses" (2014, p. 20).

20 En distintas jurisdicciones, pese a la diferencia en las denominaciones, se ha optado por diferenciar entre los convenios arbitrales simétricos y asimétricos, o bilaterales y unilaterales. López de Argumedo y Balmaseda denominan a dicha herramienta jurídica como híbrida o como mixta (2014, p. 1); y, además, agregan que

> en lo que respecta a los tipos de las cláusulas híbridas, se ha de distinguir, fundamentalmente, entre cláusulas híbridas simétricas (o bilaterales) y cláusulas híbridas asimétricas (o unilaterales) (en inglés, *asymmetric, optional* o *unilateral DR clauses*). Las primeras son aquellas que ofrecen a todas las partes del contrato la opción de elegir la vía de resolución del conflicto. En las segundas, en cambio, la facultad de elegir el método de resolución de una controversia se concede solo a una (o algunas) de las partes, debiendo la otra (u otras) aceptar la elección adoptada (p. 2).

Van Zelst coincide con dicha definición y resalta que a dicha figura se le llamaría asimétrica cuando solo una de las partes gozara con la ventaja de la elección (2018, p. 78).

21 Distribución asimétrica de derechos y obligaciones [traducción libre].

derechos de las partes no son sinalagmáticos, es decir no se consagraron en condiciones de igualdad" (Medina Fandiño, 2016, p. 19) o, en resumen, aquel "en el cual las obligaciones de las partes no son perfectamente sinalagmáticas" (Aizenstatd, 2010, p. 25). Aunque parezca redundante, la definición más certera de los convenios arbitrales asimétricos es la brindada por Drahozal: "arbitration clauses with asymmetric obligations to arbitrate"[22] (2002, p. 540). Es esta la definición que compartimos. Si la característica central de los convenios arbitrales asimétricos es la distribución diferente de derechos y obligaciones, no existe motivo para restringir su estudio a la asimetría en la elección del foro.

Aizenstatd destaca tres tipos de asimetrías en un convenio arbitral: en la elección de los árbitros, en la distribución de los costos y en la elección del foro (2010, pp. 25-30). La asimetría en la elección de foro es la más discutida en la doctrina y jurisprudencia internacional y es lo que se describió en los primeros párrafos de esta sección. La asimetría en la designación de árbitros podría referirse, según Aizenstatd, a una variedad de casos, como que solo una parte pueda designar un árbitro, mientras que los otros deban ser designados por un centro arbitral o un tercero, o que la elección de una parte esté sujeta a condiciones mínimas, mientras que la de la otra no (2010, p. 26). Por su lado, la asimetría en los costos podría presentarse mediante fórmulas previas de distribución de estos que le asignen mayor carga a una parte que a la otra, o mediante la prohibición de condena de costos frente a un resultado o a una parte (Aizenstatd, 2010, p. 28).

No obstante, es preciso recordar que los convenios arbitrales asimétricos podrían tomar distintas formas y versar sobre distintos elementos del convenio arbitral, excediendo la creatividad e imaginación de los autores, por lo que un correcto estudio sobre dicha figura no debería estancarse en consideraciones únicamente casuísticas, sino en la naturaleza de los mismos. Vale anotar que estas asimetrías, al responder a la conveniencia de ambas partes, plasmadas en el pacto, se pueden presentar en distintas cláusulas de resolución de controversias, distintas de un convenio arbitral. Por ejemplo, sería posible pactar que una parte debe designar a un perito experto para un *adjudication* o que una parte deberá pagar los honorarios de un *dispute board*. Esto, sin embargo, no obsta de considerar estas asimetrías típicas como elementos problemáticos en el estudio de los convenios arbitrales.

B. Estructura de los convenios arbitrales asimétricos *típicos*

Mucha de la problematización internacional se ha centrado en los tres tipos de convenio arbitral destacados por Aizenstatd. Debido a ello, nos avocaremos a definir claramente su contenido. Como fue establecido en la sección anterior, los convenios arbitrales tienen eficacia obligatoria. Durante su fase estática, solo surten efectos obligaciones civiles. Solamente cuando la acción es ejercitada, mediante la presentación de la solicitud de arbitraje, se desplegarán los efectos procesales del convenio arbitral, en su fase dinámica (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 95-100). Los convenios arbitrales asimétricos de selección de foro se encuentran en la fase estática, mientras que los de distribución de costos y de nombramiento de árbitros en la dinámica.

Recordemos que el contenido del convenio arbitral, en la fase estática, se conforma por una obligación de no acudir a la jurisdicción ordinaria y un derecho de no ser llevado a la jurisdicción ordinaria, que se encuentra gravado con una carga de deducir una excepción de convenio arbitral. A su vez, la acción tiene una carga material, consistente en demandar en sede arbitral (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 123). Esto se integra con una serie de deberes accesorios, como el deber de cooperación y el de protección.

En base a ello, podemos determinar, en primer lugar, que el contenido de la obligación en el caso del convenio arbitral asimétrico de selección de foro en el caso del sujeto con la opción toma forma de una obligación facultativa; es decir, de aquella obligación en la que "el deudor s[o]lo debe una prestación en realidad, pero puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta" (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2001, p. 419). En ese sentido, si ambas partes pueden demandar en la jurisdicción arbitral pero el sujeto con derecho potestativo puede elegir si recurrir a la jurisdicción ordinaria, su situación jurídica contendría una prestación principal de no demandar ante el poder judicial y una prestación facultativa de no demandar ante la jurisdicción arbitral. En ambos casos, mantiene el derecho a no ser demandado ante la jurisdicción ordinaria y la carga de deducir la excepción de convenio arbitral. Su acción no se encuentra gravada con ninguna carga material.

En segundo lugar, con relación a los costos, un convenio arbitral simétrico contiene una carga de colaborar económicamente con el arbitraje, la cual, luego de la sanción de costos contenida en el lau-

[22] Cláusulas arbitrales con obligaciones asimétricas de arbitrar [traducción libre].

do, se convierte en una obligación material de dar suma de dinero (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 123). En cambio, un convenio arbitral asimétrico de distribución de costos ya no contendrá la carga de contribuir económicamente al arbitraje, sino que únicamente una de las partes estará gravada, desde el inicio de la fase dinámica del convenio arbitral, con la obligación civil de pagar todos los costos. En tercer lugar, en el caso del convenio arbitral asimétrico de elección de árbitros, simplemente una de las partes tendrá una carga de cooperación más grande, pues deberá nombrar a más árbitros.

C. ¿Por qué existen?

A este punto, es posible que el lector se pregunte: ¿por qué un sujeto capaz y razonable suscribiría un convenio de tales características? ¿No es que acaso siempre una parte va a buscar las mejores condiciones para sí? ¿Por qué alguien decidiría darle mejores derechos a su contraparte o asumir más obligaciones para sí en algo tan crucial como la resolución de sus controversias? Si bien la razonabilidad de la decisión de suscribir un convenio arbitral asimétrico es de escasa importancia para la exploración intelectual y el cuestionamiento sobre sus fundamentos y su validez, es esencial entender estos motivos para poder comprender la institución a cabalidad y, con ello, poder hacer un estudio serio sobre la misma. Es necesario aclarar que, mediante esta exploración, no se está definiendo, de ninguna forma, la causa del convenio arbitral asimétrico ni tratando de definir un fundamento jurídico-económico para el pacto, a efectos de determinar una tipicidad específica. Por el contrario, estas son consideraciones prácticas sobre la utilidad de estos pactos para las partes.

Vale resaltar, de inicio, que no creemos que todos los sujetos sean perfectamente racionales. Reconocemos la inmensa cantidad de sesgos que podrían influir en la adopción de un convenio arbitral asimétrico. No obstante, en el presente acápite, queremos esbozar los motivos centrales por los que se adoptan estos convenios, para poder comprender su funcionalidad e interpretar la institución, así como su regulación, en virtud de cuánto satisfacen y propician los objetivos que las partes persiguen al pactarlos.

El motivo más intuitivo es que la asimetría dentro de los deberes y derechos que crea el convenio arbitral es solo un reflejo de la asimetría comercial entre las partes (Draguiev, 2014, p. 20; Ustinov, 2016, p. 9). Este, pese a ser un motivo real, no es el único. Sería equivocado creer que la existencia de los convenios arbitrales asimétricos es solo una cristalización de la desigualdad real entre las partes. Esta confusión puede llevar a un operador jurídico a censurar su existencia, dado que contraviene con el ideal de igualdad que fuertemente proclama el derecho.

Draguiev establece que la suscripción de convenios arbitrales asimétricos puede fundarse en la búsqueda de mecanismos hechos a la medida de los clientes, que respondan a las necesidades del negocio que están realizando (2014, pp. 19-20). Así, los convenios arbitrales asimétricos son más comúnmente encontrados en negocios complejos como acuerdos financieros (Ustinov, 2016, p. 9), *tenancy and construction contracts, banking and finance transactions* (Van Zelst, 2018, p. 79) y *charter parties* (Draguiev, 2014, p. 21), principalmente. Estos contratos justamente incluyen un elemento relevante de duración en el tiempo.

Así, un motivo de gran relevancia para pactar convenios arbitrales de decisión de foro, en específico, es poder responder a las necesidades de la controversia en el momento en el que esta se plantea. De esa manera, las partes estarían en mejor condición de determinar el medio más idóneo (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 2). Esta preocupación nace debido a que

> son cada vez más frecuentes los casos en los que al celebrar un contrato no se puede conocer qué método de resolución de controversias será el más idóneo para resolver los eventuales conflictos. […] De estas relaciones contractuales pueden derivarse tanto controversias muy complejas, que puede convenir someter a un árbitro experto en la materia, como controversias jurídicas más sencillas o de poca cuantía, para cuya resolución el arbitraje puede no ser el método más adecuado (2014, p. 2).

Ustinov afirma que el arbitraje es la forma preferida para solucionar disputas comerciales; sin embargo, reconoce que existen casos en los que puede resultar más conveniente acudir a la jurisdicción ordinaria. Él usa como ejemplo la deuda por un préstamo cuyo título no genera duda alguna (2016, p. 9). En este caso, no haría sentido que se recurra a un tribunal arbitral, ya que "litigation provides an opportunity in the shortest possible time with minimum cost get a decision on recovery of debt in virtually uncontested situation, when initiation of arbitration proceedings may be too expensive and time consuming"[23] (p. 9). Así,

[23] El litigio ofrece una oportunidad en el tiempo más corto posible con un costo mínimo de obtener una decisión de recuperación de una deuda en una situación prácticamente no contendida, cuando el inicio de un procedimiento arbitral podría ser muy caro y costoso en tiempo [traducción libre].

en particular en los negocios complejos, este tipo de cláusulas resultan convenientes, en tanto la variedad de controversias es amplia y su complejidad transita un amplio rango (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 2).

En conclusión, los convenios arbitrales asimétricos nacen para hacer frente a la necesidad de los negocios, en los cuales, en virtud de su complejidad y magnitud, es imposible determinar *ex ante* las posibles disputas que se generarán. Sin embargo, esa imposibilidad no importa una renuncia de las partes al intento de diseñar los mecanismos de solución de controversias que regirán sus operaciones. Por el contrario, impulsa al diseño de convenios arbitrales complejos, en los que se asignan derechos y obligaciones específicas y distintas para poder asegurar una correcta satisfacción de sus intereses.

D. ¿Cómo existen?

Ahora bien, en cuanto al concepto podemos concluir que convenio arbitral asimétrico será todo aquel que contenga una distribución diferenciada de derechos y obligaciones en el marco del arbitraje. Sin embargo, esta definición conceptual poco nos dice sobre su operación en el derecho, mucho menos sobre su juridicidad. Por ello, es necesario analizar cómo han reaccionado distintos ordenamientos jurídicos a esta institución. El propósito de esta sección será dar un panorama sobre la validez de esta institución en el derecho comparado, dada las reducidas referencias que hay en el derecho nacional. Asimismo, nos permitirá recoger los argumentos que se analizarán posteriormente.

Es preciso señalar que entre los pronunciamientos reseñados en la doctrina europea se encuentran tanto cláusulas de selección de foro judicial como convenios arbitrales asimétricos. Creemos, sin embargo, que los argumentos respecto a la validez o invalidez de la asimetría son mayormente aplicables en ambos foros, por lo que será prudente revisarlos y, posteriormente, analizarlos.

La respuesta de los países es variada y son pocos los que tienen una jurisprudencia consistente. En resumen, se puede destacar que los países del *Common Law* tienen mejor predisposición frente a los convenios arbitrales asimétricos que los del *Civil Law* (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 6). En adelante, nos referiremos a los países en general, pero hemos de hacer la salvedad que estas posturas no son totales ni definitivas, sino solo algunos esbozos de sus criterios.

En las jurisdicciones de *Common Law*, existe una presunción de no exclusividad de la sumisión, lo que hace que sea más probable que validen los convenios arbitrales asimétricos (2014, p. 6). Probablemente, las discusiones sobre los convenios arbitrales asimétricos con más larga data estén presentes en el Reino Unido. Ya en la década de los sesenta, las Cortes de Apelaciones vieron casos relacionados. La postura dominante los declaraba inválidos y establecía la bilateralidad como un requisito de validez de los convenios arbitrales. Esto cambió gradualmente en 1986 con la sentencia del caso *Pittalis c. Sherefettin*, en el cual la Corte de Apelación sostuvo que no había motivos para declarar inválido un convenio arbitral con ciertos elementos de asimetría, en tanto el acuerdo fue negociado, sus términos acomoden a ambas partes y haya justificación para la asimetría (Ustinov, 2016, pp. 13-14). Adicionalmente, en el caso *Three Shiping*, se declaró que no había contradicción en que una parte tenga una mejor posición contractual, incluso cuando esta era relacionada al arbitraje (Draguiev, 2014, p. 26).

En Estados Unidos, en términos generales, se aceptan los convenios arbitrales asimétricos en contratos civiles negociados, pese a la diversidad en la jurisprudencia. Los problemas en su reconocimiento se presentan en los contratos por adhesión o los contratos de trabajo. En contra de los convenios arbitrales asimétricos existen dos doctrinas: la del *lack of mutuality* y la del *unconscionability* (Ustinov, 2016, p. 14). La doctrina del *lack of mutuality*, como se analizará más adelante, sostiene que un acuerdo debe vincular a ambos o a ninguno, y que un remedio debe asistir a ambos o a ninguno. En esa línea, los convenios arbitrales asimétricos que solo le confieren el derecho y remedio de ir a arbitraje a una de las partes serían inválidos (Drahozal, 2002, p. 542).

Por otro lado, la doctrina del *unconscionability*, la cual será desarrollada posteriormente, declararía inválido un convenio arbitral asimétrico si este no encuentra un fundamento en la operación económico-jurídica en la que se enmarca. Es decir, de acuerdo con dicha doctrina, aceptar un convenio arbitral asimétrico debe tener un fundamento claro en el caso en concreto, ya sea económico o jurídico (Drahozal, 2002, p. 547). Esta doctrina tiene dos aspectos: el procesal, que requiere que haya sido negociado en condiciones óptimas, y el material, que implica que el acuerdo en sí cumpla un propósito (Ustinov, 2016, p. 16).

Rusia es una de las jurisdicciones que, contraria a la tendencia general, se vuelve cada vez más restrictiva frente a los convenios arbitrales asimétricos. Anteriormente, no habían mostrado mayor oposición. Incluso, algunas cortes defendían que, si una de las partes llevaba un riesgo financiero, entonces estaba legalmente amparada con el derecho de elegir las opciones jurisdiccionales contenidas

en el convenio (Gridasov & Dolotova, 2019). No obstante, dicha postura varió con el caso *Russian Telephone Company c. Sony Ericsson Mobile Communications Rus* en el 2012. En este caso, se opinó en contra del convenio arbitral asimétrico debido a que constituía una violación a los principios del debido proceso y de igualdad en el proceso, pues violaba los principios de *competitiveness* y *equality of the parties* (Gridasov & Dolotova, 2019). No obstante, en vez de anular el convenio arbitral y llevar la disputa a la jurisdicción ordinaria, se equipararon los derechos, eliminando el estado de sujeción y extendiendo aquel derecho potestativo (Ustinov, 2016, pp. 18-19).

Desde finales del 2018, la postura de Rusia se ha vuelto más divisiva. En este año, el Presidium de la Corte Suprema de Rusia publicó su *Review of Cases Related to the Functions of Assistance and Control in Relation to Arbitration and International Commercial Arbitration*. En este, se describen casos en los que las cortes rusas han considerado válidos convenios arbitrales asimétricos, mientras que otras los invalidaban (Vlasenko, 2019). Esto mantiene la postura de Rusia en incertidumbre, al punto que Clifford Chance, en un *survey* realizado en el 2017, calificó a la jurisdicción rusa como una jurisdicción de potenciales problemas con los convenios arbitrales asimétricos (Berard et al., 2017, p. 6).

Ucrania, por su parte, sigue una línea similar. A pesar de que hay ciertos casos en los que se han declarado válidos los convenios arbitrales asimétricos, existen algunos otros en los que los derechos han sido equiparados, haciéndolos bilaterales (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 7).

Los convenios arbitrales asimétricos enfrentan gran incertidumbre en Francia. Si bien los pronunciamientos más relevantes respecto a la asimetría no están relacionados a convenios arbitrales, sino a cláusulas de selección de foro judicial, estas decisiones muestran una postura adversa a la asimetría en las cláusulas de solución de controversias en general. Esta tendencia inició en el 2012, con el caso Mme X c. Banque Privée Edmond de Rothschild, en el cual se le daba al banco la posibilidad de elegir entre dos foros jurisdiccionales para demandar. Dicha cláusula fue anulada debido a que se le consideró una condición meramente potestativa a cargo del deudor. Este era un caso entre un banco y una usuaria; sin embargo, no se sustentó en principios de igualdad o en protección de la parte débil, sino en la naturaleza del acuerdo y su nulidad civil. El criterio se ha repetido en casos como *Danne c. Credit Suisse* (2015), en el que se especificó que las cláusulas asimétricas de selección de foro no eran lo suficientemente precisas ni predecibles (Draguiev, 2014, pp. 28-29). Creemos que este criterio sería expansible a los convenios arbitrales de selección de foro, con lo que su validez en Francia sería contingente.

En Alemania, sí se consideran válidos aquellos convenios asimétricos en contratos negociados, pero resultarían nulos aquellos que sean incorporados por adhesión, si es que estos establecen una desventaja irrazonable (Ustinov, 2016, p. 25). Un criterio similar es seguido en la jurisdicción portuguesa. En *Xilam Animation c. Lnk Videos*, se sostuvo que los convenios arbitrales asimétricos serán válidos excepto que generen notoria desventaja para una parte (Ustinov, 2016, pp. 25-26).

Por su lado, en la jurisdicción española, en el 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sostuvo válidas las cláusulas arbitrales asimétricas debido a que, a su juicio, "el principio de autonomía de la voluntad debe prevalecer en materia de determinación del foro aplicable (salvo, naturalmente, cuando haya intereses públicos en juego o razones de especial protección de una de las partes)" (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 13). Si bien en dicho caso no se realiza un pronunciamiento sobre los convenios arbitrales asimétricos, se da luz al plantear que la autonomía es el valor jurídico principal en la elección de foros (2014, pp. 13-14).

De acuerdo con Ustinov, Italia tiene una consistente línea jurisprudencial a favor de los convenios arbitrales asimétricos. A juicio de los jueces italianos, este tipo de convenios no afectan ningún derecho ni contravienen ley o tratado alguno (2016, p. 26). Las cortes italianas han favorecido en mayor medida la autonomía de las partes para configurar la manera en la que resuelven sus disputas (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 7). Italia, junto con Inglaterra, es uno de los pocos países a los que el Unilateral Option Clauses–Survey 2017 de Clifford Chance califica como generalmente sin problemas frente a los convenios arbitrales asimétricos (Berard et al., 2017, p. 6).

La Corte de Casación de Bulgaria declaró inválido un convenio arbitral asimétrico al considerar que este era contrario a las buenas costumbres y que contravenía el principio de igualdad de armas en el arbitraje (Ustinov, 2016, pp. 23-24). Adicionalmente, consideró que existía una condición potestativa a cargo del deudor (López de Argumendo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 8). En Polonia, existe una prohibición legislativa, debido a que la ley establece explícitamente que son nulos los convenios arbitrales que contravienen el principio

de igualdad (Ustinov, 2016, p. 24), similar a la que existía en Perú cuando regía la Ley General de Arbitraje (Vidal Ramírez, 2003, p. 575). En Turquía, se toma una posición estricta en la evaluación de la voluntad de arbitrar, con lo que se espera que el convenio arbitral sea explícito en su alcance y exclusivo. Normalmente las cláusulas híbridas son declaradas nulas. Las asimetrías son normalmente rechazadas en nombre del debido proceso y el acceso a la justicia (Petit *et al*., 2017, p. 27).

Singapur y Hong Kong se rigen por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional (1985), el cual establece el principio del trato equitativo de las partes. Sin embargo, debido a que este artículo se encuentra bajo el "Capítulo V: Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales", pareciera que las cortes de ambas jurisdicciones solo contemplan el principio del trato equitativo durante el proceso arbitral, mas no en el proceso previo del establecimiento del convenio arbitral (Cheung, 2020). Esto explicaría cómo, en Singapur, la Corte Suprema sostuvo que era inmaterial, a efectos de determinar la validez de un convenio arbitral, la asimetría de este (Petit *et al*., 2017, p. 25). En esa línea, en el caso *Dyna-Jet Pte Ltd c. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd*, la Corte de Apelaciones confirmó una decisión en la que se declaraba la validez de un convenio arbitral asimétrico en el cual solo una parte podía llevar las controversias a sede arbitral. Con esto, se sostuvo que un convenio arbitral será válido incluso a falta de mutualidad –es decir, cuando se le da algún derecho solo a uno– y a falta de vinculación futura –es decir, dejando a salvo la posibilidad de elegir un foro distinto al que se elige actualmente (Vergis & Kamil, 2017, p. 1).

India funciona con un sistema de pactos compromisorios arbitrales, por lo que el convenio arbitral nace recién en el momento en el que se ejerce la acción. La Corte Superior de Delhi declaró inválido un convenio arbitral asimétrico por falta de mutualidad, mientras que la Corte Superior de Calcuta declaró válida otra cláusula arbitral asimétrica, pero tomando consideraciones sobre justicia y conveniencia, de acuerdo con las circunstancias de la operación. La Corte Superior de Madrás también reconoció su validez en el caso de *Castrol India*. Los tres principales motivos por los que la Corte Superior de Delhi ha impugnado las cláusulas asimétricas son *lack of mutuality*, políticas públicas y restricción del derecho de una de las partes a los procedimientos judiciales (Vasanth & Raheja, 2017), visto en casos como *Bhartia Cutler, Lucent Technology* o *Emmsons International*. No obstante, en el caso de *Bharat Engineering*, esta Corte sí confirmó la validez de los convenios arbitrales asimétricos basándose en que el convenio arbitral era un contrato de opción. Podemos ver, entonces, que la postura de India se encuentra dividida entre distintas Cortes Superiores (Economic Law Practice, 2019, p. 38). La Corte Suprema de India consideró que es válida la cláusula arbitral que permita a una parte únicamente designar el árbitro único sin intervención de la contraparte, en el caso *TRF Ltd c. Energy Engineering Projects Ltd.* (Petit *et al.*, 2017, p. 27).

Figura 2. Unilateral Option Clauses in Arbitration: Heat Map

Berard *et al.,* (2017, p. 6).

E. En el Perú

En el Perú, existe una serie de limitaciones para poder verificar la valoración dada por los operadores jurídicos a los convenios arbitrales asimétricos. En primer lugar, en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, son los árbitros quienes resuelven cualquier objeción sobre el convenio arbitral. En segundo lugar, la ley le da al arbitraje un carácter privado, con lo que las decisiones de los árbitros respecto de la validez de los convenios arbitrales no son de acceso público. Debido a ello, la única posibilidad de conocer esta valoración es buscarla en los pronunciamientos de las Salas Comerciales sobre los procesos de anulación de laudo arbitral por la causal de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, contenida en el artículo 63, numeral 1, inciso a, de la Ley de Arbitraje (2008).

De la revisión de las sentencias emitidas por la Sala Comercial de la Corte Superior de Lima entre 2017 y 2018, compartidas por el magistrado Julio Wong Abad[24], y las sentencias recopiladas por Esteban Alva Navarro en "La anulación del laudo" (2011), se puede afirmar que no ha existido un pronunciamiento jurisdiccional que nos permita inferir la postura que el ordenamiento jurídico peruano toma frente a los convenios arbitrales asimétricos. En ese sentido, los convenios arbitrales asimétricos en el Perú existen en la realidad, pero la jurisprudencia los mantiene ignorados.

Sin embargo, la falta de pronunciamiento jurisdiccional no implica que no se puedan extraer lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico. Se tiene noticias del uso de convenios arbitrales asimétricos de asignación de costos en el Perú, en los contratos con el Estado. Por ejemplo,

> en las Bases de la Licitación Pública 0005-2018-SEDAPAL, se incluyó la siguiente estipulación como parte de la cláusula arbitral: «Las partes convienen que las costas, costos y gastos arbitrales serán de cargo de la parte que solicite el inicio del arbitraje, siendo esta disposición vinculante para los árbitros» (Alejos Guzmán, 2019, p. 360).

Así, en la práctica, no solo privada, sino en las contrataciones con el Estado, los convenios arbitrales asimétricos tienen presencia. Además, la presencia de este tipo de convenios inclusive es impulsada e incentivada por el Estado, quien tiene prácticamente el control total de los contenidos del convenio arbitral en este tipo de contratos (Alejos Guzmán, 2019, pp. 352-355).

La mayor utilidad para deducir criterios, no obstante, en nuestro país, se encuentra en la misma legislación. Existen elementos normativos que colaboran a situar la discusión sobre los convenios arbitrales asimétricos en el panorama nacional. Pese a que estas inferencias interpretativas no deben considerarse concluyentes a fin de evitar la simpleza del razonamiento –sino que se deben articular con los elementos doctrinales y argumentativos– consideramos relevante reconocer la fuerza autoritativa de la norma. Asimismo, el ejercicio de exégesis nos permitirá reconciliar el peso de la justicia y la técnica con el peso de la norma positiva; es decir, encontrar una interpretación que concilie el deber ser con el ser concreto.

La ya derogada Ley 26572, Ley General de Arbitraje, predecesora de la Ley de Arbitraje actual, establecía de manera expresa y literal una obligación de equivalencia y sinalagma en las obligaciones generadas por el convenio arbitral. Su artículo 14 consignaba lo siguiente:

> es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento (1996).

Así, existía una prohibición expresa a los convenios arbitrales asimétricos.

Esta prohibición ya no se encuentra presente en la actual ley. Asimismo, el cambio entre una ley y la otra buscó, como uno de sus principales objetivos, darles mayor validez a los convenios arbitrales y rescatar la voluntad de las partes de arbitrar sus conflictos. Esto se manifiesta también, por ejemplo, en el cambio de una forma *ad solemnitatem* a una *ad probationem*. (Cantuarias Salaverry & Caivano, 2008, p. 58). Debido a ello, podemos inferir que al legislador ya no le interesó regular el contenido del convenio arbitral como un elemento relevante para determinar su validez, ya que, como se discutió previamente, los únicos requisitos de validez del convenio arbitral son la voluntad de someterse a arbitraje y el alcance de la misma.

Nuestra Ley de Arbitraje no se pronuncia sobre la elección de foro, ya que fue planteada en el paradigma de la inevitabilidad y del prejuicio sinalagmático. Este es, indudablemente, un criterio a considerar. No obstante, como la ley no es propiedad de sus autores, esta debe ser interpretada y reinterpretada

[24] Estas sentencias pueden ser encontradas en https://jmwongabad.com/category/arbitraje/.

según el progreso de los conceptos y la variación de las necesidades. Dado que la Ley no plantea ninguna guía, ya sea permisiva o prohibitiva, la postura que deberá adoptarse frente a estos convenios arbitrales asimétricos dependerá de lo que resulte más razonable sobre la base de los principios del arbitraje en general, a su técnica y a los principios de nuestro ordenamiento jurídico, elementos que serán debidamente ponderados en los siguientes acápites.

Existe un indicio sutil en la Ley de Contratos de Seguros. En el artículo 40, inciso c, se excluye cualquier pacto que prohíba o restrinja el derecho del asegurado a someter una controversia al Poder Judicial. Sin embargo, se mantiene a salvo el derecho del asegurado y la aseguradora de acordar arbitraje una vez producido el siniestro; es decir, se prohíben los convenios arbitrales sobre controversias futuras, pero sí se permiten los de controversias actuales. Esto se hace para proteger al asegurado, como lo indica el hecho de que este artículo se encuentre en el acápite de cláusulas y prácticas abusivas. Parecería una medida radical e incluso perversa. Por un lado, limita la libertad de contratar del asegurado también, quien, sin perjuicio de la opinión de la aseguradora, podría razonablemente preferir ir a arbitraje. Por el otro, permite que la aseguradora, estratégicamente, obstruya el sometimiento de la controversia a arbitraje una vez ocurrido el siniestro, pues en ese momento tendría que consentirlo. Esto, contrariamente a la intención de la ley, desprotege al asegurado.

Algo mucho más eficiente con relación al objetivo de la protección del asegurado hubiera sido permitir los convenios arbitrales asimétricos de elección de foro siempre que sean a favor del asegurado. Así, este tendría el derecho potestativo de recurrir a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje, sin que la aseguradora pueda influir en su decisión. Sin duda, esta sería la solución legislativa más razonable, proporcional y eficiente. Empero, no se puede argumentar que el hecho de que no se haya adoptado indica que nuestro ordenamiento jurídico no acepta este tipo de convenio arbitral asimétrico, pues bien podría responder al desconocimiento de la institución.

Con relación a los costos y gastos del arbitraje, el artículo 69 de la Ley de Arbitraje postula la total libertad de las partes para determinar su asignación. Tanto es así que, en virtud de dicho artículo, el tribunal arbitral solo tiene competencia para sancionar costos a falta de acuerdo entre las partes. Por ello, nuestra Ley de Arbitraje no debería presentar problemas en reconocer este tipo de pactos. Como se señaló, este tipo de convenios arbitrales son empleados incluso en los contratos con el Estado.

A mayor abundamiento, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, se modificó la Ley de Arbitraje. Sin perjuicio de la gran cantidad de críticas que las modificaciones merecen, resulta interesante que fue modificado el numeral 2 del artículo 56 para sostener que en el laudo no se puede sancionar al Estado con multas o cualquier otro concepto, salvo costos del arbitraje. Pese a tener carácter legal, representa una asimetría a considerar. Pareciera, entonces, que los convenios arbitrales asimétricos de distribución de costos no generarían problema alguno en ser aceptados en nuestro ordenamiento jurídico.

El mayor problema interpretativo se suscita frente a los convenios arbitrales asimétricos de nombramiento de árbitros. La Ley de Arbitraje establece que, en cuanto al número y procedimiento de nombramiento de los árbitros, el principio predominante es el de la libertad, lo que se deduce del artículo 19 y del primer párrafo del artículo 23 de dicha ley. Sin embargo, la libertad de procedimiento de nombramiento se encuentra limitada por el principio de igualdad, en virtud del artículo 23. La Ley de Arbitraje zanja la discusión respecto a los convenios arbitrales asimétricos de designación de árbitro en el artículo 26, el cual establece lo siguiente: "si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula".

Resulta particularmente interesante, sin embargo, que una norma de igual jerarquía, el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, establezca un tipo de asimetría en la elección de los árbitros. Dicha ley, en el artículo 45.16 establece requisitos para ser árbitro nombrado por el Estado que no se aplican para ser nombrado árbitro de parte del contratante, lo que deriva en que el privado tenga un universo de opciones, mientras que el Estado tendrá solo unas pocas. Este es un privilegio a favor del contratante, quien tiene un mayor espacio de libertad, y un perjuicio para el Estado, quien tienen un abanico restringido. Que la referida ley permita esto nos lleva a inferir que el legislador, cuando existan razones suficientes para justificarlo, admitirá la asimetría de los convenios arbitrales en cuanto a los árbitros.

Preliminarmente, la ley peruana parece no mostrar problemas con la asimetría en términos generales. Creemos seguro afirmar que nuestra ley no contiene prejuicios sinalagmáticos. Sin embargo, dependerá de la asimetría en concreto para poder determinar una postura clara. Pareciera que, si esta no está relacionada con el fondo de la controversia, ni tiene alcance para afectarlo de forma alguna –como es el caso de los convenios arbitrales asimétricos– no se presentarían contingencias.

Mayor recelo existe, en cambio, en el caso de los árbitros. Debemos, entonces, analizar el peso de las razones para poder concluir apropiadamente si los convenios arbitrales asimétricos deben ser admitidos en el Perú.

F. ¿Qué no son?

En un acápite posterior, se analizarán a profundidad los distintos argumentos que se han expuesto internacionalmente para no aceptar los convenios arbitrales. Sin embargo, existen confusiones alrededor de los convenios arbitrales asimétricos que llevan a ciertos operadores jurídicos a restarles validez o eficacia. Debido a ello, los trataremos en un acápite especial. En este, demostraremos por qué es equivocado afirmar que los convenios arbitrales asimétricos son (i) nulos, o (ii) patológicos.

1. El convenio arbitral asimétrico no es nulo

En cuanto a la nulidad, Lohmann afirma que el convenio arbitral será nulo cuando caiga en una de las causales generales de nulidad de los negocios jurídicos, contempladas en el artículo 219 del Código Civil; además, será necesario que reúna los elementos esenciales de todo negocio jurídico, establecidos en el artículo 140 del Código Civil (citado por Cantuarias Salaverry, 2002, p. 6). Este criterio es compartido generalmente en la doctrina nacional (Ríos Pizarro, 2014, p. 322; O'Neill de la Fuente & Nava Zegarra, 2016, p. 106) y ha sido recogido por la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, en la sentencia que versa en el Expediente 182-2017-1817-SP-C0-01 (2017).

El artículo 219 del Código Civil prevé ocho causales de nulidad: (i) falta de manifestación de voluntad del agente; (ii) negocio jurídico practicado por una persona absolutamente incapaz; (iii) objeto física o jurídicamente imposible; (iv) fin ilícito; (v) simulación absoluta; (vi) falta a la forma prescrita bajo sanción de nulidad; (vii) declaración de nulidad por la ley; y, (viii) contravención al artículo V del Título Preliminar, salvo sanción diversa establecida por ley. A efectos de este artículo, solo analizaremos las causales de los numerales 1, 3, 6, 7 y 8, al ser las únicas que podrían verse propiciadas por la asimetría del convenio arbitral.

En cuanto al numeral 1 sobre la falta de manifestación de voluntad del agente, este se encuentra referido a la frustración del último momento de la formación del acto jurídico. Además, la manifestación de voluntad es un elemento esencial del mismo, como se extrae de su propia definición en el artículo 140 del Código Civil. Debido a ello, su ausencia evita que el acto jurídico se materialice. Se debe tomar en consideración que el mismo Código Civil sanciona ciertos vicios de la voluntad con nulidad relativa, por lo que estos no estarían cubiertos por esta causal (Vidal Ramírez, 1999, pp. 499-500). Escobar Rozas sostiene que se regulan bajo esta causal, por ejemplo, los casos en los que el sujeto que manifiesta la voluntad carece de existencia jurídica, cuando la manifestación de voluntad no ha sido efectuada por el sujeto al que se le atribuye, o cuando la manifestación carece de relevancia negocial (2010, pp. 894-895). Por su parte, O'Neill y Nava dan como ejemplo la falsificación de una firma en un convenio arbitral (2016, p. 107).

La presencia de voluntad de las partes es el elemento esencial de la institución del acto o negocio jurídico[25], al igual que lo es para la institución del convenio arbitral. Como ya se desarrolló, el elemento crucial y determinante para decretar que estamos frente a un convenio arbitral es el acuerdo de las partes para arbitrar, y cada vez más, las formalidades se relajan para abrirle paso a la protagonista del arbitraje: la autonomía de la voluntad. La causal de nulidad contenida en el numeral 1 del artículo 219 no versa sobre el contenido del acto jurídico a anularse, por lo que se podría decir que es un vicio formal. El convenio arbitral no consentido, sea cual sea su contenido, se verá afectado por esta nulidad. Sin embargo, sobre el presupuesto de la voluntad, aunque de manera indirecta y subyacente, se han construido argumentos en contra de los convenios arbitrales asimétricos, como la doctrina del *unconscionability*, que será analizada en el siguiente acápite.

En cuanto a la voluntad, también se discute si es que un convenio arbitral asimétrico de elección de foro en realidad implica un consentimiento para arbitrar o, más bien, es solo una suerte de compromiso para contratar. Esta posición ha llevado a ciertas cortes a concluir que estos convenios no contienen una manifestación de voluntad para arbitrar (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4; Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 138). Esto es un error, pues no se detecta adecuadamente la naturaleza de los convenios arbitrales asimétricos, que es la de un pacto de efectos plenos, obligatorios y conmutativos. Sin embargo, incluso este argumento no entrañaría la nulidad del negocio jurídico, sino solamente su ineficacia para llevar a arbitraje, pues el problema está en que sus efectos no se extenderían hasta ese punto.

[25] No es pertinente a esta investigación entrar en la discusión sobre la denominación de esta institución. Sin embargo, se recurrirá al término negocio jurídico por considerarlo el correcto.

El numeral 3 contempla la nulidad por imposibilidad física o jurídica del objeto del negocio jurídico o la indeterminabilidad de su objeto. Por un lado, regula la imposibilidad de la existencia de la relación jurídica por no ser factible o por estar fuera del marco legal (Vidal Ramírez, 1999, p. 502). Si las conductas debidas en el contrato no se pueden ejecutar en el marco de la realidad o si llevan a un resultado no alcanzable dentro de un ordenamiento jurídico, entonces el negocio jurídico será nulo (Escobar Rozas, 2010, pp. 896-898). Aplicado al arbitraje, habría, por ejemplo, imposibilidad física si se pactara en un convenio un arbitraje con sede en Júpiter, y la habría jurídica si es que se dispone, por ejemplo, en un convenio arbitral la facultad de los árbitros de decidir incluso contra los derechos fundamentales de una persona. Un ejemplo, aportado por Ríos Pizarro, es el caso de convenios que regulen materias claramente no susceptibles de ser sometidas a arbitraje, los cuales, además de ser nulos, lo serían manifiestamente (2014, p. 324). Sin lugar a duda, la asimetría de un convenio arbitral no es imposible en ninguno de esos dos sentidos. No es físicamente imposible pues no requieren de ninguna conducta fáctica, mucho menos una inejecutable; no es jurídicamente imposible, porque nuestro ordenamiento no los excluye ni restringe.

Más relevante para el caso que nos ocupa es la indeterminabilidad del objeto, la cual se relaciona con "la imposibilidad de identificar los derechos y deberes u obligaciones que constituyen la relación jurídica" (Vidal Ramírez, 1999, p. 502). Escobar Rozas refiere a que esta causal de nulidad se presenta cuando se encuentren en el negocio ciertos vacíos que impidan la realización de la operación jurídica (2010, p. 898). O'Neill de la Fuente y Nava Zegarra afirman que esta causal "podría presentarse en un convenio arbitral cuyo alcance esté definido con tal vaguedad que no sea posible determinarlo; en ese caso podría pensarse que el convenio tiene un objeto indeterminable" (2016, p. 108).

Ciertos convenios arbitrales asimétricos podrían correr el riesgo de ser considerados de poseer un objeto indeterminable cuando la asignación de derechos potestativos y estados de sujeción, y los objetos de ambas situaciones jurídicas, estén redactados con tal vaguedad que no se pueda determinar con claridad. Se podría argumentar esta patología, por ejemplo, en el siguiente convenio arbitral: A y B acuerdan someter todas sus controversias al Poder Judicial, salvo que A prefiera someterlas a un arbitraje de derecho. En este caso, alguna parte deberá pagar los costos del proceso. Sin embargo, consideramos que esta sanción no sería correcta. Como ya se discutió, los elementos esenciales del convenio arbitral son la intención de arbitrar y el alcance de la misma. Cualquier adición, entre las que se encuentran las asimetrías, son accidentales, por lo que no deberían comprometer su validez. Como se discutirá más adelante, este supuesto resulta más discutible desde la perspectiva de la patología.

En cuanto al numeral 6 –la falta de forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad–, la Ley de Arbitraje destaca que el convenio arbitral debe constar por escrito. MacKinnon, Zapiola y Bravo señalan que el carácter escrito[26] del convenio arbitral es un elemento de validez del mismo (2016, p. 185). Es cierto que la Ley de Arbitraje prescribe, al igual que lo hace la Ley Modelo CNUDMI, que el convenio arbitral debe constar por escrito; no obstante, Barchi Velaochaga resalta que esto no implica que esta característica sea un elemento constitutivo de su validez, sino solamente establece un marco para la manifestación de voluntad. La Ley de Arbitraje no establece una sanción de nulidad, por lo que debe entenderse como *ad probationem*. El convenio arbitral será válido pese a no reunir esta forma (2013, pp. 102-107), pues sus elementos esenciales –el consentimiento y la determinación de la relación jurídica– se encuentran presentes.

Esta fue una de las principales modificaciones con el cambio de la Ley General de Arbitraje a la Ley de Arbitraje actual. Como destacan Cantuarias Salaverry y Caivano,

> aunque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad, la forma requerida por la [Ley de Arbitraje] dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser objetivamente reconocible y valorable), el acuerdo arbitral será válido (2008, p. 58).

En cuanto al numeral 7 –declaración de nulidad por la ley–, no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico ninguna declaración de nulidad de convenios arbitrales (O'Neill & Nava, 2016, p. 108). Como se mencionó, en la ahora derogada Ley

[26] Esto se debe entender a la luz de la noción de escrito que tienen la Ley Modelo CNUDMI y nuestra Ley de Arbitraje.

General de Arbitraje, en su artículo 14, sí declaraba la nulidad de los convenios arbitrales que presenten asimetrías. En ese caso, era indudable que los convenios arbitrales asimétricos eran nulos. Sin embargo, estando ya derogada dicha norma y con las anotaciones interpretativas ya vertidas en este artículo, no se puede afirmar que los convenios arbitrales asimétricos sean nulos porque la ley así lo establezca. Muchas de las críticas establecidas internacionalmente se encuentran relacionadas al numeral 8 del artículo 219 del Código Civil. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil sanciona la nulidad de los actos jurídicos contrarios al orden público y las buenas costumbres[27].

El orden público es una limitación a la autonomía de la voluntad, que se origina en la sociedad y es adoptada por el ordenamiento jurídico, el cual lo manifiesta a través de normas imperativas. Es en el concepto de orden público como límite de la autonomía de la voluntad que se encuentran la libertad y el orden, como los dos pilares fundamentales para la vida en sociedad (Vidal Ramírez, 1999, pp. 60-68). Sin embargo, el orden público no se limita a las normas imperativas efectivamente promulgadas, sino que se manifiesta a través de lo genérico, lo que se encuentra detrás de estas, lo ideológico que sustenta la imperatividad de dichas normas. Es un conjunto de principios de interés general sobre los que el ordenamiento jurídico se soporta, que deben ser identificados en un momento histórico y un grupo social determinados. El lado del orden público que nos interesa es el estático, que opera como un límite a la autonomía privada (Espinoza Espinoza, 2002, pp. 302-304).

Si el orden público es un límite concreto a la libertad de los sujetos, el orden público económico es aquel concepto que limita el ejercicio de la libertad en el tráfico jurídico-económico, en el que se encuentran los contratos. El objetivo de este concepto es evitar que, detrás de la obligatoriedad de los contratos, se escondan pactos que repugnen a lo justo y lo moral (Diez-Picazo Ponce de León, 1996, pp. 42-43). En particular, los convenios arbitrales asimétricos serían de interés de este orden público económico, que busca dotar de moralidad la actividad jurídicamente tutelada de la economía.

Las buenas costumbres constituyen un reflejo de la moral social, siempre relativo a la sociedad en la que el concepto se aplica (Espinoza Espinoza, 2002, p. 311). Estas son aquellas relacionadas con la honestidad pública y privada, dictada por la consciencia social (Escobar Rozas, 2010, p. 904). A juicio de Espinoza, este concepto es una especie del género orden público, por lo que debe comprenderse que el artículo V del Título Preliminar contiene solo una regla: es nulo el acto jurídico contrario al orden público (2002, p. 312).

Se ha argumentado que los convenios arbitrales asimétricos vulnerarían el orden público debido a que afectan el derecho fundamental a la igualdad. Este argumento coadyuva a la nulidad del convenio arbitral antes del arbitraje, como un mecanismo de prevención del mismo, o para evitar la ejecución o reconocimiento del laudo que de este derive (Aizenstatd, 2010, p. 33). Por ejemplo, la Corte de Casación Suprema de Bulgaria invalidó un convenio arbitral asimétrico por considerarlo contrario a la moral y las buenas costumbres, pues consideró que tal nivel de potestatividad a favor de una parte era contrario a la buena fe. En China, se anuló un convenio arbitral asimétrico por resultar injusto, al nivel de la incompatibilidad con su ordenamiento jurídico (Draguiev, 2014, pp. 31-32).

O'Neill de la Fuente y Nava Zegarra resaltan que, bajo esta causal, se podría conducir la nulidad de un convenio arbitral en el que se pretende someter a arbitraje materias que no son de libre disponibilidad, ya que el artículo 2 de la Ley de Arbitraje es de orden público (2016, p. 109). Sin embargo, cuesta encontrar en nuestro sistema jurídico una norma imperativa que prohíba los convenios arbitrales asimétricos de forma directa. Para determinar la vulneración al orden público, el juzgador deberá evaluar las ideas sociales predominantes y contrastarlas contra el objeto y la causa de un negocio jurídico determinado (Rubio Correa, 2015, pp. 117-118). Debemos determinar si la moral social que nuestro derecho recoge se opone a los convenios arbitrales asimétricos.

Como ya mencionamos, en nuestra legislación se recogen algunos pocos tipos de asimetría en convenios arbitrales, que parecen no generar mayor problema. Además, nuestro ordenamiento jurídico permite y reconoce los pactos contractuales en los que las partes no se brindan igualdad de términos. No encontramos elemento alguno que pueda indicar que en materia contractual no se pueda pactar asimetría en las condiciones. Así, el orden público

[27] En arbitraje, se habla mucho del orden público. No obstante, se discute en los términos establecidos por el artículo V de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitraje Extranjeras; es decir, como una causal de no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Este versa, sin embargo, sobre el laudo con la decisión que contiene, no sobre el convenio arbitral que lo propició. En ese sentido, la noción y funcionalidad del concepto de orden público que se contiene en el artículo V del Título Preliminar y el artículo 219.8 de nuestro Código Civil no necesariamente tendrá que coincidir con el de la Convención de Nueva York.

económico de nuestro ordenamiento jurídico localiza en este extremo una limitación. Sin embargo, sí podría serlo en el caso de los contratos abusivos. Empero, ese no es el caso de los convenios arbitrales asimétricos en sí mismos.

Debido a ello, tras haber recorrido todas las causales, no parece posible afirmar que los convenios arbitrales asimétricos adolezcan de nulidad.

2. El convenio arbitral asimétrico no es patológico

Particularmente interesante para esta investigación resultan los defectos especiales a los convenios arbitrales, denominados patologías. El desarrollo de este tipo de vicios específicos para los convenios arbitrales se funda en la premisa de que "además de cumplir con los requisitos para su validez anteriormente desarrollados, es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca" (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 6). En ese sentido, las patologías no versan sobre la validez de los convenios arbitrales, sino sobre su eficacia.

El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) define a los convenios arbitrales patológicos como aquellos

> que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes (Collantes González, 2011, p. 352).

Por su parte, Born sostiene que, en términos amplios, las patologías son defectos de los convenios arbitrales que comprometen sus efectos (2016, p. 76). En general, se consideran patológicos a los convenios arbitrales que no resultan ejecutables por la oscuridad en su redacción o por circunstancias externas que lo imposibilitan, pese a su validez jurídica. Born destaca, a manera de ejemplo, los convenios arbitrales indefinidos, los que se refieren a instituciones arbitrales inexistentes o a árbitros fallecidos y los que contienen disposiciones contradictorias entre sí (Born, 2016, pp. 76-77). Estos convenios arbitrales patológicos resultan válidos, pero cuentan con deficiencias que lo hacen ininteligibles o inejecutables (Magdaleno Carmona, 2019, p. 301).

Esta patología puede darse por factores internos al convenio arbitral, como contradicciones, o por factores externos, como inexistencia del centro de arbitraje designado (Rivera García, 2018, p. 222). Serán internas cuando emanen de la misma redacción del convenio arbitral y externas cuando se generen al tratar de aplicar el convenio arbitral a la realidad. Para ilustrar mejor las dos patologías principales –contradicción interna y externa– esbozamos los siguientes ejemplos:

a) Contradicción interna: Todas las controversias derivadas o relacionadas con este contrato serán resueltas por un **tribunal arbitral** conformado por tres (3) personas en un arbitraje de derecho. La decisión emitida por el **árbitro único** será final y definitiva, y contra esta no procederá recurso alguno, excepto el de anulación, según lo previsto en la legislación pertinente.

b) Contradicción externa: Todas las controversias derivadas o relacionadas con este contrato serán resueltas por un arbitraje de derecho con sede en **Buenos Aires, Perú**.

Existe una tendencia a alegar que los convenios arbitrales asimétricos no serían ejecutables debido a que no son inevitables. Algunos de los ejemplos dados por la doctrina de convenios arbitrales patológicos chocan con la definición de convenios arbitrales asimétricos, lo que podría llevar a dejar a los segundos sin efecto, por pensar que tienen la naturaleza de los primeros. Rivera determina, a modo de ejemplo, que serían patológicos el "uso en el convenio arbitral de expresiones que puedan inducir a dudar sobre el carácter «imperativo» y no «optativo» del sometimiento a arbitraje de las partes" (Rivera, 2018, p. 223) y la

> inclusión de referencias a los tribunales de un Estado en la cláusula a efectos de asistencia judicial o ejecución de laudo, cuya redacción pueda plantear dudas sobre la voluntad de las partes de someter las controversias del contrato a arbitraje o a los tribunales estatales (p. 224).

Born categoriza como patológicos a los convenios arbitrales que "treat arbitration as an optional means of dispute resolution, but not require mandatory submission of future disputes to arbitration (*e.g.*, the parties may elect to submit disputes to arbitration)"[28] (2016, p. 77). Incluso Girsberger y Ruch recomiendan, como una manera

[28] Tratan el arbitraje como un medio de solución de controversias opcional, pero no requiere una sumisión obligatoria de las disputas futuras a arbitraje (*e.g.*, las partes podrán elegir someter sus disputas a arbitraje) [traducción libre].

de evitar patologías en los convenios arbitrales, tomar una decisión clara entre arbitraje o litigación y no dejar que el arbitraje parezca opcional (2011, pp. 133-135).

La exigencia de exclusión y exclusividad ha resultado problemática principalmente en las jurisdicciones de derecho continental (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 3). Esta era la postura predominante en España, donde se interpretaba que el arbitraje tenía que traer, como contraparte, una renuncia total a la jurisdicción ordinaria. De no ser así, se consideraba que no había voluntad de arbitrar (2014, pp. 9-10). Gisbert destaca que la Audiencia Provincial de Jaén anuló un convenio arbitral asimétrico por considerar que "se introducen pues, unos factores equívocos que pueden dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias entre sí" (Gisbert, 2015, p. 147).

De forma aún más directa, Magdaleno Carmona sostiene que los operadores jurídicos cuestionan la eficacia de pactos en los que se postulan la coexistencia entre convenios arbitrales y elecciones de foros jurisdiccionales (2019, p. 312). De manera expresa, algunos órganos jurisdiccionales han catalogado a los convenios arbitrales asimétricos de elección de foro como patológicos por no ser el foro exclusivo de solución de controversias y por no excluir a los demás foros posibles (2019, p. 313). Esto demostraría que el problema no está en que el arbitraje parezca una opción, sino en que lo sea. Esta interpretación se opondría directamente a los convenios arbitrales asimétricos.

La consecuencia de determinar que un convenio arbitral es patológico es que este no surta efectos y se ponga en duda su obligatoriedad (2019, p. 309); es decir, que las partes no puedan recurrir a un arbitraje para solucionar las controversias bajo alcance, salvo que pacten un nuevo convenio arbitral. En consecuencia, ni el efecto negativo ni el positivo surte efectos entre las partes, por lo que un tribunal arbitral no tendría jurisdicción y las cortes ordinarias no tendrían restricción alguna. Debido a ello, resulta harto problemático que se pueda categorizar a los convenios arbitrales asimétricos como patológicos. Creemos que ello sería un error. Como se ha visto, para ser patológico, el convenio arbitral que adolezca de esta condición debe tener contradicciones internas o externas que eviten su comprensión o ejecución.

De lo recogido por la doctrina como ejemplos relevantes, parece que existe una inclinación por considerar que contendrían contradicciones de corte interno. Sin embargo, esto responde al paradigma de la inevitabilidad y a lo que hemos llamado el prejuicio sinalagmático. Resultaría contradictorio, a ojos de la doctrina, que un convenio arbitral, que debería ser exclusivo y excluyente, contenga la posibilidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esta contradicción, en realidad, no es interna al convenio arbitral, pues no son dos proposiciones del convenio arbitral que se contraponen, ni contiene una redacción oscura que no permite llegar a su contenido, sino que la contradicción se da en el proceso interpretativo.

Es el operador jurídico quien presupone la necesidad de excluir totalmente a la jurisdicción y de entregar plenamente la materia de controversia al arbitraje como un requisito esencial e indispensable del convenio arbitral, y, al contrastarlo con el convenio arbitral que tiene en frente, concluye que existe una contradicción. Born sostiene que la pregunta sobre la exclusividad es una pregunta de interpretación del acuerdo de las partes y que el árbitro tiende a suponer que el convenio arbitral será exclusivo y excluyente, pese a que las partes no digan nada al respecto. Podemos estar de acuerdo con esto (2001, p. 298).

No obstante, si las partes sí dicen expresamente que el arbitraje no es la jurisdicción exclusiva para resolver sus controversias, sino que es alternativa, no existe sustento para modificar dicho acuerdo vía interpretación. Si se le mira con atención, no existe ningún fundamento para restringir la autonomía privada de esa manera por una exigencia que desnaturaliza el propio propósito del arbitraje. Siempre que sea posible identificar la voluntad de las partes adecuadamente, sea cual sea el arreglo que le den, el convenio arbitral debería ser considerado válido (Draguiev, 2014, p. 37).

Ahora bien, debemos regresar a la reflexión sobre el principio de inevitabilidad del arbitraje y, sobre todo, su utilidad. Como ya fue desarrollado, el principio de inevitabilidad del arbitraje busca dar las herramientas legales para que las partes puedan honrar su pacto, sin intromisión de la jurisdicción ordinaria ni actos de mala fe de la contraparte. Este principio busca proteger al arbitraje, pero no por ser arbitraje, sino por ser lo que las partes pactaron[29].

[29] Esta afirmación pareciera ser contraria a lo que Santistevan de Noriega afirma lo siguiente: "[l]as partes al pactar arbitraje deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral" (2008, p. 90). A pesar de ser cierto que nuestra ley busca que las partes no se exoneren de las consecuencias del convenio arbitral (como busca que las partes no se exoneren de las consecuencias de cualquier contrato)

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje establece que los principios que rigen dicha norma responden a la preocupación frente a "la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje" y tienden a proteger el arbitraje de interferencias que busquen "impedir el inicio de las actuaciones arbitrales o suspender su trámite" (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 4). Asimismo, nuestra ley actual permite la intervención subsidiaria del Poder Judicial en un arbitraje, tanto en modo de complemento, colaboración o revisión, lo que responde a que el arbitraje y el proceso judicial no son incompatibles –como el agua y el aceite, sino que coexisten e interactúan. Incluso dicha interacción suele resultar imprescindible para poder hacer viable y efectivo el arbitraje (Arrarte Arisnabarreta, 2009, pp. 195-196). Con ello no queda más que aceptar que la ley no busca erradicar cualquier mención a la jurisdicción ordinaria, sino solamente aquella que resulte indebida, que se dará cuando esta no cumpla un propósito o no sea querida por las partes, con lo que estas podrán repelerla con las herramientas dadas por ley.

Sin embargo, no es posible afirmar que es una injerencia indebida que la jurisdicción ordinaria conozca un caso en las situaciones así pactadas por las mismas partes. Siendo esto así, cobra poco sentido que los operadores jurídicos arrastren esta exigencia a los pactos entre las partes, que, por ser más sofisticados, no encajan en la simple cláusula modelo. Si el principio esencial del arbitraje es la autonomía de la voluntad, y es justamente dicha voluntad la que determinó dicho arreglo, no encontramos motivos que sustenten la supuesta contradicción interna en los convenios arbitrales asimétricos.

Es cierto, sin embargo, que las partes deben tener especial cuidado con la redacción del convenio arbitral. En particular deben quedar claramente establecidas las situaciones jurídicas de cada uno de los sujetos. Al ser estas diferenciadas, será esencial que el convenio arbitral defina específicamente qué derecho y/o facultad le asiste a una parte y cuál es la obligación, carga y/o sujeción correlativa. De haber oscuridad en la redacción o confusión en la asignación de las situaciones jurídicas, el convenio arbitral podrá devenir en patológico e inejecutable, llevando incluso a complejas situaciones de *parallel proceedings*. Esto evidentemente no hace patológicos a los convenios arbitrales asimétricos en sí mismos, sino a una mala redacción de los mismos.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción externa o inejecutabilidad, no hay ningún factor dentro de los convenios arbitrales asimétricos que se vincule con la realidad de forma tal que pueda volverse inejecutable. Al versar sobre las situaciones jurídicas de las partes, no vemos cómo se podría dar una situación como las descritas previamente. El principal problema de ejecución se presentaría en caso una asignación confusa de las situaciones jurídicas de las partes y eventuales *parallel proceedings*. No obstante, estas contingencias no son propias del convenio arbitral asimétrico, sino accidentales y generadas por una mala regulación del mismo.

G. Problematización

Después de haber determinado que los convenios arbitrales asimétricos no son nulos, patológicos ni abusivos, debemos pasar a examinar los argumentos que se han vertido, internacionalmente, a favor y en contra de estos. Asimismo, los analizaremos críticamente y buscaremos aplicarlos a nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de darles el peso argumentativo necesario. Debemos hacer una precisión: muchos de los argumentos están basados en conceptos o normas ajenas a nuestro derecho, lo que les resta peso autoritativo formal; no obstante, en fiel creencia de la fuerza autoritativa material de la argumentación, buscaremos hallar si, en esencia, contienen críticas válidas que nuestro ordenamiento podría adoptar.

1. A favor

Existen distintas jurisdicciones que se muestran a favor de los convenios arbitrales asimétricos. Los motivos por los que muchas de estas jurisdicciones mantienen una posición favorable frente a estos pactos son pocos, pero se han mostrado altamente persuasivos.

- Autonomía de la voluntad de las partes y carácter contractual

Este ha sido y es el argumento más potente a favor de los convenios arbitrales asimétricos. Aquí se postula que, al ser un contrato, el convenio arbitral tiene la autonomía de la voluntad como principio rector. En ese sentido, si dos sujetos libremente decidieron pactar un contrato, sea cual sea, este debe ser respetado. Este argumento, por simple que parezca, podría bien resumirse en que los

diera la impresión de que el citado autor interpretara esto como una imposición normativa, cuando lo correcto, a nuestro parecer, sería interpretarlo como una serie de derechos y facultades dadas por la ley para que las partes puedan procurar el respeto a su propio pacto. Es decir, la ley beneficia la autonomía de la voluntad, al darle herramientas a las partes, no la carga con exigencias externas.

convenios arbitrales asimétricos deben permitirse, porque no existen motivos para que no se permitan. De forma ilustrativa, Draguiev afirma que "since both parties to an agreement have made explicit expression of their intention to decline statutory jurisdiction and adopt a specific mechanism for settlement of a (potential) dispute, there is no rationale for rendering the clause entirely void and thus ineffective"[30] (2014, p. 42).

La jurisprudencia inglesa es la más favorable frente a los convenios arbitrales asimétricos. Su postura se puede rastrear desde *Pittalis c. Sherefettin*, caso en el que el Lord Justice Fox afirmó lo siguiente:

> I can see no reason why, if an agreement between two persons confers on one of them alone the right to refer the matter to arbitration, the reference should not constitute an arbitration. There is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact that the option is exercisable by one of the parties only seems to me irrelevant. The arrangement suits both parties[31] (Nesbitt & Quinlann, 2006, p. 136; Ustinov, 2016, pp. 13-14).

Como se puede ver, el carácter contractual del convenio arbitral lleva a concluir, como se hizo en *Law Debenture Trust Corp. PLC c. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A., Concord Trust*, que los convenios arbitrales asimétricos deben ser tratados como cualquier otra cláusula contractual que le da una ventaja a otra parte (Draguiev, 2014, p. 26; Blackaby *et al*., 2015, p. 102).

En España, la Audiencia Provincial de Madrid ha reconocido cláusulas asimétricas de solución de controversias como válidas al considerar que la autonomía de la voluntad de las partes es el elemento esencial en este tipo de pactos, por lo que, salvo colisión con algún interés público, estos pactos deben ser reconocidos (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 13). En Italia, se sigue fuertemente este criterio, por lo que se sostienen como válidos a los convenios arbitrales asimétricos en virtud de la autonomía de las partes y se asemeja la figura a un contrato de opción, el cual se encuentra expresamente permitido y regulado en el artículo 1331 del Código Civil Italiano (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 144).

En el Perú, dicho tipo de contrato se encuentra perfectamente permitido y regulado en los artículos 1419 y siguientes de nuestro Código Civil. Si bien este se encuentra dentro de los contratos preparatorios, no se le debe confundir con un pacto compromisorio, pues este era asemejado previamente con el compromiso de contratar, el cual sí requiere una ratificación de la voluntad de ambas partes (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 81-87). El contrato de opción es un contrato completo y eficaz, por lo que no se puede decir que está sujeto a ninguna condición (Arias-Schreiber Pezet, 1998, p. 210). Además, es completamente válido así no se llegue a ejercer la opción, pues le confiere un derecho potestativo a uno de los sujetos y obliga al otro a cumplir si es que se ejerce la opción (De la Puente y Lavalle, 2017, pp. 858-864). Así, se podría decir que, en ese extremo, dicho razonamiento se puede hacer extensivo al Perú.

Ahora bien, estos argumentos se encuentran íntimamente relacionados a la lógica contractual, que es relevante por el carácter predominantemente contractual del convenio arbitral. Esto es, de por sí, persuasivo y potente; no obstante, cobra aún más fuerza en el ámbito del arbitraje. El principio de la autonomía de la voluntad es el que guía y gobierna el proceso arbitral, y es el que les permite a las partes, en primer lugar, establecer cómo debe resolverse su disputa (Blackaby *et al*., 2015, p. 71). Como se desarrolló al analizar los motivos para arbitrar, las partes buscan adueñarse del proceso, como una conquista democrática posterior a la conquista de la legislación. Así, buscan extender su libertad y autonomía hacia la administración de la justicia a través del arbitraje (Paulsson, 2013, p. 6).

Además, el arbitraje históricamente siempre se ha sustentado en la autonomía de la voluntad y el ejercicio de la libertad de los individuos, incluso remontándose a la antigua Grecia (Herrera de las Heras, 2012, p. 178). Este proceso se aceleró con el auge mercantil medieval que llevó a que los mercaderes busquen un mecanismo de administración de justicia que se ajuste con sus necesidades e intereses (Bullard González, 2012, p. 19). Esto nos demuestra que el arbitraje nació y opera hasta el día de hoy como un producto de la libertad de los individuos, y una sana lógica en su estudio y aplicación debe ineludiblemente llevar a su valoración por encima de otros principios.

[30] Ya que ambas partes del convenio han hecho expresión explícita de su intención de renunciar a la jurisdicción ordinaria y adoptar un mecanismo especial de solución de una (potencial) disputa, no hay razón para declarar la cláusula completamente nula y, por lo tanto, ineficaz [traducción libre].

[31] Yo no veo razón por la cual, si un acuerdo entre dos personas le confiere únicamente a uno de ellos el derecho de referir la materia a arbitraje, la referencia no debería constituir un arbitraje. Ahí hay un acuerdo bilateral pleno que constituye un convenio arbitral. El hecho de que la opción sea ejercitable solo por una de las partes solo resulta irrelevante para mí. El acuerdo les acomoda a ambas partes [traducción libre].

En ese sentido, en el arbitraje se conjuga la relevancia contractual de la autonomía de la voluntad junto con la relevancia propiamente arbitral de dicho principio. Esto nos lleva a coincidir con Nesbitt y Quinlan cuando afirman que

> the principle of party autonomy is the driving force behind international arbitration and, provided it is tolerably clear that the parties intended the arbitration clause to operate unilaterally, courts should be reluctant to interfere with such parties' agreement. There are also no persuasive public policy reasons why such clauses should not be upheld in commercial agreements[32] (2006, p. 148).

Así, la autonomía de la voluntad, al ser un principio de doble relevancia al estudiar los convenios arbitrales, tiene un fuerte peso en el análisis. Las razones de justicia de esta autonomía de la voluntad no son objeto del presente artículo. No obstante, resulta indiscutible que todo ordenamiento jurídico democrático contempla un espacio de soberanía del individuo y que los contratos y el arbitraje se encuentran, en buena medida, dentro de este. Empero, dicho ejercicio no se encuentra libre de límites. Es por ello que conviene analizar si los convenios arbitrales asimétricos coadyuvan a la consecución de fines públicos también.

– La función social del arbitraje

Existen comentaristas que consideran que, debido a los motivos expuestos, se debe priorizar por encima de todos los demás valores que pudieran colisionar en su contra. Sin embargo, se acepta generalmente que la justicia representa un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad, tanto en los contratos como en el arbitraje (Dickson, 2018, p. 120). Es así que, al momento de ponderar principios en el arbitraje, se debe tener un gran peso relativo a favor de la autonomía de la voluntad, pero este no puede ser el más pesado de todos. Indudablemente concurre con la justicia. Eder Juárez Jurado sostiene que el arbitraje tiene como causa-fuente a la autonomía de la voluntad y como causa-fin a la justicia, diferenciando el fundamento u origen del arbitraje de la finalidad que persigue el arbitraje. Ambos elementos deben ser valorados como vitales al estudiar y operar el arbitraje (2015, pp. 32-48).

Incluso como la misma teoría normativista de los contratos señala, los contratos tienen fuerza en un ordenamiento jurídico debido a que el derecho considera justo que lo individuos tengan un espacio de propia reglamentación (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 260). Detrás de este respeto a la libertad hay una justificación de justicia. Es justo que el individuo sea libre. Así, las nociones de justicia se encuentran fuertemente entrelazadas con las de libertad.

En lo que atañe al arbitraje, esto es aún más intenso debido a que, como ya se desarrolló previamente, la teoría puramente contractualista no es suficiente para explicar el fenómeno de su razón de ser. En ese sentido, es necesario complementar su origen contractual con ciertos efectos jurisdiccionales. Estos efectos entrañan ciertas exigencias publicistas que limitan la libertad de las partes. Lo que decimos se puede ver en las garantías mínimas del proceso, sin las cuales el laudo no sería válido en virtud del artículo 63 numeral 1 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, de la naturaleza jurisdiccional emana la capacidad de dictar derecho, lo que necesariamente se relaciona con nociones de justicia y corrección.

Es por ello que, ni en los contratos en general, mucho menos en el arbitraje, el argumento de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido de forma autónoma en la justificación de los convenios arbitrales asimétricos. Se requiere complementarlo con la justicia y su función en la aplicación del derecho. Esto es lo que hemos denominado la función social del arbitraje.

El proceso, ya sea arbitral o judicial, tiene un fin concreto, que es la solución de un conflicto de intereses, y un fin abstracto, que es la paz social en justicia (Monroy Gálvez, 1996, pp. 65-66). Draguiev destaca que existen incentivos de políticas públicas para darle validez a los convenios arbitrales asimétricos, en tanto que el arbitraje es reconocido como un medio de resolución de disputas y que, en muchos casos, es preferido por sobre la jurisdicción ordinaria (2014, pp. 42-43). Asimismo, estadísticas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) demuestran que anualmente en los últimos cinco años han administrado más de 360 arbitrajes por año (2020), y esta es información de solo un centro de arbitraje de los muchos que hay a nivel nacional.

Con esto se demuestra que existen justiciables que, dentro de su esfera de libre disponibilidad,

[32] El principio de autonomía de las partes es la fuerza motriz detrás del arbitraje internacional y, sujeto a que esté tolerablemente claro que las partes tenían la intención de que el convenio arbitral opere unilateralmente, las cortes deberían ser reacias a intervenir en dicho acuerdo de las partes. Tampoco hay razones persuasivas de políticas públicas por las que dichas cláusulas no deberían ser válidas en acuerdos comerciales [traducción libre].

prefieren recurrir al arbitraje, lo que trae una correlativa reducción de la carga procesal del Poder Judicial. Además, la creciente tendencia a arbitrar parece demostrar que los justiciables se encuentran más satisfechos con la administración de justicia en esta jurisdicción que en la ordinaria. Cuando menos, en la función concreta, el arbitraje sí cumple un rol fundamental dentro del orden procesal. Esto confirma la tesis de Dreguiev. Proteger y potenciar el arbitraje mejora el sistema de justicia.

Mayormente, el arbitraje se muestra como una vía de escape que los privados encontraron para sustraerse de lo público. Ante ello, Paulsson afirma, con razón, que el arbitraje no busca ser una excepción a lo público, en lo que lo privado domine plenamente la situación jurídica, sino que "the ideal of arbitration is freedom reconciled with law"[33] (2013, p. 1). Continúa afirmando que

> arbitration is a matter of political philosophy, not social engineering. The philosophical premise is that people are free to arrange their private affairs as they see fit, provided that they do not offend public policy or mandatory law. Of course, that provision may carry much weith; the exceptions may be formidable. […] The restrictions on arbitration are not only those intended to prevent the parties from harming public interest, but also which purport to save the parties from themselves[34] (p. 2).

Esto demuestra que la visión del arbitraje no debe ser entendida como un núcleo privado cuyos límites son dibujados por el interés público únicamente, sino que hay intereses de justicia entremezclados en la filosofía misma del arbitraje.

Esto se ve aun más reforzado por la propia lógica del Tribunal Constitucional en la Sentencia Fernando Cantuarias Salaverry expuesta en su décimo considerando:

> El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias (Expediente 6167-2005-PHC/TC, 2006).

La salud del arbitraje es relevante para el Estado, pues coadyuva al cumplimiento de su función soberana de administración de justicia y a su *raison d'être*, que es asegurar la convivencia pacífica.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad y la capacidad de las partes de regular en libertad el proceso arbitral se encuentra ajustado al fin concreto. Sin embargo, toda doctrina contemporánea reconoce en el fin abstracto la utilidad más importante y postula que es un instrumento esencial para la convivencia en armonía (Monroy, 1996, p. 163). Debido a ello, el análisis del arbitraje debe conjugar también el fin abstracto, que es la paz social en justicia. Los convenios arbitrales asimétricos, en tanto un ejercicio de la autonomía de la voluntad y una optimización de los intereses de los privados, se muestran como una opción óptima para la administración de justicia. Esto coadyuva tanto al fin concreto como al fin abstracto, pues genera percepción de justicia y, por ende, paz social. Sin embargo, se debe cuidar que estos no se tornen, como se analizará en argumentos posteriores, groseramente desiguales.

2. En contra

Muchos de los argumentos que se han expuesto internacionalmente para invalidar los convenios arbitrales asimétricos se han dirigido a la función social del arbitraje, previamente expuesta, que se remontan a preguntas fundamentales de justicia e igualdad, las cuales deben ser crítica y cuidadosamente analizadas por no ser en lo más mínimo impertinentes. Sin embargo, hay también cuestiones técnico-jurídicas dignas de análisis.

Revisaremos, sin pretensión de vastedad, las principales objeciones presentadas internacionalmente. Asimismo, buscaremos vincularlas con el derecho peruano y analizar su peso argumentativo. Emprenderemos, en cuanto considere pertinente, la misión de desbaratar estos argumentos en defensa de la validez de nuestro objeto de estudio.

– La doctrina del *lack of mutuality*

La doctrina del *lack of mutuality* es propia del *Common Law* y se sustenta en la noción de *consideration*, que supone un intercambio negociado en el cual la raíz de la relación es la obligación recíproca. La doctrina del *mutuality* establece que, en los contratos, o ambas partes están obligadas

[33] El ideal del arbitraje es libertad reconciliada con ley [traducción libre].

[34] El Arbitraje es un asunto de filosofía política, no de ingeniería social. La premisa filosófica es que la gente es libre de arreglar sus asuntos privados como prefieran, sujeto a que no ofendan el orden público o las leyes imperativas. Por supuesto, esta prohibición puede cargar mucho peso; las excepciones pueden ser formidables. […] Las restricciones en el arbitraje no solo son aquellas que pretenden evitar que las partes dañen el interés público, sino también las que buscan salvar a las partes de ellas mismas [traducción libre].

o ninguna lo estará. El *lack of mutuality*, entonces, propone que un contrato que solo es obligatorio para una de las partes o solo puede ser ejecutado por una de las partes, no debe surtir efectos. Detrás de esta doctrina se encuentran valores como la justicia y equidad en los contratos (Drahozal, 2002, p. 538). Ustinov resalta su esencia al afirmar que "the underlying idea is simple: a valid agreement must always be reciprocal, if the agreement does not provide mutual obligations – it is void for lack of mutuality"[35] (Ustinov, 2016, p. 15). Esta doctrina se divide en la mutualidad de obligaciones que postula que el contrato debe tener prestaciones y contraprestaciones iguales, y en la mutualidad de remedios, que requiere que ambas partes cuenten con los mismos remedios y herramientas procesales (Aizenstatd, 2010, p. 31).

La doctrina se hizo patente en los Estados Unidos mediante fallos como el de *Hull c. Norcom, Inc.*, en el que se llegó a establecer que "the consideration exchanged for one party's promise to arbitrate must be the other party's promise to arbitrate at least some specified class of claims"[36] (Drahozal, 2002, p. 543). Sin embargo, este fallo ignora profundamente el criterio de remisión en la interpretación del convenio arbitral que responde al canon de la totalidad, en virtud del cual el convenio arbitral debe ser interpretado en conjunto con el contrato del cual forma parte (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 141). De Benito teorizó el prejuicio realista, el cual nace del principio de separabilidad, en virtud del cual –como oportunamente destacamos– se llega a confundir la autonomía jurídica del convenio arbitral y su accesoriedad real, lo que lleva a olvidar que son dos caras de la misma moneda. Sobre la base de ello se funda lo que nosotros denominamos el prejuicio sinalagmático que lleva a pensar que el convenio arbitral tiene que poseer tal condición y que debe tener exactamente las mismas obligaciones y derechos para las partes.

Este criterio, contrario al recogido en *Hull*, fue adoptado en Estados Unidos en el caso *Sablosky c. Edward S. Gordon Co.* En este, se declaró válido un convenio arbitral al sostener que la *consideration* que soportaba todo el contrato era la misma que soporta el convenio arbitral asimétrico (Drahozal, 2002, p. 544). El criterio se reiteró en el caso *Harris c. Green Tree Financial Corp*, en el cual inclusive se afirmó que "it is of no legal consequence that the arbitration clause gives [one of the parties] the option to litigate arbitrable issues in court, while requiring [the other] to invoke arbitration"[37] (Van Zelst, 2018, p. 81). Es menester resaltar que, en Estados Unidos, los convenios arbitrales asimétricos se encuentran muy presentes en contratos de trabajo o de consumo, lo que agrega ciertos valores que complejizan la discusión. Esto ha generado que la jurisprudencia no sea uniforme y que se alternen distintos criterios. Sin embargo, esto no es parte del alcance de la presente investigación.

Drahozal resalta, acertadamente, que la *mutuality* no exige de ninguna forma igualdad en los términos contractuales. Exige que ambas partes lo consientan y se encuentren obligados por este, pero sería irrazonable interpretarla como una exigencia de estricta simetría e igualdad (2002, pp. 538-539). Si esto fuera así, ¿cómo se explicarían los contratos con penalidades a favor de una de las partes, con especiales causales de resolución o pactos de no competencia, por ejemplo? Como ya ha sido desarrollado, en los convenios arbitrales asimétricos, se mantiene la eficacia obligatoria propia de cualquier contrato. Las partes se encuentran siempre obligadas, solo que a cosas distintas.

Ahora bien, es pertinente cuestionar si la igualdad en la selección de foro debe ser considerada como una norma de orden público. El Tribunal Constitucional ha determinado, en la Sentencia Fernando Cantuarias Salaverry, que la jurisdicción arbitral y la ordinaria son alternativas, con lo que no se puede deducir una preponderancia de una sobre otra. La Sentencia Sociedad Minera María Julia (Expediente 142-2011-PA/TC, 2011) determina que la función jurisdiccional tiene el mismo soporte constitucional, sea ejercida por jueces o por árbitros. Siendo esto así, consideramos que no se contraviene ninguna norma de orden público en caso de que una parte pueda elegir el foro y la otra no.

– La doctrina del *unconscionability*

La doctrina del *unconscionability* busca evitar los pactos abusivos en los contratos en general, lo que incluye a los convenios arbitrales. Esta doctrina tiene dos aspectos: uno procedimental y otro material. Por un lado, se encuentra el elemento procedimental que radica en la capacidad de negociación del contrato y la situación real de las

[35] La idea subyacente es simple: un convenio válido tiene que ser siempre recíproco; si el convenio no prevé obligaciones mutuas, es nulo por falta de *mutuality* [traducción libre].

[36] La consideración intercambiada por la promesa de arbitrar de una parte tiene que ser la promesa de arbitrar de la otra parte al menos algún tipo específico de reclamos [traducción libre].

[37] No es de ninguna consecuencia legal que el convenio arbitral le dé a una parte la opción de litigar materias arbitrables en una corte, mientras que le requiera a la otra invocar el arbitraje [traducción libre].

partes. Debido a ello, se muestra propicia a invalidar los convenios arbitrales derivados de relaciones contractuales en las que las posiciones relativas de las partes sean groseramente desiguales, lo que ha sido reiterado por cortes americanas en distintos casos como *Arnold c. United Companies Lending Corp*. o *Iwen c. U.S. West Direct* (Drahozal, 2002, pp. 547-549). En aplicación de similar criterio, Luxemburgo ha considerado válidos distintos convenios arbitrales asimétricos, haciendo énfasis en la igualdad de capacidad de negociación de las partes (Mrad, 2016, p. 20). Es importante resaltar los convenios arbitrales siempre van a tener algún elemento de desbalance (Draguiev, 2014, p. 33), por lo que se debe destacar que este requisito exige el carácter de grosero –extraordinario, notorio, inaceptable– del desbalance de poder de las partes para ser satisfecho.

Por otro lado, el elemento material exige que haya una justificación razonable basada en la realidad de la operación comercial que sustente el convenio arbitral (Van Zelst, 2018, p. 82). Esto ha sido manifestado, por ejemplo, en *Armendariz c. Foundation Health Psychcare Services, Inc.* En este caso, la Corte Suprema de California sostuvo que los convenios arbitrales asimétricos serían *unconscionable,* excepto que existan justificaciones para dicha asimetría (Drahozal, 2002, p. 552). El criterio en cuestión también es seguido por las Cortes inglesas. En *Three Shipping Ltd. c. Harebell Shipping Ltd.*, se determinó la validez de un convenio arbitral asimétrico y su uso incluso en la posición de demandado, debido a que esto respondía al "comercial sense of the clause as a whole"[38] (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 141).

Ustinov sostiene que el aspecto material, más que buscarle una justificación razonable al acuerdo, busca evitar consecuencias irrazonables del acuerdo (2016, p. 16). Pese a que no en toda su extensión, se puede ver influencia de esta teoría en el fallo portugués *Xilam Animation c. Lnk Videos*, en el que se señaló que los convenios arbitrales asimétricos se anularían solo cuando generaran "gross inconvenience to one of the parties"[39] (Ustinov, 2016, pp. 25-26). Este criterio se centra, entonces, en la razonabilidad y la aversión a los acuerdos extremamente injustos (2016, p. 15) y parece mantenerse hasta cierto punto vigente. Consideramos que el límite establecido por esta doctrina puede resultar razonable siempre que el estándar de desigualdad requerido para anular el convenio arbitral sea lo suficientemente alto. Pese a no ser objeto de este artículo, se podría pensar, preliminarmente, en un convenio arbitral asimétrico cuando se habla de una cláusula general de contratación a favor de quien las redactó. Estos supuestos coadyuvarían poco a la consecución del fin abstracto del proceso un arbitraje.

Ahora bien, sobre todo en su vertiente procedimental, parece existir cierto acuerdo general en que los convenios arbitrales asimétricos resultan sospechosos en relaciones típicamente desiguales. Esto se debe a que, en principio, la desigualdad natural en los convenios arbitrales asimétricos no entraña un problema, siempre que tenga la autonomía de la voluntad como un pilar de defensa sólido. En ese sentido, siempre que haya sido querida y consentida por las partes, y no haya ningún motivo de protección adicional para una de las partes, los convenios arbitrales asimétricos deberían ser defendidos (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4). En el ámbito nacional, Barchi Velaochaga sostiene que

> en principio, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, creemos que estas cláusulas [los convenios arbitrales asimétricos] son válidas. No obstante, tratándose de convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, un pacto compromisorio asimétrico a favor del predisponente sería, en nuestra opinión, una cláusula abusiva o vejatoria (2013, p. 94).

En Alemania, por ejemplo, el convenio arbitral debe cumplir con el principio de justicia en los contratos estándar, contenido en el artículo 307, en el libro de Obligaciones, del BGB. En ese sentido, sería nulo cualquier convenio arbitral que ponga una carga injusta en una de las partes, en contra de la buena fe, en un contrato estándar. En esta misma jurisdicción, se ha alegado la injusticia como una vulneración a las buenas costumbres, afirmando que los convenios arbitrales asimétricos representan un abuso de una parte fuerte a una parte débil. Esto ha quedado sustentado en el artículo 138 del BGB que sostiene que los acuerdos abusivos son nulos (Mrad, 2016, p. 11).

La Corte Suprema de Alemania ha invalidado previamente convenios arbitrales asimétricos debido a que estos permitían que la demandada modifique la jurisdicción al ser emplazada, lo que, a criterio de la Corte, hacía que la demandante, quien tenía el estado de sujeción, incurriera en costos

[38] Sentido comercial de la cláusula en su totalidad [traducción libre].

[39] Grave inconveniencia para una de las partes [traducción libre].

innecesarios para acceder a la justicia (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 146), lo que representaría una inconveniencia desproporcional, contra la cual no se puede negociar. Alejos Guzmán ha destacado similar problema en el ámbito nacional al destacar el uso de convenios arbitrales asimétricos de distribución de costos en contrataciones con el Estado, en los que, si bien hay un pequeño margen de negociación, el convenio arbitral no se puede modificar (2019, pp. 359-363). Esto representaría, en principio, un problema en su validez. Sin embargo, su existencia, aprobación y promoción por el Estado parece ya dar un mensaje sobre la valoración que nuestro ordenamiento jurídico podría tener respecto a este tipo de pactos.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se puede decir que existe una relación inversamente proporcional entre la negociación de un contrato y la litigiosidad de su ejecución: a más negociación, menos controversias (Alejos Guzmán, 2019, p. 354). Este argumento nos debe inclinar hacia la conclusión de que las cláusulas de resolución de controversias que son menos negociadas contribuyen menos a la función social del arbitraje, pues propician mayores discusiones en torno a su aplicación y no procuran un debido sentimiento de justicia en las partes.

Sin embargo, como bien resalta la doctrina del *unconscionability*, un motivo razonable para pactar una cláusula como estas debe implicar una justificación para su validez. Esto se hace evidente en el ejemplo de nuestra introducción. No obstante, se puede hacer también evidente en los contratos estándar o por adhesión. Siguiendo el ejemplo de Alejos Guzmán, la lógica detrás de los convenios arbitrales asimétricos contenidos en los contratos con el Estado es la reducción de la litigiosidad y la búsqueda de una optimización de los reclamos. Si las partes saben que correrán con los costos de todo el proceso arbitral, solo litigarán cuando tengan una razonable probabilidad de éxito.

La aplicación de esta doctrina resulta un poco compleja en los estándares nacionales. Los principales llamados a aplicarla serían los árbitros. Si se tratara de llevar a la jurisdicción ordinaria una disputa contenida dentro del alcance de un convenio arbitral asimétrico, esta debería ser remitida a arbitraje, por no alcanzar el estándar necesario para que su nulidad sea manifiesta (O'Neill de la Fuente & Nava Zegarra, 2016, p. 105; Ríos Pizarro, 2014, p. 321). Ahora bien, el convenio arbitral sí se anularía si se declarara fundada una sentencia en un proceso de anulación de laudo arbitral por vicios en el convenio arbitral. Sin embargo, esto implica para los justiciables el costo de recorrer todo el proceso arbitral y todo un proceso judicial, con el desgaste de recursos que esto entraña. Es por ello que la correcta aplicación de este criterio depende principalmente de los árbitros, quienes tienen la oportunidad de decidir su competencia en ejercicio del *kompetenz-kompetenz*, en la eventualidad de recibir un cuestionamiento de jurisdicción.

Sin perjuicio de ello, en líneas generales, consideramos que este criterio reconcilia de manera adecuada los principios de autonomía de la voluntad y de función social del arbitraje, por lo que resulta un estándar razonable como límite a la libertad contractual y de contratar de las partes.

– Debido proceso, acceso a la justicia e igualdad procesal

El análisis de los convenios arbitrales asimétricos en relación con el debido proceso se ha enmarcado fuertemente en el análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que, pese a ser un referente, sus motivos solo aportan elementos persuasivos, mas no autoritativos a esta discusión. Algunos de los derechos involucrados en esta discusión son el acceso a la justicia, la publicidad de los procesos y el juez natural predeterminado por ley.

Nuestro Tribunal Constitucional ha recordado que el debido proceso es un derecho aplicable también en sede arbitral. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, este afirmó que

> la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (2006, párr. 9).

Sin embargo, la sentencia recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC ha afirmado que, si bien el derecho al debido proceso es aplicable para toda autoridad, este debe ser aplicado *mutatis mutanidis* en el arbitraje. Reynaldo Bustamante señala que

> en el caso específico del arbitraje, no debe olvidarse que se trata de un mecanismo de justicia privada que responde a criterios distintos de los que informan los procesos judiciales o administrativos, razón por la cual debe cuidarse de no aplicar indebidamente al arbitraje criterios

> procesales que no responden a su naturaleza especial (artículo 34 de la LA). Todo ello, claro está, sin perjuicio de respetar el debido proceso, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en lo que corresponda (2013, pp. 404-405).

Debido a ello, reconoce que algunos de los elementos del derecho al debido proceso no serán aplicables en tanto no resulten esenciales para que este derecho cumpla sus funciones, por lo que solo serán aplicables los imprescindibles (Reynaldo Bustamante, 2013, p. 404).

Van Zelst refiere que, si el convenio arbitral colisiona con elementos del contenido no esencial del derecho al debido proceso, se debe preferir la disposición del convenio arbitral, en tanto que su pacto equivale, como ya se mencionó, a una renuncia parcial del derecho al debido proceso (2018, p. 83). Ahora bien, dicho autor sostiene que esta renuncia no comportará una afectación al derecho al acceso a la justicia, siempre que cumpla con ciertos requisitos. En primer lugar, debe reemplazar el acceso a la justicia pública por el acceso a otro medio imparcial e independiente. En segundo lugar, esta renuncia debe ser inequívoca y por escrito. En tercer lugar, esta renuncia no puede ir en contra de ningún interés público. En cuarto lugar, se requiere una renuncia informada, que demuestre un consentimiento adecuado, lo que tiene, a su vez, dos requerimientos: que la parte renunciante conozca los derechos renunciados y las consecuencias de esto, y que la renuncia venga acompañada de garantías formales proporcionales a la importancia del derecho renunciado (Van Zelst, 2018, pp. 84-85).

Estas exigencias fueron dadas en el marco de procesos que enfrentaban cláusulas bilaterales o simétricas de elección de foro. Sin embargo, en Francia, en el caso *SEC c. Sicaly* se decidió que un convenio arbitral asimétrico era válido y que entrañaba una renuncia válida al derecho de acceso a la justicia, ya que demostraba con claridad el consentimiento de Sicaly a esos efectos (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 145). Así, se puede asumir que la asimetría no representa un problema a efectos de esta renuncia.

A este punto, debemos recordar que las garantías del debido proceso son propias de la fase dinámica del convenio arbitral, que es aquella en la que surten los efectos procesales de dicho contrato. Así, no se puede hablar de garantías procesales en el marco de la fase estática, que es en la que se encuentra la elección de foro. En ese sentido, la elección de foro no debería representar un problema del debido proceso.

Esto tampoco representaría un problema de acceso a la justicia, ya que, como se mencionó previamente, el Tribunal Constitucional ha considerado que tanto la jurisdicción arbitral como la ordinaria son manifestaciones alternativas de la jurisdicción, la misma que se rige por el principio constitucional de unidad. Al ser así, solo se afectaría el acceso a la justicia si no hubiera jurisdicción alguna accesible. Este no es el caso con los convenios arbitrales asimétricos. En estos, ambas partes tienen un acceso a la justicia igual en términos cualitativos, pese a que se manifieste en distintos foros.

El icónico caso ruso *Sony Ericsson Communication Rus LLC c. Russian Telephone Company CJSC* incluyó, dentro de sus consideraciones, que el convenio arbitral asimétrico de selección de foro afectaba el acceso a la justicia de la parte en el estado de sujeción. Mrad sostiene que dicha interpretación es equivocada. En el caso de un convenio arbitral asimétrico, ambas partes tienen el derecho al acceso a la justicia. No obstante, su manera de concretarlo y viabilizarlo no tiene por qué ser igual: "access to justice should be equal within the forum chosen by the parties. It does not however extend to cover the choice of the forum itself"[40] (2016, p. 12). Mrad complementa su argumento afirmando que la opción en un convenio arbitral asimétrico es válida en tanto que ambas partes tienen acceso a la misma justicia. Además, esta opción deriva de una elección tomada por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad (2016, pp. 12-13).

Otro de los problemas más grandes de los convenios asimétricos se da presenta por su aparente colisión con el principio de igualdad, que rige la administración de justicia en todo Estado civilizado (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4). En *Sony Ericsson Communication Rus LLC c. Russian Telephone Company CJSC* se consideró que un convenio arbitral asimétrico sí afectaba el principio de igualdad procesal de las partes. Lo peculiar de este caso es que, en lugar de invalidar el convenio arbitral, se decidió extender la opción a ambas partes, a efectos de restaurar la igualdad de las partes (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, pp. 8-9; Blackaby *et al*., 2015, p. 103). La jurisprudencia polaca ha mantenido un criterio similar, al afirmar que los convenios arbitrales asimétricos vulneran la igual-

[40] El acceso a la justicia debe ser igual dentro de los foros elegidos por las partes. Esto no se extiende, sin embargo, para cubrir la elección de foro misma [traducción libre].

dad entre las partes y deben anularse hasta que se elimine la desigualdad (Ustinov, 2016, p. 24).

Se ha discutido si es que esa solución es la adecuada. Como es de esperarse, de la declaración de que un convenio arbitral asimétrico vulnera la igualdad de las partes no se sigue necesariamente que el convenio arbitral se deba anular. Sin embargo, se abren dos opciones, además de la anulación total.

La primera interpretación posible implica la modificación del convenio arbitral asimétrico en uno simétrico o bilateral, con lo que ambas partes tendrán el derecho potestativo y, ante su ejercicio, ambas se encontrarán en un estado de sujeción (Ustinov, 2016, p. 19). Esto implica una modificación judicial del contrato, lo que, de por sí, resulta discutible. Además, esto podría generar serios problemas de ejecución, pues, al ambos tener derecho de opción, podría darse el caso en el que ambos presenten acciones simultáneamente con pretensiones contrarias, que podrían llevar a fallos contradictorios.

La segunda interpretación implicaría anular el extremo que genera la desigualdad, que en el caso de los convenios arbitrales asimétricos sería la opción de una parte (Ustinov, 2016, p. 20). Born sostiene que esta es la solución más comúnmente adoptada, pues, además, elimina cualquier opción y determina solo un camino obligatorio. Así, las cortes se deciden por una de las opciones, ya sea el arbitraje o el proceso judicial, y la tratan como obligatoria. Por supuesto, esto dependerá de su política frente al arbitraje. Al respecto, sostiene que

> the basis for this conclusion is that it would make little sense for parties to agree to optional arbitration in an entirely non-mandatory sense, leaving both parties free to decide when dispute arise whether or not they wish to arbitrate[41] (Born, 2016, p. 77).

Sin embargo, el autor reconoce la posibilidad de que los jueces respeten un pacto que trate a los convenios arbitrales como opcionales, si el pacto es claro en ese extremo. Se afirma que, si la desigualdad solo se extiende a una parte del acuerdo, lo más respetuoso a la autonomía privada sería mantener los efectos de lo que no está afecto (Draguiev, 2014, p. 43).

Esto, sin embargo, no necesariamente es cierto. Debemos recordar que la opcionalidad dentro de un convenio arbitral no representa un problema, sino solo un prejuicio, que debe ser superado en beneficio del arbitraje. En cuanto a la optimización de la autonomía de las partes, debemos poner en duda la postura de Draguiev, ya que, al anular una parte, se altera todo el arreglo contractual, lo que podría llevar a una profunda desnaturalización del acuerdo. Si recordamos el ejemplo con el que introdujimos este texto, la jurisdicción común era el Poder Judicial, por lo que, de seguir esta solución, una corte optaría por preservar solo esa opción. Sin embargo, esa era una opción que no se ajustaba en lo más mínimo a los intereses de la empresa A, la cual prefería llevar sus controversias a arbitraje y asumiría los costos de dichos procesos, mitigando el impacto que desincentivaba a B a arbitrar.

Pese a las objeciones, esta es la opción por la que se decantan las jurisdicciones del *civil law* (Draguiev, 2014, p. 43). En ese sentido, debemos reconocer que esta opción parece ser la que se ajusta más estrictamente a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 224 del Código Civil consagra el principio de conservación del negocio jurídico y afirma, en su primer párrafo, que la nulidad de una disposición de un acto jurídico no implica la de otras, si estas son separables. Así, la solución sería limpiar de disposiciones nulas el acuerdo y mantener lo que sí es válido.

Draguiev sostiene que la desigualdad intrínseca de los convenios arbitrales asimétricos se cura en el momento de cristalización de la jurisdicción (2014, p. 34), por lo que estos no deben ser considerados nulos. Según los términos empleados por De Benito, la desigualdad se mantendría en la fase estática, cuando tiene una naturaleza exclusivamente obligacional y no se ve irradiada de principios procesales, y no trascendería a la fase dinámica. Con esto, el principio de igualdad procesal no estaría en lo más mínimo afectado. Sin embargo, esto no es aplicable para los convenios arbitrales asimétricos de elección de árbitros.

La Ley de Arbitraje sí contempla el principio de igualdad entre las partes, en el numeral 2 de su artículo 34. Es de notar que este artículo se refiere a las actuaciones arbitrales. De lo que se trata este artículo es

> […] de que las partes tengan las garantías procesales necesarias para que puedan ejercer en toda su magnitud el principio de contradicción en el proceso arbitral. […] ¿Qué es entonces lo

[41] La base para esta conclusión es que haría poco sentido que las partes acuerden un arbitraje opcional de una manera enteramente no obligatoria, dejando a ambas partes libres de decidir cuando la disputa nazca si desean arbitrar o no [traducción libre].

> que garantiza la ley a las partes de un proceso? No otra cosa que todos los medios o recursos procesales que la ley pone a disposición de cada una de las partes, para que éstas los utilicen como crean conveniente (Castillo Freyre *et al*., 2014, pp. 621-622).

En este sentido, el centro de una vulneración a la igualdad en el arbitraje es que no se les den a las partes las mismas posibilidades de defensa. Esto se condice con lo que está recogido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional que establece el principio del trato equitativo de las partes, pero dentro del Capítulo V, que regula la Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales.

Debemos, entonces, preguntarnos si los convenios arbitrales asimétricos de elección de árbitros o de asignación de costos representan una violación al principio de igualdad procesal en el arbitraje o a algún otro principio. Queda por demás sentado que, al encontrarse en la fase dinámica del convenio arbitral, este principio sí es aplicable y relevante.

La asimetría en la asignación de árbitros podría representar, además de una lesión a la igualdad procesal, una afectación al derecho a un juzgador independiente, consagrado en el artículo 139, numeral 2 de la Constitución. Este, como se destaca en la sentencia recaída en el Expediente 02851-2010-AA/TC (2010), es plenamente aplicable a la jurisdicción arbitral. La sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC afirma que "la independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política o económica o de procedencia jerárquica al interior de la organización que ejerce la jurisdicción" (2004, párr. 31). De otro lado, según la interpretación de la sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA/TC, esta garantía incluye también la imparcialidad, tanto subjetiva, referida a la ausencia de compromiso o vinculación del juez con las partes o con el caso; como la objetiva, referida a la ausencia de influencia del sistema hacia el juez, que le reste imparcialidad.

De acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 6149-2006-PA/TC (2010), la teoría de la apariencia forma parte de la garantía de imparcialidad, lo que es aplicable para el arbitraje también. Esta postula que para la imparcialidad no son solo relevantes los hechos que realiza el juzgador, sino cualquier apariencia razonable de parcialidad o de dependencia. Así, será posible recusar a un juzgador, por ejemplo, del cual se emanen sospechas razonables.

Al respecto, es menester resaltar que los árbitros no son defensas de las partes, pese a ser nombrados por ellos. El nombramiento de un árbitro, más que un derecho, es una carga de cooperación para viabilizar el derecho de acción o contradicción en el contexto de un arbitraje. Las partes eligen a un juzgador, no a un defensor. Debido a ello, la sola diferencia en la cantidad de árbitros por nombrar no entraña una afectación a la igualdad ni a la imparcialidad del tribunal arbitral. Además, en todo arbitraje se puede recusar a árbitros, por una serie de causales, lo que constituye una defensa frente a cualquier posible dependencia o parcialidad de los árbitros.

Asimismo, el nombramiento por sí solo no podría calificar como un elemento relevante para aplicar la teoría de la apariencia. De ser así, todo el sistema arbitral perdería sentido, pues cada árbitro nombrado por una parte podría ser recusado por la otra en base a su solo nombramiento. Las causales de recusación ya incluyen criterios de apariencia, como se puede ver en las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las cuales incluyen, en el Listado Naranja, criterios como amistad, enemistad o relación en un mismo *chamber*.

Debido a ello, resulta poco razonable afirmar que tan solo por ser nombrados por una parte, los árbitros pierden independencia e imparcialidad. En consecuencia, tampoco resulta razonable afirmar que no habrá igualdad para las partes si es que una mayor cantidad de árbitros son designados por una. Solo habrá vulneración a dichos derechos si estos árbitros, en contra de su deber de imparcialidad, tratan a la parte que nombró a la mayoría de mejor forma. Dicho trato diferenciado vulnerará la igualdad.

Sin embargo, existen jurisdicciones, como la francesa, que consideran que la igualdad de las partes en la designación de los árbitros es de orden público y no se puede pactar sobre el mismo de forma previa al nacimiento de la controversia (Schwartz, 1993, pp. 10-11). Es menester destacar que dicho pronunciamiento se dio en referencia a la constitución del tribunal arbitral en un arbitraje con multiplicidad de partes y no a propósito de un convenio arbitral asimétrico. La Ley de Arbitraje peruana adopta un criterio incluso más exigente, ya que sostiene, en su artículo 26, que todo pacto que dé beneficios en el nombramiento de árbitros será nulo, lo que incluye los pactos previos y posteriores al surgimiento de la controversia.

En cuanto a la distribución de costos, la correcta interpretación de este convenio arbitral debe entenderlos como un acuerdo de las partes sustraído de la competencia de los árbitros. Las partes someten el fondo de la controversia a los árbitros,

pero transigen la condena de costos, fuera del proceso (Aizenstadt, 2010, p. 28). Siendo esto así, los costos del proceso no son objeto del mismo, por lo que no habría igualdad procesal que afectar. La lógica de este acuerdo parece posicionarse más en el ámbito contractual que en el procesal.

La ley alemana permite expresamente los pactos en los que una parte puede controlar la composición del tribunal arbitral, pero le da el derecho a la otra parte de pedir que lo haga un juez, si es que tiene sospechas de parcialidad (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 147). En efecto, el artículo 1034 del ZPO (Código de Procedimientos Civiles alemán), en su numeral 2, establece que una parte puede estar más representada en el tribunal arbitral, pero que, si esto representa una desventaja para la contraparte, esta puede solicitarle al Poder Judicial que deje sin efectos el nombramiento y nombre a todo el tribunal. Este es un ejemplo del razonamiento previamente expuesto.

– La doctrina de la *potestativité*

En el caso *Mme 'X' c. Banque Privee Edmond de Rothschild*, la Cour de Cassation francesa sancionó la asimetría con nulidad por un peculiar argumento. Hasta donde conocemos, este argumento solo ha sido replicado por el Tribunal Supremo búlgaro (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 8). No obstante, resulta importante su análisis. El argumento plantea que un convenio arbitral asimétrico de selección de foro tiene cláusula potestativa que es contraria a su ordenamiento jurídico (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, pp. 7-8). En esta cláusula concurrió un problema de claridad en la redacción que hacía parecer que una gran cantidad de foros eran competentes para conocer el caso, lo que llevó a la Cour de Cassation a interpretarla de forma restrictiva (Draguiev, 2014, p. 29).

De acuerdo con su razonamiento, la Corte afirma que la cláusula es potestativa porque vincula solo a una parte, mientras que el cumplimiento de la otra está sujeto a su propia voluntad. Se asemejó dicho razonamiento al de una condición meramente potestativa (Ustinov, 2016, p. 22). En virtud de esta similitud, la cláusula sería nula, pues contiene una condición que está exclusivamente dentro de la esfera de control del deudor y este podría unilateralmente cambiar su posición o evadir sus obligaciones (Draguiev, 2014, pp. 35-36). En otras palabras, lo que la doctrina de la *potestativité* busca es anular las cláusulas en las que el cumplimiento está sujeto al control solamente del deudor (Mrad, 2016, p. 15). El sustento normativo para anular estos convenios arbitrales se encuentra en los artículos 1170 y 1174 del *Code civil*, los que versan sobre obligaciones condicionales; es decir, sujetas a condición (Mrad, 2016, p. 16).

Una regla idéntica se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 172 del Código Civil. Para que esta condición sea nula se requiere de dos peculiaridades. En primer lugar, que esté sujeta a la voluntad del deudor. No habría nulidad si está sujeta a la del acreedor. En segundo lugar, la voluntad del deudor debe ser lo único necesario para que concurra la condición, por lo que, si el deudor no lo desea, no habrá forma de que la condición concurra. La nulidad se extiende a las condiciones potestativas a cargo exclusivamente del deudor, debido a que contravienen la lógica de la obligación, pues permiten que el deudor se libere con su propia voluntad (Vidal Ramírez, 1999, p. 284). La obligatoriedad se volvería letra muerta. De considerar válido el argumento de la *Cour de Cassation*, deberíamos concluir que los convenios arbitrales asimétricos son nulos en el Perú también.

Draguiev critica este enfoque argumentando que la lógica deudor-acreedor no es aplicable a los convenios arbitrales, ni se buscaría evadir una obligación (2014, p. 36) A esta opinión se pliega también Mrad (2016, p. 16). No estamos de acuerdo con esta postura, ya que, como se ha desarrollado previamente, sí creemos que el convenio arbitral tiene un contenido obligacional. En ese sentido, claro que es aplicable el esquema de deudor-acreedor. Consideramos que el meollo de esta discusión se encuentra lejos de este punto. Draguiev también sostiene que la lógica de la prohibición de condiciones meramente potestativas está en evitar el ejercicio abusivo de un poder privado. Sin embargo, él considera que este no es el caso, pues el ejercicio de este poder se está dando en el marco de lo estrictamente pactado. Ambas partes conocían los efectos del pacto y están actuando en base a esto (2014, p. 36). Con este extremo estamos de acuerdo. No obstante, creemos que la médula del problema no ha sido debidamente abordada.

Existe un requisito esencial para la aplicación de esta doctrina: la existencia de una condición. En ese sentido, para aplicar esta doctrina, se requiere que la obligación no sea plena y eficaz aún. Este contenido no está en los convenios arbitrales asimétricos (Mrad, 2016, p. 16). No se puede decir que el convenio arbitral asimétrico es nulo por ser una condición meramente potestativa, porque no es una condición en lo absoluto. Es un contrato bilateral, pleno, eficaz y con contenido obligacional.

Adicionalmente, debemos destacar que lo que busca la doctrina de la *potestativité* es evitar que un deudor no cumpla con su obligación, al liberar-

se mediante la no concurrencia de la condición. Además del error de presupuesto que se señaló en el párrafo anterior, se incurre en un error de consecuencia. El deudor en los convenios arbitrales asimétricos no estaría en incumplimiento, sino todo lo contrario. Como ya desarrollamos previamente, en los convenios arbitrales asimétricos de selección de foro, se da un supuesto de obligaciones alternativas, por lo que el deudor puede elegir cuál de estas cumplir. Sin embargo, sea cual sea la obligación alternativa que elija, estaría realizando un pago válido de su obligación.

V. CONCLUSIONES

La presente investigación nos deja unas cuantas conclusiones previas, que son fundamentales para poder concluir si los convenios arbitrales asimétricos son –o serían, en todo caso– válidos en el Perú. Estas son las siguientes:

a) El arbitraje tiene origen contractual, pero una función social. En virtud de esta, al igual que con el proceso, el Estado busca la resolución pacífica de las controversias y la composición correcta del derecho. Las partes entran al arbitraje con el interés concreto de solucionar sus controversias, pero el Estado reconoce y tutela el arbitraje por el interés de preservar la paz social. Esto justifica cierta intervención estatal en la regulación del arbitraje.

b) El convenio arbitral tiene naturaleza contractual y está compuesto por una fase estática y una dinámica. En la estática, solo se cuentan con obligaciones civiles, en las que los principios rectores son únicamente los contractuales. En la dinámica, se cuentan con cargas procesales y los principios contractuales se ven complementados y ponderados por los principios jurisdiccionales. Con esto, se puede decir que la autonomía de la voluntad es el elemento central a optimizar en la regulación y análisis de los convenios arbitrales. Solamente se justifica la intervención de otros valores protagónicos en la fase dinámica.

c) El convenio arbitral es separable solo en un ámbito jurídico, esencialmente centrado en su validez. Sin embargo, no es autosuficiente. Creer lo contrario implica un prejuicio realista. Este prejuicio nos conlleva al prejuicio sinalagmático, que nos lleva, equívocamente, a pensar en el convenio arbitral como un contrato con prestaciones recíprocas e idénticas. No existe motivo ni en la naturaleza de las obligaciones contenidas en este, ni en el interés de las partes al suscribirlo para sustentar este prejuicio.

d) El concepto de convenio arbitral asimétrico es un concepto abierto, que se caracteriza por la asimetría entre los derechos, facultades, obligaciones y cargas que asumen las partes. Si bien existen ciertos convenios arbitrales asimétricos **típicos** por su frecuencia en el análisis, un correcto estudio de esta institución debe partir de una evaluación sobre la asimetría en general. Consideramos que nuestro ordenamiento acepta la asimetría de contenidos en materia contractual. Debido a esto, los convenios arbitrales asimétricos, en general, deberían ser permitidos.

e) Los convenios arbitrales asimétricos han recibido una muy diversa respuesta en distintas jurisdicciones. Algunas de ellas, como Inglaterra o Italia, se muestran muy amigables, mientras que otras, como Rusia o Francia, tienen una postura impredecible y riesgosa. Otras más, Alemania o Polonia, cuentan con prohibiciones totales o parciales.

f) En el Perú, existen motivos para sospechar que los convenios arbitrales asimétricos sí serían aceptados, por el principio general de la autonomía de la voluntad y la libertad que nuestro ordenamiento les da a las partes en materia contractual. Existe, sin embargo, una restricción basada en la igualdad en el nombramiento de los árbitros, dada por la Ley de Arbitraje. Contrariamente, el Estado, en arbitrajes de contrataciones, solo puede nombrar a sus árbitros de un registro particular, lo que restringe su universo de posibilidades. Esto justamente constituye una asimetría. Además, el Estado peruano, emplea en sus contratos convenios arbitrales asimétricos de asignación de costos. La postura es aún incierta.

g) Los convenios arbitrales asimétricos no caen en ninguna de las causales de nulidad del artículo 219 de nuestro Código Civil, por lo que son pactos válidos. Asimismo, no creemos que sea posible afirmar que son patológicos. La contradicción que se alude en este tipo de convenios nace en la cabeza del intérprete, sesgado por los prejuicios realista y sinalagmático. Sin embargo, estos prejuicios no sostienen un análisis crítico, por lo que no pueden sustentar una restricción a la libertad contractual de las partes.

h) La autonomía de la voluntad es el argumento central y esencial en la defensa de los convenios arbitrales asimétricos. Esta no es de poca importancia, pues es el valor esen-

cial del arbitraje y de los contratos. Adicionalmente, permitir los convenios arbitrales asimétricos coadyuva a la consecución de la función social del arbitraje, pues permite que las partes diseñen métodos de solución de controversia más eficientes en base a la complejidad y necesidad de sus estructuras negociales.

i) Consideramos que la doctrina del *lack of mutuality*, la supuesta vulneración al debido proceso, acceso a la justicia e igualdad, y la doctrina de la *potestativité* no son correctas y no deben afectar el reconocimiento de la validez y plenitud de los convenios arbitrales asimétricos. Creemos, sin embargo, que la doctrina de *unconscionability* podría ser considerada, en virtud de la función social del arbitraje. En ese sentido, parecería razonable, dada la valoración que nuestro ordenamiento jurídico le da al arbitraje, sostener que el convenio arbitral asimétrico debe ser negociado y debe tener algún sustento.

Sobre la base de esto, consideramos que no existen motivos de peso para negarle a los convenios arbitrales asimétricos lo que la autonomía de la voluntad les da: plena validez y eficacia para que las partes puedan resolver sus controversias de la manera más eficiente posible.

REFERENCIAS

Aizenstatd, N. A. (2010). Las Cláusulas Asimétricas del Arbitraje. *Revista de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín,* (25), 23-38. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1728848

Alejos Guzmán, O. (2019). Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la ley de contrataciones del Estado. *Derecho PUCP*, (82), 347-370. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201901.012

Alva Navarro, E. (2011). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 14*. *La anulación del laudo*. Palestra; CARC PUCP; Estudio Mario Castillo Freyre. https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-14/

Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Contratos: Parte General. Exégesis* (Tomo I). Gaceta Jurídica.

Arrarte Arisnabarreta, A. (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo. *Ius et Veritas, 17*(35), 70-90. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12285

(2009). Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la nueva Ley de Arbitraje. *Ius et Veritas*, *19*(38), 184-196. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12199

Barchi Velaochaga, L. (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. *Ius et Praxis*, (44), 81-124. https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.76

Berard, M., Dingley, J., & Brown, M. (2017). *Unilateral Option Clauses – 2017 Survey*. Clifford Chance. https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/01/unilateral_optionclauses-2017survey.html

Blackbaby N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6ta ed.). Kluwer Law International; Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199557189.001.1

Born, G. B. (2001). *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (2da ed.). Kluwer Law International.

(2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed.). Kluwer Law International.

(2016). *International Arbitration: Law and Practice* (2da ed.). Wolters Kluwer.

Bullard González, A. (2012). El dilema del huevo y la gallina: El carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho y Sociedad*, (38), 17-31. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13100

(2016). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana. En A. Bullard González (ed.). *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva* (pp. 101-128). Palestra.

Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908

Cantuarias Salaverry, F. (1997). El Convenio arbitral: ¿Se encuentra presente en las disposiciones sobre Arbitraje Doméstico de la Ley General de Arbitraje? *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual* (pp. 379-402). Grijley

Cantuarias Salaverry, F., & Caivano, R. (2008). La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 43-84. https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2014). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: riesgos en el camino. *Forseti*, *2*(2), 97-110. https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1204

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L., & Chipana Catalán, J. (2014). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 25. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-25/

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos [CARC-PUCP] (2020). *Cuadro comparativo de N° de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado*. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2020/01/07165640/cuadro-comparativo-n-de-arbitrajes-civil-comercial-y-arbitrajes-con-el-estado.pdf

Cheung, K. (2020, 25 de febrero). *Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/

Collantes González, J. L. (dir.) (2011). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 18. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones).* Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-18/

De Benito Llopis-Llombart, M. (2009). Asimetría, separabilidad y sinalagma. *Spain Arbitration Review,* (5), 141-148.

(2010). *El Convenio Arbitral: su eficacia obligatoria*. Civitas.

De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general* (Tomos I y II). Palestra.

Dickson, M. O. (2018). Party autonomy and justice in international commercial arbitration. *International Journal of Law and Management, 60*(1), 114-134. https://doi.org/10.1108/ijlma-12-2016-0184

Diez-Picazo Ponce de León, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Tomo I). Civitas.

Draguiev, D. (2014). Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability. *Journal of International Arbitration, 31*(1), 19-46. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2542591

Drahozal, C. (2002). Nonmutual Agreements to Arbitrate. *Journal of Corporation Law,* (27), 537-565. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380040

Economic Laws Practice (2019). *Arbitration in India. Curated Views*. https://elplaw.in/wp-content/uploads/2019/05/Arbitration-in-India-curated-views.pdf

Escobar Rozas, F. (2010). *Artículo 219. Código Civil Comentado* (Tomo I). Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius et Veritas*, (24), 302-313. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188

(2011). Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), 255-271. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9067

Estévez Sanz, M., & Muñoz Rojo, R. (2017). *Validez y eficacia del convenio arbitral*. CIAR Global. http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf

Fernández Cruz, G. (2004). El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias. En F. Escobar Rozas, L. León Hilario, R. Morales Hervias & E. Palacios Martínez (dirs.), *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley.

Girsberger, D., & Ruch, P. (2011). Chapter 6 Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True. En S. Kröll (ed.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Wolters Kluwer.

Gisbert Pomata, M. (2015). *El Contrato Arbitral*. Thomson Reuters; Civitas.

Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal civil*. Editorial Labor.

Gómez Jene, M. (2017). El Convenio Arbitral: statu quo. *Cuadernos de Derecho Transnacional, 9*(2), 7-38. https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3862

Gridasov, A., & Dolotova M. (2019, 7 de mayo). *Unilateral Option Clauses: Russian Supreme Court Puts an End to the Long-Lasting Discussion*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/07/unilateral-option-clauses-russian-supreme-court-puts-an-end-to-the-long-lasting-discussion/

Herrera de las Heras, R. (2012). La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. *Revista de Derecho (Valdivia), 25*(1), 175-193. https://doi.org/10.4067/s0718-09502012000100008

Juárez Jurado, E. (2015). *Constitucionalización y Control Constitucional del Arbitraje en el Estado Constitucional* [Tesis para optar por el grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajo de Investigación PUCP. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/6799/JUAREZ_JURADO_EDER_CONSTITUCIONALIZACION_CONTROL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Kresalja Roselló, B., & Ochoa Cardich. C. (2009). Derecho de propiedad. En *Derecho Constitucional económico* (pp. 254-277). Fondo Editorial PUCP.

Landolt, P. (2013). The Inconvenience of Principle: Separability and Kompetenz-Kompetenz. *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 30*(5), 511-530. http://www.landoltandkoch.com/medias/joia-30-5_philip-landolt.pdf

Ledesma Narváez, M. (2014). *Jurisdicción y Arbitraje* (3ra ed.). Fondo Editorial PUCP.

López de Argumedo Piñeiro, Á., & Balmaseda Serrat-Valera, C. (2014). *La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa. A propósito del auto de 18 de octubre de 2013 de la audiencia provincial de Madrid*. http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3975/documento/Art_UM.pdf?id=4923

MacKinnon, A., Zapiola, I., & Bravo, S. (2017). Redacción de cláusulas arbitrales internacionales. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (70), 183-199. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19611.

Magdaleno Carmona, A. (2019). Cláusulas arbitrales patológicas: concepto y clases. En J. Collantes (coord.), *Biblioteca de Arbitraje: Volumen 62. El convenio arbitral*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica de San Pablo.

Medina Fandiño, A. (2016). *Introducción al concepto de cláusulas arbitrales abusivas* [Trabajo de grado; Universidad Católica de Colombia]. https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/4363/4/INTRODUCCI%C3%93N%20AL%20CONCEPTO%20DE%20CL%C3%81USULAS%20ARBITRALES%20ABUSIVAS.pdf

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Temis; Estudio De Belaunde & Monroy Abogados.

Morales Hervias, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Derecho PUCP*, (71), 53-75. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8897

Mrad, A. (2016). *International overview of hybrid arbitration clauses in financial transactions: Challenges and practical solutions*. EPTA Lex.

Nesbitt, S., & Quinlan, H. (2006). The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses. *Arbitration International, 22*(1), 133-150. https://doi.org/10.1093/arbitration/22.1.133

Reynaldo Bustamante, A. (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://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/8908/9313

O'Neill De la Fuente, C., & Nava Zegarra, M. (2015). ¿Nacer para vivir muriendo?: la nulidad manifiesta del convenio arbitral. *Advocatus*, (32), 101-113. http://dx.doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4387

Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2001). *Tratado de las obligaciones* (Tomo II). Fondo Editorial PUCP.

Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press.

Pérez-Cruz Martín, A. J. (2011). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En A. J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (pp. 87-108). Thomson Reuters; Civitas.

Petit, S., Chung, K., Panov, A., Robert, M., Grant, B., & Morova, M. (2017). Asymmetric arbitration agreements: A global perspective. *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report*, (9), 25-28. https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20170925---international-arbitration-report---issue-9.pdf?la=en-lu&revision=

Presidencia del Consejo de Ministros de Perú (2008). *Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje*. http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf

Priori Posada, G. (2011). *El arbitraje en Perú*. En A. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (pp. 563-584). Thomson Reuters; Civitas.

Quiroga León, A. (2017). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 46*. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-46/

Ríos Pizarro, C. A. (2014). La nulidad "manifiesta" del convenio arbitral: un caso de excepciones. *Ius Et Veritas*, (48), 318-325.

Rivera García, C. (2018). Cláusulas (arbitrales) patológicas. En J. L. Collantes González (dir.), *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 46. Enciclopedia de Arbitraje. Primera Parte*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo.

Rubio Correa, M. (2015). *El Título Preliminar del Código Civil* (11ma ed.). Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

Rubio Guerrero, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 7-28. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8845

Santistevan de Noriega, J. (2008). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL Nº 1071). *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 85-118. https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf

Schwartz, E. (1993). Multi-Party Arbitration and the ICC. *Journal of International Arbitration*, *10*(3), 5-20.

Ustinov, I. (2016). *Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity* [Tesis para optar por el grado de Magíster, Tilburg University]. http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526.

Van Zelst, B. (2018). Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR? *Maastricht Journal of European and Comparative Law, 25*(1), 77–86. https://doi.org/10.1177/1023263x18755968

Vasanth, N., & Raheja R. (2017, 20 de octubre). *Examining the Validity of Unilateral Option Clauses in India: A Brief Overview*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/20/examining-validity-unilateral-option-clauses-india-brief-overview/

Vergis, A., & Kamil N. (2017*). The Validity of Asymmetrical Arbitration Clauses*. Providence Law Asia Newsflash September 2017. http://www.inhousecommunity.com/wp-content/uploads/2017/10/Providence-V12017.09-The-Validity-of-Asymmetrical-Arbitration-Clauses.pdf.

Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.

(2003). El convenio arbitral. *Derecho PUCP*, (56), 569-582. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10590

Vlasenko, D. (2019, 4 de agosto*). Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalent-russian-arbitration-developments-regarding-hybrid-dispute-resolution-clauses/

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (Cód. Civ.) (Alemania).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Corte Superior de Justicia de Lima [C.S.], 10 de octubre de 2017, Expediente 182-2017-1817-1817-SP-C0-01 (Perú).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2008 (Perú).

Ley 26572, Ley General de Arbitraje [derogada], Diario Oficial *El Peruano*, 5 de enero de 1996 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de junio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de febrero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC (Fernando Cantuarias Salaverry) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6149-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA/TC (Flores Arocutipa) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de marzo de 2011, sentencia recaída en el Expediente 02851-2010-AA/TC (IVESUR S.A.) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de septiembre de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de noviembre de 2013, sentencia recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC (Giovanni Mario Paredes Ruiz) (Perú).

Zivilprozessordnung [ZPO] (Cód. Proc. Civ.) (Alemania).

10.18800/themis.202001.004

EL GRAN DILEMA: EL PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL PERÚ

THE GREAT DILEMMA: THE PROBLEM WITH MULTI-TIERED CLAUSES IN PERU

Nicolás Daichi Yano Tsuha*
Universidad del Pacífico

Nicolás Jorge Serván Eyzaguirre**
Universidad del Pacífico

Multi-tiered arbitration clauses encourage the parties to adopt agreements to resolve their disputes, allowing them to avoid litigation, the deterioration of their commercial relations and the costs of arbitration. The advantages they provide have established them as a common agreement in practice.

In this paper, the authors analyze the effect of existing contradictory rulings on the binding nature of these agreements, given the opposite positions of the Peruvian Constitutional Court and the Superior Court of Justice. Taking into account the legal nature of arbitration recognized in Peru, the authors propose that when an arbitral tribunal is faced with a breach of these clauses, it should refer the parties to comply with the terms of their agreement, as soon as the first opportunity after hearing the parties.

Keywords: Multi-tiered clauses; legal nature of arbitration; pre-arbitration agreement; arbitral jurisdiction; dispute resolution clauses.

Las cláusulas escalonadas incentivan a las partes a adoptar acuerdos para resolver sus disputas y evitar el litigio, el deterioro de las relaciones comerciales y los costos de un arbitraje. Por las ventajas que ofrecen se han consolidado como un pacto usual en la práctica.

En el presente artículo, los autores analizan el efecto de las decisiones contradictorias existentes sobre la vinculatoriedad de estos pactos, a raíz de la posición adoptada, por un lado, por el Tribunal Constitucional y, por otro lado, por la Corte Superior de Justicia. Tomando en cuenta la naturaleza jurídica del arbitraje asumida por el Perú, los autores proponen que, cuando un tribunal arbitral se enfrente al incumplimiento de estas cláusulas, este remita a las partes a cumplir con los términos de su acuerdo, en la primera oportunidad que disponga luego de haberlas oído.

Palabras clave: Cláusulas escalonadas; naturaleza jurídica del arbitraje; pactos pre arbitrales; jurisdicción arbitral; cláusulas de solución de controversias.

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Contacto: daichi.yano.t@gmail.com.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Miembro de ITA Young e ICCA Young. Contacto: nicoservan@gmail.com.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 6 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas escalonadas o multinivel regulan procedimientos previos al arbitraje, con el objetivo de que las partes solucionen sus conflictos. Estas cláusulas se han convertido en un pacto común tanto en los contratos públicos como en los privados, dado que buscan lograr mayor eficiencia en la resolución de conflictos, así como evitar el deterioro de las relaciones comerciales a un costo menor que el de un arbitraje. Si se observa desde un punto de vista comercial, ¿quién no estaría de acuerdo con evitar un desgastante arbitraje y lograr el mismo objetivo?[1]. Ahora bien, a modo de ejemplo, una cláusula escalonada tiene el siguiente tenor:

> Las Partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, con excepción de lo referente al régimen aplicable a las tarifas reguladas por el Regulador cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este organismo en el ejercicio de sus funciones administrativas, serán resueltos por trato directo entre las Partes.
>
> El plazo de trato directo para el caso del arbitraje nacional deberá ser de quince (15) Días contados a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o de una incertidumbre con relevancia jurídica (Comité de Proinversión Perú, 2007, cláusula 16.12).

En ese sentido, cuando surge una controversia, corresponde que las partes sigan los pasos previamente acordados. En el ejemplo citado, primero se deberá llevar a cabo un trato directo por 15 días calendario; y, en caso fracasen las negociaciones en el trato directo, se podrá iniciar el arbitraje.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando se omite el trato directo por 15 días y se acude directamente al arbitraje? En aquellos países que han adoptado la naturaleza contractual del arbitraje, estos pactos son obligatorios y vinculantes siempre que sean claros con respecto a los procedimientos pre arbitrales acordados. No obstante, donde se concibe que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, estos pactos dejan de ser obligatorios, en tanto que no es válido imponer restricciones para el acceso a la jurisdicción.

Si bien en el Perú el arbitraje es una jurisdicción, encontramos respuestas contradictorias por parte del Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) y la Corte Superior de Justicia con respecto a la obligatoriedad de los procedimientos previos de la cláusula escalonada. De esa manera, por un lado, el TC considera que estos procedimientos pre arbitrales son vinculantes y de obligatorio cumplimiento; mientras que, la Corte Superior ha señalado que no resulta válido impedir el acceso a la jurisdicción.

En ese contexto, surge la siguiente interrogante: ¿qué deben hacer los árbitros cuando se presenta un objeción por haberse incumplido alguno de los procedimientos previos de una cláusula escalonada ante las decisiones contradictorias de las cortes en el Perú? En este artículo plantearemos una propuesta de solución a dicha interrogante, de manera que resulte posible armonizar el acuerdo de las partes y garantizar la eficacia del laudo.

II. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

Las cláusulas escalonadas han adquirido cada vez mayor acogida en los contratos que incluyen un convenio arbitral (Born, 2016; Paulsson *et al.*, 2010). El objetivo de los procedimientos previos a la vía arbitral es resolver las controversias sin necesidad de acudir a los árbitros (Baizeau, 2018). Si bien resulta habitual que las partes negocien, durante un tiempo determinado e inclusive con determinados funcionarios para poner fin a sus controversias antes de acudir a un tribunal (Born, 2014), algunas cláusulas suelen ir más allá y disponen que se lleve a cabo una mediación, un procedimiento de experto o un *dispute board*[2], en el que se emitirá una decisión no vinculante (Bühler & Gidoin, 2018). La importancia de estas cláusulas en la práctica comercial ha sido reconocida por la propia Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), al afirmar que el arbitraje CCI es un mecanismo final para resolver disputas tras intentar otros medios de solución (CCI, 2018).

Los beneficios de este tipo de pactos radican en que "están diseñados para mejorar la eficiencia del proceso arbitral internacional, al alentar la resolución amistosa de disputas y evitar procedimientos y gastos innecesarios" (Born, 2014). De esta manera, las cláusulas escalonadas invitan a

[1] Si bien el arbitraje es bastante más flexible que un proceso judicial, lo cierto es que se trata de un mecanismo de solución de controversias que enfrenta dos posiciones discrepantes. Ello inevitablemente desgasta las relaciones comerciales.

[2] Si bien conocemos casos en que los *dispute boards* emiten decisiones vinculantes, en la mayoría de los pactos se permite cuestionar dichas decisiones. Son dichos supuestos los recogidos por el presente trabajo.

las partes a explorar plenamente la posibilidad de una solución amistosa antes del inicio de un largo y costoso arbitraje (Blackaby *et al.*, 2009, p. 100). Aunque podrían retrasar la solución de controversias, lo cierto es que las partes se inclinan a incluirlas en sus contratos. De hecho, en el año 2004, el profesor Mistelis realizó un análisis respecto de las prácticas en el arbitraje internacional y determinó que existía una tendencia hacia cláusulas de resolución de disputas de múltiples niveles. Además, concluyó que en el futuro las cláusulas de solución de controversias ya no contendrían una referencia directa al arbitraje, sino una combinación de procesos previos no vinculantes que conduzcan al arbitraje (Mistelis, 2004). Este hecho es corroborable hoy en día, tanto en contratos públicos como comerciales.

Si bien las cláusulas escalonadas se deben adaptar a las necesidades específicas de las partes, diversas instituciones han propuesto modelos estándares, que buscan generar mayor claridad en este tipo de pactos. Por ejemplo, el brazo internacional de la American Arbitration Association, el International Centre For Dispute Resolution (en adelante, ICDR), ha establecido distintos ejemplos de cláusulas arbitrales escalonadas. Lo mismo han hecho la CCI y la International Bar Association, entre otras[3].

Así, existirán tantas cláusulas escalonadas como combinaciones posibles. La elección dependerá de la voluntad y necesidades de los contratantes. Por ejemplo, la siguiente cláusula contempla un procedimiento de dos etapas, **una negociación y luego arbitraje**:

> En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquier controversia o reclamación será resuelta mediante arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (ICDR, 2020, p. 3)

También, existe la posibilidad de incluir más de un procedimiento previo al arbitraje. Así, en el siguiente ejemplo, **existe una negociación, luego una mediación y finalmente el arbitraje**:

> En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de medición por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (ICDR, 2020, p. 5).

La vinculatoriedad de estos pactos depende en gran medida de la concepción que se adopte con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. Por ello, consideramos necesario realizar un breve repaso sobre ese asunto, para luego analizar lo que sucede en el Perú.

III. LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS Y LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

El eje de la discusión sobre las cláusulas escalonadas y su tratamiento a raíz de la naturaleza jurídica del arbitraje radica en determinar si las partes están totalmente vinculadas por la cláusula escalonada o si pueden saltarla y acudir directamente al arbitraje. Sobre este punto, tanto las cortes como los tribunales arbitrales han llegado a diversas e incompatibles soluciones, las cuales resultan insatisfactorias (Born, 2014).

En ese contexto, analizaremos qué sucede cuando se asume una teoría contractualista o inclusive mixta[4], frente a cuando el arbitraje es jurisdicción. Luego, aterrizaremos en la experiencia peruana y la decisiones sobre la materia.

A. Bajo la teoría contractual o mixta

Cuando se asume cualquiera de estas teorías, en principio, no existe mayor duda acerca de la validez de las cláusulas escalonadas, a tal punto que

[3] Para mayor referencia, ver ICDR (2020); IBA (2010).

[4] No es propósito de este trabajo diferenciar las teorías, sino partir del hecho de que ambas (la contractual y la mixta) reconocen la importancia de la voluntad de las partes.

diversas jurisdicciones las han reconocido como pactos vinculantes. Por ejemplo, en Estados Unidos, Francia e Inglaterra existe una tendencia por la validez de estos pactos (Brito Nieto, 2019). Lo mismo sucede en Alemania, donde estas cláusulas son una práctica común (Kroll, 2020)[5]. La lógica es simple: lo que prima en este caso es la voluntad de las partes y, si están facultadas para someter sus controversias a arbitraje, nada impide que también se obliguen a llevar a cabo procedimientos previos para resolver sus controversias.

En Francia, las cortes han reconocido la validez y obligatoriedad de las cláusulas escalonadas, pues el cumplimiento de los procedimientos previos constituye un requisito de admisibilidad del arbitraje (Derains & Kiffer, 2020). En ese contexto, la Corte de Casación francesa ha sido clara en señalar que una cláusula escalonada "no constituye una mera formalidad sino **el derecho de las partes**, que puede favorecer la solución amistosa de su litigio [...]" (09-71575, 2010) [el énfasis es nuestro. Ello es posible precisamente porque esta misma corte reconoció en el caso *Roses* la naturaleza contractual del arbitraje y del propio laudo (Lew *et al.*, 2003). De ahí que no resulte extraño el reconocimiento de estos acuerdos.

Por otro lado, en Inglaterra, en el caso *Walford c. Miles*, la Corte señaló que la falta de claridad de la cláusula escalonada no permitía su ejecución (Kayali, 2010). Por ello, se suele advertir la dificultad de ejecución de estas cláusulas ante las cortes locales (Friel, 2013). Sin embargo, en el caso *Channel Tunnel Group c. Balfour Beatty Construction Ltd.*, en el que existía bastante claridad con respecto al procedimiento pre arbitral establecido en la cláusula escalonada, la Corte consideró que se debía seguir dicho procedimiento para resolver sus controversias (Friel, 2013).

En Suiza, el Tribunal Federal decidió anular el laudo por falta de competencia del tribunal arbitral, dado que las partes habían omitido un requisito obligatorio (por pacto) para acudir al arbitraje. El Tribunal Federal analizó la intención de las partes al celebrar el convenio arbitral y determinó la obligatoriedad de los mecanismos de resolución de controversias alternativos que disponía la cláusula arbitral como prerrequisitos para acudir al arbitraje, tal como se desprende del convenio arbitral.

> Cualquier desacuerdo entre las Partes en cuanto al cumplimiento o la interpretación del presente Contrato, que no pueda ser resuelto por las partes, **será en primer lugar objeto de una tentativa de conciliación de conformidad con el Reglamento ADR (Alternative Disputes Resolution) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)**.
>
> Cualquier desacuerdo entre las Partes en cuanto al cumplimiento o la interpretación del presente Contrato, que no se resuelva por la vía de la conciliación, se decidirá en **última instancia** mediante arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CNUDMI por tres (3) árbitros nombrados de conformidad con dicho reglamento.
>
> La ley aplicable será la ley de [nombre del país omitido].
>
> El lugar del arbitraje será Ginebra, Suiza.
>
> El idioma del arbitraje será el francés. Sin embargo, podrá utilizarse el inglés si es necesario (4A_628/2015, 2016) [el énfasis es nuestro].

Luego de anular el laudo, el Tribunal Federal optó por fijar un periodo para que se lleve a cabo el procedimiento de conciliación comprendido en la cláusula[6]. Se trata de una decisión que permite poner en práctica los procedimientos previos obligatorios establecidos por las partes[7].

En este caso, el Tribunal Federal de Suiza parte de considerar que la piedra angular del arbitraje es el consentimiento; por lo que, si las partes incluyen procedimientos pre arbitrales, se encuentran obligadas a cumplirlos. Más aún, si el texto

---

5 Como señala Kroll

> Actualmente en Alemania, en estos casos, las partes suelen tratar de resolver los problemas por sí mismas sin la participación de un tercero. Estos esfuerzos, a menudo exitosos para llegar a un acuerdo amistoso, no se basan generalmente en normas de conciliación preestablecidas ni en reglas de juego. Si no se puede llegar a un acuerdo en dicha negociación directa, las partes normalmente recurrirán a procedimientos judiciales o arbitrajes. Solo en algunos casos el fracaso de las negociaciones de las partes ha llevado –hasta ahora– a la remisión de la controversia a la conciliación. Este, principalmente, es el caso que se da cuando cualquiera de las partes ha adoptado una política comercial de recurrir a la mediación o las partes han incluido una cláusula de solución de controversias de varios niveles en su contrato (2020, pp. 68-69) [Traducción libre].

6 Para mayor precisión, ver la Sentencia 4A_628/2015 (2016) del Tribunal Federal suizo.

7 La decisión es cuestionada por considerar los procedimientos previos como un requisito jurisdiccional y no como uno de admisibilidad, pero ha sido clara en reconocer la importancia de la voluntad de las partes para diseñar sus mecanismos de resolución de disputas.

de la cláusula no deja dudas sobre la obligatoriedad de estos procedimientos. Sin embargo, cuando estas cláusulas resultan poco claras y generan incertidumbre, su validez es cuestionada (Palmer & López, 2003), pues podría representar un escollo al arbitraje y no un intento para resolver las controversias[8].

Por lo tanto, bajo esta teoría, cuando las cláusulas contienen disposiciones específicas sobre una duración limitada de negociación o mediación, un número específico de sesiones de negociación, o participantes designados en la negociación, las cortes son más propensas a mantener su validez y obligatoriedad (Born, 2014; Brito Nieto, 2019).

B. Bajo la teoría jurisdiccional

Cuando el arbitraje es una jurisdicción, corresponde que se apliquen las mismas reglas que en la denominada jurisdicción natural. Así, debe respetarse el principio de acceso irrestricto a la jurisdicción, según el cual no resulta válido imponer límites o restricciones para acceder a esta. Al respecto, el TC ha sido claro en señalar que los impedimento o límties, cualquiera que estos sean, son contrarios al derecho de acceso sin restricciones a la jurisdicción (Expediente 03741-2004-AA/TC, 2005).

Como bien señalan Cantuarias y Repetto:

> Si tenemos una concepción jurisdiccionalista del arbitraje, este pacto de mediación o cualquier otro paso previo convenido a realizarse antes del arbitraje no tendría mayor eficacia. Ello ya que, como el arbitraje es jurisdicción y nada puede impedir el acceso a la misma, ese pacto carecería de valor. Simplemente podría ser desechado (2014).

Así, por ejemplo, en Colombia, bajo esta teoría de la naturaleza jurídica del arbitraje[9], "el Consejo de Estado y el Tribunal Superior de Bogotá consideran que esas cláusulas entrañan restricciones ilícitas a la administración de justicia y, por lo tanto, no pueden considerarse vinculantes" (Zuleta, 2020).

Si bien, en el Perú, se considera que el arbitraje es una jurisdicción a raíz del precedente Cantuarias[10], existen pronunciamientos contradictorios sobre la vinculatoriedad de las cláusulas escalonadas. Por ello, corresponde analizar dichos pronunciamientos.

C. La experiencia peruana

1. Caso Codisa

En el caso contenido en el expediente 05311-2007-PA/TC, la Compañía Distribuidora S.A. (en adelante, CODISA) interpuso una demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú[11] (en adelante, CEARCO), con conocimiento de la Corporación Financiera de desarrollo (en adelante, COFIDE). CODISA solicitó que se declare inaplicable o se deje sin efecto el laudo del 12 de agosto de 2004[12], mediante el cual se declaró fundada la demanda y se ordenó que CODISA pague a COFIDE la suma de US$ 36'000,000.00 por concepto de penalidades.

CODISA alegó que el procedimiento arbitral se habría desarrollado de manera irregular, en una clara vulneración a sus derechos constitucionales al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Específicamente, sostuvo que no se había respetado el pacto de las partes con respecto a los requisitos previos al arbitraje, en la medida en que no se llevó a cabo ninguna negociación (05311-2007-PA/TC, 2009). Cabe resaltar que, dicho convenio arbitral establecía que las controversias relacionadas a la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato requieren como paso previo una negociación de buena fe por un plazo máximo de 30 días[13].

Ante ello, el TC señaló[14] que entender el solo hecho de que COFIDE haya remitido una carta notarial como cumplimiento de los procedimientos pre arbitrales resulta a todas luces insuficiente, debido a que las negociaciones preliminares no son advertencias, sino un imperativo entre las partes para resolver sus controversias. Adicionalmente, el TC añadió que

8 El profesor Born plantea la discusión en términos de si resulta válido "**negar a las partes el acceso a los medios acordados de resolución** de disputas basados en el incumplimiento de las disposiciones que son medios intrínsecamente ambiciosos para resolver disputas" (2014) [el énfasis es nuestro].

9 Si bien doctrinariamente se discute sobre la naturaleza mixta, las cortes colombianas tienen una tendencia jurisdiccional y el arbitraje está consagrado en la constitución con la potestad de administrar justicia.

10 Véase el Expediente 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional del Perú (2006).

11 Conformado por los árbitros Jacobo Rey, Rafael Villegas y Ulises Montoya.

12 Corregido por Resolución 20 del 20 de agosto del 2004.

13 Ello consta en la Cláusula Décimo-Octava del Contrato de Compraventa entre la Empresa Nacional de Turismo S.A. y CODISA.

14 Dada la extensión del presente artículo no comentaremos la discusión acerca el agotamiento de las vías previas o igualmente satisfactorias antes de iniciar el proceso de amparo.

> no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y [...] aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es analogable a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso (Expediente 05311-2007-PA/TC, 2009).

El TC otorgó un peso significativo a la voluntad de las partes; sin embargo, resulta extraña la posición asumida con respecto al carácter contractual de los procedimientos pre arbitrales y la supuesta vulneración de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso por el incumplimiento de estos. La analogía planteada con las etapas pre procesales y los requisitos pre arbitrales como extensión del derecho de acción plasmado en el acuerdo de las partes resulta una tesis bastante interesante, pero nada se menciona acerca de las características propias de la naturaleza jurídica del arbitraje definida por el propio TC. Como se puede apreciar, bajo la teoría jurisdiccional, la respuesta jurídica difiere de lo dicho por el TC. Consideramos que la decisión no es pulcra en su razonamiento para vincular ambos asuntos jurídicos, la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas y la naturaleza jurídica del arbitraje, puesto que no motivó el apartamiento del precedente Cantuarias.

Además, es necesario señalar que la discusión sobre la obligatoriedad de los procedimientos previos al arbitraje surgió recientemente en sede constitucional, con lo que se habría configurado una renuncia del derecho a objetar[15] que nunca fue analizada. Estos aspectos no se discutieron en el arbitraje cuando, en principio, se trata un aspecto sobre el cual son competentes los árbitros y no el TC.

2. Caso Dessau

Hasta donde alcanza nuestro conocimiento, solo existe un caso en que la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante, Segunda Sala Civil) se ha pronunciado sobre los procedimientos pre arbitrales. Se trata de un proceso de anulación de un laudo arbitral entre el Organismo Público de Infraestructura para la Productividad del Gobierno Regional de Loreto (en adelante, el Gobierno Regional) y Dessau International Inc. (en adelante, DESSAU) recaído en el expediente 159-2016.

En dicha oportunidad, el Gobierno Regional solicitó la anulación de los siguientes laudos: (i) el laudo arbitral parcial contenido en la resolución 18 del 31 de mayo de 2013 (268-38-12, 2013), (ii) laudo arbitral parcial contenido en la resolución 20 del 31 de mayo de 2013 (269-39-12, 2013), (iii) la resolución 23 del 09 de setiembre de 2013, que resuelve las solicitudes de rectificación presentadas contra el laudo, (iv) laudo arbitral final contenido en la resolución 57 del 05 de enero de 2016, y, (v) la resolución 61 de fecha 18 de abril de 2016 que resuelve las solicitudes de exclusión, integración, interpretación y rectificación de laudo. Todos derivados de la ejecución de un contrato de servicios de consultoría[16].

Los laudos sobre los que versa el recurso de anulación se emitieron en arbitrajes de derecho, *ad hoc* e internacionales. Estos arbitrajes tuvieron como sede la ciudad de Lima, como idioma el castellano y fueron administrados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú los tomó a su cargo. Así mismo, ambos casos tuvieron el mismo tribunal arbitral y fueron consolidados.

En el laudo parcial, el tribunal arbitral decidió que DESSAU había cumplido con presentar una solicitud de arreglo amistoso y que esta había dado inicio al procedimiento de solución amistosa de controversias. En consecuencia, resolvió que la solicitud de arbitraje fue correctamente presentada y tiene eficacia jurídica entre las partes.

Frente a esa decisión, el Gobierno Regional planteó un recurso de anulación sobre la base de las causales b) y c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje[17]. En el aspecto que nos interesa, el Gobierno Regional expresamente alegó que el tribunal

---

15 Contemplada en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008)

16 Laudos emitidos por el tribunal arbitral compuesto por Katherine Gonzales, Gonzalo García-Calderón y Martín Musayón.

17 El artículo 63 de la Ley de arbitraje, indica acerca de las causales de anulación:

> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
>
> [...]
>
> **b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**
>
> **c) Que la composición del tribunal 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**

arbitral había resuelto en contra del acuerdo de las partes, ya que le otorgó validez a la petición arbitral presentada por DESSAU el 12 de mayo de 2011, a pesar de que el procedimiento de solución amistosa fue notificado el 20 de abril de 2011. De esa forma, el Gobierno Regional alegó el incumplimiento de lo establecido en el convenio arbitral, puesto que debían transcurrir al menos 30 días entre la solicitud de acuerdo amistoso y el inicio del arbitraje. Finalmente, el Gobierno Regional fue enfático al señalar que el tribunal arbitral sostuvo en el laudo parcial que las partes nunca tuvieron la intención de llegar a un acuerdo amistoso y debido a ello no sería necesario completar el procedimiento pre arbitral.

En ese contexto, la Segunda Sala Civil concluyó lo siguiente:

> […] resulta que **la supuesta disposición vulnerada es de naturaleza contractual y no entraña una fijación de reglas procedimentales a que se sujetaría el arbitraje**. Se trata pues, de una norma relativa al derecho de una de las partes contractuales a controvertir un acto producido en el iter contractual, para lo cual existe un plazo determinado vencido el cual decae toda posibilidad de cuestionamiento sobre el particular. En puridad se trata del derecho de acción, que es un derecho subjetivo público vinculado con el fundamental derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto **faculta a la persona para acudir a la jurisdicción a fin de buscar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho**. **No afecta el carácter publicístico de dicho derecho de acción**, que el derecho sustantivo implicado en la controversia y cuya protección se invoca ante el órgano jurisdiccional, emane o esté vinculado a una relación jurídica contractual. **Tampoco altera su naturaleza el hecho que el órgano jurisdiccional ante el cual se ejerza dicho derecho de acción sea de carácter arbitral**, pues independientemente del debate que en doctrina puede subsistir acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, **para el Derecho peruano tal naturaleza ha sido afirmada como de índole jurisdiccional, con base en el artículo 139 de la Constitución y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional** (159-2016, 2016) [el énfasis es nuestro].

De manera contraria a lo resuelto por el TC, la Segunda Sala Civil partió de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, para considerar que no puede ser afectado el derecho de tutela jurisdiccional efectiva ni trabar el derecho de acción de una persona mediante disposiciones contractuales. Como consecuencia de ello, un tribunal arbitral está obligado a aceptar su competencia a pesar de que las partes no han cumplido con los procedimientos pre arbitrales a los que se han obligado. Esto, en la medida en que todo sujeto tiene derecho a acudir a la jurisdicción a fin de buscar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho (159-2016, 2016). Esta posición va en línea con lo analizado anteriormente puesto que, en la medida en que el arbitraje es una jurisdicción y constitucionalmente está garantizado el libre acceso a los órganos jurisdiccionales para resolver conflictos de intereses, todo tribunal arbitral estaría obligado a declararse competente, aun cuando las partes no hayan cumplido con los requisitos de las cláusulas escalonadas.

Con todo, el razonamiento aplicado por la Sala Comercial, aunque arriba a un resultado poco deseable con respecto a las cláusulas escalonadas, aparece como jurídicamente correcto. Sin embargo, esta posición deja sin vigencia a la institución de las cláusulas arbitrales escalonadas, así como todos los beneficios que se derivan de esta. Además, se olvida de que el pacto de las partes es la piedra angular del arbitraje ya que, sin acuerdo, no hay arbitraje que exista (Bullard Gonzáles, 2013). Si ello es así, las partes deben tener el derecho de diseñar los mecanismos de solución de controversias que se acomoden a sus necesidades contractuales. Por lo tanto, es un sinsentido que no se exija el respeto de las cláusulas escalonadas.

Aun cuando el arbitraje es una jurisdicción en el Perú, no se puede negar que el pacto de las partes es esencial para la existencia de este mecanismo. De alguna manera, el propio TC lo reconoce en el precedente Cantuarias cuando afirma que "[…] la jurisdicción arbitral se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral [...]" (6167-2005-PHC/TC, 2006). Desde nuestra perspectiva, esa misma voluntad es la que debe ser reconocida para que las partes puedan obligarse válidamente a llevar a cabo procedimientos pre arbitrales, para resolver sus controversias. Justamente, son las partes quienes conocen y negocian sus necesidades para resolver sus controversias. Así, la cláusula escalonada no debería ser vista como un impedimento o restricción a la jurisdicción, sino como el mecanismo que libremente han dispuesto los contratantes para re-

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.

[…] (Decreto Legislativo 1071, 2008) [el énfasis es nuestro].

solver sus controversias, de la misma manera que decidieron someterse al arbitraje.

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que en el Perú, nos encontramos ante decisiones contradictorias. Por ello, surge la interrogante sobre qué deben hacer los árbitros cuando se enfrentan al incumplimiento de una cláusula escalonada, con la finalidad de garantizar la eficacia de su laudo.

IV. ¿QUÉ DEBEN HACER LOS ÁRBITROS EN EL PERÚ ANTE LA EXISTENCIA DE DECISIONES CONTRADICTORIAS?

El problema generado por las decisiones contradictorias es bastante preocupante, pues cualquiera sea la decisión que tomen los árbitros, esta podría ser cuestionada ante el Poder Judicial. Bajo la decisión del TC, las cláusulas escalonadas son vinculantes; mientras que, la Segunda Sala Civil sostiene que el acceso a la jurisdicción no puede ser restringido. Esta incertidumbre derivada de dichos pronunciamientos judiciales nos lleva a plantear soluciones que no pongan en riesgo el laudo y, al mismo tiempo, busquen respetar el acuerdo entre las partes.

Un primer aspecto que corresponde analizar a un tribunal arbitral frente a una objeción con respecto al incumplimiento de uno de los procedimientos previos son los términos del propio acuerdo, a fin de identificar claramente cuál es el compromiso de las partes. De ahí, la importancia de la claridad de las cláusulas escalonadas. Por ello, al momento de redactar una de estas cláusulas, las partes deben cuestionarse lo siguiente:

> ¿Es necesario o útil un proceso de resolución de controversias escalonado para este tipo de contrato?
>
> De ser así, ¿qué forma(s) de resolución de controversias escalonadas debería(n) adoptarse?
>
> ¿Deberían ser los niveles obligatorios o voluntarios? Para cualquiera de las dos opciones, asegúrese de que haya plazos efectivos (Paulsson *et al.*, 2010).

Cuando los procedimientos pre arbitrales son obligatorios, debe analizarse si el incumplimiento de dichos procedimientos pre arbitrales causa la inadmisibilidad de la controversia o la falta de competencia del tribunal. Para ello, conforme a los profesores Vetulli y Kaufman es necesario analizar la naturaleza de dichos pactos en sí mismos para determinar si tiene naturaleza de admisibilidad o jurisdicción (2017). De la misma manera, Bernal Gutiérrez sostiene que:

> Es posible encontrar una parte de la doctrina y de la jurisprudencia que establece que los escalones previos son de obligatorio cumplimiento, pero que se diferencian en cuanto a los efectos que dicho incumplimiento tiene. **Para algunos, el incumplimiento llevaría a que los tribunales arbitrales no fueran competentes, mientras que, para otros, dicho incumplimiento afectaría la admisibilidad de la demanda, más no la jurisdicción del tribunal**. Asimismo, es posible encontrar un extremo totalmente opuesto en quienes afirman que dichos escalones iniciales no son obligatorios por lo que su incumplimiento no acarrearía ninguna clase de consecuencia, ni para la jurisdicción del tribunal, ni para la admisibilidad de la demanda (2012, p. 179) [el énfasis es nuestro].

La naturaleza de la admisibilidad de los procedimientos pre arbitrales se encuentra relacionada con los requisitos procedimentales que se tienen que cumplir para presentar una demanda (López de Argumedo Piñeiro, 2010). Así, las cuestiones de admisibilidad se refieren a un reclamo que aún no está listo para ser adjudicado o visto por los árbitros. Esto significa que sí existe consentimiento para arbitrar, pero que no se ha cumplido con los requisitos para demandar ante el tribunal. Esta es la posición asumida por las cortes francesas, pues consideran que, a pesar del incumplimiento de la cláusula escalonada, el tribunal es competente para resolver la controversia (Derains & Kiffer, 2020).

La perspectiva jurisdiccional está relacionada con el consentimiento para el arbitraje y la competencia de los árbitros para resolver el fondo de la controversia; es decir, el defecto es permanente y no puede ser subsanado. Se considera que no cumplir con las precondiciones arbitrales, niega el consentimiento de las partes para resolver las disputas en sede arbitral, es decir, es un asunto jurisdiccional (Paulsson, 2005). Por ejemplo, en el caso *Kemiron Atlantic c. Aguakem Intern*, la Corte de Apelaciones del décimo primer Circuito de Estados Unidos (2002) señaló que

> ninguna de las partes cumplió la primera condición necesaria para invocar la cláusula arbitral del Acuerdo. De hecho, el registro revela que Aguakem todavía no ha exigido ninguna mediación o arbitraje. Debido a que ninguna de las partes solicitó la mediación, **la cláusula arbitral no se ha activado** [...][18].

[18] Para mayor información, véase *Kemiron Atlantic, Inc. c. Aguakem Intern* (2002).

Desde nuestra perspectiva, la naturaleza de los procedimientos pre arbitrales es de admisibilidad, debido a que la competencia de tribunal arbitral surge de la propia cláusula que contiene el convenio arbitral. El arbitraje ha sido previamente consentido y de ahí surge la competencia del tribunal. Por lo tanto, el incumplimiento de los procedimientos pre arbitrales acarrearía la inadmisibilidad de la controversia y no la incompetencia del tribunal.

En este punto, identificamos tres alternativas: i) rechazar las objeciones, para garantizar el acceso a la jurisdicción; ii) aceptar las objeciones planteadas; y iii) suspender las actuaciones y remitir a las partes a cumplir con los procedimientos previos.

En el primer caso, al rechazar las objeciones sobre la base del principio de acceso irrestricto a la jurisdicción, el tribunal arbitral corre el riesgo de que su decisión sea anulada bajo la lógica expuesta por el TC en el caso CODISA revisado párrafos arriba. Por otro lado, el tribunal que rechaza las objeciones a pesar de haber identificado la obligatoriedad de los procedimientos previos los vaciaría de contenido y dejaría de lado la voluntad de las partes para diseñar sus mecanismos de solución de controversias. En el segundo supuesto, también se corre el riesgo de que el Poder Judicial anule el laudo bajo el argumento de acceso irrestricto a la jurisdicción, como analizamos en el caso DESSAU.

En cuanto a la última alternativa, debemos recordar que la inadmisibilidad de una controversia se produce cuando el defecto es subsanable. Así, el incumplimiento de los procedimientos previos al arbitraje es subsanable. Al amparo del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, aun cuando el reglamento arbitral aplicable o las reglas elegidas por las partes no lo regulen expresamente, el tribunal se encuentra plenamente facultado para decidir las reglas procedimentales más apropiadas[19]. Así, puede suspender las actuaciones arbitrales y remitir a las partes a cumplir con los procedimientos pre arbitrales, en estricto cumplimiento de los plazos establecidos en la cláusula escalonada.

Si durante dicho periodo las partes llegan a un acuerdo, el tribunal arbitral deberá archivar las actuaciones arbitrales. Sin embargo, si no se arriba a una solución de la controversia, deberán continuar con las actuaciones del arbitraje.

Ahora bien, consideramos que la decisión se debe tomar cuanto antes, a fin de evitar prolongar la discusión sobre las consecuencias del incumplimiento de la cláusula escalonada. Así, cuando se advierte un reclamo expreso en la respuesta a la solicitud de arbitraje con respecto a la falta de cumplimiento de los requisitos previos al arbitraje, consideramos que el tribunal debe tomar la decisión de suspender las actuaciones lo más pronto posible. Al momento de establecer las reglas del arbitraje, podría motivar pronunciamientos previos sobre este asunto, para poder decidir. De esa forma, la suspensión no afectará a ninguna de las partes y tampoco la inmediación del tribunal con el caso.

La solución planteada motiva el cumplimiento de los acuerdos escalonados, cuando la cláusula es clara con respecto a su obligatoriedad. Además, ante la incertidumbre generada por las decisiones contradictorias, el tribunal arbitral tendría que optar por una solución que busque salvaguardar la institución y, al mismo tiempo, garantizar la eficacia de su laudo.

V. CONCLUSIONES

Las cláusulas escalonadas reportan diversos beneficios y se han convertido en un pacto común tanto en contratos públicos como privados. Sin embargo, la obligatoriedad de estas cláusulas está determinada por la naturaleza jurídica del arbitraje; por lo que, si el arbitraje es una jurisdicción, estos pactos no son válidos dado que son contrarios al principio de acceso sin restricciones a la jurisdicción.

A pesar de que en el Perú el arbitraje es una jurisdicción, encontramos decisiones contradictorias por parte del TC y la Segunda Sala Civil con respecto a la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas. El primero ha señalado que estos pactos son vinculantes ya que son ley entre las partes; mientras que, la segunda ha sostenido que no puede limitarse de manera alguna el acceso a la jurisdicción. Si bien consideramos urgente un pronunciamiento jurisprudencial sobre este asunto en favor de la obligatoriedad de las cláusulas escalonadas, pues debe primar la voluntad de las partes, lo cierto es que mientras no se produzca, debemos convivir con las decisiones contradictorias que existen.

Ante dicha incertidumbre, consideramos que cuando un tribunal arbitral se enfrenta al incumplimiento de procedimientos previos de una cláusula escalonada, en primer lugar, debe determinar de la lectura de los términos del acuerdo y si estos procedimientos son claramente vinculantes y obligato-

[19] De hecho, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071, se reconoce expresamente que "la discrecionalidad de los árbitros para integrar los vacíos de las reglas pactadas o de la propia ley arbitral, sobre la base de los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral" (2008).

rios. En caso de ser vinculantes, debemos considerar que en tanto los procedimientos previos tienen una naturaleza de admisibilidad y no jurisdiccional, su incumplimiento es subsanable. Por lo tanto, en atención a su facultad de dirección del arbitraje, el tribunal debería remitir a las partes a cumplir con los términos de su acuerdo, en la primera oportunidad que disponga luego de haberlas oído.

De esta manera, no se deja sin contenido el acuerdo de las partes sino, por el contrario, se incentiva el cumplimiento de las cláusulas escalonadas. Adicionalmente, no se pone en riesgo de anulación el laudo final emitido por el tribunal, puesto que cualquier vicio se habría subsanado al haber cumplido las partes con los procedimientos establecidos en su cláusula escalonada.

REFERENCIAS

Baizeau, D. (2018). Chapter 18, Part XVI: Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses. En M. Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2da ed., pp. 2781-2797). Kluwer Law International.

Berger, K. P. (2006). Law and Practice of Escalation Clauses. *Arbitration International*, *22*(1), 1-18.

Bernal Gutierrez, R. (2012). Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia. Arbitraje. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *5*(1), 169-203.

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2009). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5ta ed.). Oxford University Press.

(2020). *Redfern y Hunter sobre Arbitraje Internacional*. Baxel Academics, Fogueras.

Born, G. B. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed., Vol. 3). Kluwer Law International.

(2016). Chapter 3: Drafting International Arbitration Agreements. En G. B. Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing* (5ta ed., pp. 29-114). Kluwer Law International.

Brito Nieto, L. M. (2019). El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia. *Revista de derecho (Valdivia)*, *32*(2), 251-272.

Bühler, M., & Gidoin, A. (2018). L "étape préalable" dans le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation OHADA. *ASA Bulletin*, *36*(3), 578-596.

Bullard Gonzáles, A. (2013). ¿Que fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación. *Revista Internacional de Arbitraje*, (19), 55-93.

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2014). La Naturaleza Jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino. Forseti, (1), 97-110.

Derrains, Y., & Kiffer, L. (2020). National Report for France (2013- 2020). En L. Bosman, (Ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (pp. 1-98). Kluwer Law International.

Friel, S. (2013). Chapter 3: Arbitration in Context. En J. Lew, H. Bor, & J. Greenaway (eds.), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland* (pp. 31-50). Kluwer Law International.

Kayali, D. (2010). Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. *Journal of International Arbitration*, *27*(6), 551-577.

Kroll, S. M. (2020). National Report for Germany (2007-2020). En L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (pp. 1-70). Kluwer Law International.

Lew, J., Mistelis, L., & Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

López de Argumedo Piñeiro, Á. (2010). Multi-Step Dispute Resolution Clauses. En B. M. Cremades, M.A. Fernandez-Ballesteros & D. Arias (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (pp. 733-745). La Ley.

Mistelis, L. (2004). International Arbitration - Corporate Attitudes and Practices - 12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report. *The American Review of International Arbitration*, *15*(3), 527- 559.

Palmer, E., & López, E. (2003). The Use of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Latin America: Questions of Enforceability. *The American Review of International Arbitration*, *14*(3), 285-295.

Paulsson, J. (2005). Jurisdiction and Admissibility. En G. Aksen & R. Briner (eds.), *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: Liber amicorum in honour of Robert Briner* (pp. 601-617). International Chamber of Commerce Publishing.

Paulsson, J., Rawding, N., & Reed, L. (2010). Chapter 8: Choosing ADR/tiered dispute resolution methods. En *The Freshfields Guide to Arbitra-*

tion Clauses in International Contracts (3ra ed., pp. 115-120). Kluwer Law International.

Vetulli, E. H., & Kaufman, E. E. (2017). Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, Deciding who decides: Issues arising out of the Failure to fulfil Pre-Arbitration Requirements. En Klausegger, C., Klein, P., Kremslehner, F., Petsche, A., Pitkowitz, N., Power, J., Welser, I., & Zeiler, G. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration of 2017* (pp. 59-74). MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH.

Zuleta, E. (2020). National Report for Colombia (2014-2018). En L. Bosman (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2018). *Cláusulas de Arbitraje de la CCI*. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Standard-ICC-Arbitration-Clause-in-SPANISH-1.pdf

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2019). *Reglamento de Arbitraje (2017) y Reglamento de Mediación (2014)*, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014- Mediation-Rules-spanish-version.pdf

Channel Tunnel Group Ltd. c. Balfour Beatty Construction Ltd. and others (1993) 334 AC (HL) (Reino Unido).

Comité de Proinversión en Proyectos de Infraestructura Vial, Infraestructura Ferroviaria e Infraestructura aeroportuaria- Pro-Integración (Proinversión Perú). (2007). Contrato de Concesión, Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Callao, Línea 1, Villa El Salvador-Av. Grau-San Juan De Lurigancho, 19 de enero de 2007.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Cour d'appel [CA] [Corte de apelación], Camara Social, 21 de julio de 2020, 128 (Fr.).

Cour de cassation [Cass.] [Corte de casación], Segunda Camara Civil, Dic. 16, 2010, 09-71575 (Fr.).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008 (Perú).

Dessau International c. Gobierno Regional de Loreto-OPIPP, Expediente 268-38-12, Resolución 18 (CARC PUCP 31 de mayo de 2013).

Dessau International c. Gobierno Regional de Loreto-OPIPP, Expediente 269-39-12, Resolución 20 (CARC PUCP 31 de mayo de 2013).

Dessau International c. Gobierno Regional de Loreto-OPIPP, Resolución 23 (CARC PUCP 9 de septiembre de 2013).

Dessau International c. Gobierno Regional de Loreto-OPIPP, Laudo, Resolución 57 (CARC PUCP 5 de enero de 2016).

Dessau International c. Gobierno Regional de Loreto-OPIPP, Laudo, Resolución 61 (CARC PUCP 18 de abril de 2016).

International Bar Association (IBA). (2010). *Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional*.

International Centre For Dispute Resolution (ICDR). (2020). *Clauses: Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*. https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR%20Guide%20to%20Drafting%20International%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20-%20English.pdf

Kemiron Atlantic, Inc. c. Aguakem International, Inc, No. 01-16400 (11ro. circuito 2002) (EE.UU.).

Motor Vehicles (Wearing of Seat Belts) 1993, SI 1993/176 (Reino Unido).

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Jun. 22, 2016, Expediente 159-2016 (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú, 14 de agosto de 2005, sentencia recaída en el Expediente 167-2005-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú, 14 de noviembre de 2005, sentencia recaída en el Expediente 3741-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú, 28 de febrero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú, 5 de octubre de 2009, sentencia recaída en el Expediente 05311-2007-PA/TC (Perú).

Tribunal fédérale [TF] 16 de marzo de 2016, 4A_628/2015 (Suiza).

MIRANDA & AMADO

CONOCE NUESTROS

Canales Digitales

Síguenos y mantente informado sobre las principales actualizaciones en materia legal

WhatsApp Miranda & Amado

Recibe rápidamente nuestras alertas, informativos y podcast

Suscríbete: bit.ly/WA_MA

Podcast Laboral 24/7

en Spotify y Apple Podcasts

Síguenos en LinkedIn como

Miranda & Amado

Síguenos en Twitter como

@MAfirma_legal

10.18800/themis.202001.006

UNIFORMITY AND DIVERSITY IN THE ENFORCEMENT OF ARBITRATION CLAUSES IN CANADA

UNIFORMIDAD Y DIVERSIDAD EN LA EJECUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES EN CANADÁ

Geneviève Saumier*
McGill University

El arbitraje se encuentra bien establecido en Canadá. Todas las jurisdicciones han implementado la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial y legislación equivalente para el arbitraje doméstico. Este marco legal generalmente favorable al arbitraje se encuentra frecuentemente reñido con el acceso a la justicia para los consumidores. A consecuencia de ello, múltiples jurisdicciones en Canadá han adoptado legislación para asegurar a los consumidores el acceso a las cortes locales, incluso a través de las acciones de clase, a pesar de la inclusión de cláusulas arbitrales en sus contratos. La división constitucional de poderes en Canadá permite a cada provincia adoptar su propia política, lo que genera una diversidad en el cumplimiento que tienen las cláusulas arbitrales de los contratos comerciales a lo largo de todo el país.

*En este artículo, la autora examina la tensión entre el apoyo generalizado al arbitraje y el tratamiento diferenciado que recibe el arbitraje de consumo en Canadá. Con dicho fin, la autora examina la legislación pertinente en diversas provincias (incluyendo Quebec y Ontario) así como la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá (*Dell Computer *(2007),* Telus *(2011) y* Wellman *(2019)). La sentencia de 2020 de la Corte Suprema de Canadá en el caso* Uber *puede significar una nueva apertura a extender la protección a otras partes contractuales tales como los empleados.*

Palabras clave: Cláusula arbitral; protección al consumidor; ejecución; contratos de adhesión; legislación; jurisprudencia.

Arbitration is well established in Canada. All jurisdictions have implemented the 1958 New York Convention, the UNCITRAL Model Law on Arbitration and equivalent legislation for domestic arbitration. This generally supportive legal landscape for arbitration is often at odds with access to justice for consumers. As a result, several jurisdictions in Canada have adopted legislation to guarantee consumers' access to local courts, including through class actions, notwithstanding the inclusion of arbitration clauses in their contracts. The constitutional division of powers in Canada entitles each province to adopt its own policy, leading to diversity across the country with regard to the enforceability of arbitration clauses in consumer contracts.

*In this paper, the author examines the tension between general support for arbitration and differentiated treatment of consumer arbitration in Canada. To that end, the author examines relevant legislation in several provinces (including Quebec and Ontario) as well as recent jurisprudence from the Supreme Court of Canada (*Dell Computer *(2007),* Telus *(2011) and* Wellman *(2019)). The 2020 decision from the Supreme Court of Canada in* Uber *may signal a new openness toward extending protection to other vulnerable contracting parties such as employees.*

Keywords: Arbitration clause; consumer protection; enforceability; adhesion contracts; legislation; jurisprudence.

* Professor. B.Com., B.C.L., LL.B., McGill University; Ph.D. (Law), University of Cambridge. Peter M. Laing Q.C. Chair in Law at the Faculty of Law of McGill University (Montreal, Canada). Former Associate Dean at the Faculty of Law of McGill University. Member of the International Academy of Comparative Law and of the American Association of Private International Law. Contact: genevieve.saumier@mcgill.ca.

Editor's note: This paper was received by the Editorial Board of THĒMIS-Revista de Derecho on 9 March, 2020 and accepted by the same on 5 July, 2020.

I. INTRODUCTION

In 1986, Canada ratified the New York Convention on the Enforcement of Foreign Arbitral Awards. This was accompanied by widespread legislative modernization of arbitration along the lines of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, adopted by United Nations Commission on International Trade Law on 21st June 1985, with effect on both international and domestic arbitration throughout the country. This legislative policy in favour of arbitration forced reluctant Canadian courts to reverse their previous rejection of parties' ability to exclude the jurisdiction of state courts.[1] This ushered in a new approach to arbitration, focussed on supporting party autonomy in the selection of private means of dispute resolution.

In the same period, the number of class actions rose throughout the country. This promised greater access to justice along with judicial economy and expected deterrence of wrongful behaviour.[2] However, fast-forwarding to 2020, the potential tension between these two policies has become evident. The initial wholesale endorsement of arbitration has been challenged by legislatures and courts, largely on the basis of its impediment to access to justice through class actions, particularly in cases involving consumer claims. This article will canvass these areas of friction within Canadian law and jurisprudence.

This paper begins with a brief overview of the legislative context for arbitration in Canada, followed by an examination of the interaction between arbitration and class actions. The particular case of consumer class actions will illustrate the diversity in approaches across the country. Beyond the consumer context, there is less predictability, in the absence of specific legislative rules, as will be examined in the final section. That section will include a brief discussion of the very recent judgment from the Supreme Court of Canada in *Uber Technologies v. Heller*, which may signal a shift in that court's traditionally pro-arbitration view.

II. THE LEGISLATIVE CONTEXT FOR ARBITRATION IN CANADA

Canada is a federal state whose constitutional division of powers between the central and provincial governments puts legislative competence over civil justice, including procedure and dispute resolution, within the purview of the provinces.[3] As a result, there is no single uniform arbitration law across the country. Instead, there is separate legislation in each province, constrained only with regard to Canada's international obligations under the New York Convention. Although the New York Convention ensures a uniform approach to the enforcement of arbitration agreements and foreign arbitral awards, it leaves room for distinct implementation, especially as regards the definition of arbitrable disputes and the assessment of the validity of an arbitration clause.

Each province in Canada typically has separate legislation dealing with domestic and international arbitration.[4] The most relevant aspect of that legislation for the purposes of this article concerns the court's role in enforcing arbitration clauses. With regard to international arbitration, the role of the court is generally stated in terms identical or similar to those provided in Article 8 of the Model Law, according to which a court "shall […] refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed" (UNCITRAL, 2006).[5] In relation to domestic arbitration, however, the statutory language is often quite distinct, although the underlying principle is similar. For example, the Ontario legislation states the following:

> Section 7:
>
> (1) If a party to an arbitration agreement commences a proceeding in respect of a matter to be submitted to arbitration under the agreement, the court in which the proceeding is commenced shall, on the motion of another party to the arbitration agreement, stay the proceeding.

---

1 *See* Brierley (1988) and, more recently, Bachand and Gélinas (2014).

2 *See* generally Piché and Saumier (2018).

3 Moreover, unlike in the United States, the Canadian judicial system does not include federal courts with general jurisdiction over transborder cases and there is thus no equivalent to the US Federal Arbitration Act that takes precedence over state legislation.

4 *See* generally Casey (2017).

5 In all provinces in Canada except Quebec, the legislation on international arbitration incorporates the Model Law by reference. In Quebec, the relevant provisions are included in the Code of Civil Procedure (art. 649 and ff). For Ontario, see the International Commercial Arbitration Act (2017). All of the references to court judgments and legislation in Canada are accessible free online at canlii.org.

> (2) However, the court may refuse to stay the proceeding in any of the following cases:
>
> 1. A party entered into the arbitration agreement while under a legal incapacity.
>
> 2. The arbitration agreement is invalid.
>
> 3. The subject-matter of the dispute is not capable of being the subject of arbitration under Ontario law.
>
> 4. The motion was brought with undue delay.
>
> 5. The matter is a proper one for default or summary judgment.
>
> [...]
>
> (5) The court may stay the proceeding with respect to the matters dealt with in the arbitration agreement and allow it to continue with respect to other matters if it finds that,
>
> (a) the agreement deals with only some of the matters in respect of which the proceeding was commenced; and
>
> (b) it is reasonable to separate the matters dealt with in the agreement from the other matters (Ontario Arbitration Act, 1991).

Whether under international or domestic arbitration legislation, none of the provincial statutes in Canada provides for exceptions with respect to claims brought as class actions. As a result, plaintiffs seeking to avoid arbitration clauses in order to proceed with a class action in court have two options. They can invoke one of the general exceptions to enforcement provided for in the arbitration statute or they can search for an exception to the enforcement of the arbitration clause outside the arbitration legislation framework. Both of these approaches have been attempted in various courts across the country.

III. THE INTERACTION BETWEEN ARBITRATION AND CLASS ACTIONS

Class actions have been available in Canada for several decades but the clash with arbitration only began in earnest in the early twenty first century.[6] It was essentially the result of an emerging business practice of including mandatory arbitration clauses in contracts, later followed by the addition of class action waivers.[7] This trend originated in the United States, fuelled by supportive U.S. Supreme Court jurisprudence.[8] Even where state legislators attempted to counter this practice through legislation protecting access to courts, the U.S. Supreme Court largely invalidated these attempts based on its interpretation of the federal arbitration legislation as pre-empting inconsistent state legislation.[9] Although, as explained above, the legislative context in Canada is quite distinct, until the last fifteen years, there were no existing impediments preventing the importation of the U.S. business practice into Canada. As discussed in the upcoming section III.A of this article, the situation changed in the consumer law context. The subsequent section III.B will examine the issue outside the consumer context.

A. The Particular Context of Consumer Claims

One of the early landmark decisions arose in 2002 in Ontario. The case dealt with proceedings to bring a class action instituted by consumers against Rogers Cable, a telecom company, who objected based on the dispute resolution clause in the contract. The clause read as follows:

> Arbitration. Any claim, dispute or controversy (whether in contract or tort, pursuant to statute or regulation, or otherwise, and whether pre-existing, present or future) arising out of or relating to: (a) this Agreement; (b) Rogers@Home; (c) oral or written statements, advertisements or promotions relating to this Agreement or to Rogers@Home or (d) the relationships which result from this Agreement (including relationships with third parties who are not signatories to this Agreement) (collectively the "Claim"), will be referred to and determined by arbitration (to the exclusion of the courts). You agree to waive any right you may have to commence or participate in any class action against us related to any Claim and, where applicable, you also agree to opt out of any class proceedings against us (*Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 2002, pp. 302-303).

6 *See* generally Piché and Saumier (2018). As with arbitration, each province has its own legislation regarding class actions. Although there is significant uniformity, there are divergences between the statutes, none of which are essential to the discussion here.

7 *See* generally Saumier (2009). See also Pavlovic (2016) and McGill (2014).

8 *See* Eisenberg *et al*. (2008).

9 For a comprehensive review of the jurisprudence see Stone (2017).

In the action, the plaintiff had sought to avoid the arbitration clause using the two types of arguments mentioned in the previous section. First, the plaintiff argued that the arbitration clause was invalid because it was unconscionable. Although admitting that there was inequality of bargaining power between the parties and that the contract was one of adhesion, the Court rejected this argument.[10] In its reasons, the Court stated that there was no evidence that the inclusion of the arbitration clause and class action waiver in the contract was "improvident" for the consumers or that it had been included to take advantage of them. Second, the plaintiff argued that the policy behind the class actions legislation supported non-enforcement of the arbitration clause. This too was rejected by the Court, holding that nothing in the class actions statute gave it precedence over arbitration and that while the legislature was free to make that determination, it had not done so (*Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 2002, para. 52). In the end, the Court held that the clause was enforceable, pursuant to article 7 of the Ontario arbitration legislation cited above (para. 33). This had the effect of denying access to any court process, whether on an individual or a collective basis.

During the same year, the Ontario Government was in the process of amending its consumer protection legislation in order to deal with arbitration and class action waivers in consumer contracts. In this document, two separate provisions were adopted, as follows:[11]

> *Section 7:*
>
> (1) The substantive and procedural rights given under this Act apply despite any agreement or waiver to the contrary.
>
> (2) Without limiting the generality of subsection (1), any term or acknowledgment in a consumer agreement or a related agreement that requires or has the effect of requiring that disputes arising out of the consumer agreement be submitted to arbitration is invalid insofar as it prevents a consumer from exercising a right to commence an action in the Superior Court of Justice given under this Act.
>
> (3) Despite subsections (1) and (2), after a dispute over which a consumer may commence an action in the Superior Court of Justice arises, the consumer, the supplier and any other person involved in the dispute may agree to resolve the dispute using any procedure that is available in law.
>
> [...]
>
> (5) Subsection 7 (1) of the Arbitration Act, 1991 does not apply in respect of any proceeding to which subsection (2) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration.
>
> *Section 8*:
>
> (1) A consumer may commence a proceeding on behalf of members of a class under the Class Proceedings Act, 1992 or may become a member of a class in such a proceeding in respect of a dispute arising out of a consumer agreement despite any term or acknowledgment in the consumer agreement or a related agreement that purports to prevent or has the effect of preventing the consumer from commencing or becoming a member of a class proceeding.
>
> [...]
>
> (4) Subsection 7 (1) of the Arbitration Act, 1991 does not apply in respect of any proceeding to which subsection (1) applies unless, after the dispute arises, the consumer agrees to submit the dispute to arbitration (Ontario Consumer Protection Act, 2002).

These amendments sought to secure access to courts for consumers bringing claims under the Ontario consumer protection legislation, whether individually or collectively. It achieves this result in two ways. First, Section 7 provides that a pre-dispute mandatory arbitration clause in a consumer contract will not be enforceable in court. Second, Section 8 specifies that the same result accrues when the action is brought as a class action. It is arguable that the result in Section 8 is implicit in Section 7 since if the arbitration clause is not enforceable, this will be effective regardless of the way the claim is brought to court. However, given that consumer contracts had begun to include not only arbitration clauses but also class action

[10] The Court defined the test for unconscionability as follows, at paragraph 37:

> Three elements can be discerned as being required for a finding of unconscionability. First, there must be an inequality of bargaining power. Second, there must be some taking advantage of, or preying upon, the weaker party by the stronger party. Third, there must be a resulting improvident agreement. It is not sufficient to simply show that one party extracted a better deal than the other (*Kanitz v. Rogers Cable Inc.*, 2002).

[11] These amendments came into force in 2005.

waivers,[12] the legislature chose to address both explicitly. The specific exemption from the application of Subsection 7(1) of the Arbitration Act spells out a clear legislative policy in favour of class actions over arbitration.

As a result of this legislative intervention, defendants will not succeed in avoiding statutory consumer claims brought before Ontario courts, whether individually or collectively, notwithstanding the inclusion of arbitration clauses or class action waivers in the relevant contracts. However, by choosing to modify only the consumer protection legislation, the Ontario legislature has left intact the jurisprudential priority given to arbitration absent any specific protection for class actions in other fields.

That jurisprudential priority was affirmed in 2007 by the Supreme Court of Canada.[13] In the Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs case, the Supreme Court confirmed that pre-dispute mandatory arbitration clauses in consumer contracts are valid and enforceable, even against a class action, unless specific legislation provides otherwise. Moreover, the Supreme Court held that the validity of the clause is a question for the arbitrator and not the court to determine unless it involves a pure question of law (*Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007, para. 84).[14]

The appeal was from a case brought before a Quebec court. At the time the initial claim in the Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs case was filed in 2003, Quebec legislation did not specifically deal with the interaction between arbitration and class actions. Quebec private international law does, however, grant Quebec consumers (and employees) access to domestic courts in transborder cases, specifically declaring that any waiver of that jurisdiction is not binding on consumers (or employees) (Civil Code of Quebec, 1991, art. 3149). This is understood to apply to both choice of court clauses and arbitration clauses. However, it only applies to cases involving a relevant foreign element, which the Supreme Court found not to be applicable in the Dell Computer case since the arbitration clause allowed for arbitration in Quebec.[15]

While the Dell Computer case made its way up to the Supreme Court of Canada, the Quebec legislature introduced an amendment to its consumer protection legislation in 2006. This included the following single provision to cover both arbitration and class actions in relation to consumer claims:

> 11.1. Any stipulation that obliges the consumer to refer a dispute to arbitration, that restricts the consumer's right to go before a court, in particular by prohibiting the consumer from bringing a class action, or that deprives the consumer of the right to be a member of a group bringing a class action is prohibited.
>
> If a dispute arises after a contract has been entered into, the consumer may then agree to refer the dispute to arbitration (Quebec Consumer Protection Act, 1971).

The Supreme Court found that this new protection did not apply retroactively to the Dell Computer litigation (2007, paras. 111-120).[16] As a result, it referred the parties to arbitration, pursuant to the rules of the Quebec law governing arbitration.[17] For all later cases, however, the situation in Quebec is identical to that in Ontario consumers are entitled to bring claims in court, whether individually or in a class action, notwithstanding the inclusion of an arbitration clause or class action waiver in their contract.

Although the Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs case arose from Quebec, the Supreme Court's decision expressed general principles governing the interaction between arbitration and class actions. As a result, courts in other Canadian provinces felt compelled to follow it when interpreting their own legislation on arbitration and class actions. The result was that arbitration

[12] It is unusual for a contract to include only a class action waiver without an arbitration clause. There is only one reported case involving such a clause: *Pearce v. 4 Pillars Consulting Group Inc.* (Supreme Court of British Columbia, 2019). The Court refused to enforce the class action waiver.

[13] The Supreme Court of Canada is a court of general jurisdiction and is the highest appellate court in the country.

[14] Because the issue had been addressed in full by the parties, however, the Court decided the issue, finding that the arbitration clause was neither abusive nor against public order.

[15] The clause provided for arbitration governed by the rules of the U.S. National Arbitration Forum (NAF). The Supreme Court held that this was insufficient as a foreign element to trigger the application of art. 3149 of the Civil Code of Quebec because the NAF rules allowed for arbitration to take place in Quebec. The Court omitted to consider the fact that the defendant was a foreign corporation, which would normally constitute a sufficient foreign element. For a full discussion of this aspect of the case we recommend to see Saumier (2007).

[16] In essence, the Court held that the arbitration clause was a substantive right that could not be affected retroactively unless the amendment was expressly declared to apply retroactively, which it did not.

[17] The relevant provision is in the Quebec Code of Civil Procedure which provides for obligatory referral to arbitration unless the arbitral clause is found to be null (2014, art. 622).

clauses were held to be effective to defeat consumer class actions in Canadian provinces other than Ontario and Quebec.[18]

The Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs decision did not give absolute precedence to arbitration clauses in consumer class actions given the exceptions included in the arbitration legislation. In particular, it was still open to a plaintiff to argue that the clause was inoperative because the subject-matter of the claim was not arbitrable. Two decisions reflect this possibility. First, in 2011, the Supreme Court of Canada heard an appeal concerning a consumer class action against a telecom provider in British Columbia (*Seidel v. Telus Communications Inc.*, 2011). The defendant had sought to avoid the action by invoking the arbitration clause contained in the service contract. The applicable British Columbia consumer protection legislation did not contain any rule prohibiting such a clause or reserving the right to bring a class action. The legislation did include, however, a provision allowing any person, whether or not they had a personal interest, to bring an action seeking a declaration that a supplier was acting in contravention of the statute and an injunction against such contravention in the future (Business Practices and Consumer Protection Act, 2004, section 172).

The plaintiff had sought such a declaration and injunction, in addition to damages in relation to her own contract with the defendant. At the British Columbia Court of Appeal, it was held that all of the claims were to proceed to arbitration (*Seidel v. Telus Communications Inc.*, 2009). Indeed, that court considered that the Dell Computer decision was dispositive given the absence of any express language in the British Columbia consumer protection legislation giving precedence to court actions over arbitration. The Supreme Court of Canada granted leave to appeal and allowed the appeal in part. The Court held, first, that the damages action could not proceed in court because the arbitration clause was valid and enforceable, following its ruling in Dell Computer (*Seidel v. Telus Comunications Inc.*, 2011, para. 7). Secondly, it refused to do the same regarding the declaratory and injunctive portion of the action, holding instead that it could proceed in the British Columbia court. Even though the statute did not expressly state that the arbitration clause was inoperative in relation to that remedy, the Supreme Court engaged in statutory interpretation to determine the legislative policy regarding arbitration in relation to that particular remedy. In so doing, it concluded that the statutory remedy in question engaged a public interest rather than a private interest and that public interests could not and should not be subject to private and confidential arbitration (paras. 31-40). Furthermore, because this determination involved a pure question of law, it was appropriate for a court to decide it rather than refer it to the arbitrator (paras. 28-30). It is worth noting that the Court opened its consideration of the case with the following statement: "the Court's job is neither to promote nor detract from private and confidential arbitration. The Court's job is to give effect to the intent of the legislature as manifested in the provisions of its statutes" (para. 3).

The decision in *Seidel v. Telus Communications Inc.* was very limited in scope given the peculiarity of the provision of the British Columbia consumer protection legislation that was involved. However, the willingness of the Supreme Court to engage in statutory interpretation in the absence of express statutory language about arbitration suggested a more nuanced approach was possible than what Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs may have suggested. This approach was endorsed by the Manitoba Court of Appeal, in a 2014 decision, where it refused to enforce an arbitration clause in a consumer class action against a payday loan company (*Briones v. National Money Mart Co.*, 2014).[19] Even though the relevant Manitoba legislation was silent with regard to arbitration and class actions, the Court interpreted the statute as providing for exclusive judicial jurisdiction; the Court considered that this rendered the claim inarbitrable and refused to enforce the arbitration clause.

Since then, however, only two other provinces have amended their consumer protection legislation to declare "void and unenforceable" arbitration clauses in consumer contracts (Saskatchewan Consumer Protection and Businesses Practices Act, 2013, section 101; Alberta Consumer Protection Act, 2017, section 16).[20] It is worth noting that none of these provinces declare that consumer claims are inarbitrable. On the contrary, the legis-

[18] For example, in British Columbia, courts had initially sought to reconcile arbitration and class action statutes through statutory interpretation. This had led to refusals to enforce arbitration clauses when these did not permit consolidation of claims when the alternative was a class action in court. After the Dell Computer case, the courts reversed their position and sent consumers to individual arbitration since there was no express language preserving the right to proceed in court in the provincial legislation. See *MacKinnon v. National Money Mart Company* (British Columbia Court of Appeal, 2009).

[19] Leave to appeal to the Supreme Court was refused.

[20] There is no specific protection accorded to class actions in the Alberta legislation although this is an expected consequence of the unenforceability of arbitration clauses.

lation in all cases expressly preserves the right of consumers to choose arbitration, but this can only be done after the dispute has arisen.[21]

These four provincial statutory interventions express a clear legislative policy in favour of protecting consumers' access to courts. The explicit reference to class actions in three of these statutes reflects the importance of this procedural mechanism in consumer cases. While the four statutes maintain a consumer's option to choose arbitration, the emphasis is on bilateral consent at the time of the dispute as opposed to unilateral imposition in an adhesion contract at the time of contracting.[22] In balancing the policies supporting arbitration on the one hand and access to courts, in particular by class actions, on the other, these legislatures have given clear precedence to the latter in the consumer context.

This diversity in the consumer context reveals the absence of uniformity on the underlying policy question: how the tension between arbitration and access to courts should be managed. Neither the Supreme Court of Canada nor the federal legislator has the power to impose a uniform response given provincial legislative competence over the relevant matters. In practice, this situation means that merchants operating across Canada cannot impose arbitration as a uniform dispute resolution mechanism throughout the market. This also means that consumers have different procedural rights across the country, depending on the province of Canada where they live.

Despite largely, and the limited provincial legislation noted above, the tension between class actions and arbitration continues to give rise to litigation. Plaintiffs raise the access to justice obstacle presented by individual arbitration for low-value claims and some courts are receptive to this argument, even outside the consumer context. This phenomenon will be explored in the next section of this article.

B. Beyond the Consumer Context

In 2010, the Ontario Court of Appeal allowed a class action to proceed in the case *Griffin v. Dell Canada Inc.*, notwithstanding that the contract contained an arbitration clause. While the claims from consumers were protected by the specific exception in the Ontario consumer protection legislation mentioned in the previous section of this article, the action also included claims by purchasers who were not consumers. The Court of Appeal relied on Subsection 7(5) of Ontario's arbitration legislation to refuse to separate the two groups of purchasers, even though it recognized that the arbitration clause was valid and enforceable against the second group who were not consumers. It argued that to refer the non-consumer claims to individual arbitration would be inefficient, involve multiplication of proceedings, occasioning additional cost and delay. Most striking, however, was the following statement by the Court of Appeal:

> [I]t is clear beyond any serious doubt on this record that staying any claims advanced in the action will not result in any of the stayed claims being arbitrated. […] [T]here is a lack of reality to Dell's argument that the claim should proceed by way of arbitration. There will be no arbitration. The choice is not between arbitration and class proceeding; the real choice is between clothing Dell with immunity from liability for defective goods sold to non-consumers and giving those purchasers the same day in court afforded to consumers by way of the class proceeding (*Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010, para. 57).

The Court held further that it might have accepted to separate the two groups had Dell agreed to arbitrate the non-consumer claims collectively in a single arbitral procedure.[23] But Dell insisted on individual arbitration as provided for in the arbitration clause. This led the Court to conclude as follows:

[21] *See* s. 7(3) and s. 8(4) of the Ontario statute, art. 11.1(2) of the Quebec legislation, s. 101(3) of the Saskatchewan statute and s. 16(3) of the Alberta legislation.

[22] This is largely similar to the situation under the law of the European Union which requires that non-judicial dispute resolution options be provided for consumers (see Consumer ADR Directive 2013/11/EU) but presumes that mandatory arbitration clauses are unfair (as per the Annex to the Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC)). Neither of these conclusions are modified by the more recent Consumer Directive (EU) 2019/2161.

[23] This point refers to the mechanism of "class arbitration", that is, the possibility that an arbitration may proceed on a collective basis, aggregating the claims of all parties asserting a common cause of action against the same defendant. There is no evidence of such mechanisms being deployed in Canada (See Saumier (2014)). The concept of class arbitration originated in the U.S. as a response to the enforcement of arbitration clauses to defeat class actions. Where the arbitration clause did not include a class action waiver, some courts were willing to interpret it as not excluding the possibility of collective arbitration. However, once class action waivers were declared enforceable by the U.S. Supreme Court and interpreted to extend to the arbitration context (see for *e.g. AT&T Mobility v. Concepcion* (2011)), these became routinely included within arbitration clauses, thereby closing the loophole that had allowed class arbitration to emerge. Even where the clause is silent about class arbitration, the U.S. Supreme Court has recently interpreted it to exclude that option: *Lamps Plus, Inc. v. Varela* (2019).

> [T]his provides further evidence, if further evidence is required, that Dell does not genuinely seek to have the claims advanced against it determined by way of arbitration. Dell is simply seeking to exploit the inefficiency of arbitrating individual claims. As that inefficiency can be avoided if all the claims proceed by way of the class proceeding, I conclude that granting a partial stay would not be reasonable (2010, para. 60).

Dell Canada sought to appeal this judgment to the Supreme Court of Canada, but leave was denied. It took close to ten years before the Supreme Court of Canada took the opportunity to consider the Ontario Court of Appeal's judgment in the case *Griffin v. Dell Canada Inc.* When it did, in 2019, it rejected it.

The *Wellman v. Telus Communications Inc.* case involved yet another class action against a telecom company in which proceedings were instituted in Ontario with respect to a group including both consumers and non-consumers whose contracts with Telus included an arbitration clause and a class action waiver (Supreme Court of Canada, 2019). Following the *Griffin v. Dell Canada Inc.* case, the Ontario courts, both at first instance and on appeal, invoked Subsection 7(5) of the arbitration legislation to refuse to refer the non-consumer claims to arbitration since the action by the consumers, against whom the arbitration clause and class action waiver were unenforceable, would proceed in court. The Supreme Court of Canada allowed the appeal and declared that the non-consumers could not remain within the class action with the consumers and had to bring their claims in individual arbitration.[24]

Referring to its earlier jurisprudence, the Court recalled that "The central theme emerging from Seidel, consistent with its predecessors Dell and Rogers, is that arbitration clauses, even those contained in adhesion contracts will generally be enforced absent legislative language to the contrary" (*Wellman v. Telus Comunication Inc.*, 2019, para. 46). According to the Court, Subsection 7(5) of Ontario's arbitration legislation could not be used to refuse to refer parties to arbitration with respect to claims that fell within a valid arbitration agreement. The exception to a stay provided by Subsection 7(5) was limited to cases where claims were commenced concerning different "matters", some of which were not covered by the arbitration agreement (paras. 67-76). In the Wellman litigation, the claims from the consumers and non-consumers concerned a single and identical billing matter (para. 2) –*e.g.* the way partial minutes used were rounded-up- and thus, the main condition for the application of Subsection 7(5) was missing. While the Court noted the policy arguments relating to access to justice and efficiency, it found that these could not be used to modify the clear meaning of Subsection 7(5) (paras. 77 and ff). A different outcome could only result from legislative intervention, which had so far only occurred with respect to consumer claims (paras. 79-80).

The decision in the case *Wellman v. Telus Communications Inc.* reiterates a point of significant importance for parties whose contract contains an arbitration clause or a class action waiver: the fact that such a clause is included in a standard-form contract (*i.e.* a contract of adhesion) does not, on its own, affect the enforceability of the clause. In other words, such a clause is presumed to be valid unless the party seeking to avoid it can raise some other contractual defense to impugn its validity. A generic lack of specific consent argument will not be sufficient, even in the online context. For example, in Dell Computer, the plaintiff failed in its argument that the arbitration clause was not enforceable because it had to be accessed by way of a hyperlink such that its content had not been brought to the attention of the buyer when transacting online with the defendant (2019, *supra* note 15 at para. 101).

This conclusion may be open to reconsideration with the most recent decision from the Supreme Court, handed down on 26th June 2020. In the *Uber Technologies Inc. v. Heller*[25] case, the plaintiff instituted an action seeking a declaration that Uber drivers are employees entitled to certain benefits under Ontario employment legislation[26]. Uber contended instead that drivers are independent contractors and not employees and sought to have that issue determined by ICC arbitration in Amsterdam according to Dutch law, as per the arbitration clause in the user agreement between the drivers and Uber. In an effort to avoid the arbitration clause, the plaintiff raised the two expected arguments mentioned at the outset of this

[24] The Court split 5-4, with the dissent finding that s. 7(5) allowed for the non-consumer claims to remain within the class action where access to justice and efficiency justified such a result.

[25] The Supreme Court affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal (2019 ONCA 1).

[26] Uber has been the subject of similar actions in the U.S. and in other countries, some successful, such as in France where the Court of cassation confirmed the employment status in the Case 374 on 4th March 2020 (19-13.316).

paper: one, that the arbitral clause is invalid and two, that the employment legislation renders the arbitration clause unenforceable. Regarding the first argument, the plaintiff submitted evidence showing that the costs required to institute arbitral proceedings were prohibitive, thus rendering the clause unconscionable.[27] The Supreme Court agreed and thus declared the clause invalid under Subsection 7(2) of the Ontario arbitration statute (*Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020, para. 65)[28]. In so doing, it held that a finding of unconscionability rested on two requirements: "inequality of bargaining power and a resulting improvident bargain" (para. 65). On the first criterion, the Court insisted on the fact that the contract was silent as to the costs of the dispute resolution mechanism and that a person in Mr. Heller's situation could not expect that the costs would be so high. On the second criterion, the Court essentially agreed with Heller that, given the prohibitive cost of making a claim, no arbitrator would ever have the opportunity of deciding whether he was an employee or not: "Effectively, the arbitration clause makes the substantive rights given by the contract unenforceable by a driver against Uber" (para. 95).

Having found the arbitration agreement to be invalid on the basis of unconscionability, the Court did not consider whether it might also have been invalid in relation to the employment legislation (para. 99). Nor did its decision deal with whether Uber drivers are employees or not – it merely determined that this question is to be decided by the court seized of the action and not by an arbitrator (para. 48). Moreover, nothing in the decision deals with the class action dimension of the case, as was typically the case in consumer actions discussed previously. As a result, the decision leaves unresolved the situation where an employment class action is brought, and the defendant raises an arbitration agreement that is not invalid for unconscionability. Thus, while *Uber* might suggest a shift away from the Supreme Court of Canada's previous support for arbitration, it is difficult to foresee how this will affect future cases, given the highly fact-specific aspects of the decision.

Interestingly, if the action had been brought in Quebec instead of in Ontario, the arbitration clause would likely have been declared unenforceable by direct reference to legislation without any need to show that the clause was unconscionable (or rather "abusive" to use the language of the Civil Code of Quebec). This result would occur because the co-contracting party in the Uber case is a Dutch company and the arbitration clause provides for arbitration in the Netherlands under Dutch law. These facts should put the case firmly within the rules on international jurisdiction which, as noted earlier, include a provision guaranteeing Quebec employees access to their local courts, notwithstanding any waiver to the contrary (Civil Code of Quebec, 1991, art. 3149). Even though the result is the same with the Supreme Court's decision, the road to that conclusion is more direct and predictable where legislators make a clear policy decision rather than leaving it to courts to decide on a case-by-case basis.

IV. CONCLUSION

Arbitration is well-regarded in Canada and has the support of legislatures and courts. Although there is no single uniform arbitration legislation in the country, all jurisdictions follow the UNCITRAL Model Law for international arbitration and with minor variations for domestic arbitration. Parties with arbitration clauses in their contracts or with arbitration awards to their benefit can expect these to be enforced by courts in Canada. Any limitation to this pro-arbitration environment must find its source in statutory language, preferably express language. This has been done in four provinces who have chosen to protect consumers against arbitration clauses and have done so expressly in their consumer protection legislation (and only one province has expressly protected employees in the same way). In the remaining provinces, consumers (and employees) are left to contest the validity of the arbitration clause in order to avoid it. Arguments going solely to the general preferability of class actions from an access to justice perspective will not suffice, at least under the current jurisprudence of the Supreme Court of Canada. This follows from that court's view that arbitration clauses are *prima facie* valid even in adhesion contracts and that class action policy does not necessarily supersede arbitration policy. It is no doubt too soon to declare whether the Uber

[27] According to evidence presented by the plaintiff, the "mediation and arbitration process requires up-front administrative and filing fees of US$14,500, plus legal fees and other costs of participation." (*Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020, para. 2).

[28] Somewhat surprisingly, the Supreme Court held that the domestic arbitration statute applied as opposed to the international **commercial** arbitration statute. Indeed, although the arbitration was "international", it was **not** "commercial", given that the claim was framed under employment legislation (*Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020, paras. 25-26). The choice of applicable legislation was of no consequence on the facts of the case, but it may in other situations.

decision signals a shift away from this view of arbitration clauses in adhesion clauses, although future claimants will certainly make that argument in seeking to preserve their access to courts.

This combination of uniformity and diversity in the enforcement of arbitration agreements is a product of Canada's constitutional arrangements and also of the influence of U.S. business practices. Unlike in the U.S. or in the European Union, in Canada there is no higher authority that can impose a uniform policy regarding the balance between arbitration and access to courts. While the New York Convention opened Canada to arbitration, it did not close the door to limits validly imposed under domestic law. That those limits will vary from State to State is not surprising, but it is likely unusual that they vary within a State, as they do in Canada.

REFERENCES

Bachand, F., & Gélinas, F. (2014). The Implementation and Application of the New York Arbitration Convention in Canada. *Canadian Bar Review*, *92*(2), 457-480. https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931526

Brierley, J. E. C. (1988). Canadian Acceptance of International Commercial Arbitration. *Maine Law Review*, (*40*), 287-303.

Casey, J. B. (2017). *Arbitration Law of Canada: Practice and Procedure* (3ra ed.). Juris Publishing.

Eisenberg, Th., Miller, G., & Sherwin, E. (2008). Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts. *University of Michigan Journal of Law Reform*, *41*(4), 871-896. https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol41/iss4/5

McGill, S., & Tracey, A. M. (2014). The Next Chapter: Revisiting the Policy in Favor of Arbitration in the Context of Effective Vindication of Statutory Claims. *Arizona Journal of International and Comparative Law, 31*(3), 547-578. http://arizonajournal.org/wp-content/uploads/2015/09/2-McGillTracey.pdf

Pavlovic, M. (2016). Contracting out of Access to Justice: Enforcement of Forum Selection Clauses in Consumer Contracts. *McGill Law Journal, 62*(2), 389-440. https://doi.org/10.7202/1040051ar

Piché, C., & Saumier, G. (2018). Consumer Collective Redress in Canada. *Japanese Yearbook of International Law*, (*61*), 231-259. https://www.classactionslab.ca/files/sites/24/2019/04/JYIL61_Piche%CC%81Saumier_pp231-259-1.pdf

Saumier, G. (2007). La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois. *Revue générale de droit, 37*(2), 463-476. https://doi.org/10.7202/1027092ar

(2009). Consumer Arbitration in the Evolving Canadian Landscape. *Penn State Law Review*, (*4*)113, 1203-1226. http://www.pennstatelawreview.org/print-issues/articles/consumer-arbitration-in-the-evolving-canadian-landscape/

(2014). Mass and Class Claims in Arbitration: A Canadian Perspective. *World Arbitration & Mediation Review*, *3*(8), 251-368. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2622109

Stone, K. V. W. (2017). The Bold Ambition of Justice Scalia's Arbitration Jurisprudence: Keep Workers and Consumers Out of Court. *Employee Rights and Employment Policy Journal, 21*(1), 189-220. https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emplrght21&div=8&id=&page=

STATUTES, CASE LAW AND OTHER DOCUMENTS

Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17 (Can. Ont.).

AT&T Mobility LCC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).

Briones v. National Money Mart Co., 2014 MBCA 57, [2014] 306 Man. R. 2d 129 (Can. Man. C.A.).

Business Practices and Consumer Protection Act, S.B.C. 2004, c. 2 (2004) (Can. B.C.).

Code of Civil Procedure of Quebec, C.Q.L.R. c. C-25.01 (2014) (Can. Que.).

Consumer Protection Act, C.Q.L.R. c. P-40.1 (1971) (amended 2006) (Can. Que.).

Consumer Protection Act, R.S.A. 2000, c. C-26.3 (amended 2017) (Can. Alta.).

Consumer Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 30, Sched. A (Can. Ont.).

Consumer Protection and Business Practices Act, S.S. 2013, c. C-30.2 (amended 2013) (Can. Sask.).

Council Directive 93/13/EEC, of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, Annex, 1993 O.J. (L 95/29) 29, 33 (EC).

Cour de cassation [Cass.] [Supreme Court for judicial matters], soc., Mar. 4, 2020, Bull. civ. V, No. 374 (Fr.).

Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.C. 801 (Can.).

Directive 2013/11/EU, of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No. 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR), 2013 O.J. (L 165/63) 63.

Directive (EU) 2019/2161, of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance), 2019 O.J. (L 328/7) 7.

Griffin v. Dell Canada Inc., 2010 ONCA 29, [2010] 98 O.R. 3d 481 (Can. Ont. C.A.).

International Commercial Arbitration Act, 2017, S.O. 2017, c. 2, Sched. 5 (Can. Ont.).

Kanitz v. Rogers Cable Inc., 2002 CanLII 49415, [2002] 58 O.R. 3d 299 (Can. Ont. Super. Ct.).

Lamps Plus, Inc. v. Varela, 587 U.S. (2019).

MacKinnon v. National Money Mart Company, 2009 BCCA 103, [2009] 304 D.L.R. 4th 331 (Can. B.C. C.A.).

Seidel v. TELUS Communications Inc., 2009 BCCA 104, [2009] 88 B.C.L.R. 4th 212 (Can. B.C. C.A.).

Seidel v. TELUS Communications Inc., 2011 SCC 15, [2011] 1 S.C.R. 531 (Can.).

Pearce v. 4 Pillars Consulting Group Inc., 2019 BCSC 1851 (Can. B.C. Sup. Ct.).

Uber Technologies v. Heller, 2020 SCC 16 (Can.).

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) (amended 2006).

Wellman v. Telus Communications, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144 (Can.).

10.18800/themis.202001.007

LA DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS ARBITRALES

CALCULATION OF ARBITRATORS' FEES

Billy Franco Arias*
DLA Piper Perú

Arbitral fees are not a frequent topic of conversation among people involved in arbitration. Likewise, by connoting a more commercial than legal aspect and implying economic remuneration for a dispute resolution service, it could even be uncomfortable. Despite this, it is necessary to reflect on the proper understanding of the rules used in the ordinary course of the professional practice of arbitration; that is, the regime of arbitration fees.

In this article, the author makes a synthetic review of the arbitration fee regime, supporting both on the theory and the experience of arbitration institutions and legislations, in order to put into perspective, the different options that institutions and national arbitration laws have taken on this matter.

Keywords: Arbitration fee; arbitration process; fee calculation method; arbitration rules; international arbitration.

Los honorarios arbitrales resultan ser un tema poco tratado entre aquellos que se dedican al arbitraje. Asimismo, al connotar un aspecto más comercial que jurídico e implicar una retribución económica por realizar un servicio de solución de controversias, podría resultar, inclusive, incómodo. A pesar de ello, es totalmente necesario reflexionar sobre el adecuado entendimiento de las reglas utilizadas en el curso ordinario del ejercicio profesional del arbitraje; esto es, el régimen de los honorarios arbitrales.

En el presente artículo, el autor realiza una revisión sintética del régimen de los honorarios arbitrales, apoyándose tanto en la teoría como en la experiencia de numerosas instituciones y legislaciones arbitrales, con la finalidad de colocar en perspectiva las distintas opciones que las instituciones y la legislación nacional arbitral han tomado sobre esta materia.

Palabras clave: Honorario arbitral; proceso arbitral; método de cálculo honorario; reglamento de arbitraje; arbitraje internacional.

* Abogado. Asociado senior en DLA Piper (Lima, Perú). Contacto: bfranco@dlapiper.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de marzo de 2020 y aceptado por el mismo el 13 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analizará un aspecto de la práctica arbitral que usualmente suele darse por sentado; en concreto, un aspecto al que los abogados no dedicamos mayor reflexión, ya que es considerado, probablemente, más comercial que jurídico: los honorarios arbitrales. En efecto, cuando nos referimos a honorarios arbitrales hacemos referencia a aquella retribución económica que perciben los árbitros por el servicio que les prestan a las partes de resolver la controversia que se somete a su jurisdicción.

No obstante, basta con explorar un poco de la historia y la práctica arbitral internacional para reparar que, en realidad, se trata de un tema que plantea numerosas **problemáticas jurídicas**, las cuales han sido abordadas de diversas maneras en todo el mundo; evidenciando, de esa forma, en qué medida los usos y las costumbres en materia arbitral son relevantes para un adecuado entendimiento de las reglas que usamos en el curso ordinario de nuestro ejercicio profesional arbitral. En ese sentido, consideramos que en este artículo es necesario realizar una revisión sintética del régimen de los honorarios arbitrales que se apoye no solo en la teoría, sino, sobre todo, en la experiencia de numerosas instituciones y legislaciones arbitrales, lo que nos permitirá colocar en perspectiva las diversas opciones que las instituciones y la legislación nacional arbitral han tomado en esta materia.

Con este fin, tras realizar una breve referencia a sus antecedentes, revisaremos la regulación de los honorarios arbitrales contenida en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma al arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje). De ese modo, líneas abajo, analizaremos el proceso de determinación de dichos honorarios, principalmente en función a si nos encontramos frente a un arbitraje institucional o, por el contrario, frente a un arbitraje *ad hoc.* Seguidamente, estudiaremos los tres métodos de determinación de los honorarios arbitrales, haciendo referencia detallada a casos concretos de instituciones arbitrales que emplean dichos métodos. Luego, revisaremos brevemente el régimen de los honorarios de compromiso y cancelación. Y, finalmente, efectuaremos algunas reflexiones finales a partir del análisis realizado a lo largo del texto.

II. ANTECEDENTES DEL DERECHO DE LOS ÁRBITROS A UNA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA

Culturalmente, como señala Bullard González, solemos asociar el pagar por la justicia a un acto malo, debido a que algo tan sano y sagrado (no por nada el símbolo de la justicia de los tribunales es una diosa griega) no puede ser comprado (2007, p. 72). De ahí que, a veces sea tan incómodo para quienes se dedican al arbitraje el conversar a cerca de los honorarios de los árbitros.

La raíz de este paradigma es histórica. Así, tal como lo explica Pfennigstorf[1], en el Derecho romano en el que **el juicio arbitral** encuentra sus orígenes (Molina González, 1988, p. 1)[2]:

> [c]uando los famosos juristas romanos escribieron los comentarios y opiniones que dominarían el pensamiento legal a través de nuestros tiempos, el procedimiento y patrocinio legales eran gratuitos. La administración de justicia todavía cargaba con la dignidad y el aura sagrada de sus orígenes religiosos (1984, pp. 40-41).

Dadas esas connotaciones religiosas, no es sorprendente que la Ley de las XII Tablas previera, en la Tabla IX-III, que el juez o árbitro indicado por el magistrado que hubiera recibido dinero como precio de sus fallos fuese condenado a muerte. Lo que llevaba como contrapartida que, en conformidad al Digesto, el Pretor no pudiera obligar a nadie a aceptar la facultad arbitral (García del Corral, 1889, p. 394).

Empero, este paradigma cambió, al menos para el siglo XIX, cuando en Inglaterra, bajo la vigencia de la Arbitration Act del año 1889[3], las asociaciones de comerciantes contaban con **tribunales** de árbitros que por honorarios de algunas guineas esta-

---

1 Cada vez que, a lo largo del presente artículo, citemos una fuente bibliográfica o hemerográfica en inglés, se hará por medio de una traducción libre llevada a cabo por el autor.

2 No obstante, para conocer de experiencias arbitrales históricamente anteriores a la romana, véase a Born (2009, pp. 21-23 y pp. 52-54).

3 Ellenbogen sitúa a dicha ley en su contexto histórico:

> […] La *Common Law Procedure Act* de 1854 contiene un número considerable de secciones dedicadas al arbitraje, y puede afirmarse que constituyó el marco de la ley moderna. Sin embargo, quedó superada, al menos en lo que a sus disposiciones relativas al arbitraje corresponde, por el Arbitration Act de 1889. La fecha de la ley es significativa, en la medida que fue alrededor de esta fecha que la práctica arbitral creció en la Cámara Naviera y otras grandes asociaciones mercantiles, así como en lo relativo a la emisión de modelos contractuales estándar que contenían cláusulas arbitrales y, con el resultante incremento en el número de arbitrajes comerciales, se hizo evidente que era necesario mejorar la maquinaria legal auxiliar y dedicar una ley especial al arbitraje (1952, 658).

ban listos para expresar su opinión sobre el objeto físico de disputa, en muchos casos sin audiencia o mayormente luego de leer los memoriales de las posiciones contrapuestas de las partes (Nordon, 1935, p. 315).

A finales de dicho siglo, Redman ya sostenía que un árbitro se encontraba en la libertad de fijar sus propios honorarios y realmente era usual que así lo hiciera, citando al efecto la sentencia del *caso Threlfall c. Fanshawe,* de 1850 (Redman, 1897, p. 125). El mismo autor, también daba cuenta de que ya se había sostenido, en el contexto de una disputa mercantil, que existía un contrato implícito entre las partes y los árbitros para pagar una remuneración razonable a estos últimos por sus servicios en una disputa *Crampton & Hold c. Ridley & Co.,* 1887; *Willis c. Wakeley*, 1890 (1897, p. 126). Asimismo, Redman agregaba que "los honorarios pagaderos a los árbitros legales eran bien conocidos en la profesión […]"[4] (1897, p. 126).

En esa línea, es evidente que hoy en día es casi impensable que percibir una retribución económica por desempeñar la labor de árbitro (siempre y cuando se haga conforme a las reglas aplicables en la jurisdicción) constituya un motivo *per se* para ser objeto de algún tipo de sanción[5]. Sobre este particular, Gotanda explica que, ciertamente, existen algunos sistemas en concreto en los que todavía es común que las personas que sirven como árbitros lo hagan sin recibir pago por ello, pero puntualiza que dicha práctica es más bien inusual en arbitrajes internacionales y, en ese sentido, señala que: "[p]or regla general, los árbitros en arbitrajes internacionales cuentan con el derecho a ser compensados por su trabajo por las partes que los designaron, a no ser que hayan renunciado a sus honorarios" (2000, p. 78). "Es raro para los árbitros prestar sus servicios de manera gratuita" señalan también Gaillard y Savage (1999, p. 624). Lo mencionado ha llevado a que algunos, como Charry Uribe (1988, p.59) y Montealegre Escobar (1989, p. 263), a sostener que no se puede negar el natural derecho que tiene el árbitro de cobrar lo que considere justo que valen sus servicios profesionales.

Sobre este particular, Born manifiesta que el derecho de los árbitros a una retribución económica es reconocido expresamente por algunas leyes nacionales (como la inglesa o la italiana) y virtualmente por todos los reglamentos internacionales, y agrega que

> [i]ncluso donde las leyes nacionales o los reglamentos arbitrales no prevén expresamente un derecho a esa remuneración, es incuestionable que un árbitro tiene derecho a una compensación económica por sus servicios: esta es una consecuencia obvia de la relación contractual entre las partes y el árbitro, así como una práctica y expectativa consuetudinaria en el arbitraje internacional (2009, p. 1646).

En concreto, en el caso peruano[6], a pesar de que el arbitraje ya se había regulado tanto en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852[7] como, posteriormente, en el Código de Procedimientos Civiles de 1912[8], el reconocimiento expreso del derecho de un árbitro a percibir una retribución económica por su labor arbitral se constata de manera específica desde la entrada en vigor del Código Civil de 1984, el cual establece en su artículo 1920 que "[l]os árbitros tienen derecho a exigir la retribución convenida por las partes". Asimismo, ello puede encontrarse también en el artículo 17 del derogado Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje, el cual afirmaba que "la función arbitral es retribuida por las partes […]" (1992). Por su parte, el artículo 19 de la derogada Ley 26572 establecía que "los árbitros serán remunerados, salvo pacto expreso en contrario […]" (1996). Finalmente, en la actualidad, el artículo 71 de la Ley de Arbitraje regula dicho aspecto. Líneas abajo nos extenderemos sobre este particular.

---

4 Aunque también precisaba que, en ausencia de un compromiso expreso de las partes haciendo referencia al pago, un árbitro legal no podía demandar judicialmente sus honorarios (Redman 1897, p. 126).

5 Bullard González asocia esto al abandono de una noción romántica de la provisión de justicia:

> […] La posición a favor del arbitraje [en contrapartida de la creencia de la superioridad de la justicia pública] […] [a]sume que los que van a actuar como **jueces** tienen intereses privados. No necesariamente son unos **románticos** [en el sentido de que solo quieren emitir fallos buenos]. Quieren ganar dinero y es legítimo que lo hagan si cumplen las reglas. La diferencia es que en el arbitraje su estructura contractual alinea los intereses para conseguir un resultado justo para la sociedad. En la justicia ordinaria ello no ocurre, porque al confiar en el romanticismo de los jueces, presente en un número reducido y destacable de individuos excepcionales (los buenos jueces), nos entrega también a individuos privados que carecen de los incentivos para hacer lo correcto. Por ello, ni resuelven bien el conflicto entre las partes ni generan reglas que beneficien a la sociedad en su conjunto. Bajo tales premisas parece mejor comprar justicia que regalarla (2007, p. 89) [el énfasis es nuestro].

6 Sobre este tema, véanse a Vidal (2004, pp. 1136-1139) y Quiroga León (2017).

7 Véase Título Cuarto – De los jueces árbitros, del artículo 57 al 80.

8 Véase Título V – Juicio arbitral, del artículo 548 al 582.

Así pues, queda claro que la pregunta ya no es si los árbitros tienen derecho o no a que se les pague por sus servicios sino, más bien, cuáles son las maneras más adecuadas de determinar sus honorarios y, de ese modo, evitar excesos o abusos a este respecto, como bien señalan Charry Uribe (1988, p. 59) y Montealegre Escobar (1989, p. 263).

III. LA REGULACIÓN NACIONAL DEL DERECHO A LA RETRIBUCIÓN ECONÓMICA DE LOS ÁRBITROS

Como explica Ledesma Narváez, los servicios de un árbitro emanan de un contrato, ya sea bilateral o sinalagmático[9], en virtud del cual, como correlato a dicha prestación[10], el árbitro tiene derecho a percibir una retribución económica. Asimismo, la regla general, continúa la referida autora, es que los árbitros sean remunerados salvo pacto expreso en contrario (2009, p. 71). Así, de acuerdo con Ogayar y Ayllón, se trata de una obligación fundamental (1977, p. 202); "uno de los derechos contractuales básicos de los árbitros" (Born, 2009, p. 1641).

En nuestro país, los honorarios que constituyen la retribución económica en cuestión se encuentran regulados en el artículo 71 de la Ley de Arbitraje, en la que se prevé (de manera semejante a lo recogido en el numeral 1 del artículo 39 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976[11]) que estos

> [s]erán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso (2008).

Respecto al contenido del artículo citado, Puglianini Guerra, señala que lo que el legislador ha tratado de hacer es disponer que sean "las partes del procedimiento quienes asuman el riesgo de la determinación de la suma a la cual ascenderán los honorarios de los árbitros" (2012, pp. 146-147), en función a los criterios establecidos en dicho artículo, sin perjuicio de que el planteamiento de los honorarios no sea efectuado originalmente por ellas. Pero este riesgo se podría minimizar, continúa el referido autor, en caso se establezca "previamente algún mecanismo para que se determinen los honorarios de los árbitros desde el inicio del procedimiento arbitral", como el que ofrecen las instituciones arbitrales. De ahí que Vega Soyer sostenga que la aplicación del artículo bajo comentario se haría mayoritariamente a los arbitrajes *ad hoc* debido a que "en éstos, a diferencia de lo que ocurre en la gran mayoría de arbitrajes administrados, no existe un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios del tribunal arbitral" (2010, p. 800).

Asimismo, Puglianini Guerra y Vega Soyer coinciden también en que la aplicación del artículo 71 de la Ley de Arbitraje, como norma especial aplicable a la determinación de los honorarios de los árbitros (2012, p. 155; 2010, p. 800), suple la aplicación del artículo 1767 del Código Civil peruano, relativo a la retribución del locador en contratos de locación de servicios[12], el cual prevé que si dicha retri-

---

9 Sobre la existencia de un contrato en el presente caso, refiere Conejero Roos:

> La doctrina moderna ha aceptado que entre las partes y los árbitros también existe una relación jurídica, de la cual nacen ciertas relaciones recíprocas entre ambos. De hecho, se ha sostenido que dichas obligaciones emanan de un contrato particular celebrado directamente entre las partes y los árbitros, que se perfecciona tan pronto como estos últimos aceptan el encargo de conocer y resolver la disputa que les ha sido sometida (2005, p. 733).

10 Vargas García señala que la obligación correspondiente de los árbitros es "decidir la controversia que a su consideración se ha sometido" (1964, p. 146). En palabras de Bullard González,

> [l]a parte, en un arbitraje, no compra un resultado favorable. Solo compra un mecanismo para arrojar un resultado, consciente de que el resultado podría no ser bueno para él. […] Si las partes contrataron para que el problema lo resuelva un Tribunal Arbitral, cuyos honorarios serán pagados por ellas, el resultado concreto (si debe o no pagarse) atañe, en principio, sólo a las partes contratantes que se sometieron al arbitraje. Asumen los costos (pago de honorarios más el riesgo de perder) y reciben los beneficios (solución de su conflicto y, eventualmente, el éxito en el caso). Si el arbitraje es malo, las partes sufren la consecuencia de haber **comprado un producto** de mala calidad. Si el arbitraje es bueno, reciben los beneficios de una decisión adecuada […] (2007, p. 74) [el énfasis es nuestro].

11 Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: "Artículo 39. - 1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso […]" (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 1976).

Como se recuerda, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1071 señaló que "en la revisión de fuentes [para la redacción de este último] se ha tomado en cuenta […], de manera especial […] la versión 2006 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) así como los recientes documentos de trabajo sobre la revisión de su Reglamento de Arbitraje. […]"

(Vale la pena precisar que la ley modelo a la que se hace referencia no contiene disposiciones que rijan la fijación de costas y honorarios, conforme se verifica de su Nota Explicativa N° 17.)

12 Precisa Puglianini que "[e]l contrato que celebran las partes con los árbitros es uno de prestación de servicio especial, siendo que su regulación la veremos con el Decreto Legislativo 1071; supletoriamente se aplicarán las normas generales de los contratos, las normas de prestación de servicios y después las normas de contratos afines […]" (2012, pp. 163-164).

bución "no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada con relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados" (1984, p. 90). Adicionalmente, Vega Soyer sostiene que, estos criterios **bastante ambiguos** harían aún más engorroso el proceso de negociación dirigido a la determinación de los honorarios arbitrales, en aquellos casos en que no se hubiese pactado un reglamento de aranceles y pagos que estableciese de manera anticipada dichos honorarios (el que vendría a constituir las tarifas profesionales o los usos a los que hace referencia el artículo 1767 del Código Civil) (2010, p. 800).

Vega Soyer sostiene también, que el principal criterio para determinar los honorarios de los árbitros es la propia razonabilidad, la que supone que todos los factores listados en el texto del artículo 71 "no deben ser entendidos como un orden excluyente; sino, por el contrario, que todos estos criterios deben ser analizados en su conjunto, dándole a cada uno un peso específico" (2010, p. 803). Asimismo, la manera en cómo interactuarán todos estos factores es algo que dependerá del paradigma imperante en una determinada sede arbitral, ya sea en lo relativo a la preponderancia de cada uno, como a la oportunidad de su intervención. No obstante, consideramos que realizar una ponderación de todos y cada uno de estos factores, en cada caso en particular, no constituye una manera **razonable** de determinar honorarios arbitrales y, en la medida que todos ellos pueden informar diferentes métodos para realizar esa labor, cualquiera de estos podría ser **razonablemente** utilizado en un caso en concreto.

En el Perú lo **razonable** es, en lo fundamental, establecer originalmente los honorarios arbitrales en función al **monto en disputa** (salvo en aquellos casos que este sea indeterminado, casos en que se busca un monto sucedáneo) y el mismo es ajustado, posteriormente, por **la dimensión y complejidad del caso** o, también, por **el desarrollo de las actuaciones arbitrales**, como por ejemplo dependiendo del número de resoluciones emitidas o de la cantidad de audiencias llevadas a cabo. Si bien en otras experiencias (particularmente en el arbitraje comercial internacional) es común recurrir, originalmente, al establecimiento de un honorario por hora o día de trabajo en un proceso en particular, en el caso peruano esa no es la forma en que se manifiesta el factor del **tiempo dedicado por los árbitros** al caso, el cual se utiliza también para ajustar los honorarios, aludiendo más bien a una duración total del proceso (más allá del promedio). De cualquier forma, dado que el artículo 71 hace referencia a **los usos y costumbres arbitrales**, consideramos que este alude, bajo estas circunstancias, a los reglamentos de aranceles y pagos de las instituciones arbitrales más prestigiosas, elegidas a nivel nacional (particularmente, al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima)[13] e internacional, cuyas disposiciones podrán ser utilizadas de manera referencial.

Con todo, el artículo 71 ofrece un amplio marco de referencia para la determinación de los honorarios arbitrales, el que está destinado a no verse restringido a una única manera para llevar a cabo dicha operación y que, por la misma razón, deja en manos de los operadores del mercado la eventual renovación del paradigma actual en esta materia, en la línea de lo previsto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, el cual prevé el derecho a la libertad contractual.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS ARBITRALES

Tras conocer la legislación peruana relativa al derecho a la retribución económica de los árbitros, corresponde referirnos a las maneras en cómo los honorarios arbitrales son fijados. Así, como manifiesta Gotanda, el proceso de determinación de los honorarios arbitrales va a depender en un inicio si el arbitraje es institucional o *ad hoc.* En efecto, en el caso de los arbitrajes institucionales, los reglamentos de la institución arbitral (ya sea el reglamento de arbitraje o un reglamento de aranceles y tarifas) serán los que, en conformidad con sus disposiciones, fijarán frecuentemente los honorarios de los árbitros, optando por un método

[13] Señala Parodi Remon

> La Cámara de Comercio de Lima, fundada el 20 de abril de 1888, […] es una entidad de gran importancia y cumple diversas funciones, una de ellas es la certificación sobre la vigencia del uso mercantil, de indudable trascendencia, pues los actos de comercio, conforme a la legislación sustantiva mercantil peruana, se rigen, primero a la ley mercantil, en su defecto por los usos y costumbres mercantiles generalmente admitidos y a falta de ambos supuestos, por las reglas del derecho común. Si se tiene en consideración que conforme al artículo 341 del Código Procesal Civil, supletorio en asuntos mercantiles, **la prueba de la costumbre corresponde a quien la invoca como fundamento de su pretensión**, lo que no siempre resulta fácil, cabe percatarse de la **importancia de la certificación del uso expedida por la Cámara de Comercio, institución representativa del comercio**. Más allá de esto, no debe pasarse por alto la relevancia que el Decreto Legislativo N° 1071 le reconoce, en materia arbitral, a las Cámaras de Comercio, a quienes asigna las designaciones residuales de los árbitros y la resolución de recusaciones (Título III), en sustitución del Poder Judicial, conforme se resalta en la Exposición de Motivos del referido cuerpo normativo (1989, pp. 515-516) [el énfasis es nuestro].

determinado (2000, pp. 782-783). A su vez, Gurry manifiesta que esta labor constituye una de las principales funciones de cada institución arbitral (2000, p. 783), ya sea independientemente o en consulta con el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único (Blackaby *et al*., 2015, p. 4203).

Sobre este particular, las partes no tienen nada que decir, como explican Blackaby *et al*., ya que previamente, suelen haberse sometido a los reglamentos de la institución respectiva, al suscribir el convenio arbitral (2015, p. 4203)[14]. En este sentido, conforme señalan Gaillard y Savage, "las escalas de honorarios contenidas en los reglamentos arbitrales y también las decisiones tomadas por los cuerpos administradores dentro de las instituciones arbitrales que son responsables de aplicar dichas escalas, son contractualmente vinculantes" (1999, p. 625).

Establecido de esa manera el monto de los honorarios arbitrales, las partes no se encuentran obligados a negociarlos directamente con los árbitros (Blackaby *et al*., 2015, p. 4203), lo que para Gurry es una ventaja, pues evita eventuales incomodidades u ofensas durante las negociaciones relativas a los honorarios, sobre todo por el temor de las partes de que discutir el monto de los honorarios pueda llegar a afectar de manera negativa su posición frente a los árbitros (Gotanda, 2000, p. 783)[15]. Sin embargo, Blackaby *et al*. sostienen que este temor debería ser infundado, al menos entre abogados de cierta estatura profesional (y si se hace con cierta cortesía) (2015, p. 4211)[16].

Conforme precisan Gaillard y Savage, existiría un principio implícito[17] pero fundamental entre los más importantes reglamentos de arbitraje (al menos, en el caso del arbitraje comercial internacional) con relación a este tema: la prohibición de cualquier arreglo económico unilateral entre el árbitro y la parte que lo nombró[18] (1999, p. 625). Se encuentran en esta línea las Reglas Éticas para Árbitros Internacionales de la International Bar Association, las cuales establecen que "a menos que las partes acuerden lo contrario o una parte incumpla, un árbitro no debe unilateralmente determinar sus honorarios y gastos". Se trata, de

---

14 Véase también a Gaillard y Savage (1999, p. 625).

15 Véase también a Blackaby *et al*. (2015, p. 4210). Que el asunto relativo a los honorarios de los árbitros es sensible para estos profesionales lo ilustra McIlWrath (2015) al referir el relato (no confirmado) del arbitraje llevado a cabo en la cubierta del Titanic, momentos antes de su hundimiento: "Ni las partes ni los árbitros sobrevivieron. Lo único que quedó fue el requerimiento de depósito, emitido con apuro, por concepto de honorarios arbitrales, orgullosamente exhibido en el *hall* de ingreso del London Museum of International Arbitration".

16 Como mencionan Gaillard y Savage, el arbitraje institucional es criticado algunas veces por ser caro, dado que además de los honorarios arbitrales se tienen que pagar gastos administrativos (1999, pp. 625). Sin perjuicio de que los arbitrajes *ad hoc* requieren usualmente también de una secretaría (cuyos honorarios suelen ser asumidos por las partes), es cierto que el soporte más integral que ofrece una institución arbitral puede resultar de ordinario más costoso; lo cual, en ningún caso debe ser óbice para la transparencia, la cual exige, por ejemplo, que estén adecuadamente distinguidos los honorarios arbitrales y los gastos administrativos.

De ahí que, en el marco de modificaciones recientes al Reglamento de Arbitraje de la Beijing Arbitration Commission (también conocida como Beijing International Arbitration Centre), la comunidad arbitral china haya considerado como una de las mejoras más revolucionarias la distinción clara de ambos conceptos. Ke, Xinyan y Xiaolu (2019) explican que "[a]nteriormente, se habían diferenciado los honorarios arbitrales de aceptación y los de gestión, sin claridad sobre sus respectivos componentes o cuánto sería usado para renumerar propiamente a los árbitros", lo cual no satisfacía un estándar adecuado de transparencia.

17 Vale la pena destacar que esta prohibición es explícita en el Reglamento de Arbitraje de la International Court of Arbitration (ICC) de 2017 (numeral 4 de su artículo 2); así como en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017 (numeral 7 de su artículo 41), el Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú de 2017 (penúltimo párrafo del artículo 76) y el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú de 2013 (modificado en 2020) (numeral 1 del artículo 48), por citar algunos ejemplos.

Pero un caso interesante es el del Reglamento de Arbitraje de la SIAC de 2016, que prevé que las partes pueden acordar métodos alternativos de determinación de los honorarios arbitrales, distintos a los establecidos en función a la tabla de honorarios del centro (artículo 34.1). Y tabla de honorarios tiene la precisión de que los honorarios calculados de acuerdo con ella son los montos máximos pagaderos a cada árbitro, a menos que las partes hubieran acordado un método alternativo de determinación de los honorarios arbitrales (artículo 34.1).

18 Dicha prohibición se sustenta, por un lado, en el sometimiento de las partes a los reglamentos de la institución respectiva en el convenio arbitral; y, del lado de los árbitros, en su aceptación a estas condiciones al acceder a desempeñar las funciones de árbitro en el caso administrado por la institución (Gaillard y Savage, 1999, p. 626).

Respecto al caso de los árbitros, Benetti Salgar (1989, pp.214-2015) y Charry Uribe (1988, pp. 59-60) refieren el caso colombiano, en que se sujeta a los árbitros a las tarifas establecidas por la Cámara de Comercio de Bogotá a través de la suscripción de un documento llamado **carta de convenio**. Hoy en día dicha práctica continúa (aunque ahora el documento se denomina **carta convenio**), conforme lo previsto en el artículo 1.20 de la Parte I del Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá de 1995. Por otro lado, en el caso de la London Court of International Arbitration (LCIA) sucede algo similar, pues la institución obliga a aceptar por escrito las ratios (que no tarifas) establecidas en el *Schedule of Fees and Costs,* antes de su nombramiento por parte de la corte de la institución.

acuerdo con Gaillard y Savage, de una salvaguarda vital para resguardar la independencia de los árbitros (1999, p. 625).

Un ejemplo interesante de las consecuencias que puede acarrear el incumplimiento de esta prohibición lo ofrece el caso *Getma International c. Guinea* (2014), en el que la Cour Commune de Justice et d'arbitrage (CCJA*)* de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[19], fijó honorarios que los árbitros solicitaron numerosas veces incrementar, sin éxito. Frente a esta situación, refiere Catherine A. Rogers que los árbitros plantearon a las partes del caso (en el curso de la audiencia) la necesidad de incrementar los honorarios pues, de lo contrario, "el tribunal podría ser forzado a reconsiderar su involucramiento en este caso" (2016). Las partes habrían accedido al incremento, en el mismo acto, y el Tribunal pretendió hacer cobro de este, a pesar de que la institución arbitral nunca lo aprobó[20]. Como resultado de ello, el laudo fue anulado, al contravenir directamente el reglamento arbitral de la institución y las decisiones relativas a honorarios de esta última (2016).

No obstante, Rogers refiere que, en medio de un proceso de ejecución del laudo en cuestión en los Estados Unidos, la parte beneficiada por el laudo (Getma) solicitó que se rechazara la anulación del mismo porque la decisión de la institución arbitral sobre los honorarios arbitrales había sido **injusta y parcializada** (2016). Sumaba a ello la referida parte que el acuerdo entre las partes respecto a los honorarios adicionales debía **ser honrado como expresión de la autonomía entre las partes**, el cual, de acuerdo con De Brugiere (2016), habría sido buscado a recomendación de la propia secretaría de la institución arbitral[21].

Sin perjuicio de que los honorarios fijados por la institución serían, en efecto, considerablemente bajos para el mercado del arbitraje internacional (tal como apunta De Brugiere, se pone en cuestión si la institución "podrá atraer árbitros internacionales de gran calidad para conocer sus casos, en adelante"[22] (2016), lo cierto es que, críticas aparte, como puntualiza Rogers, el tribunal arbitral no podía rechazar las decisiones expresas que sobre el particular había emitido la propia institución:

> Efectivamente, una de las características fundamentales del mandato de los árbitros es su obligación de aplicar las reglas arbitrales acordadas por las partes, incluyendo aquellas reglas que otorgan autoridad para tomar decisiones a la institución. Si surgiera una seria discrepancia, los árbitros pueden evitar una potencial responsabilidad renunciando, si es que lo hacen de manera oportuna y con una base bien fundamentada. Sustituir la decisión de la institución por sus preferencias personales no es una opción (2016).

Ahora bien, cabe señalar lo que ocurre en los arbitrajes *ad hoc.* En estos casos, como señalan Gaillard y Savage, los honorarios arbitrales son determinados por los propios árbitros, quienes los negocian con las partes (1999, p. 625)[23]. Sobre este aspecto,

---

19 De acuerdo con De Bruegiere, aunque fundamentalmente se trata de una corte internacional creada por un tratado, la CCJA también se desempeña como una suerte de institución arbitral, considerada líder en la comunidad francófona del centro y oeste de África (2016). En esa línea, Rogers explica que la CCJA opera proyectado reglas arbitrales y administrando arbitrajes (2016). Por ejemplo, conforme con De Brugiere, revisa laudos antes de que sean notificados y, de manera similar a la International Court of Arbitration, puede hacer enmiendas a la forma del laudo, pero no a su contenido. No obstante, en su condición de corte multinacional, constituye también la última declarante de la ley de los países de la Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, así como la autoridad competente para anular laudos arbitrales emitidos bajo las reglas de la CCJA.

Entre sus poderes, la CCJA establece los honorarios arbitrales de acuerdo con una tabla. En una decisión de 1999, se afirmó que los honorarios arbitrales son establecidos exclusivamente por la Corte, de acuerdo con lo previsto en las Reglas de Arbitraje, y que "cualquier acuerdo entre las partes y los árbitros en relación a los honorarios de estos últimos es nulo" (2016).

20 Rogers precisa que el tribunal en cuestión también manifestó que el consentimiento de las partes era necesario para que la institución arbitral **tomara una decisión completamente informada** y que permitiera a la institución **tomar su decisión** (2016).

21 Conforme con dicha autora, el presidente del Tribunal manifestó que, antes de aceptar el puesto, escribió al *case manager* de la institución, manifestando que los honorarios fijados por ella eran inadecuados y que deberían ser incrementados para que el tribunal pudiera completar adecuadamente su mandato. En este contexto, la secretaría de la institución lo habría animado a trasladar la cuestión a las partes; y habría sido como consecuencia de esto que los árbitros buscaron a las partes para entrar separadamente en un acuerdo privado de honorarios (De Brugiere 2016).

22 Este criterio se puede ilustrar con el caso de otro país: Tailandia. Con el fin de que árbitros extranjeros aceptaran designaciones en casos administrados por instituciones arbitrales tailandesas (y que un mayor número de nacionales se desempañasen como árbitros), Sucharitkul recomienda alinear más los honorarios arbitrales previstos en las instituciones de su país con los de otras instituciones arbitrales de la región (2019). Por ejemplo, en su caso, la comparación se efectuó con los honorarios calculados por el Singapore International Arbitration Centre (SIAC), que se encontraban 15% por encima.

23 Véase también a Gotanda (2000, p. 783).

Blackaby *et al*. recomiendan llegar a un acuerdo sobre el particular al principio del proceso, con la finalidad de poder evitar futuros desacuerdos. Los mismos actores recomiendan, asimismo, que toda discusión sobre el monto de dichos honorarios se lleve a cabo únicamente en presencia de todas las partes del arbitraje o sus representantes (2015, p. 4203).

Por su parte, Rubio Guerrero recomienda a las partes que optan por un arbitraje *ad hoc* que establezcan en el convenio arbitral diversos criterios o pautas para la determinación de los honorarios, tales como **estipular la aplicación de una determinada Tabla de Gastos Arbitrales o señalar topes máximos**. De esta manera, continúa el autor, se delimitarán los rangos de los honorarios que percibirán los árbitros o, cuando menos, se establecerá **un buen punto de partida** para lograr un acuerdo con estos últimos sobre sus honorarios, al inicio del arbitraje[24] (2007, p. 16).

Asimismo, Rubio Guerrero recomienda a los árbitros revisar el convenio arbitral y, en caso encuentren acuerdos sobre este aspecto que no compartan, proceder efectuando una reserva sobre ello al momento de aceptar la designación. Así, señala que

> [s]i los árbitros no estuvieran de acuerdo con los criterios para determinar honorarios y gastos del convenio arbitral y no sea posible la modificación de esos criterios de común acuerdo con las partes[25], están obligados a respetar esas condiciones, salvo que hayan hecho reserva específica a dicho pacto al momento de aceptar el cargo (2007, p. 16).

Otro punto a destacar es que la revisión de la magnitud de los honorarios arbitrales nos ofrece una oportunidad para distinguir también a los arbitrajes institucionales de los arbitrajes *ad hoc*. En efecto, en algunos países, las cortes nacionales pueden reducir los niveles **excesivos** de la retribución económica de los árbitros[26] o en casos en que "están involucrados incumplimientos de los árbitros a sus obligaciones"[27]. Este tipo de casos se pueden observar en Francia[28], Suecia[29], Austria[30],

---

24 El mismo autor advierte a las partes no dejar de recoger "los estándares del mercado en este aspecto para que no sea un obstáculo encontrar árbitros experimentados dispuestos a tomar el caso bajo esas condiciones" (Rubio Guerrero, 2007, p. 16).

25 Puntualiza el autor que "[…] la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje, de manera que el acuerdo de voluntades no se agota con la celebración del convenio arbitral que somete la controversia a arbitraje; la autonomía de las partes se extiende, aunque con diversa intensidad a todo el *iter* arbitral" (Rubio Guerrero, 2007, p. 16.).

26 Si bien resulta dudoso que los jueces constituyan operadores del Derecho más apropiados que los propios árbitros para determinar los honorarios de estos últimos (porque quién mejor que la persona que ejerce un cierto oficio para determinar el valor económico de sus servicios), en aquellas jurisdicciones en que los jueces cuentan con este poder, los árbitros deberían aproximarse a ellos con toda la información que les permita arribar a una decisión bien fundamentada, conforme recomienda Júdice:

> Esta información debe detallar específicamente: i) la complejidad del caso, ii) el monto en controversia, iii) el tiempo dedicado y los actos llevados a cabo con relación al caso, así como iv) información relevante acerca de las mejores prácticas nacionales e internacionales en materia de honorarios arbitrales, incluyendo ratios horarias de profesionales equivalentes que se desempeñan como árbitros en controversias similares (2015).

27 En este caso, siguiendo a Born, nos encontramos frente a un complemento a los Principios de Inmunidad Arbitral, destinado a eliminar la amenaza de una responsabilidad económica indeterminada, sin dejar de disuadir a los árbitros de desempeñar sus funciones insatisfactoriamente (2009, p. 1641).

28 Véase a Gaillard y Savage (1999, p. 626).

29 Véase a Havedal Ipp (2015).

30 En el caso de Austria, Siwy reseña un caso conocido por la Corte Suprema de dicho país sobre un pedido de devolución de honorarios de un árbitro recusado exitosamente (2015). La corte concluyó que el árbitro solo tenía derecho a la mitad de sus honorarios, siguiendo el criterio de que, si los servicios proporcionados por el árbitro en cuestión no carecían de valor para las partes, el árbitro estaba en el derecho de percibir una parte de los honorarios originalmente acordados.

Siwy cuestiona esta decisión porque

> la corte no toma en consideración que incluso si el procedimiento necesita repetirse, una gran parte de los servicios del árbitro cuestionado será inservible", en la medida que "[l]o inservible de los servicios brindados es únicamente más evidente en el caso de procedimientos que requieren repetición.

Así, la autora concluye que "[e]l pago de la remuneración del árbitro no puede estar basado en el trabajo que este hizo, sino en el beneficio de este trabajo una vez recibido por las partes" (2015).

En el caso peruano, apréciese que, en el supuesto de un tribunal que cuenta con un árbitro sustituto, como consecuencia de la vacancia de otro, la regla general es que las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones, de conformidad al numeral 3 del artículo 31 del Decreto Legislativo 1071. Pero ese mismo numeral precisa que es posible repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores, si así lo decide el presidente del tribunal o el árbitro único, en caso fueran estos los sustituidos, o lo acordara así el tribunal, en caso de que el sustituido fuera alguno de los otros co-árbitros.

Lo cierto es que Siwy va más allá y a lo que se refiere es al tiempo de preparación para un caso, en particular, para leer los escritos y estudiar los medios probatorios presentados por las partes, la cual constituiría, antes de la redacción

Portugal[31], e Inglaterra[32], por solo dar algunos ejemplos[33]. Aunque, como explican Gaillard y Savage, si nos encontramos frente a un arbitraje institucional o en uno en el que los honorarios han sido calculados sobre la base de una escala prevista en un reglamento de arbitraje, será menos probable que una corte nacional se anime a ajustarlos, **porque considerarán que las partes estuvieron al tanto y aceptaron la escala de honorarios** respectiva (1999, p. 626)[34].

De ahí que, en Suecia, en la reforma de la Ley de Arbitraje del año 2015, se haya propuesto establecer como excepción a la regla que permite a las partes cuestionar los honorarios arbitrales ante las cortes judiciales distritales, el caso de los honorarios arbitrales fijados por alguna institución arbitral (Havedal Ipp, 2015)[35]. Asimismo, en Portugal, la regla de la Ley de Arbitraje Voluntario de Portugal (Ley 63/2011) que establece que cualquier parte del proceso puede solicitar a la Corte estatal competente la reducción del monto de honorarios fijados por los árbitros si estos no fueron acordados antes de la constitución del tribunal arbitral, sea de aplicación únicamente a los arbitrajes *ad hoc*, **porque los arbitrajes institucionales tienen reglas que típicamente regulan este tema** (y, por tanto, las partes dan su consentimiento a los honorarios arbitrales antes que se haya realizado la constitución del tribunal arbitral). De ahí que, conforme señala Júdice

> [l]a solución obvia es que las partes acuerden referir la fijación de honorarios arbitrales a las reglas de una institución arbitral específica o fijarlos por su propia cuenta (con el acuerdo de los árbitros) antes de que el tribunal sea conformado (2015).

Ahora bien, en el Perú, tal como explica Puglianini Guerra, si las partes no se encuentran de acuerdo con la liquidación de los servicios prestados por los árbitros en un arbitraje *ad hoc* (establecida por ellos mismos) y estos últimos no están dispuestos a reducir sus honorarios, la Ley de Arbitraje ha establecido, en concreto, dos mecanismos especiales para dar por concluido el contrato entre las partes y los árbitros: por un lado, el archivamiento del proceso por falta de pago de los honorarios arbitrales[36]; y, por el otro, la remoción de los árbitros

---

del laudo, la parte más grande de sus servicios: "Si el árbitro es cuestionado exitosamente y reemplazado, el nuevo árbitro, como parte del curso regular del proceso, tendrá que repetir este ejercicio y se hará acreedor a honorarios por esto" (2015).

31 El caso de Portugal permite a Júdice efectuar una lista de argumentos a favor de la reducción (falta de complejidad de la controversia; los montos de honorarios acordados en otros procesos arbitrales equivalentes; y los montos fijados en sentencias recientes de las cortes portuguesas en materia de reducción de honorarios arbitrales) y otra de argumentos en contra (monto, relevancia y complejidad de los temas en controversia; el nivel académicos de los árbitros; y la falta de una propuesta alternativa de parte de quienes demandan la reducción judicial) (2015). Pero da cuenta también de la aplicación a este análisis del Principio Constitucional de Proporcionalidad (así como del principio que prohíbe ir más allá de lo necesario), el cual debería atemperar factores de determinación de los honorarios tales como el alto valor económico de la controversia, las cualidades profesionales o técnicas de los árbitros, las ventajas del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, y la magnitud de las actividades procesales ya realizadas.

Lo que sostiene el autor, sin embargo, es que los criterios establecidos por la ley de arbitraje de su país constituyen, en sí mismos, aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad: "Es en la aplicación en el mundo real de estos tres criterios que las cortes están llamadas a analizar si una reducción de honorarios debe ser amparada", y no la asunción de una supuesta "equivalencia" del servicio proporcionado en este caso por las propias cortes judiciales o por árbitros de otros casos analizados por las referidas cortes (2015).

32 De acuerdo con Born, la English Arbitration Act de 1996 establece expresamente la reducción o la pérdida de la remuneración de los árbitros, si el árbitro es removido por causa (2009, p. 1641).

33 Redman, bajo el Arbitration Act de 1889 de Inglaterra, daba cuenta de que "[a]unque un árbitro podía establecer sus propios honorarios, no tenía la libertad de fijarlos en una suma exorbitante". No obstante, quien los cuestionara debía pagar primero y demandar luego el exceso, judicialmente. (1897, p. 127).

Sobre la intervención de los jueces en esta materia, bajo la referida ley, vale la pena agregar que, de acuerdo con su Sección 15(3), en los casos de árbitros designados por una corte o un juez, la remuneración a serle pagada a los árbitros debía ser determinada por dicha corte o juez. Sin embargo, Redman afirmaba que esta disposición era de "poca importancia práctica" y que era "rara vez aplicada" (1897, 235).

34 Los referidos autores reconocen que una parte podría argumentar que no tuvo más remedio que adherirse a las condiciones pactadas, debido a que la institución mantenía una **posición negocial más fuerte**. No obstante, consideran que es improbable que un reclamo como ese prospere "en un caso que envuelva partes sofisticadas, con experiencia en arbitraje" (Gaillard & Savage 1999, p. 626).

35 Hoy en día se encuentra vigente una ley que entró en efecto en marzo de 2019, en la cual esta propuesta no fue acogida, conforme se verifica de su Sección 41.

36 El cual constituiría la resolución unilateral del contrato por parte del Tribunal Arbitral, conforme Castillo Freyre *et al.*:

> […] sería una especie de resolución, una nueva forma de resolución; una forma sui generis de resolución contemplada, específicamente, para el caso del arbitraje, y que, en estricto, no tiene concordancia con las normas de la resolución del Código Civil (los artículos 1428, 1429 y 1430), en la medida de que se trata de una resolución extrajudicial muy particular. Así, no guarda relación, ya que no existe obligación de seguir (siendo resolución extrajudicial) el

o la conclusión de las actuaciones arbitrales, ambas, por mutuo acuerdo de las partes. Por consiguiente, un juez o un árbitro adicional solo intervendrían posteriormente en caso el arbitraje hubiera culminado con la emisión de un laudo, pero quedara pendiente el pago de los honorarios de los árbitros, habiendo demandado estos últimos dicho pago. Razona Puglianini Guerra en este caso:

> Las partes tendrían el derecho de solicitar al juez o al árbitro que conoce dicha controversia, que analice la razonabilidad de los montos fijados, lo cual no constituirá interferencia judicial, toda vez que, en estos casos, las actuaciones arbitrales ya culminaron […][37] (2012, p. 150).

Ahora bien, en el caso de los arbitrajes institucionales, ya se han apreciado casos en que, como señalan Gaillard y Savage, "si los árbitros fallan en ejercitar sus funciones de manera apropiada, sus honorarios podrán ser reducidos o restituidos, en todo o en parte" por la institución respectiva (1999, p. 626). Probablemente el caso más emblemático de reducción de honorarios es el que se encuentra previsto desde 2016 por la International Court of Arbitration, la cual establece que los árbitros que tardaran en remitir su proyecto de laudo dentro de los tres meses de llevada a cabo la última audiencia sustantiva o el último escrito sustantivo post-audiencia[38], podrán ver reducidos sus honorarios de 5% a 20%, dependiendo de la magnitud del retraso (McIlwrath, 2016)[39]. Pero también existe el caso del Vienna International Arbitration Centre (en adelante, VIAC), cuyo reglamento del año 2018 prevé para su Secretaría General la facultad de "incrementar o reducir los honorarios arbitrales hasta un 40% a la luz de la eficiente o ineficiente conducción del procedimiento" (artículos 16.6 y 44.7) (Newing, Cable & Shearman, 2019). Sin embargo, en lo que a Perú respecta, esta posibilidad no está prevista directamente para supuestos como estos, sino solo para los casos de renuncia del árbitro y recusación o remoción[40] fundadas del mismo[41].

Por otro lado, en los casos vinculados a nociones de eficiencia, que sí tienen prevista esta facultad, resultaría inadecuado que los árbitros fijaran sus honorarios recién en el laudo, tal como advierten Gaillard y Savage (1999, p. 626), porque ello impediría realizar aplicación práctica de la referida facultad. A menos que, el retraso o la reducción de eficiencia se tome en consideración, directamente, al calcular los honorarios arbitrales, como sugiere McIlWrath (2016).

---

camino de la resolución extrajudicial del artículo 1429 o la cláusula resolutoria expresa del 1430. Se trata de un mecanismo especial y, por tanto, se rige por sus propias reglas (2018, p. 830).

37 Puglianini Guerra admite que esta solicitud podría alterar de alguna manera los efectos del laudo arbitral relacionados a este punto en particular, pero no ahonda en ello (2012, p. 150). Lo cierto es que, si la determinación final de los honorarios arbitrales se encuentra recogida en la parte resolutiva del laudo, conforme el artículo 70 del Decreto Legislativo 1071, y lo resuelto en él es **definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento** y produce **efectos de cosa juzgada**, conforme señala el artículo 59, ningún árbitro o juez podría, en principio, modificar dicha determinación. (Una discusión diferente es la correspondiente a si la inclusión de dicha determinación en la parte resolutiva del laudo es un supuesto de exclusión, de acuerdo con el literal d) del numeral 1 del artículo 58 de la Ley de Arbitraje).

Es interesante referir, a este respecto, el caso del Reglamento de Arbitraje de la United Nations Commission on International Trade Law (CNUDMI) de 2010, en que se prevé que tanto la autoridad nominadora como el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje podrán realizar un ajuste del cómputo de los honorarios efectuado por los árbitros incluso luego de que el laudo haya sido emitido, caso en que el ajuste se deberá consignar en una corrección del laudo (numeral 4 del artículo 41). Siendo importante precisar que, todo ajuste efectuado al cómputo de los honorarios de los árbitros "no afectará a ninguna otra determinación consignada en el laudo que no sea la determinación por el tribunal arbitral de sus honorarios y gastos; ni deberá demorar el reconocimiento y la ejecución de las restantes partes del laudo distintas de la determinación de los honorarios y gastos" (numeral 5 del artículo 41).

38 Dos meses en el caso de un árbitro único.

39 Están previstas una serie de reservas: la International Court of Arbitration solo penaliza a los árbitros cuando incurren en una tardanza **injustificable**, criterio subjetivo cuya aplicación no es pública. Además, la regla alude a la remisión de un proyecto de laudo, el cual la Corte puede devolver más de una vez (McIlWrath, 2016).

40 Ello sin perjuicio de que la remoción puede efectuarse también por el mero acuerdo de las partes, de conformidad al numeral 1 del artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

41 A la fecha de aceptación de este artículo, no se había emitido aún la Nota Práctica 2/2020 del Centro de Arbitraje de la CCL, de fecha 2 de septiembre de 2020, que "complementa" el Reglamento de Arbitraje de dicha institución (de conformidad al literal j) del artículo 1 del mismo) e incorpora la posibilidad de reducir los honorarios de los árbitros (ya sea que nos encontremos frente a tribunal colegiado o un árbitro único) en un caso de demora en la emisión del laudo final (numeral 2.1 y siguientes).

Excluida para los casos del arbitraje acelerado y el procedimiento ante un árbitro de emergencia, esta nueva regla permite reducir los referidos honorarios en un 10% si el plazo de emisión del laudo final se amplía hasta por quince días hábiles; mientras que si el referido plazo se amplía por más de quince días hábiles, la reducción será de un 15%. Precisándose que, una vez que vence el plazo para emitir el laudo final sin que este se haya depositado, los honorarios en cuestión se reducen en un 100%. Es importante reparar en que no aplicará la reducción si la ampliación de plazo para emitir el laudo es pactada por las partes o es determinada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro "debido a factores ajenos al control de los árbitros o a circunstancias especiales debidamente fundamentadas".

V. LOS MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS ARBITRALES

En esta sección nos referiremos, en concreto, a los métodos que existen para el cálculo de los honorarios arbitrales. Sobre este respecto, Blackaby *et al*. (2015, p. 4204) y Gotonda (2000, p. 784) coinciden en que existen, en general, tres métodos para determinar los honorarios de los árbitros: en primer lugar, el método *ad valorem,* mediante el cual los honorarios se calculan en proporción a los montos en controversia; en segundo lugar, el método del tiempo empleado, que se basa en el establecimiento de una *ratio* por hora o por día para el trabajo realizado por un árbitro en un caso determinado; y, finalmente, el método del honorario fijo, el cual consiste en el establecimiento, desde un inicio, de una suma pagadera al árbitro como única retribución por todos sus servicios, sin referencia directa ni a los montos en discusión ni al tiempo que el árbitro respectivo dedicará al caso en particular (Blackaby *et al*., 2015, p. 4204).

A. El método *ad valorem*

El método *ad valorem* reputa a los honorarios arbitrales como un porcentaje de la suma controversia, en donde se encuentran incluidas la demanda y reconvención[42]. En consecuencia, requiere conocer ambos valores (tanto suma como porcentaje) para ser implementado. Asimismo, dado que es sencillo de usar y puede ser aplicado de forma correcta y uniforme, permite a las partes conocer con un **grado razonable de certeza** (Gotanda 2000, p. 784) cuánto pagarán probablemente por este concepto, en caso decidan iniciar el arbitraje (Blackaby *et al*., 2015, p. 4205).

Conforme precisa Gotanda, la principal desventaja que presenta este método es que "los honorarios pueden ser fijados sin referencia a la magnitud real de tiempo que los árbitros han dedicado a trabajar en el caso", lo que significa que "los honorarios cobrados pueden parecer muy altos o bajos" (2000, p. 784). Asimismo, cabe señalar que se trata de un método usado comúnmente por las instituciones arbitrales (2000, p. 784), las cuales aplican al monto de la controversia escalas de una tabla de honorarios (Rubio Guerrero, 2007, p. 28); de manera "que los casos más grandes subsidian a los más pequeños" (Blackaby *et al*. 2015, p. 4206).

Si bien Blackaby *et al*. manifiestan que la tendencia moderna es hacer del monto involucrado en un caso en particular solo uno de los factores a tomar en consideración para fijar estos honorarios (2015, p. 4206)[43], lo cierto es que Montealegre Escobar y Charry Uribe ilustran con claridad la tradicional preeminencia que este criterio ha tenido, al sostener que rebasar ampliamente el monto de las pretensiones de las partes (Montealegre Escobar, 1989, p. 263) o "cobrar más del valor de las prestaciones que se disputan" (Charry Uribe, 1988, p. 59) constituirían manifestaciones por antonomasia de excesos y abusos en la determinación de los honorarios arbitrales en un proceso.

Así pues, podemos apreciar un caso emblemático de utilización de este método en la International Court of Arbitration, la que, no obstante, permite cierta flexibilidad. En esa línea, Gotanda explica que, según el reglamento de esta institución, su Corte de Arbitraje fija los honorarios arbitrales de acuerdo con una escala que ofrece un rango de honorarios arbitrales máximos y mínimos, calculados sobre la base del monto en disputa (2000, p. 785).

En concreto, dicha corte puede fijar los honorarios del tribunal en cualquier monto que se encuentre dentro del rango establecido por la tabla de honorarios, tomando en consideración

> […] la diligencia y eficiencia del árbitro, el tiempo empleado por él, la celeridad del proceso, la complejidad del asunto y la observancia del plazo previsto para someter el proyecto de laudo, para llegar así a una cifra dentro de los límites previstos […] (artículo 2.2).

Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de esta institución también ofrece a la referida corte discrecionalidad para fijar los honorarios de los árbitros **en un monto superior o inferior al que resulte**

[42] Existe consenso en que la suma corresponderá al monto total en controversia. De ahí que *Ríos Pizarro* considere, en el marco de la investigación fiscal seguida en contra de una serie de árbitros peruanos, vinculada a la Operación Lava Jato, que carece de todo sustento pretender calcular los honorarios arbitrales no usando la suma en controversia, sino la suma que ordene pagar el tribunal, en el laudo (2019). No solo porque los honorarios se definen antes de que "el laudo permita a las partes calcular cuánto les costará la disputa", sino también porque lo contrario "supondría crear un incentivo perverso, en la medida que los árbitros no percibirían honorarios en casos en los que no se reconociese monto alguno por daños en el laudo". El autor afirma que todas las reglas de las diferentes instituciones arbitrales apuntan en esta dirección.

[43] Blackaby *et al*. refieren que el tiempo dedicado a un caso en particular es considerado el factor dominante para la determinación de los honorarios arbitrales, en la medida que refleja de manera más exacta el costo de desempeñar esta labor (2015, p. 4206).

del arancel aplicable, si así lo considera necesario tomando en consideración las circunstancias excepcionales del caso. Aunque Gotanda sostiene que, en la práctica, la institución rara vez suele apartarse de la escala correspondiente (2000, p. 785).

Además de la International Court of Arbitration, otra institución arbitral internacional que emplea, en principio[44], el método *ad valorem* es la Singapore International Arbitration Centre (SIAC), la cual establece en su Reglamento de Arbitraje que los honorarios de los tribunales arbitrales y los gastos administrativos de la institución serán determinados de acuerdo con el *Schedule of Fees* vigente al momento del inicio del arbitraje (2016, artículo 34.1), aunque previendo la posibilidad de establecer un honorario adicional "en circunstancias excepcionales" (2016, artículo 36.1).

En el plano nacional, podemos apreciar que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima hace uso de este método, al señalar en su Reglamento de Aranceles y Pagos de 2008 que los honorarios del Tribunal Arbitral se determinan aplicando la Tabla de Aranceles[45] vigente a la fecha de presentación de la petición de arbitraje (artículo 12.1) al monto consignado en esta, en vía de liquidación provisional (artículo 12.2). Esto se realizará haciendo aplicación del artículo 3 que señala que se aplicarán las escalas y porcentajes correspondientes a cada porción sucesiva de la cuantía de la controversia, procediéndose a sumar sus resultados. Pero en este caso, el Consejo Superior de Arbitraje de la institución arbitral también tiene la facultad de "fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o inferior al que resulte de la Tabla de Aranceles aplicable, si así lo considera necesario, debido a circunstancias excepcionales que se presenten en el caso", en conformidad a lo establecido en el Reglamento de Arbitraje de 2017 (numeral 2 del artículo 42).

Por su parte, la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú también usa el método *ad valorem.* En concreto, este centro arbitral tiene, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje de 2017, la potestad exclusiva de determinar los honorarios arbitrales (artículo 76), los que deben ser pagados de acuerdo con el tarifario vigente al momento de la presentación de la petición de arbitraje (artículo 79). Dicho tarifario se encuentra estructurado en escalas determinadas en función de la cuantía de las pretensiones formuladas en el arbitraje, ya sea que esta sea determinada o indeterminada[46]. Y, en ese sentido, si después de fijados los honorarios de los árbitros "se incrementa la cuantía de las pretensiones del arbitraje o se adicionan pretensiones", el Centro efectuará el ajuste que corresponda al monto final de dicho concepto, el cual resultará de la suma de **todas las pretensiones definitivas del proceso** (artículo 81)[47].

Asimismo, podemos apreciar que el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú (AmCham Perú) también emplea el método bajo comentario. En efecto, en concordancia con su Reglamento de Arbitraje del 2013 (modificado en 2020), esta institución efectúa una primera liquidación de los honorarios de los árbitros[48], basada en **el monto consignado en la petición de arbitraje**; liquidación que se incluye en el Acta de Instalación del tribunal arbitral, pero puede ser modificada posteriormente (artículo 46), sin perjuicio de que se aplicará siempre la Tabla de Aranceles vigente al momento de la presentación de la referida petición. Además, el Reglamento de Arbitraje precisa que los honorarios de los árbitros son aquellos "que resulten de aplicar la cuantía de la controversia sobre la Tabla de Aranceles vigente a la realización de la liquidación" (artículo 48); en cuya línea también se encuentra el artículo 11 del Estatuto del Centro de Arbitraje de AmCham Perú,

---

44 Véase el segundo párrafo de la nota al pie de página 17 de este artículo.

45 La tabla en cuestión es anexo del Reglamento de Aranceles y Pagos.

46 En este último caso se establece una cuantía en función de un porcentaje aplicado al monto del contrato objeto de controversia.

El tarifario de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú está constituido por dos documentos: "Tasa Administrativa y Honorarios de los Árbitros para pretensiones de cuantías determinadas" y "Tasa Administrativa del Centro y Honorarios de los Árbitros para pretensiones de cuantías indeterminadas", ambas vigentes desde el 1 de mayo de 2019.

47 El Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú del año 2012 era aún más explícito que la versión de 2017. En efecto, señalaba qué monto de los honorarios de los árbitros se determinaba de acuerdo con la cuantía de las pretensiones planteadas por las partes, según lo establecido en el Tarifario de Arbitraje (artículo 92) y que la cuantía se obtendría de sumar el monto de todas las pretensiones planteadas en la demanda y en la reconvención, de ser el caso (artículo 93); precisando, además, que los honorarios fijados originalmente (de conformidad con la solicitud de arbitraje) se reliquidarían si se incrementaba **la cuantía de las pretensiones del proceso** luego de sumar **todas las pretensiones definitivas del proceso** (artículo 95).

48 Vale la pena precisar que, si las pretensiones consignadas en la petición no están cuantificadas, **la Corte de Arbitraje** de la institución **fija previamente y de manera provisional** los honorarios de los árbitros (numeral 3 del artículo 46).

el que señala que los honorarios arbitrales "son liquidados y cobrados por la Secretaría tomando como base el contenido económico de la controversia y conforme a la Tabla de Aranceles del Centro" (artículo 11)[49].

Finalmente, cabe hacer referencia a un caso peculiar que no corresponde propiamente a los arbitrajes institucionales sino más bien a aquellos que son *ad hoc*, pero que supone también la utilización del método *ad valorem*. En efecto, hacemos referencia a aquellos arbitrajes *ad hoc* derivados de contratos sometidos a la normativa de contratación pública del Perú, esto es, a los sometidos a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Así, la fijación de los honorarios arbitrales se ha venido determinando, en este tipo de arbitrajes, conforme a la Tabla de Gastos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), o a la de cualquier institución arbitral acreditada ante este último.

Mientras estuvo vigente el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 083-2004-PCM y mientras también lo estuvo el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF, en los arbitrajes *ad hoc* en cuestión (y siempre que no se hubiese pactado algo distinto) los honorarios de los árbitros debían determinarse de manera razonable sobre la base de distintos factores, tales como el monto en disputa, pretensiones, complejidad de la materia, tiempo dedicado a los árbitros, desarrollo de las actuaciones, entre otros; siendo para estos efectos que la Tabla de Gastos Arbitrales del OSCE (basada en el monto controvertido en el arbitraje) constituía un marco referencial.

Sin embargo, luego de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones efectuada mediante Decreto Supremo 138-2012-EF y durante la vigencia del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado por Decreto Supremo 350-2015-EF, en los arbitrajes *ad hoc* bajo comentario, los honorarios arbitrales no podían exceder lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales del OSCE, y asimismo, no se podía pactar en contrario de ello. A partir del cambio efectuado al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a través del Decreto Supremo 056-2017-EF, no obstante, la fijación de dichos honorarios en los arbitrajes *ad hoc* pasó a poder efectuarse aplicando la tabla de gastos de cualquier institución arbitral que se encuentre acreditada.

En cambio, con la entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, se estableció una vez más que en los casos de arbitrajes *ad hoc*, los honorarios arbitrales no pueden exceder lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales del OSCE[50], y que tampoco se podrá pactar en contrario a lo establecido en esta.

En la línea de lo expuesto previamente, se confirma lo que ya manifestábamos desde un inicio, esto es, que el paradigma actual en nuestro país, en materia de determinación de los honorarios arbitrales, se centra en establecer originalmente los honorarios arbitrales en función al **monto en disputa**, sin perjuicio de que los mismos puedan ser ajustados posteriormente con el concurso de los demás factores previstos en el artículo 71 de la Ley de Arbitraje; todo lo cual constituye la lectura **razonable** de este último que impera a la fecha en el Perú.

B. El método del tiempo empleado

En segundo lugar, se puede observar el método del tiempo empleado, según el cual los honorarios de los árbitros se determinan en conformidad con la cantidad de horas o días que dedican al arbitraje (Gotanda, 2000, p. 787). Con este fin, se establece una ratio en función a la cual se les pagará a los árbitros, la que dependerá de varios criterios, tales

[49] La versión anterior de este reglamento, correspondiente al año 2008, también señalaba que la provisión de los honorarios de los árbitros (entre otros gastos del arbitraje) se efectuaba aplicando la Tabla de Aranceles del Centro **sobre la base del contenido económico de la controversia** (numeral 4 de artículo 39), lo cual estaba en la línea de lo previsto por el Estatuto del Centro Internacional de Arbitraje AmCham Perú del 2008 (artículo 2); pero precisando que si dicho contenido **no estuviere determinado**, la Corte de Arbitraje de la institución fijaría los honorarios del árbitro **a su discreción** (numeral 3 de artículo 40).

[50] Corresponde precisar que, hasta antes del 30 de junio de 2016, estuvo vigente la Tabla de Gastos Arbitrales del OSCE aprobada mediante la Directiva 007-2009-OSCE/CD. Pero, a partir de esa fecha, pasó a ser aplicable la Tabla de Gastos Arbitrales aprobada por la Directiva 021-2016-OSCE/CD.

Las excepciones a dicha regla son las siguientes: en primer lugar, los arbitrajes bajo el Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – SNA-OSCE, iniciados antes del 30 de junio de 2016, caso en el que se debe aplicar la Tabla de Gastos Arbitrales aprobada por la Directiva N 007-2009-OSCE/CD (artículo 67 del Reglamento del SNA-OSCE); y, en segundo lugar, los procedimientos de liquidaciones o reliquidaciones en arbitrajes ad hoc iniciados antes del 30 de junio de 2016, que se regulan por la Directiva N 007-2009-OSCE/CD.

como el prestigio profesional del árbitro, las dimensiones, importancia y complejidad del caso[51] (Blackaby *et al*., 2015, p. 4208) y la práctica prevaleciente en el lugar en que residan los árbitros[52] (Gotanda 2000, p. 786). Según lo que señalan Blackaby *et al*., lo usual es establecer una ratio por hora o por día o una combinación de ambas (2015, p. 4207). Al respecto, Gotanda afirma que esto puede llevar a cobrar una ratio diaria por los días de audiencia y una ratio horaria por el trabajo llevado a cabo fuera de ella (2000, p. 787); pudiéndose fijar una ratio más baja, ya sea horaria o diaria, para viajes requeridos por el arbitraje (dada la indisponibilidad que supone, frecuentemente, frente a otro tipo de trabajos), precisan Blackaby *et al*. (2015, p. 4207)[53].

En efecto, en conformidad con Gotanda, se trata de un método que tiene la ventaja de compensar a los árbitros sobre la base de la magnitud real del trabajo que han realizado a lo largo del proceso (2000, p. 787); pero su éxito, como bien precisan Blackaby *et al*., va a depender de que los propios árbitros lleven un registro preciso del tiempo que realmente dedican al caso, así como de que las partes estén preparadas para confiar en dicho registro, en la medida que (al margen del tiempo dedicado a las audiencias u otro tipo de reuniones en que las partes están presentes) no se trata de información que sea de fácil constatación (2015, p. 4208)[54]. Sin embargo, lo mencionado no se aleja de uno de los paradigmas de determinación de honorarios por servicios legales usados con mayor frecuencia por estudios de abogados reconocidos a lo largo del mundo.

En cualquier caso, cabe señalar que la desventaja del método, apuntada también por Gotanda, es que este no ofrece un incentivo a la eficiencia, en la medida que los árbitros están en la capacidad de controlar cuánto tiempo dedican a trabajar en el arbitraje y no ven afectado el cómputo de sus honorarios en caso una tarea que podían realizar en menos tiempo es llevada a cabo de una manera más demorada (2000, p. 787). A menos que se pacte un tope máximo de honorarios a ser cobrados por el arbitraje, como es frecuente en el caso de la facturación horaria de servicios de estudios de abogados (opción que, como veremos más adelante, es ofrecida para los honorarios arbitrales por una prestigiosa institución arbitral).

Así pues, de acuerdo con Gotanda, este método es usado típicamente en los arbitrajes *ad hoc* (2000, p. 787)[55], pero el mismo autor hace referencia al caso de algunas reputadas instituciones arbitrales que la utilizan. La London Court of International Arbitration es la primera y, conforme con su *Schedule of Fees and Costs*, los honorarios serán calculados tomando como referencia el trabajo realizado por sus miembros en relación al arbitraje y serán cobrados bajo las ratios apropiadas a las circunstancias particulares del caso, así como también la complejidad y las especiales cualificaciones de los árbitros; descripción bastante cercana a las nociones descritas previamente.

Las ratios que se pacten para los honorarios deberán encontrarse dentro de rangos por día normal de trabajo, así como de rangos por horas, en caso de períodos menores o los que sean adicionales al referido día. No obstante, afirma Gotanda, las ratios pueden ser mayores o menores a dichos rangos, siempre y cuando los honorarios sean fijados por la Corte de la LCIA, por recomendación del

---

51 Como bien admiten Blackaby *et al*., este es un aspecto en que la suma en controversia, factor determinante para el método *ad valorem*, es tomada en cuenta en aplicación del método del tiempo empleado (2015, p. 4208).

Pero este no es el único punto de diálogo entre ambos métodos. Existen casos en que ambos mecanismos pueden ser ofrecidos alternativamente, como en el caso de la Beijing Arbitration Commission. Ke, Xinyan y Xiaolu (2019) explican que, con la modificatoria promovida en 2019, se introdujo como alternativa al método *ad valorem*, el establecimiento de una ratio horaria, fijándose un valor máximo para esta (que **se considera suficientemente atractiva para atraer a los árbitros**).

52 Este factor se ilustra con el caso de la hoy cerrada LCIA-MIAC, institución arbitral creada en *joint venture* por la prestigiosa LCIA y el estado de Mauricio, en 2011. Como refiere De Brugerie (2016), "[l]a LCIA-MIAC cuenta con su ratio horaria para árbitros, con un tope máximo que resulta menor al establecido por su contraparte con sede en Londres".

Asimismo, dicha autora refiere también el caso del Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), creado en 1978 con la colaboración del estado de Malasia, que toma en cuenta el costo de vida local en sus ratios.

53 Blackaby *et al*. apuntan, adicionalmente, que muchos árbitros internacionales con amplia reputación aceptan ratios menores, que normalmente no aceptarían, para casos más pequeños (2015, p. 4208).

54 Con el fin de llevar a cabo un cierto control, Blackaby *et al*. proponen que, en los casos de un tribunal colegiado, el presidente considere como una de sus funciones monitorear las liquidaciones de horas de sus co-árbitros (2015, p. 4208). Se diría que esta labor cobra particular sentido en arbitrajes *ad hoc,* en los cuales no se cuenta con soporte administrativo para llevar a cabo un seguimiento de este tipo. Pero lo cierto es que es razonable que, en cualquier caso, sean los propios árbitros los que se fiscalicen entre ellos, con relación a los tiempos dedicados a prestar su labor en un caso determinado, por ser ellos precisamente los que tienen conocimiento directo del alcance de esta.

55 En estos casos, Gotanda remarca que las ratios variarán, pero seguirán girando alrededor de los mismos factores señalados precedentemente: reputación del árbitro, importancia y complejidad de la materia y práctica prevaleciente en el lugar donde resida el árbitro. Aunque, también es posible que las ratios sean establecidas a nivel normativo, como en los casos alemán y austriaco que refiere el mismo autor (2000, pp. 786-788).

Register, en conformidad con lo consultado a los árbitros, y sean objeto de consentimiento expreso de todas las partes (2000, p. 787).

Por su parte, la segunda renombrada institución arbitral que emplea este método es el International Centre for Dispute Resolution (en adelante, ICDR) de la American Arbitration Association (en adelante, AAA). Esta busca, **conforme a su Reglamento de Arbitraje Internacional**, establecer una *ratio* diaria u horaria apropiada, con acuerdo de los árbitros y las partes; pero, en caso de no poder contar con el consentimiento de alguna de estas últimas, establece la ratio definitiva tomando en consideración la extensión del servicio de los árbitros y, también, la magnitud y complejidad del caso (Gotanda 1998, p. 144).

Vale la pena resaltar que, desde el año 2018, la AAA viene ofreciendo su *"Alternative Fee Arrangement"* (en adelante, AFA). Esta opción permite a las partes de un arbitraje comercial o de construcción a ser seguido ante un árbitro único, la posibilidad de pactar un tope máximo para los honorarios arbitrales; monto máximo a ser percibido por el árbitro por la integridad del proceso, y que es cobrado sobre la base de una ratio horaria, hasta que el tope pueda ser alcanzado[56].

Ahora bien, otra institución internacional renombrada que prevé este tipo de método de determinación de los honorarios para un arbitraje es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual estipula en su Reglamento Administrativo y Financiero que los árbitros tendrán derecho a percibir honorarios por aquellos días en los que participen en reuniones del tribunal que conforman, así como un honorario equivalente a cada jornada de ocho horas de otro tipo de trabajo, realizado en conexión con los procedimientos.

Por último, vale la pena destacar que, como resultado de una encuesta realizada en el año 2000 entre más de doscientos profesionales del arbitraje en Europa, Norteamérica, Medio Oriente, África, Oceanía, Asía y otras regiones, Gotanda concluyó que el método que es más comúnmente utilizado para determinar los honorarios arbitrales es el método del tiempo empleado. En dicho estudio se evidenció que dos tercios de los encuestados indicaron que, al desempeñarse como árbitros, calculaban sus honorarios sobre la base de la magnitud del trabajo llevado a cabo en el caso (2000, p. 794). Y, además, que muchos encuestados sostuvieron que, cuando se desempeñaban como árbitros en casos administrados por una institución arbitral, sus honorarios se basaban en la suma en controversia, pero cuando se trataba de un arbitraje *ad hoc*, sus honorarios se basaban en la magnitud del trabajo que llevaron a cabo (2000, p. 795).

C. El método del honorario fijo

En tercer lugar, se encuentra el método del honorario fijo, según el cual, la retribución económica de los árbitros se encuentra constituida por una cierta suma global, destinada a cubrir todo el trabajo realizado en conexión con el arbitraje (incluidos tanto el tiempo dedicado a las audiencias, como el dedicado a viajar por estas últimas, sea cuanto sea lo que duren), según puntualizan Gotonda (2000, p. 788) y Blackaby *et al*. (2015, p. 4209), el cual sería pagadero, ya sea que el arbitraje concluyera con un laudo o no (Gotonda 2000, 788, nota 25).

En efecto, se trata de un método menos usado que los otros dos, pero, allí donde se usa, suele involucrar casos de gran transcendencia y, asimismo, árbitros de gran prestigio internacional, según lo señalan Blackaby *et al*. (2015, p. 4209).

Su falta de uso regular se debería a la dificultad que entraña recurrir a él, porque resulta difícil saber qué monto acordar como honorario fijo al inicio del arbitraje: "Es difícil saber cómo se desarrollará el caso, si las partes transarán o no antes

[56] De conformidad a la AAA, el AFA incluye dos modalidades: el acuerdo de honorario fijo y el acuerdo de tope máximo. Las partes deben seleccionar una de ellas antes del nombramiento del árbitro único. La AAA se encarga de recabar propuestas de honorarios de candidatos a árbitros apropiados para el caso, sobre la base de las cuales las partes seleccionarán a su árbitro único. Si el arbitraje se torna más complicado de lo que se estimaba, la AAA dialoga con los asesores legales acerca de formas para restringir los costos y mantener el caso dentro del presupuesto estimado originalmente. El árbitro podrá solicitar un aumento de honorarios si se produce un incremento sustantivo de lo que razonablemente previó sobre la base de la información que se le proporcionó originalmente sobre el caso (incremento de número de días de audiencia o un incremento significativo de su involucramiento en las fases anterior y posterior a la audiencia). Tal pedido será comunicado por la AAA a las partes. Estas podrán acordar terminar con la opción AFA elegida, aunque seguirán obligadas a pagar los honorarios establecidos de manera previa a dicha terminación. Finalmente, la AAA se reserva el derecho de remover a un caso de este programa si las expectativas presupuestales son sustantivamente diferentes al trabajo realmente requerido para conocer el caso, revirtiendo los honorarios arbitrales a las ratios horarias o diarias regulares (American Arbitration Association, 2018).

Ellis remarca que el objetivo del AFA, más que lograr una reducción inmediata de los costos del arbitraje, es incrementar la predictibilidad de los mismos, "aunque uno podría esperar que los miembros de tribunales AAA propongan honorarios más competitivos y que las partes agradecerán la transparencia" (2018).

de que la audiencia se lleve a cabo y, en el caso en que no lo hagan, cuánto tiempo tomará probablemente la referida audiencia" (Blackaby *et al*., 2015, p. 4209; Gotonda, 2000, p. 788)[57].

Esto implica, como bien señala Gotonda, que el árbitro asume "cierta parte del riesgo en que las estimaciones de tiempo para conducir el asunto pueden ser insuficientes" (por no corresponder a la cantidad de tiempo dedicada al arbitraje), lo cual podría ser visto como una desventaja del método por parte del árbitro. Pero, por otro lado, como apunta el mismo autor, "esto también ofrece un fuerte incentivo para manejar el asunto en una manera costo eficiente", lo cual es una ventaja no solo para los árbitros sino también para las partes, quienes además agradecerán conocer este componente de los costos del arbitraje desde el comienzo y con tal grado de certeza (2000, p. 788, nota 25).

Finalmente, sin perjuicio de que Blackaby *et al*. manifiestan que este método es cada vez más inusual y que muchos árbitros prestigiosos prefieren trabajar con los otros dos, por considerarlos más razonables (2015, p. 4209), lo cierto es que la prestigiosa ICDR de la AAA ha empezado a ofrecer esta opción desde el 2018, como parte del AFA al que hemos hecho referencia previamente.

En efecto, el AFA incluye como segunda opción el acuerdo de honorario fijo, en virtud del cual las partes y el árbitro seleccionado pactan fijar un honorario global por el caso, dividido en segmentos de honorario para la fase pre-audiencia, la audiencia y, finalmente, la fase post audiencia del proceso[58].

VI. LOS HONORARIOS DE COMPROMISO Y CANCELACIÓN

Los honorarios de compromiso y cancelación se encuentran vinculados a un fenómeno muy común en el arbitraje comercial internacional y también en los arbitrajes institucionales domésticos que adoptan calendarios o cronogramas de audiencias[59]: la reserva antelada de días o semanas de las agendas de los árbitros para llevar a cabo audiencias de pruebas, debido a la cual los árbitros tendrán la obligación de rechazar otros trabajos retribuidos; solo para que las audiencias en cuestión tengan que ser pospuestas o canceladas definitivamente (Blackaby *et al*. 2015, p. 4212).

Así, los honorarios de cancelación son el monto que las partes acuerdan pagar a los árbitros por la sola cancelación o postergación de una audiencia determinada. El monto dependerá de la práctica de los árbitros, el número de días que hayan sido reservados para la audiencia y la fecha en que se comunica el pedido de cancelación o postergación. En el sentido de este último factor, el mismo autor cita algunos otros ejemplos (propios de arbitrajes *ad hoc*), en los que los árbitros y las partes firman cláusulas de cancelación que determinan el honorario a pagar en función a los días de anticipación con que la cancelación o la postergación son solicitadas (menos de treinta, pero más de siete días de anticipación, por ejemplo) (Gotanda 2000, p. 790).

Los honorarios de compromiso, también conocidos como honorarios de reserva, son aquel monto que las partes pagan a los árbitros con oportunidad de la programación de las audiencias y que, en caso estas se lleven a cabo, se toma como pago a cuenta del honorario debido al tribunal; y, en caso de que no se concreten, se conserva como compensación por la pérdida de trabajo (Gotanda 2000, pp. 790-791).

Gotanda hace referencia a que, por ejemplo, el Chartered Institute of Arbitrators recomienda, en sus *Terms of Appointment including Remuneration*[60], cobrar un honorario de compromiso no reembolsable, resultante de la multiplicación del tiempo reservado por la ratio diaria completa, el

---

57 En los hechos, lo que recomiendan Blackaby *et al*. para resolver este problema es que los árbitros recurran, alternativamente, al método *ad valorem* o al método del tiempo empleado con el fin de determinar la suma global que será propuesta a las partes:

> Lo mejor que se puede hacer en estas circunstancias es hacer una estimación inteligente del total de días que probablemente serán dedicados por los árbitros al caso, asumiendo que seguirá su curso completamente, y luego multiplicar dicho total por una ratio diaria apropiada, de manera que se llegue a un número para el honorario fijo. Los árbitros podrían haber hecho un cálculo similar, alternativamente, aplicando un porcentaje a la suma total en disputa, de manera que se determine el honorario que consideren que les corresponde (2015, p. 4209).

58 Aplican los mismo requisitos y condiciones descritos previamente, en relación al acuerdo de tope máximo.

59 La Nota Práctica 2/2020 del Centro de Arbitraje de la CCL, de fecha 2 de septiembre de 2020, que "complementa" su Reglamento de Arbitraje, prevé en su numeral 1.4 que el calendario procesal que proponga el tribunal arbitral respectivo deberá prever las actuaciones a realizarse en el arbitraje, detallando sus fechas exactas; entre las cuales deberá incluirse necesariamente las correspondientes a las audiencias.

60 Se trata de una guía que recoge **la mejor práctica actual con relación a los términos que se acuerdan para la designación y remuneración en arbitrajes comerciales internacionales que no son administrados por una institución**. El Chartered Institute of Arbitrators es una institución fundada en 1915 en Reino Unido, dedicada a promover y facilitar el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas.

cual deberá ser pagado al momento en que la audiencia sea firmemente programada[61]. Por otro lado, menciona también la previsión explícita de este tipo de honorarios en el *First Schedule* de los *Terms* de la London Maritime Arbitrators Association, en que dichos honorarios se calculan en función al número de días reservados y son retenidos total o parcialmente de acuerdo con cuán cerca a la fecha programada es que se formula el pedido de aplazamiento o cancelación[62]. Pero el autor precisa también que, aún con previsiones explícitas como estas, cobrar honorarios de compromiso suele quedar a la discreción de los árbitros (2000, pp. 791-792).

Blackaby *et al*. comentan, por su parte, que los honorarios de compromiso o cancelación no pueden considerarse implícitamente pactados y que podría constituir una conducta indebida que un árbitro condicione la continuación de sus servicios al pago de este tipo de honorarios, si en su aceptación no hizo una reserva en ese sentido (2015, p. 4213). De ahí que los autores destaquen que, si los árbitros quieren percibir un honorario de compromiso o cancelación, deben pactarlos con las partes al momento de aceptar la designación (siendo inapropiado continuar con las negociaciones con una de las partes si la otra se rehúsa a participar de ellas) (2015, p. 4214).

Por otro lado, Blackaby *et al*. recomiendan a los árbitros internacionales entender que los honorarios de compromiso o cancelación son aceptables solo en ciertas culturas y que en otras son tan inusuales que hasta pueden considerarse inaceptables (2015, p. 4214). En esa línea, la encuesta realizada por Gotanda en 2000 aportó algunos datos significativos, a este respecto: en primer lugar evidenció, que aunque la mayoría de árbitros no cobraba este tipo de honorarios, un número significativo de ellos sí lo hacía (30%); en segundo lugar, evidenció también que la práctica de cobrarlos era mayormente empleada en Reino Unido, pero también parecía ser utilizada regularmente en Canadá, Medio Oriente y Oceanía, mientras que no se encontraba ampliamente extendida ni en Europa continental ni en los Estados Unidos de Norteamérica (regiones en las que, sin embargo, la tendencia era favorable a su expansión); y finalmente, que la mayoría de las jurisdicciones no prohibían el cobro de estos honorarios ni por ley ni éticamente, siendo que la falta de cobro de los mismos obedecía más bien a una preferencia personal o costumbre de la propia región en que los encuestados se desempeñaban profesionalmente (2000, pp. 798-799).

En nuestro país, en general, el cobro de honorarios arbitrales adicionales no está regulado de manera profusa en la Ley de Arbitraje: más allá de establecerse que no podrá cobrarse honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, se prevé que sí podría hacerse esto en caso de ejecución arbitral del mismo, de acuerdo con la complejidad y duración de la ejecución (numeral 5 del artículo 72). Mientras que los reglamentos de las instituciones arbitrales más prestigiosas del país asocian la reliquidación de los honorarios arbitrales al incremento de la cuantía de la materia controvertida[63]. Entonces, podemos concluir que, en el Perú, ni los reglamentos ni las propias normas prevén el derecho de los árbitros a ser compensados directamente por la postergación o cancelación de audiencias programadas con antelación.

No obstante, es argumentable que, dado que el artículo 71 de la Ley de Arbitraje establece que los honorarios arbitrales son determinados, entre

[61] No obstante, Blackaby *et al*. afirman, más bien, que lo común es que los honorarios de compromiso no representen el costo del tiempo completo de los días no utilizados, en el entendido que el árbitro estará finalmente disponible para llevar a cabo trabajo remunerado durante dicho período; en el sentido de lo cual los honorarios de compromiso fluctuarían usualmente entre el 50% y el 70% (2015, p. 4214).

[62] La versión de estas reglas referenciada por Gotanda fue la de 1997. Actualmente se encuentra en vigor la de 2017. No obstante, los comentarios vertidos son aplicables también a esta última versión de los referidos términos.

[63] En el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Reglamento de Aranceles y Pagos de 2008 prevé la liquidación adicional de gastos arbitrales: i) en caso [l]a demanda sea cuantificable y resulte superior a la indicada en la petición de arbitraje; ii) en caso la reconvención sea cuantificable; y iii) cuando la demanda o la reconvención no son cuantificables y el Consejo Superior de Arbitraje procede a su determinación (numeral 1 del artículo 17); conservando este último la facultad de reliquidar los gastos arbitrales **cuando corresponda**, incluso por montos superiores o inferiores a los que resulte de aplicar el arancel correspondiente, **si así lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales**.

Por su parte, en el caso de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Reglamento de Arbitraje de 2017 establece que el Centro efectuará un ajuste a los honorarios arbitrales si se incrementa la cuantía de las pretensiones o se adicionan algunas otras, previo aviso a las partes y los árbitros (artículo 81).

Finalmente, en el caso del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú, su Reglamento de Arbitraje de 2013 (modificado en 2020) establece criterios que son fundamentalmente similares, a este respecto, a los del Reglamento de Aranceles y Pagos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

otros factores, por "el desarrollo de las actuaciones arbitrales" "[...] y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso" (Decreto Legislativo 1071, 2008), situaciones como las indicadas pudieran impactar en la determinación definitiva de los honorarios de los árbitros, siempre y cuando la postergación corresponda a audiencias programadas realmente con antelación, práctica que recién lleva algunos años de ser implementada entre las instituciones arbitrales más importantes de nuestro país[64].

No obstante, en el caso de la cancelación de las audiencias, ya sea por una terminación anticipada del proceso o, por el contrario, por la remoción de los árbitros, esta compensación no corresponde, en la medida que nos encontramos frente a un escenario en que los reglamentos arbitrales suelen establecer que cabría, más bien, la devolución de parte de los honorarios previamente pagados[65].

VII. REFLEXIONES FINALES

Establecer los honorarios arbitrales en función al monto en controversia, es decir, por el primer método evaluado, *ad valorem,* como se hace por regla en el caso peruano, es una práctica destinada a transparentar el cálculo de estos, en virtud de la sencillez del procedimiento y la relativa objetividad de las premisas de este. La eventual desproporción de los resultados busca ser atemperada con el recurso a escalas aplicadas a porciones del monto en controversia, las cuales están destinadas a establecer topes al monto que los árbitros pueden percibir. Dichos parámetros se encuentran legitimados porque es una institución arbitral (frecuentemente prestigiosa) la que los establece, sin perjuicio de que es el acuerdo de las partes el que los convierte en vinculantes para estas (o, más inusualmente en nuestro caso, porque una norma jurídica los hace obligatorios, como en el caso de la Tabla de Gastos Arbitrales del OSCE).

En realidad, incluso en la determinación original de los honorarios, algunas instituciones arbitrales se reservan la facultad de establecer honorarios superiores o inferiores a las escalas previstas, en circunstancias estrictamente excepcionales. Y, por supuesto, los honorarios pueden ser ajustados posteriormente, en atención a factores tales como la dimensión y complejidad del caso o el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Se trata de esfuerzos destinados a mantener competitiva la contraprestación de los árbitros, en la medida que el método utilizado no tiene la pretensión de corresponder necesariamente a la magnitud real de tiempo que los propios árbitros dedicarán a trabajar en el caso, siendo que dichos mecanismos buscan, más bien,

---

64 En el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, su Reglamento de Arbitraje de 2017 prevé que, a su discreción, el Tribunal Arbitral puede llevar a cabo una conferencia telefónica para determinar el calendario de una o más audiencias para actuar pruebas o para cualquier propósito que se considere apropiado, con el fin de resolver la controversia (numeral 1 del artículo 26); aunque puede modificar en cualquier momento el calendario, luego de escuchar a las partes, según las circunstancias y necesidades del caso (numeral 2 del artículo 26). Reglas que deberán confrontarse con los numerales 1.1 al 1.8 de la Nota Práctica N° 2/2020 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de fecha 2 de septiembre de 2020, que "complementa" el Reglamento de Arbitraje.

Por su parte, en el caso de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, su Reglamento de Arbitraje de 2017 establece que, en la misma decisión que determina las cuestiones controvertidas en el proceso, los árbitros deben fijar un cronograma de audiencias con el objeto de actuar las pruebas admitidas, de ser posible, así como escuchar las posiciones de las partes sobre la controversias; precisándose que, para programar las audiencias, se coordinaría con las partes (artículo 49).

65 En efecto, en el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Reglamento de Arbitraje establece, por un lado, que "en cualquier caso de remoción de un árbitro, el Consejo decide si le corresponden honorarios, y en qué monto, por su actuación en el arbitraje" (numeral 4 del artículo 16); y, por otro lado, que "[e]n caso de desistimiento o de terminación del arbitraje antes de dictarse el laudo final, el Centro fija los honorarios y gastos de los árbitros cuando corresponda […]" y que "[…] devuelve cualquier excedente de los gastos arbitrales a las partes en la forma que determine el Tribunal Arbitral, o en su defecto, en las proporciones en que fueron recibidas" (numeral 6 de artículo 42).

En el caso de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Reglamento de Arbitraje de 2017 establece que en el supuesto de producirse el reemplazo de un árbitro por causa de sustitución, este debe efectuar la devolución de sus honorarios, en un monto establecido por la Corte de Arbitraje, el cual podrá ascender incluso a la totalidad de los honorarios, dados los motivos de la sustitución así como el estado del arbitraje (artículo 86). Asimismo, el referido reglamento también dispone que:

> En casos de conclusión anticipada del arbitraje, como son el desistimiento, conciliación, entre otros, así como en los supuestos de archivo, en los que corresponda, la Corte de Arbitraje se pronunciará sobre la devolución de los honorarios profesionales, a pedido de una de las partes (artículo 87).

Finalmente, en el caso del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú, su Reglamento de Arbitraje de 2013 (modificado en 2020) señala, por un lado, que de presentarse cualquier supuesto de sustitución de árbitros, la Corte determina el honorario que corresponda al árbitro sustituido, "según estime más apropiado, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso" (numerales 2 y 4 del artículo 25); y, por el otro lado, que "cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, conciliación o por cualquier otra razón, la Corte determina el importe de los gastos arbitrales" (artículo 56), los cuales incluyen los honorarios arbitrales (numeral 1 del artículo 46).

asegurar que los árbitros no sean retribuidos se manera insuficiente. En efecto, la mayoría de las veces, un ajuste de los honorarios solo se promueve si el monto controvertido se ve incrementado, caso en que dicho ajuste se efectúa también en función al monto en controversia (es decir, siguiendo la lógica de la determinación original de los honorarios).

Sería poco riguroso, no obstante, apresurarse y proponer abandonar el método *ad valorem*, reemplazándolo por el método del tiempo empleado, en la medida que este último afronta sus propios desafíos. Como apuntamos en su oportunidad, a pesar de que se trataría del método más comúnmente utilizado en el mundo lo cierto es que calcular los honorarios en función a *ratios* diarias u horarias puede promover un uso ineficiente del tiempo por parte de los árbitros y redundar, de esta manera, en una prolongación mayor a la necesaria de las actuaciones arbitrales. La respuesta a esta problemática ha sido, en el caso concreto del International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association, la posibilidad (restringida) de pactar un tope máximo a ser percibido por la integridad del proceso, cuya finalidad es trasladar al árbitro el riesgo de, cuando menos, una parte de su eventual ineficiencia en la conducción del arbitraje.

Adicionalmente, no debe pasarse por alto que el éxito de este método depende en gran medida del grado de confianza que las partes tengan en el registro de tiempos que lleven los árbitros, pues de lo contrario su escrutinio podría convertirse en un espacio de desgaste adicional de la relación entre ambos. Ayudaría a evitarlo, en gran medida, el que los árbitros fueran diligentes y detallados en esta labor (para lo que muchos se encuentran más que preparados), pero es claro que el tiempo que se dedique a actividades que no correspondan a las audiencias propiamente dichas, siempre podrá ser fuente de cuestionamiento por las partes. Y es indispensable preguntarse si necesitamos que los actores de nuestra comunidad arbitral asuman la carga de solventar esos cuestionamientos de ordinario.

Por su parte, es difícil considerar al método del honorario fijo como más que una mera alternativa excepcional, debido a que supone una asunción de riesgo de parte del árbitro que solo tiene sentido exigirle cuando cuenta con la experiencia suficiente para dimensionar la labor que supondrá el caso al inicio del arbitraje y ofrecer un precio global por ella. Es indudable que se trata de un método que promoverá mucho más la eficiencia que los otros dos anteriores, pero no muchos árbitros (incluso contando con numerosos años de experiencia en esta labor) se sentirían cómodos de emplearlo. Al punto de que el único caso que hemos detectado en que una institución arbitral hace uso de ello (el International Centre for Dispute Resolution de la American Arbitration Association) carece, en el fondo, de una auténtica irreversibilidad del acuerdo sobre el honorario global.

Lo anterior nos devuelve al método *ad valorem* pero, esta vez, con un énfasis que no se haya en si corresponde o no al tiempo efectivamente dedicado por los árbitros al caso, sino en las medidas que pueden aplicársele para promover que los árbitros conduzcan con mayor eficiencia el arbitraje, aspecto que (como hemos apreciado) se echa en falta en el caso del método del tiempo empleado y se ve alabado en el método del honorario fijo.

En efecto, si bien es cierto se encuentra previsto el ajuste de los honorarios arbitrales por un incremento del monto controvertido (caso más frecuente) o, incluso, por mayor complejidad o número de actuaciones a las previstas originalmente, el objetivo de tales medidas no es el que acabamos de referir. Empero, sí lo es en el caso de los mecanismos de reducción de honorarios por demora en la remisión del proyecto de laudo e ineficiente conducción del procedimiento que han incorporado la International Court of Arbitration y el VIAC, respectivamente, cuyos resultados deben necesariamente estudiarse con la finalidad de evidenciar en qué medida están contribuyendo a la dinamización de sus arbitrajes, la cual es uno de los más acuciantes desafíos que este mercado enfrenta hoy en día. No obstante, precisamente por esto último, pareciera que restringir la reducción de honorarios a los casos de renuncia, recusación o remoción de árbitros, como sucede en nuestro país, constituye el desperdicio de una herramienta que podría contribuir a solucionar un problema indiscutible[66].

Ahora bien, la otra cara de esta moneda se encuentra dada por el papel que a las partes corresponde en el desenvolvimiento eficiente del proceso. No es que no reconozcamos que una conducta

[66] Como se ha señalado previamente, a la fecha de aceptación de este artículo, no se había emitido aún la Nota Práctica 2/2020 del Centro de Arbitraje de la CCL, de fecha 2 de septiembre de 2020, que "complementa" el Reglamento de Arbitraje de dicha institución e incorpora la posibilidad de reducir los honorarios de los árbitros en un caso de demora en la emisión del laudo final, en su numeral 2.1 y siguientes. La implementación de esta iniciativa local y su impacto en la emisión célere de los laudos deberá ser oportuna y adecuadamente valorada por los usuarios del referido centro de arbitraje y la comunidad arbitral.

obstruccionista puede ser desincentivada, hasta cierto punto, por una condena al pago de los costos arbitrales. Pero apreciamos que dicha condena es inusual y, por tanto, resulta dudoso que sirva como un elemento disuasivo de pedidos irrazonables de ampliación de plazo o reprogramación de actuaciones (sobre todo en aquellos casos en que pedidos de este tipo cuentan con la tolerancia de la contraparte). Y es allí donde el pacto de honorarios adicionales por postergación de audiencias resulta argumentable (aunque no por la cancelación de estas), conforme se ha explicado en este texto.

Asimismo, no debe pasarse por alto, que así como se penaliza a la parte que impide desarrollar eficientemente el proceso, podría también premiarse la conducción especialmente eficiente del mismo por parte del Tribunal Arbitral; sobre todo cuando, debido a su gestión, el proceso puede concluir con una celeridad excepcional. De ahí que, así como ha previsto la reducción de los honorarios arbitrales, el mencionado Vienna International Arbitration Centre también prevé el incremento de estos por una eficiente conducción del procedimiento. En efecto, una previsión que nos recuerda la importancia de salvaguardar el bienestar económico tanto de las partes como de los mismos árbitros en este esfuerzo común de hacer más eficiente el desarrollo de nuestros procesos arbitrales.

REFERENCIAS

American Arbitration Association (2018). *An AAA-ICDR Innovation: AAA Alternative Fee Arrangements for Arbitrators in Commercial Arbitrations*. https://go.adr.org/AFA.html

Benetti Salgar, J. J. (1989). El arbitraje en el derecho interno colombiano. En Perret, L., y U. Montoya Alberti (coords.), *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español*. *Liber amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowski.* Cultural Cuzco S.A. Editores.

Blackaby, N., & Partasides, C, Refern, A., y M. Hunter (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6ta ed.). Oxford University Press

Born, G. B. (2009). *International Commercial Arbitration* (Vol 1). Kluwer Law International.

Bullard González, A. (2007). Comprando justicia*:* ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles? *THĒMIS-Revista de Derecho*, (*53*), 71-89. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8849

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Chipana Catalán, J., y L. Castro Zapata (2018). *La ley de arbitraje: Análisis y comentarios a diez años de su vigencia.* Gaceta Jurídica

Charry Uribe, L. (1988). Arbitraje comercial internacional. Comentarios y legislación [tesis para obtener el título de abogado]. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia.

Conejero Roos, C. (2005). Los costos en el arbitraje internacional. En Silva Romero, E., y F. Mantilla Espinoza (eds.), *El Contrato de Arbitraje*. Legis Editores.

Brugiere, M. de (10 de febrero de 2016). A Step Back for OHADA Arbitrations?. *Kluwer Arbitration Blog*. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/10/a-step-back-for-ohada-arbitrations/

Ellenbogen, G. (1952). English Arbitration Practice. *Law and Contemporary Problems*, (17), 656-678. https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol17/iss4/3/

Ellis, A. (5 de diciembre de 2018). Would Introducing Active Costs Management to Arbitration be Beneficial. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/05/would-introducing-active-costs-management-to-arbitration-be-beneficial/

Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

García del Corral, I. (comp.) (1889). *Cuerpo del Derecho Civil Romano*: *Tomo I. Instituta – Digesto*. Jaime Molinas.

Gotanda, J.Y. (1998). *Supplemental Damages in Private International Law: The Awarding of Interest, Attorneys' Fees and Costs, Punitive Damages and Damages in Foreign Currency Examined in the Comparative and International Context.* Kluwer Law International B.V.

(2000). Setting Arbitrator's Fees – An International Survey. *Vanderbilt Journal of Transnational Law, 33*(4), 779-827.

Havedal Ipp, A. (17 de octubre de 2015). Time to Upgrade: Review of the Swedish Arbitration Act. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/17/time-to-upgrade-review-of-the-swedish-arbitration-act/

Júdice, J.M. (14 de abril 2015). State Courts. Decisions on Reduction of Arbitrators. Fees: Comparing Apples to Apples or Apples to Oranges?. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/14/state-courts-decisions-on-reduction-of-arbitrators-fees-comparing-apples-to-apples-or-apples-to-oranges/

Ke, H., Xinyan, J. y R. Xiaolu (20 de agosto de 2019). One Giant Leap for Chinese Arbitration: An Introduction to the New BAC/BIAC Fee Schedule. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/20/one-giant-leap-for-chinese-arbitration-an-introduction-to-the-new-bac-biac-fee-schedule/

Ledesma Narváez, M. (2009). *Jurisdicción y Arbitraje.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

McIlwrath, M. (6 de enero de 2016). ICC to Name Sitting Arbitrators and Penalize Delay in Issuing Awards. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/01/06/icc-to-name-sitting-arbitrators-and-penalize-delay-in-issuing-awards/

McIlwrath, M. (26 de agosto de 2015). Breaking Arbitration's 5-Minute Barrier: from the Archives'. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/08/26/breaking-the-5-minute-barrier-in-arbitration-from-the-archives/

Montealegre Escobar, J.O. (1989). Los árbitros en el derecho colombiano y en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá. En Perret, L., y U. Montoya Alberti (coords.). *El arbitraje en el derecho latinoamericano y e español. Liber amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowski*. Cultural Cuzco S.A. Editores.

Molina González, H. (1988). Breve reseña histórica del arbitraje. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (*157*), 215-225.

Newing, N., Cable, R., & Shearman, J. (1 de enero de 2019). Costs in International Arbitration – Are Changes Needed?. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/01/costs-in-international-arbitration-are-changes-needed/

Nordon, C.L. (1935). British Experience with Arbitration. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, *83*(3), 314-325. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss3/3/

Ogayar y Ayllón, T. (1977). *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Editorial Revista de Derecho Romano.

Parodi Remon, C. A. (1989). El arbitraje en el Perú. En Perret, L., y U. Montoya Alberti (coords.). *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Liber amicorum en homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowski*. Cultural Cuzco S.A. Editores.

Pfennigstorf, W. (1984). The European experience with attorney fee shifting. *Law and Contemporary Problems*, *47*(3), 37-124. https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol47/iss1/3/

Puglianini Guerra, L. (2012). *La relación partes-árbitro*. Palestra Editores.

Quiroga León, A. (2017). *La naturaleza procesal del arbitraje* [tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9141/Quiroga_Le%c3%b3n_Naturaleza_procesal_arbitraje%20%281%29.pdf?sequence=6&isAllowed=y

Redman, J.H. (1897). *A concise treatise on the law of arbitrations & awards, with an appendix of precedents and statutes* (3ra ed.). Butterworth.

Ríos Pizarro, C. (10 de diciembre de 2019). Mixing Righteous and Sinners: Summary of the Odebrecht Corruption Scandal and the Peruvian Jailed Arbitrators. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/10/mixing-righteous-and-sinners-summary-of-the-odebrecht-corruption-scandal-and-the-peruvian-jailed-arbitrators/

Rogers, C.A. (12 de mayo de 2016). When Arbitrators and Institutions Clash, or The Strange Case of Getma v. Guinea'. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/05/12/when-arbitrators-and-institutions-clash-or-the-strange-case-of-getma-v-guinea/

Rubio Guerrero, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (*53*), 7-28. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8845

Siwy, A. (13 de enero de 2015). Fees of the Successfully Challenged Arbitrator? *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/01/13/fees-of-the-successfully-challenged-arbitrator/

Sucharitkul, V. (17 de diciembre de 2019). Thawing the Restrictions on International Arbitration in Thailand. *Kluwer Arbitration Blog* [Entrada de blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/17/thawing-the-restrictions-on-international-arbitration-in-thailand/

Vargas García, F. (1964). Naturaleza jurídica del arbitramiento civil [tesis para optar al grado de doctor en Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas]. Pontificia Universidad Javeriana, Cali, Colombia.

Vega Soyer, J. (2010). Artículo 71 Honorarios del tribunal arbitral. En Bullard González, A., y C. Soto Coáguila (eds.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Instituto Peruano de Arbitraje.

Vidal Ramírez, F. (2004). Antecedentes históricos y legislativos del arbitraje. En De Belaúnde López de Romaña, J., Bullard González, A., Pizarro Aranguren, L., y C. Alberto Soto Coáguila (eds.), *Homenaje a Jorge Avendaño*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Arbitration Act 1889, 52 & 53 Vic. c. 49 (Ing. y Gal.).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Res. 31/98 Reglamento de Arbitraje (15 de diciembre de 1976). https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf

Common Law Procedure Act 1852, 15 & 16 Vic. c. 76 (Ing. y Gal.).

Crampton & Hold c. Ridley & Co. (1888) 20 Q.B.D. 48 (Ing.).

Decreto de Urgencia 020-2020, Decreto de Urgencia que Modifica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de enero de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano,* 1 de septiembre de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 295, Código Civil, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de julio de 1984 (Perú).

Decreto Supremo 344-2018-EF, Aprueban el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de diciembre de 2018 (Perú)

Directiva 007-2009-OSCE/CD del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, que aprueba la tabla de gastos arbitrales del SNA-OSCE y regula los supuestos de devolución de honorarios arbitrales para procesos AD-HOC, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de septiembre de 2009 (Perú).

Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de diciembre de 1992.

Getma International c. República de Guinea (I), CCJA Caso No. 001/2011/ARB, laudo (29 de abril de 2014).

Ley 26572, Ley General de Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 1998 (Perú).

Ley 1510, Ley Orgánica del Poder Judicial, Código de Procedimientos Civiles, Ley de Notariado y Tabla de términos de distancia, Diario Oficial *El Peruano,* 14 de septiembre de 1909 (Perú).

Nota Práctica No. 2/2020 para la conducción célere y eficiente de los arbitrajes, del 2 de septiembre de 2020, emitida por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2020/09/nota-practica-2-2020.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 15 de junio de 2017. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2019/04/22212943/carc-reg-1-01-rev-1-reglamento-de-arbitraje.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del 1 de mayo de 2012 [Derogado]. https://cdn01.pucp.education/carc/wpcontent/uploads/2019/04/22214350/arb_norm_04_reg-arb.pdf.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), del 1 de enero de 2017. https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf

Reglamento de Aranceles y Pagos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), de 2018. https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarancelesypagos/reglamento%20de%20aranceles%20y%20pagos.pdf

Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú (AmCham), del 1 de enero de 2013. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2018/11/Reglamento-2013.pdf

Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú (AmCham), del 1 de septiembre de 2008 [Derogado]. Recuperado de https://www.arbitrajeccl.com.pe/reglamento-de-arbitraje-2008

Resolución 238-2016-OSCE/PRE de los Organismos técnicos especializados, Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, aprueban la Directiva 021-2016-OSCE/CD, "Tabla de Gastos Arbitrales aplicables a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE y los arbitrajes ad hoc"-Resolucion-238-2016-OSCE/PRE, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de junio de 2016 (Perú).

Threlfall c Fanshawe (1850) 19 L.J.Q.B. 329 (Ing.).

Willis c. Wakefield (1890-1891) 7 Times L.R. 604 (Ing.).

Rebaza, Alcázar & De Las Casas

- Fusiones y Adquisiciones
- Reestructuración y Quiebras
- Financiamientos
- Mercado de Capitales
- Regulación Financiera
- Proyectos e Infraestructura
- Asesoría Corporativa
- Tributario
- Laboral
- White Collar Crime
- Litigios Corporativos
- Arbitraje
- Private Clients
- Venture Capital
- Compliance
- Minería
- Competencia Antimonopolio
- Inmobiliario

Perú
Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Vía Principal 133
Edificio Real 2, Pisos 2 y 3
San Isidro - Lima
Telf. (51-1) 442-5100

Chile
Oficina de representación
Av. Apoquindo 3650 Piso 12 - Las Condes
Santiago de Chile
Telf. (56-2) 2244-68432

www.rebaza-alcazar.com

10.18800/themis.202001.008

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS POR LOS INCUMPLIMIENTOS DE SUS OBLIGACIONES EN EL ARBITRAJE

CIVIL LIABILITY OF ARBITRATORS FOR THE BREACH OF THEIR OBLIGATIONS IN ARBITRATION

Małgorzata Judkiewicz*
Osterling Abogados

There is a contractual relation between the parties to a dispute and the arbitrators, which entails the existence of rights and duties on both sides. When arbitrators breach their contractual obligations, their civil liability may be triggered and it is not limited to cases in which the award has been set aside. The civil liability usually arises in cases of gross negligence or wilful misconduct; however, the interpretation of those concepts is not uniform in different jurisdictions.

In this article, the author makes a comparative analysis of different sources of the civil liability of arbitrators and presents relevant international case law. In addition, the article explains the arbitrators' obligations such as the obligation to issue an enforceable award, to be independent and impartial, to ensure equal treatment of the parties and to maintain confidentiality.

Keywords: Civil liability; arbitrators; damages; gross negligence; wilful misconduct.

Entre las partes de un arbitraje y los árbitros existe una relación contractual que implica la existencia de derechos y obligaciones de ambos. Diferentes incumplimientos de los árbitros pueden acarrear su responsabilidad civil, la cual no se encuentra limitada a los casos en los que el laudo haya sido anulado. La responsabilidad civil se circunscribe generalmente a la negligencia grave o dolo del árbitro, pero la interpretación de esos conceptos no es uniforme en diferentes jurisdicciones.

En el presente artículo, la autora analiza de forma comparada las fuentes de la responsabilidad civil de los árbitros y presenta jurisprudencia internacional relevante. En tal sentido, explica las obligaciones de los árbitros, tales como la obligación de emitir un laudo ejecutable, mantener la independencia e imparcialidad, garantizar el trato igualitario a las partes y guardar la confidencialidad.

Palabras clave: Responsabilidad civil; árbitros; daños y perjuicios, negligencia grave; dolo.

* Abogada. Licenciada en Lingüística Aplicada por la Universidad de Varsovia. Master of Laws (LL.M.) en Solución de controversias internacionales por la Universidad de Ginebra y el Graduate Institute of International and Development Studies. Asociada de Osterling Abogados (Lima, Perú).

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado el mismo el 14 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La independencia y la imparcialidad son las primeras obligaciones que vienen a la mente cuando uno piensa en los deberes de los árbitros a nivel general. Sin embargo, ¿son las únicas? ¿En qué se basan las obligaciones de los individuos designados para resolver una controversia? ¿Qué les deben los árbitros a las partes cuando desempeñan sus funciones en un arbitraje?

Para poder responder dichas preguntas es necesario analizar, de forma previa, qué relación existe entre los árbitros y las partes. De tal forma, se presentan dos doctrinas diferentes: la primera comprende una relación contractual entre los árbitros y las partes; la segunda indica que el estatus de los árbitros nace de la legislación nacional y se asemeja al de los jueces estatales (Born, 2014, p. 1967).

En ese sentido, Born nota que la doctrina más difundida es la primera, la cual comprende que entre los árbitros y las partes existe una relación contractual: los árbitros se comprometen frente a las partes a desempeñar unas funciones específicas a cambio de remuneración, cooperación y ciertas inmunidades (2014, p. 1967).

La escuela contractual explica que cuando se constituye un tribunal arbitral, se forma entre los árbitros y las partes un *receptum arbitrii*. Dicho término, en el derecho romano, llevaba el contrato en base al cual los árbitros aceptaban su función (Fouchard *et al.*, 1999, p. 608). En efecto, dado que estamos ante una relación obligacional, los árbitros tienen ciertos derechos y obligaciones frente a las partes de la disputa.

Existen también quienes combinan ciertos aspectos de ambas doctrinas. En ese sentido Lew, Mistelis y Kröll consideran que el arbitraje tiene naturaleza híbrida (2003, p. 288). En efecto, tales autores consideran que, por un lado, la tarea de los árbitros tiene origen contractual; por otro lado, el árbitro desempeña una tarea judicial y, por ello, las consideraciones relativas a la inmunidad de los jueces aplican también a los árbitros. No obstante, los autores también reconocen que la inmunidad de los árbitros tiene sus límites y no aplica en casos de fraude, dolo o mala fe (2003, p. 294).

Es importante saber qué naturaleza tiene la relación entre las partes y los árbitros, puesto que de ello se desprende tanto la regulación de las obligaciones de los árbitros como las consecuencias de su incumplimiento. Ahora, tomando en consideración que el contrato implica la existencia de deberes y obligaciones de ambas partes del vínculo contractual establecido, nos adherimos a la doctrina mayoritaria que reconoce la existencia de una relación de carácter contractual.

Es necesario resaltar que dicha relación se configura entre las dos partes, por un lado, y todos los árbitros (o el árbitro único), por el otro. La designación de árbitros de parte no significa que alguno de ellos deba tener una mayor relación (o vínculo) con aquella parte que lo designó para el caso. En efecto, no existe una relación individual entre una parte y un árbitro; puesto que no es a una parte a quien el árbitro se obliga a desempeñar su función, sino frente a ambas. Ello conlleva el ineludible deber de mantener independencia e imparcialidad durante todo el arbitraje. El árbitro no puede ni debe velar por los intereses de la parte que lo ha designado.

Tenemos que, a su vez, notar que el contrato entre los árbitros y las partes es distinto del convenio arbitral. Este último existe solamente entre las partes y se refiere a un sinnúmero de posibles disputas relacionadas con su relación comercial. El inicio de un arbitraje sobre la base de un convenio arbitral lleva a la creación de una relación entre los árbitros designados para resolver la controversia y las partes en disputa. En ese sentido, el nuevo contrato se limita a la controversia en cuestión y se focaliza en el arbitraje iniciado (Arroyo, 2018, p. 1976).

II. EL CONTRATO ENTRE LOS ÁRBITROS Y LAS PARTES Y LAS OBLIGACIONES CORRESPONDIENTES

Una vez establecido que entre las partes y el tribunal arbitral existe una relación contractual, podemos pasar a identificar las obligaciones y los derechos que emanan de esta misma. Ahora bien, sin la necesidad de remitirnos a una ley aplicable concreta, podemos generalizar que la obligación de las partes frente a los árbitros es cumplir con la remuneración acordada por los servicios prestados, los cuales terminan con la emisión de un laudo ejecutable.

En efecto, los árbitros reciben una remuneración por los "servicios de adjudicación arbitral" (Alessi, 2014, p. 751). Puesto que sus obligaciones son variadas, Alessi propone la división en dos tipos de obligaciones principales: (i) resolver la controversia de acuerdo con el convenio arbitral; y, (ii) resolver la controversia actuando con independencia e imparcialidad durante todo el procedimiento y asegurando el trato igualitario a ambas partes (2014, p. 759).

Por su parte, Fouchard, Gaillard y Goldman reconocen cuatro tipos de obligaciones de los árbitros: (i) que actúen de manera justa e imparcial, tratando a ambas partes por igual; (ii) que el desempeño

de las funciones de los árbitros durante el proceso se sitúe dentro del marco jurídico o contractual establecido; (iii) que al desempeñar las funciones se llegue hasta el final del arbitraje, pudiendo resignar solo por razones de peso; y, (iv) que se mantenga inalterable la estricta confidencialidad del caso (1999, pp. 609-612).

Por otra parte, Lew comprende cinco obligaciones principales de los árbitros hacia las partes: (i) resolver la controversia de las partes; (ii) mantener la independencia e imparcialidad; (iii) conducir el arbitraje de manera justa y sin dilación indebida; (iv) mantener la confidencialidad; y, (v) emitir un laudo ejecutable (2012, p. 51).

La metodología propuesta por Alessi es más sucinta, pero en realidad abarca las obligaciones enumeradas por otros autores. Así, resolver la disputa de acuerdo al convenio arbitral implica acatar todo aquello que hayan podido establecer las partes, como, por ejemplo, un plazo concreto para la emisión del laudo. En caso de optar por el arbitraje institucional, el reglamento arbitral de la institución forma parte del acuerdo entre las partes y los árbitros tienen que cumplir con sus provisiones. El convenio arbitral de forma directa (o indirecta, mediante el reglamento institucional) suele garantizar la confidencialidad de las actuaciones. Asimismo, la emisión de un laudo ejecutable es el cumplimiento del primer tipo principal de las obligaciones de los árbitros, cuya finalidad es que el laudo resuelva la controversia. Por su parte, Alessi considera que, en lo que respecta a la emisión de un laudo, existe una obligación de resultado.

El segundo tipo de obligaciones –de mantener la independencia e imparcialidad y de asegurar un trato equitativo a las partes– se refiere a cómo los árbitros deben actuar, por lo que se trata de una obligación de mejores esfuerzos (2014, p. 761).

III. POSIBLES INCUMPLIMIENTOS

Los incumplimientos resultan de dos grandes tipos de errores que pueden cometer los árbitros: (i) errores de derecho; y, (ii) errores procedimentales. Un error de derecho puede consistir, por ejemplo, en una inapropiada aplicación de la ley o en una equivocada interpretación del contrato. Los incumplimientos procedimentales, en cambio, tienen que ver con las garantías del debido proceso, la igualdad de las partes o el actuar dentro de los límites del convenio arbitral. Muchos de dichos errores se ven reflejados en las causales de anulación de laudo, previstas en las leyes de arbitraje. No obstante, no a todos los incumplimientos posibles les corresponde una causal de anulación. Procedemos, por lo tanto, a un mayor análisis sobre el ámbito visto.

A. Errores de derecho

Los árbitros se encuentran obligados a resolver la controversia bajo la ley aplicable, por lo que una mala aplicación del derecho o una interpretación equivocada supone un incumplimiento del árbitro. A pesar de los posibles errores relacionados con el derecho sustantivo, se acepta, de forma pacífica, la imposibilidad de revisar el fondo de un laudo arbitral, con la excepción de una segunda instancia arbitral acordada por las partes.

Ahora bien, en algunas jurisdicciones existe la posibilidad de anular el laudo por errores graves de derecho. Por ejemplo, en el caso de arbitrajes internacionales con sede en Suiza, el Tribunal Federal aceptará el análisis del fondo del laudo solo si la parte que busca la anulación invoca la violación del orden público (Arroyo, 2018, p. 321). El estándar es muy alto, puesto que la violación del orden público tiene lugar solo si el efecto del laudo (y no solo la justificación) es incompatible con el orden público, lo cual se entiende como una violación de los principios jurídicos fundamentales en rechazo de los valores esenciales que, desde la perspectiva del derecho suizo, deberían formar parte de cualquier ordenamiento jurídico (2018, p. 323).

En ese sentido, el Tribunal Federal suizo ha declarado infundadas las solicitudes de anulación en casos de una incorrecta interpretación del contrato, una aplicación equivocada del derecho aplicable o la arbitrariedad en los hechos establecidos que supuestamente se contradicen con las pruebas presentadas (Von Segesser y George, 2015, p. 1235). En efecto, se sostiene que por muy graves que sean las consecuencias de dichos errores para una de las partes, no son suficientes para constituir la violación del orden público.

En el Perú, en el caso de los arbitrajes internacionales, según el artículo 63, inciso 1, literal f) del Decreto Legislativo 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje), se encuentra prevista la anulación del laudo por violación del orden público internacional (2008). Bajo este término, no solamente se entiende una infracción grave de las garantías del debido proceso y del derecho de defensa de las partes sino también un fraude o corrupción (Avendaño Valdez, 2011, pp. 712-713). En ese sentido, la doctrina también admite dicha posibilidad, siempre que se trate de una revisión de fondo (Bullard González, 2013, p. 190). Dicha causal no se encuentra prevista para el arbitraje nacional. Por ello, pueden existir casos en los que los árbitros adopten una interpretación directamente contraria a lo dispuesto por la ley o la normativa nacional; sin embargo, el laudo no se podrá anular (De Trazegnies Granda, 2011, p. 381).

Analizando las jurisdicciones del *common law*, en Estados Unidos, algunas cortes han permitido una limitada revisión del fondo del laudo bajo la doctrina de inobservancia manifiesta del derecho o *manifest disregard of law* (Born, 2014, p. 158).

La ley de arbitraje inglesa, por su parte, permite apelar ante el juzgado una cuestión de derecho derivada de un laudo arbitral, a no ser que las partes del arbitraje hayan acordado excluir dicha posibilidad (English Arbitration Act, 1996, sección 69). Bajo la sección 69 de la English Arbitration Act, se pueden apelar cuestiones de derecho nacional, mas no de un derecho extranjero o de principios generales del derecho (Lew *et al*., 2013, p. 546). La apelación sobre la cuestión de derecho se acepta bajo condiciones muy estrictas, entre ellas, se requiere que la decisión de los árbitros sea incorrecta o que la cuestión sea de interés general y la decisión del tribunal por lo menos cause serias dudas del proceso (Arbitration Act, 1996, sección 69). La práctica enseña que las cortes no suelen aceptar la apelación bajo la Sección 69 (Davies, 2010). Además, la elección de un reglamento arbitral que prevé la finalidad de un laudo, se considera como la renuncia del derecho de apelar (Marshall, 2015).

B. Errores procedimentales

El segundo grupo de posibles incumplimientos por parte de los árbitros comprende las cuestiones procedimentales, relacionadas con el comportamiento durante el arbitraje y con el trato de las partes. Así, la mayoría de las causales de anulación en diferentes jurisdicciones, sobre todo las que implementaron la Ley Modelo de la CNUDMI y su artículo 34, se refiere a cuestiones procedimentales (1985)[1].

La piedra angular del arbitraje es, sin duda, la obligación de mantener la independencia e imparcialidad durante todo el procedimiento. Otra obligación relacionada es la de revelar todas las circunstancias sobre posibles conflictos de interés (Born, 2014, p. 1991). De hecho, según la Norma General 1 de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, un árbitro tiene que declarar cualquier posible conflicto al aceptar la designación y en cualquier momento posterior hasta la emisión del laudo si es que descubre o se entera de alguna circunstancia que, a la vista de un tercero razonable, dé lugar a una duda sobre su independencia o imparcialidad (2014)[2].

Si un árbitro acepta su designación a pesar de la existencia de algún vínculo cercano con una de las partes o sus abogados (o de tener el mismo interés en el resultado de la controversia), se encuentra incumpliendo con su deber de independencia e imparcialidad. Dicho incumplimiento suele estar acompañado por la infracción del deber de revelación. La revelación de hechos o circunstancias no implica la existencia de un conflicto de intereses. En efecto, según el literal (c) de la Nota Explicativa sobre la Norma General 3 de las Directrices IBA antes citadas, explica que el propósito de la revelación es permitir a las partes evaluar por sí mismas si están o no de acuerdo con el criterio del árbitro y, si lo consideran oportuno, averiguar más sobre el asunto revelado o presentar una recusación. Al mismo tiempo, la omisión de revelar un hecho o circunstancia, no siempre significa la existencia de un conflicto que lleve a una descalificación del árbitro (2014).

Otro incumplimiento se encuentra relacionado con el deber de confidencialidad, uno de los aspectos más relevantes de arbitraje comercial (Born, 2014, p. 2002). El deber de confidencialidad puede estar previsto en las leyes de arbitraje (como en el caso de la Ley de Arbitraje peruana), en los reglamentos arbitrales o en el convenio arbitral suscrito entre las partes. La revelación de información confidencial es un incumplimiento de las obligaciones del árbitro y puede causar daño a las partes de la controversia.

---

[1] Dicho artículo recoge cuatro causales relacionadas con el procedimiento, una relacionada con la arbitrabilidad y una con la violación del orden público.

[2] Dicha Norma General regula lo siguiente:
1. Principio General.
Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes **a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo** o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.
[…]
(2) Conflictos de intereses.
(a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro. (b) Rige el mismo principio si existieren, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales **que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro**, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General 4 […] (2014) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, existe una serie de incumplimientos relacionados con el manejo del procedimiento y, por ende, con su duración. Los árbitros se encuentran obligados a actuar con diligencia y rapidez (Born, 2014, p. 1995). Cuando permiten el paso de tiempo sin tomar decisiones y sin manejar, de forma eficaz, el arbitraje, los árbitros incumplen con sus obligaciones frente a las partes. Dicho incumplimiento es más grave cuando las partes sí actúan de manera diligente.

Una consecuencia de ello puede ser la imposibilidad de emitir un laudo dentro del plazo previsto por las partes, ya sea según lo establecido en el convenio arbitral o en un reglamento institucional. En ese sentido, según el artículo 63, inciso 2 de la Ley de Arbitraje, en el Perú existe la causal de anulación por no haber resuelto dentro del plazo previsto (2008). La anulación del laudo perjudica a las partes, puesto que estas tienen que volver a arbitrar la controversia. Sin embargo, incluso en las jurisdicciones que no prevén anulación por cuestiones de plazo, las partes están perjudicadas si el tiempo de espera para el laudo se prolonga de manera injustificada.

C. Conclusión sobre el incumplimiento de los árbitros

El resumen de los posibles incumplimientos indica que los árbitros pueden equivocarse tanto en cuestiones de fondo como procedimentales. Ahora bien, dependiendo de la gravedad, un incumplimiento puede llevar a la anulación del laudo o no. En caso de errores de derecho, el estándar es sumamente alto para evitar que un recurso de anulación se asimile a una segunda instancia, como ocurre en el Poder Judicial.

En ese sentido, y debido a que el papel del árbitro es resolver una controversia, la obligación principal es la de emitir un laudo ejecutable, en otras palabras, un laudo que resuelva la disputa de manera definitiva y se pueda ejecutar. Si en el camino el tribunal arbitral comete algún incumplimiento, ¿debería este acarrear la responsabilidad de los árbitros? Y si un laudo llega a ser anulado, ¿pueden las partes reclamar la responsabilidad del árbitro con más probabilidad de ganar? Para poder responder dichas preguntas, procedemos al análisis de las regulaciones actuales al respecto.

IV. RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS EN DIFERENTES JURISDICCIONES Y EN REGLAMENTOS ARBITRALES

Las discusiones a nivel académico pueden presentar argumentos a favor y en contra de cada una de las teorías sobre la inmunidad o responsabilidad de los árbitros. De tal forma, en la práctica, la respuesta dependerá de la sede arbitral. La *lex arbitri* o la jurisprudencia en múltiples países regulan el estatus y la responsabilidad de los árbitros. No obstante, tal responsabilidad no se limita a la normativa interna de cada país, puesto que también los reglamentos arbitrales contienen provisiones al respecto.

A. Leyes de arbitraje

La Ley de Arbitraje inglesa establece la inmunidad del árbitro por todos los actos u omisiones cometidos en su función, con la excepción de los actos u omisiones de mala fe (Arbitration Act, 1996, sección 29), con la posibilidad de incurrir en responsabilidad por la renuncia (1996, sección 25). Las partes pueden acordar con un árbitro las consecuencias de su renuncia, incluyendo la responsabilidad en dicho caso. Sin embargo, si no existe acuerdo al respecto, el árbitro renunciante puede pedir al juzgado la exoneración de responsabilidad. El juzgado, en ese sentido, tiene la posibilidad de exonerar al árbitro en las **condiciones que crea oportunas** siempre y cuando considere que la renuncia del árbitro fue razonable y coherente a todas las circunstancias del caso.

En Australia los árbitros no incurren en responsabilidad alguna por acto u omisión cometidos de buena fe en su calidad de árbitros[3]. En cambio, en Nueva Zelanda, los árbitros tienen inmunidad plena, aun cuando en el ejercicio de sus funciones –a través de un acto u omisión– incurren en un supuesto de negligencia[4].

En EE. UU., por su parte, la uniformizada Ley de Arbitraje de nivel estatal otorga a los árbitros la inmunidad frente a la responsabilidad civil en la misma medida que los jueces estatales[5]. La ley de arbitraje federal (Federal Arbitration Act) no abarca la cuestión de la inmunidad. Sin embargo, la jurisprudencia de las cortes estadounidenses –a nivel estatal y federal– ha desarrollado una doctrina de inmu-

[3] En Australia, para los arbitrajes domésticos, se aplica el Commercial Arbitration Act (2017), sección 39. En cambio, para los arbitrajes internacionales, se aplica el International Arbitration Act (1974), sección 28.

[4] Para mayor información, véase la sección 13 del New Zealand Arbitration Act (1996).

[5] Para mayor información, véase la sección 14(a) de la Revised Uniform Arbitration Act (2000), promulgada solo en algunos estados de EE.UU.

nidad de los árbitros, partiendo de la inmunidad de los jueces. Bajo dicha perspectiva, los árbitros no incurren en responsabilidad civil por los actos cometidos en su calidad de árbitros[6]. No obstante, la jurisprudencia estadounidense prevé una excepción a la inmunidad cuando el comportamiento del árbitro causa un retraso o imposibilidad de resolver la controversia. En estos últimos supuestos el árbitro puede incurrir en la responsabilidad, puesto que pierde la similitud a un juez ordinario[7].

En el derecho peruano la responsabilidad de los árbitros se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje. El artículo 32 (referente a la responsabilidad del árbitro) de la ley mencionada comprende que, si los árbitros no cumplen el encargo, incurren en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por dolo o culpa inexcusable (2008). Ahora, dicha norma entiende al dolo o culpa en el sentido comprendido por el Código Civil peruano, el cual entiende que existe dolo cuando alguien (de forma deliberada) no ejecuta la obligación; por otro lado, actúa con culpa inexcusable el que por negligencia grave no ejecuta la obligación[8].

De tal forma, la Ley de Arbitraje peruana establece la responsabilidad de un árbitro en caso de no ejecución deliberada de una obligación y de negligencia grave. De Trazegnies Granda destaca que esta norma

> […] es particularmente importante para no dar apoyo a una estrategia intimidatoria con la posibilidad de demandas basadas en errores sin mayores consecuencias, pequeñas negligencias o simplemente diferencias de interpretación en materia controvertible. La ley ha querido ser muy severa y restrictiva, autorizando la reclamación de daños solo en el caso gravísimo del dolo y, tratándose de negligencia, solo cuando esta es inexcusable (2011, p. 373).

Por su parte, la Ley de Arbitraje española, en su artículo 21, limita la responsabilidad de los árbitros a "los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad y dolo" (R.D., 2003). Asimismo, el Tribunal Supremo español, en la Sentencia 362/2017, explica que por temeridad se entiende una negligencia inexcusable, un error manifiesto y grave, carente de justificación (2017, p. 5).

En Francia se encuentra prohibida la inmunidad plena porque, según la Decisión 88-248 DC del Conseil constitutionnel, "[c]onsidérant que nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé" (1989, párr. 9)[9]. En lo que concierne a los árbitros, la Chambre civile 1 de la Cour de cassation, en la *audience publique* del recurso 11-17196, indicó que los árbitros, quienes tienen un vínculo de naturaleza contractual con las partes y no se encuentran ejerciendo un cargo público, sí pueden incurrir en responsabilidad civil por una conducta incorrecta que equivale a dolo, fraude, negligencia grave o denegación de justicia (2014). La parte perjudicada puede demandar al árbitro por daños y perjuicios si el acto u omisión del árbitro no se encuentra intrínsicamente relacionado con el fondo de la disputa en arbitraje (Garaud, 2017, p. 27).

Por otro lado, la responsabilidad de los árbitros en Austria se encuentra regulada de forma expresa en el Zivilprozessordnung (Código de Procedimiento Civil o ZPO por sus siglas). Según dicha norma, el árbitro es responsable por no ejercer sus funciones o por ejercerlas con dilación[10]. La Ley de Arbitraje austriaca no contiene provisiones suplementarias sobre la responsabilidad de los árbitros, por lo que fue la Corte Suprema la que interpretó el significado de la norma del ZPO. La Corte Suprema indicó que los árbitros pueden incurrir en responsabilidad por no observar las reglas procedimentales o por no haber emitido un laudo válido, siempre y cuando el laudo en mención haya sido anulado. En otras palabras, la responsabilidad del árbitro se activa cuando el laudo arbitral se ha anulado por la conducta del árbitro mismo (Klausegger & Klein, 2015, p. 325). Además, en la doctrina austriaca se entiende que un árbitro incurre en la responsabilidad si actúa con negligencia grave o dolo (2015, p. 326).

En Suiza, en cambio, la inmunidad o responsabilidad de los árbitros no se encuentra regulada en

6 Para mayor información, véase el caso *Wasyl Inc. c. First Boston Corp* (1987).

7 Para mayor información, véase el caso *E. C. Ernst c. Manhattan Const. Co. of Texas* (1977).

8 Para mayor información, véase el Código Civil peruano, artículos 1318 y 1319.

9 "Nadie puede, por una disposición general de la ley, ser exonerado de ninguna responsabilidad personal, sea cual sea la naturaleza o la gravedad del acto que se le imputa" [traducción libre].

10 Véase la sección 594-4 del ZPO, la cual establece lo siguiente:
El árbitro que no cumple con sus obligaciones, resultantes de la aceptación de la designación, en absoluto o de manera oportuna, será responsable frente a las partes por todos los daños y perjuicios ocasionados por su negativa indebida a ejercer sus funciones o por la dilación en ejercerlas (2005) [Traducción libre].

la Ley de Arbitraje. En efecto, la doctrina considera que la relación entre los árbitros y las partes es contractual, por lo que un incumplimiento de obligaciones conlleva a las consecuencias previstas en el Code des obligations de dicho país. En caso de incumplimiento, el árbitro es responsable por los daños y perjuicios causados, a menos que pruebe la ausencia de culpa[11]. Es importante recordar que por culpa imputable se entiende negligencia y dolo (Arroyo, 2018, p. 2736).

Tradicionalmente se considera que los países del *common law* le otorgan inmunidad plena al árbitro, comparando la figura del árbitro con la del juez, mientras que los del *civil law* no (Hwang *et al.*, 2007, p. 226). La revisión de las leyes de arbitraje de algunos países parece no confirmar dicha dicotomía. En efecto, la inmunidad de los árbitros no se encuentra regulada de manera uniforme en diferentes jurisdicciones del *common law*. En algunas de ellas, la inmunidad plena no aplica en casos de mala fe en el acto o la omisión del árbitro, asimilándose en sus efectos a lo estipulado en jurisdicciones de *civil law*, donde se incurre en responsabilidad por negligencia o dolo.

B. Reglamentos institucionales

Los reglamentos arbitrales forman parte del acuerdo entre las partes sobre la conducción de un arbitraje institucional. De dicha forma, las estipulaciones relativas a la responsabilidad de los árbitros vinculan a las partes que han elegido un reglamento en cuestión.

Ahora bien, la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales excluyen la responsabilidad de los árbitros, con excepción de los casos de dolo o negligencia grave. En ese sentido, el artículo 41 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) establece que los árbitros "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" (2017).

Por su parte, el artículo 31 del Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA) indica que los árbitros no incurrirán en responsabilidad por cualquier acto u omisión en relación con el arbitraje, excepto en caso de dolo y cuando la ley aplicable prohíba la limitación de responsabilidad (2014). A su vez, el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) establece, en el artículo 52 de su reglamento, que los árbitros no son responsables frente a las partes por actos u omisiones relacionados con el arbitraje, "salvo que dichos actos u omisiones constituyan un comportamiento malintencionado o un acto de negligencia grave" (2017).

Finalmente, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) en su artículo 44, limita la responsabilidad de los árbitros, también indicando que dicha limitación debe ser acorde a la ley aplicable (2017).

C. Conclusión sobre las regulaciones aplicables a la responsabilidad

El repaso de las leyes arbitrales de diferentes jurisdicciones permite comprender que, en la mayoría de ellas, los árbitros sí incurren en responsabilidad civil. Sin embargo, no en todos los supuestos, sino solo por actos u omisiones de mala fe; es decir, por dolo o negligencia grave. De hecho, este aspecto es un estándar de atribución alto para no admitir reclamos frente a negligencias o errores menores.

Asimismo, de la revisión de los reglamentos arbitrales, resulta que los árbitros se encuentran protegidos en el desempeño de sus funciones en la solución de controversias. La limitación de la responsabilidad contenida en un reglamento no puede encontrarse en conflicto con lo previsto en la ley aplicable. Así, los reglamentos reflejan la provisión existente en diferentes jurisdicciones, según la cual un prestador de servicios no puede ser exonerado de responsabilidad por dolo o negligencia grave.

Lo anteriormente mencionado es una solución óptima, puesto que los árbitros no pueden incurrir en responsabilidad por cualquier motivo o comportamiento que no le guste a una parte del proceso. Esta última aplicación conllevaría a un sinnúmero de demandas maliciosas o temerarias presentadas en contra de los árbitros por litigantes insatisfechos con el laudo arbitral. Ahora, a pesar de que los árbitros tienen ciertos deberes contractuales hacia las partes, su responsabilidad se encuentra limitada a los casos más graves (ya sea en relación con cuestiones procedimentales o con la interpretación insustentable). De esta forma, las partes realmente perjudicadas por actos u omisiones cometidos de mala fe tienen la posibilidad de reclamar daños y perjuicios. En ese sentido, el riesgo de responder económicamente por los daños ocasionados a las partes incentiva a los árbitros a cumplir con sus obligaciones de manera aplicada.

[11] Para mayor información, véase el artículo 97 del Code des obligations suizo.

Creemos que otorgar la inmunidad plena a los árbitros podría constituir un desincentivo para actuar con diligencia en la ejecución de las obligaciones contractuales. La inmunidad plena no es deseable, puesto que los árbitros deben ser responsables por sus actos u omisiones como cualquier prestador de servicios obligado por un contrato. En efecto, la conciencia de su responsabilidad implica un mayor grado de diligencia a la hora de conducir un arbitraje.

V. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal es un tema amplio y no es el objetivo del presente artículo abordarla de forma detallada. Además, no se rige por leyes arbitrales, sino por el derecho penal que aplica de manera general, independientemente si alguien se desempeña como árbitro o no. No obstante, la mención de responsabilidad penal sirve para abordar el tema de una posible demanda por daños y perjuicios contra un árbitro luego de que este haya incurrido en responsabilidad penal.

A manera de ejemplo, entre los actos por los cuales los árbitros pueden incurrir en responsabilidad penal se encuentra el fraude por la colusión entre un árbitro y una parte, corrupción y tráfico de influencias o el uso de arbitraje de manera ficticia para realizar lavado de dinero. El derecho penal sanciona arbitrajes ficticios cuyo objetivo es obtener un laudo para legalizar fondos o para perjudicar a una de las partes. Imaginémonos que un árbitro único ha coludido con una de las partes y la ha favorecido en su laudo, perjudicando de esta manera a la otra parte. O un miembro del tribunal arbitral ha convencido a sus coárbitros para emitir un laudo favorable a la parte con la que se ha coludido. Si este hecho se descubre y se inicia un proceso penal, el árbitro podría ser condenado de acuerdo con las leyes penales del país donde ha cometido el delito.

La responsabilidad penal del árbitro y su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados a una o ambas partes son dos ámbitos de responsabilidad distintos. Para reclamar los daños, no hay necesidad de iniciar primero un proceso penal por un acto cometido para favorecer a una parte de un arbitraje y perjudicar a la otra. No obstante, una sentencia penal condenatoria ayuda a podrá probar el hecho antijurídico en un proceso civil[12].

VI. APLICACIÓN PRÁCTICA

La parte perjudicada por el actuar del árbitro puede reclamarle daños y perjuicios. Para dicho fin, la parte demandante tendría que probar el daño, el hecho que lo ha producido y la relación de causalidad entre el hecho y el daño.

A. Caso Puma

Un caso que involucra la responsabilidad civil de los árbitros ocurrió recientemente en España. La empresa Puma S.E. inició y perdió un arbitraje contra Estudio 2000 S.A. y fue condenada al pago de una indemnización y los costos arbitrales (*Puma c. Estudio 2000*, 2010).

El laudo fue dictado por la mayoría del tribunal arbitral y el árbitro excluido era el designado por Puma. El laudo explicaba que no contenía la firma del árbitro designado por puma

> por no haber prestado aún su conformidad al presente laudo, cuya notificación a las partes se considera no obstante conveniente realizar a la mayor brevedad posible de acuerdo con el interés en tal sentido expresado por las mismas durante el presente arbitraje (como se conoce gracias a S.T.S. 102, 2017, p. 4).

Concretamente, lo que ocurrió fue que el árbitro designado por Puma fue excluido por los demás árbitros al dictar el laudo, por lo que Puma interpuso un recurso de anulación. En ese sentido, la Audiencia Provincial de Madrid estableció que, tras varias reuniones de los tres árbitros, existía una discrepancia entre ellos respecto a la indemnización que querían otorgar a una de las partes. En el marco de este proceso, se demostró que el presidente del tribunal arbitral y el árbitro designado por Estudio 2000 se reunieron sin convocar a la reunión al tercer árbitro, quien en ese momento se encontraba de viaje. Fruto de dicha reunión se expidió el laudo arbitral y se notificó a las partes con este.

La Audiencia Provincial de Madrid estableció que el presidente del tribunal arbitral notificó el laudo a las partes el mismo día de la reunión, remitiendo copia al tercer árbitro. A la luz de esos hechos, la Audiencia Provincial de Madrid anuló el laudo por la no convocatoria, la exclusión indebida del árbitro y la irregularidad producida en la conformación del laudo dictado (S.A.P. 200/2011, 2011).

[12] Por ejemplo, el artículo 11 del Código Procesal Civil polaco considera vinculantes para el proceso civil los hechos delictivos establecidos en una sentencia penal condenatoria firme.

Como paso siguiente, Puma formuló una demanda de responsabilidad civil contra el presidente del tribunal arbitral y el árbitro designado por su contraparte. La demanda se basó en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje española, la cual dispone lo siguiente en su inciso 1:

> [l]a aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo […] (2003).

El Juzgado de Primera Instancia 43 de Madrid declaró fundada la demanda y condenó a cada uno de los dos árbitros demandados al pago de 750.000 euros más intereses a favor de Puma (Sentencia 1880/2012, 2013). El importe otorgado equivalía a la cuantía de los honorarios percibidos por cada uno de los árbitros. Los demandados apelaron sin éxito a la Audiencia Provincial de Madrid (S.A.P. 75/2014, 2014) y luego formularon los recursos de infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, también sin éxito (S.T.S. 102/2017, 2017)[13].

El Tribunal Supremo indicó que la Ley de Arbitraje española, en su artículo 21, restringe la responsabilidad de los árbitros a "los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo" (2003). La temeridad no se identifica con la intención de perjudicar, sino

> […] con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje (Sentencia 102/2017, 2017, p. 5).

El Tribunal Supremo consideró que los árbitros demandados desnaturalizaron el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido y que su conducta fue insólita o insospechada y "al margen del buen juicio de cualquiera" (2017, p. 5). El caso visto es un ejemplo de que un comportamiento en mala fe puede llevar a la responsabilidad civil de un árbitro, en este caso limitada a los honorarios pagados en el arbitraje.

B. Caso Tapie

Este caso sirve para ilustrar la posible responsabilidad penal de un árbitro y la manera en la que la parte perjudicada podría buscar una indemnización por daños y perjuicios (*Bernard Tapie c. Crédit Lyonnais*, 2008). El Sr. Bernard Tapie es un empresario francés que a principios de los años 1990 decidió cesar sus actividades comerciales y vender, entre otras cosas, la sociedad BTF GmbH (en adelante, BTF) que tenía participación en el capital de la empresa Adidas AG. El grupo de compañías del Sr. Tapie celebró un acuerdo con la Société de Banque Occidentale (en adelante, SDBO), subsidiaria del banco Crédit Lyonnais, mediante el cual SDBO –actuando como agente– designaría al comprador de las participaciones en BTF por un precio establecido de 2,085,000,000 de francos franceses. Luego de la venta, la sociedad matriz de BTF iba a usar los fondos recibidos para pagar sus deudas.

Finalmente, Rice S.A., una compañía de propiedad de Robert Louis Dreyfus, compró las participaciones por 3,498,000,000 de francos franceses. Paso seguido, el Sr. Tapie declaró su insolvencia económica, la de su esposa y de sus compañías, con la excepción de la matriz de BTF. Los liquidadores iniciaron un procedimiento en contra de Crédit Lyonnais y SDBO por ayuda abusiva al grupo de compañías de Tapie y por haber entrado en un acuerdo secreto con Dreyfus[14].

Al mismo tiempo, el Sr. Tapie demandó al banco Crédit Lyonnais acusándolo de fraude por infravaloración de la empresa vendida. En el año 2007 las diferentes partes firmaron un compromiso, decidiendo resolver todas las disputas pendientes mediante arbitraje. El tribunal arbitral resolvió el caso, condenando a las compañías sucesoras de SDBO al pago de 404 millones de euros a favor del Sr. Tapie por los conceptos de daños y perjuicios por infracción del deber de lealtad, por el daño moral y los intereses.

[13] Uno de los árbitros presentó, incluso, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, alegando en ese segundo caso la infracción de su derecho de defensa, ya que no era parte del procedimiento de anulación de laudo. No se ha encontrado información acerca de ambos procedimientos en la jurisprudencia publicada de ambos tribunales; sin embargo, los artículos de prensa indican que el árbitro no tuvo éxito en ninguno de los dos casos. Para mayor información al respecto, véase a Vozpopuli (14 de mayo de 2018) y (20 de octubre de 2019).

[14] Para una mayor profundización sobre los hechos del caso y de los diferentes procedimientos, véase a Le Brusq (2016) y a Franc-Menget y Archer (2015).

Un tiempo después, aparecieron dudas sobre la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral. A esas alturas ya había pasado el plazo para presentar el recurso de anulación del laudo. No obstante, las compañías sucesoras de SDBO iniciaron el proceso de revisión del laudo en la Cour d'Appel de París, un proceso posible bajo la normativa de ese momento en caso de un laudo arbitral doméstico. La Corte revisó el fondo del laudo y decidió en contra de las compañías del Sr. Tapie, ordenándoles la devolución del monto otorgado en arbitraje. También estableció la existencia de un fraude por colusión entre el Sr. Tapie, su abogado y uno de los árbitros (Número en repertorio 13/13278, 2015). Lo resuelto por la Cour d'Appel fue posteriormente confirmado por la Cour de Cassation (Sentencia 932, 2016).

En las palabras de la Cour d'Appel de París, el árbitro –contraviniendo el requisito esencial para el arbitraje de mantener la independencia e imparcialidad– presentó la controversia y dirigió la atención del tribunal arbitral de manera favorable a los intereses del Sr. Tapie. Por ello, aunque el laudo fue emitido por todos los miembros del tribunal arbitral, resulta inoperativo, puesto que uno de los árbitros se comportó de manera fraudulenta[15]. De forma paralela al procedimiento ante esta corte, se llevaba un procedimiento penal en contra del Sr. Tapie, de su abogado y del árbitro mencionado que terminó en la acusación por fraude organizado y falsificación (Garaud, 2017, p. 43). Al árbitro se le acusó de falsificar su *curriculum vitae*, ocultando información importante acerca de sus relaciones con el Sr. Tapie y con su abogado. El proceso penal terminó en julio de 2019, con una absolución de los acusados[16].

Este caso es interesante para analizar la responsabilidad del árbitro frente a las acusaciones de falsificación y fraude. Por un lado, la Corte Civil que revisó el laudo estableció una serie de comportamientos indebidos del árbitro: (i) romper con el deber de independencia e imparcialidad; (ii) coludir con una de las partes y su abogado; y, (iii) influenciar la toma de decisión del Tribunal Arbitral. Por otro lado, un juzgado penal absolvió al árbitro de la acusación. Ahora, ¿podría la parte perjudicada reclamar daños y perjuicios al árbitro en cuestión? La pregunta es hipotética, puesto que no hay información sobre un procedimiento civil por daños y perjuicios contra el árbitro.

Sin embargo, la respuesta parece ser positiva, puesto que la responsabilidad civil se encuentra relacionada con el comportamiento del árbitro que –a pesar de no llevar a la responsabilidad penal– sí constituyó una violación de los deberes contractuales frente a las partes del arbitraje. La Corte de Apelaciones de París estableció que el árbitro había roto con sus deberes frente a las partes y a los coárbitros, consiguiendo la emisión de un laudo que perjudicaba a las sucesoras de SDBO. Por esas razones, la misma Corte revirtió lo decidido en el laudo y ordenó la devolución del monto pagado al Sr. Tapie. La anulación del laudo se debió a un fraude, el cual acarrea la responsabilidad civil del árbitro en cuestión[17].

Las diferencias en el estándar de la prueba entre los procedimientos penales y civiles pueden crear situaciones como la del caso Tapie: la absolución penal del árbitro, por un lado; pero, por el otro lado, la anulación del laudo por fraude. En nuestra opinión, la absolución penal no crea obstáculos para reclamar la responsabilidad civil del árbitro. Un eventual reclamo de daños y perjuicios contra el árbitro se podría haberse basado en la sentencia de la Corte de Apelaciones de París, la cual estableció la existencia de un comportamiento fraudulento.

C. Caso Greenworld

En el caso Greenworld[18], la Corte Suprema holandesa estableció un estándar según el cual los árbitros responden con responsabilidad personal en circunstancias excepcionales. Este caso trataba de la anulación de laudo por la falta de competencia de los árbitros. El tribunal arbitral se había declarado competente, pero en la anulación se estableció que uno de los demandados, ASB Greenworld BV, no era parte del convenio arbitral. Luego de la anulación del laudo, Greenworld presentó reclamo por daños en contra de los tres árbitros. El caso llegó a la Corte Suprema, la cual declaró que los árbitros podrían incurrir en responsabilidad personal solamente si, en relación con el laudo anulado, habían actuado de forma deliberada, de forma temeraria o con un grave error de juicio sobre lo que es el cumplimiento adecuado de sus obligaciones. Es un estándar muy elevado, por lo que limita los tipos de incumplimientos que pueden acarrear la responsabilidad del árbitro.

---

15 Para mayor información, véase la sentencia de la Cour d'appel [CA] Paris, Feb. 17, 2015, 13/13278.

16 Consúltese a Robert-Diard (2019).

17 La responsabilidad civil de los árbitros por un fraude fue reconocida en la sentencia de la Cour de cassation [Cass.] [Corte Suprema de Justicia de la República] 1e civ., Ene. 15, 2014, Bull. civ. I, No. 11-17196 (Fr.).

18 Para una mayor profundización sobre los hechos del caso y de los diferentes procedimientos, véase a *ITA Board of Reporters* (2016) y a Hoogveld (2016).

El estándar Greenworld fue aplicado en otro caso holandés. La empresa Qnow BV inició un arbitraje en contra de dos empresas con las que había acordado una transferencia de participaciones. El laudo arbitral condenó a los demandados al pago de daños a Qnow por haberle pagado un precio infravalorado debido a un fraude o a un error. El problema con el laudo radicaba es que fue firmado solamente por el presidente del tribunal arbitral.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Civil holandés –que regula el arbitraje– establece que un laudo arbitral debe estar firmado por todos los árbitros y la falta de las firmas es una causal de anulación. De tal forma, en el caso presentado, existía claramente un incumplimiento relacionado con el procedimiento arbitral. Por ello, los demandados iniciaron el recurso de anulación en la Corte Distrital de Ámsterdam y, efectivamente, el laudo fue anulado. La Corte de Apelaciones de Ámsterdam confirmó la anulación.

Cuando la anulación fue firme, Qnow presentó una demanda contra el presidente del tribunal arbitral ante la Corte Distrital de Maastricht, alegando que la anulación del laudo se debió al error profesional de ese árbitro, quien en consecuencia debía incurrir en responsabilidad civil por ese hecho. El error consistiría en no haber asegurado las firmas de los coárbitros. La Corte Distrital de Maastricht rechazó la demanda (*Qnow BV,* 2011) y su sentencia fue confirmada en apelación ante la Corte de Apelaciones de 's-Hertogenbosch (*Qnow BV*, 2014).

Qnow interpuso una casación ante la Corte Suprema de Holanda, invocando el estándar de Greenworld. Qnow argumentaba que el umbral elevado del mencionado estándar debía aplicar solo en casos de errores de fondo, mientras que para los errores procedimentales el estándar debería ser más bajo. La Corte Suprema rechazó dicha división y confirmó el estándar de Greenworld para los dos tipos de errores de los árbitros: tanto los procedimentales como los de fondo (Número de caso 15/00686, 2016).

No obstante, se indicó que la Corte de Apelaciones de 's-Hertogenbosch cometió el error de limitarse a comentar que la falta de las firmas de los dos coárbitros por cualquier motivo no cumple con el estándar elevado de responsabilidad. La Corte Suprema explicó que no se puede establecer que la falta de las firmas de los coárbitros nunca conlleve a la responsabilidad del presidente del tribunal arbitral, dado que eso depende de las circunstancias de cada caso. Ahora, como la Corte de Apelaciones no explicó con suficiente detalle su proceso de análisis, la Corte Suprema revocó la decisión y devolvió el caso para un nuevo examen por una corte de apelaciones de diferente distrito judicial[19].

Los casos Greenworld y Qnow permitieron a la Corte Suprema establecer y, de forma posterior, desarrollar el estándar de responsabilidad civil de los árbitros en los Países Bajos. Es un estándar alto, dado que la responsabilidad surge en casos de dolo o negligencia grave y cuando el laudo haya sido anulado. Dicho estándar elevado aplica tanto a los errores del fondo de la disputa como a los procedimentales. No obstante, en el caso Qnow la Corte Suprema mencionó que hay ciertos errores que pueden acarrear la responsabilidad civil de los árbitros a pesar de que no lleven a la anulación de laudo, tales como la pérdida de los documentos del caso[20].

VII. CONCLUSIONES

Debido a que entre los árbitros y las partes existe una relación contractual, un árbitro puede incurrir en responsabilidad civil por el incumplimiento de sus obligaciones o por su cumplimiento tardío o defectuoso. El estándar de esa responsabilidad tiende a ser limitado en las leyes nacionales y en los reglamentos de instituciones arbitrales a los casos de dolo o negligencia grave.

En cuanto a los incumplimientos que se cometen por negligencia, pero no pasan el umbral de negligencia grave, existen otros mecanismos que ayudan a regular dicha cuestión. Asimismo, las partes siempre pueden acordar remover a un árbitro en cualquier momento, mientras que una institución arbitral lo puede separar definitivamente de su listado de árbitros. Un árbitro conocido por sus prácticas poco diligentes no obtendrá nuevas designaciones, por lo que no se podrá mantener en el mercado arbitral.

En ese sentido, la inmunidad plena no es deseable, puesto que un árbitro es un prestador de servicios de adjudicación, por lo que debe responder por los incumplimientos de sus obligaciones. La limitación

[19] Esta vez, la Corte de Apelaciones de Arnhem-Leeuwarden confirmó la negligencia grave en el comportamiento del presidente del Tribunal Arbitral, pero indicó que Qnow no llegó a probar la causalidad entre el error del árbitro que llevó a la anulación del laudo y el daño alegado. Qnow no estableció con un grado suficiente de certeza que la ejecución del laudo hubiera dado resultados, por lo que la Corte de Apelaciones ratificó la sentencia de la Corte Distrital de Maastricht (*Qnow*, 2019).

[20] Para mayor información, véase a la Corte Suprema de los Países Bajos, en su sentencia HR 30 Sep. 2016, JOR 2016, 324 m.nt. Kortmann, SCJJ. y Ernste, PE. (Qnow BV) (Hol.).

en el estándar de responsabilidad permite a los árbitros desempeñar sus funciones sin preocuparse por responder a cualquier demanda temeraria que puedan presentar los litigantes insatisfechos con el resultado del arbitraje.

Gracias al equilibrio mencionado, los árbitros tienen la libertad en el desempeño de sus funciones, mientras que, si actúan con dolo o negligencia grave, las partes pueden reclamarles indemnización por los daños sufridos. Esta solución nos parece oportuna, tras el desarrollo del presente trabajo. Al mismo tiempo, consideramos que el requisito de la anulación de laudo como la condición para la responsabilidad de los árbitros –como se ha establecido en la jurisprudencia austriaca– es un umbral excesivamente alto. En efecto, puede existir dolo o negligencia grave en el actuar de los árbitros, aunque no se vea reflejado en una causal de anulación de laudos. Un ejemplo sería un laudo emitido con excesivo retraso en una jurisdicción que no prevé anulación por incumplimiento del plazo para laudar. Las partes, sin embargo, sí han podido sufrir daños a causa del tribunal arbitral poco diligente.

La escasa jurisprudencia confirma que no es común reclamar daños y perjuicios a un árbitro por los hechos relacionados con las actuaciones arbitrales. Los casos analizados indican que tampoco es una tarea fácil. En nuestra opinión, existe incertidumbre en la interpretación de lo que es dolo o negligencia grave en el actuar de los árbitros y los juzgados o tribunales arbitrales competentes tendrán que decidirlo caso por caso. Mucho dependerá de cómo se formulen los reclamos; puesto que, en caso de dolo o negligencia grave, la carga de la prueba corresponde al perjudicado.

En síntesis, tanto en el Perú como en la mayoría de las jurisdicciones analizadas, es posible reclamar daños y perjuicios a un árbitro por actos u omisiones cometidos con dolo o negligencia grave. Tal reclamo no se encuentra condicionado a que el laudo arbitral haya sido anulado, puesto que pueden existir casos de dolo o culpa inexcusable no comprendidos en las causales de anulación de laudo. No obstante, un laudo anulado podría ayudar a demostrar la negligencia del árbitro. De manera similar, un procedimiento penal concluido en contra del árbitro ayuda a probar la conducta inapropiada que ha causado daños y perjuicios a la parte.

REFERENCIAS

Alessi, D. (2014). Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability. *Journal of International Arbitration*, *31*(6), pp. 735-784.

Arroyo, M. (2018). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2da ed.). Kluwer Law International.

Avendaño Valdez, J.L. (2011). Comentario al artículo 63. En Bullard González, A., & Soto Coaguila, C. (coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 690-717). Instituto Peruano de Arbitraje.

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

Bullard González, A. (2013). No cometerás actos impuros. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (*63*), 185-200. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8998

Davis, K. (1 de noviembre de 2010). *In Defense of Section 69 of the English Arbitration Act* [Entrada de blog]. Kluwer Arbitration blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/01/in-defence-of-section-69-of-the-english-arbitration-act/?doing_wp_cron=1590887200.1756579875946044921875.

De Trazegnies Granda, F. (2011). Comentario al artículo 32. En Bullard González, A., & Soto Coaguila, C. (coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Tomo I, pp. 369-381). Instituto Peruano de Arbitraje.

Fouchard, Ph., Gaillard, E., & Goldman, B. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitratio*n. Kluwer Law International.

Franc-Menget, L., & Archer, P. (4 de marzo de 2015). *Paris Court of Appeal orders the retraction of an award made where one arbitrator lacked independence: the ongoing Tapie saga*. Herbert Smith Freehills: Arbitration Notes. https://hsfnotes.com/arbitration/2015/03/04/paris-court-of-appeal-orders-the-retraction-of-an-award-made-where-one-arbitrator-lacked-independence-the-ongoing-tapie-saga/

Garaud, J.-Y. (2017). *The Arbitrator's Liability Report*. Le Club des Juristes.

Hoogveld, A. (17 de noviembre de 2016). *Greenworld revisited: arbitrator liable for procedural error.* https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Netherlands/Hogan-Lovells-International-LLP/Greenworld-revisited-arbitrator-liable-for-procedural-error.

Hwang, M., Chung, K., & Lee Cheng, F. (2007). Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties. En Rovine A. (ed.), *Contemporary*

Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers (pp. 225-246). Nijhoff Publisher.

ITA Board of Reporters - Kluwer Law International (30 de septiembre de 2016). *Qnow B.V. v. B., Supreme Court of the Netherlands*. http://www.kluwerarbitration.com/document/kli-kaons-18-16-002

Le Brusq, J.-D. (1 de septiembre de 2016). *The Tapie saga: Paris successfully passed the test* [Kluwer Arbitration Blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/09/01/the-tapie-saga-paris-successfully-passed-the-test/?doing_wp_cron=1597266206.8538980484008789062500

Lew, J. D. M., Mistelis, L.A., & Kröll, S. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Lew, J. D. M. (2012). The tribunal's rights and duties: what do parties and arbitrators' bargain for? En Hanotiau, B., & A. Mourre (eds.), *Players' interaction in international arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law* (vol. 9). Kluwer Law International.

Lew, J. D. M., Bor, H., Fullelove, G., & Greenaway, J. (2013). *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*. Kluwer Law International.

Marshall, M. (24 de junio de 2015). *Section 69 almost 20 years on….* [Kluwer Arbitration Blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/06/24/section-69-almost-20-years-on/.

Robert-Diard, P. (9 de julio de 2019). Arbitrage du Crédit lyonnais: le tribunal relaxe Tapie et démonte la thèse de l'escroquerie. *Le Monde*. https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/07/09/arbitrage-du-credit-lyonnais-juge-pour-escroquerie-bernard-tapie-relaxe_5487192_3224.html

Von Segesser, G., & George, A. (2015). Swiss Private International Law Act. En Mistelis, L.A. (ed.), *Concise International Arbitration* (2da ed.). Kluwer Law International.

Vozpopuli (14 de mayo de 2018). Sin dinero, sin trabajo, sin prestigio: la ruina del caso Puma para Temboury y Ramallo. *Vozpopuli*. https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/Embargos-internacional-Puma-Temboury-Ramallo-CNMV-Iriarte-Estrasburgo-Tribunal-Supremo-Audiencia-Provincial_0_1134787858.html

(10 de octubre de 2019). Gómez-Acebo 'pesca' en el equipo de abogados del Estado de Sáenz de Santamaría. *Vozpopuli*. https://www.vozpopuli.com/economia-y-finanzas/empresas/Gomez-Acebo-juan-ignacio-romero-abogado-estado-soraya_0_1291972256.html

Klausegger, C., Klein, P., Kremslehner, F., Petsche, A., Pitkowitz, N., Power, J., Weiser, I., & Zeiler, G. (2015). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2015*. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Arbitration Act 1996, c. 23 (Ing.).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, Jul. 25, 1984 (Perú).

Código Civil [CC], Nov. 17, 1964 (Pol.).

Commercial Arbitration Act 2017 (Austl.).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Res. 61/33, U.N. Doc. A/61/17 (Dic. 4, 2006).

Cour d'appel [CA] (corte regional de apelaciones) París, 1e ch., Feb. 17, 2015, 13/13278.

Cour de cassation [Cass.] [corte suprema para asuntos judiciales] 1e civ., Ene. 15, 2014, Bull. civ. I, No. 932 (Fr.).

Conseil constitutionnel [CC] [Corte Constitucional] decisión No. 88-248 DC, Ene. 17, 1989, J.O. 754, Recueil 18 (Fr.).

Decreto Legislativo 1071, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008 (Per.).

Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, de 23 de octubre de 2014.

E.C. Ernst c. Manhattan Const. Co. of Texas, 551 F.2d 1026 (5th Cir. 1977).

Hof's-Arnhem-Leeuwarden 4 Jun. 2019, JOR 2019, 243 m.nt. Schleijpen (Qnow BV) (Países Bajos).

Hof 's-Hertogenbosch 4 Nov. 2014 (Qnow BV) (Países Bajos).

HR 30 Sep. 2016, JOR 2016, 324 m.nt. Kortmann/ Ernste (Qnow BV) (Países Bajos).

International Arbitration Act 1974 (Austl.)

Ley de Arbitraje (B.O.E. 2003, 60) (Esp.).

New Zealand Arbitration Act 1996 (N.Z.).

Rb. Maastricht 3 Agosto 2011 (Qnow BV) (Países Bajos).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de 1 de marzo de 2017.

Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA), del 30 de julio de 2014.

Reglamento de Arbitraje del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), de 1 de enero de 2017.

Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), de 1 de enero de 2017.

S.A.P. Madrid, Jun. 10, 2011 (No. 200/2011) (Esp.).

S.A.P. Madrid, Oct. 27, 2014 (No. 75/2014) (Esp.).

S. Juz. Prim. Madrid, Sep. 20, 2013 (No. 1880/2012) (Esp.).

S.T.S., Feb. 15, 2017 (Rep. 2377, No. 362/2017) (Esp.).

S.T.S., Jul. 20, 2017 (No. 102/2017) (Esp.).

Obligationenrecht [OR], Code des obligations [CO], Codice delle obligazioni [CO] (Código de Obligaciones) Mar. 30, 1911 (Suiza).

Revised Uniform Arbitration Act, 7(1) U.L.A. 1-98 (2000) (EE.UU.).

Wasyl Inc. c. First Boston Corp., 813 F.2d 1579 (9th Cir. R. 1987).

Zivilprozessordnung [ZPO] [Ley Procesal Civil] (Austria).

10.18800/themis.202001.009

EL CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO DESDE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL: COMENTARIOS A LA PRIMERA SECCIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y ALGUNAS CONSIDERACIONES VINCULADAS

IMPLIED CONSENT FROM ARBITRAL JURISPRUDENCE: COMMENTARIES TO THE FIRST SECTION OF ARTICLE 14 OF THE PERUVIAN ARBITRATION LAW AND SOME OTHER RELATED REMARKS

Jorge Alvarado Giraldo*
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

Julio Olórtegui Huamán**
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

The first scenario of article 14 of Legislative Decree 1071 positivizes the theory of the incorporation of non-signatory parties, know internationally as "implicit consent" theory. Although more than twelve years have elapsed since its publication, article 14 has remained disregarded by local pronouncements thus far from the arbitration or judicial levels that could provide us with more elements regarding its application in specific cases.

This article aims to identify the way in which international arbitration tribunals have applied the implicit consent theory to determine what type of conducts throughout the contractual iter have justified the incorporation of a non-signatory to the arbitration. Moreover, the authors seek to provide answers to some questions of substantive and procedural nature: Is the non-signatory jointly and severally liable? How does the incorporation of a non-signatory remain consistent with their right to participate in the constitution of the arbitral tribunal? When should the incorporation of a non-signatory be decided?

Keywords: Implicit consent; article 14 of the Arbitration Law; non-signatory; active participation; "Group of companies"; international arbitration.

El primer supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 positiviza la teoría de incorporación de partes no signatarias conocida a nivel internacional como "consentimiento implícito". Si bien ya han transcurrido más de doce años desde su publicación, a la fecha, el artículo 14 no ha sido materia de pronunciamientos locales en el plano arbitral o judicial que nos brinden mayores elementos respecto de su aplicación en casos concretos.

El presente artículo busca identificar la manera en que los tribunales arbitrales internacionales han aplicado la teoría del consentimiento implícito a fin de determinar qué tipo de conductas, a lo largo del iter contractual, han justificado la incorporación de un no signatario al arbitraje. Asimismo, los autores buscan responder algunas preguntas de índole sustantiva y procesal: ¿el no signatario responde de forma solidaria o mancomunada? ¿Cómo se conjuga la incorporación de un no signatario y su derecho a participar en la constitución del tribunal arbitral? ¿En qué oportunidad se debería decidir la incorporación de un no signatario?

Palabras clave: Consentimiento implícito; artículo 14 de la Ley de Arbitraje; no signatario; participación activa; "grupo de sociedades"; arbitraje internacional.

* Abogado. Ex abogado visitante de Dechert LLP. Profesor en la Universidad de Lima. Asociado senior del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: jalvarado@estudiorodrigo.com.

** Abogado. Ex pasante de Dechert LLP. Vocal del Comité Directivo del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje. Miembro Fundador de Lima Very Young Arbitration Practitioners. Asociado del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: jolortegui@estudiorodrigo.com.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 29 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 1 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Bajo el riesgo de espantar a nuestros posibles lectores, tenemos que reconocer que la incorporación de partes no signatarias en el arbitraje no es un tema necesariamente **novedoso**, ya que este ha sido materia de discusión en la jurisprudencia y doctrina arbitral desde la década de los años 80, luego de la publicación del laudo del caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain* (en adelante, **caso Dow Chemical**) (1982).

Por su parte, en el Perú, tiene reconocimiento normativo expreso desde el año 2008, en el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), el cual establece que

> el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 14).

No obstante, transcurridos ya doce años desde la promulgación de la Ley de Arbitraje, a la fecha de elaboración del presente trabajo, se pueden evidenciar pocas fuentes jurisprudenciales o doctrinales en el medio local que nos permitan tener un mejor entendimiento acerca de cómo debe aplicarse la citada disposición.

En materia de jurisprudencia arbitral local, si bien el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima ha publicado, a través de su Faro de Transparencia, algunos resúmenes de laudos en los que se analiza la aplicación del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, dichos resúmenes no brindan suficiente información para identificar qué tipo de conductas se registraron en cado caso concreto para que se decidiera incorporar o no incorporar al no signatario[1].

Por su parte, respecto a la jurisprudencia judicial, tenemos "algunas de cal y otras de arena".

Por un lado, contamos con decisiones como la de *TSG Perú S.A.C. c. Langostinera Caleta Dorada S.A.C. et al.*, en donde la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima declaró la validez de un laudo arbitral que había extendido los efectos del convenio a una serie de empresas no signatarias (Expediente 451-2009, 2013). Si bien el laudo en este caso se dictó bajo la vigencia de la anterior ley de arbitraje (por lo que el tribunal arbitral no aplicó el artículo 14), mencionamos esta decisión ya que tanto el tribunal arbitral como la Primera Sala tuvieron en consideración el comportamiento de las no signatarias para emitir su decisión, lo que fue reconocido por los comentaristas[2] como una decisión positiva en la jurisprudencia nacional respecto a la incorporación de partes no signatarias[3].

Por otro lado, tenemos decisiones como las del caso *Clínica Javier Prado c. Cesar Augusto Ramos Bohorquez et al.*, que fue decidido por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima. En este caso, la Clínica Javier Prado solicitó la nulidad del laudo arbitral bajo la causal del literal a) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, alegando que no se cumplían los requisitos para que fuera incorporado al proceso arbitral como parte no signataria bajo el artículo 14 de la Ley de Arbitraje (Expediente 076-2013, 2013).

La Segunda Sala, confirmando el análisis del tribunal arbitral, declaró la validez del laudo al considerar que la Clínica Javier Prado había consentido implícitamente arbitrar al haber participado en la designación del tribunal arbitral y pagado los honorarios del mismo. Esto, pese a que la Clínica Javier Prado señaló en todo momento que tanto la designación del árbitro como el pago de los honorarios se registraban bajo protesta, con la única finalidad de que el arbitraje continúe su curso.

A nuestro entender, esta es una decisión errada ya que no responde a un análisis del consentimiento en el *iter* contractual –requisito establecido en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje– y, en todo caso, no es posible derivar un consentimiento sobre la base de la buena fe, toda vez que la Clínica Javier Prado recalcó en todo momento que su comportamiento se realizaba bajo protesta y no reconoció la competencia del tribunal arbitral.

Es frente a esta falta de referentes jurisprudenciales que preparamos el presente trabajo. Nuestra meta no es realizar un recuento de las distintas teorías sobre la intervención de no signatarios en

[1] Por ejemplo, ver resumen del Caso Arbitral 204-2016-CCL en Faro de Transparencia (https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas)

[2] Al respecto, nosotros nos reservamos los comentarios a esta decisión para un trabajo posterior.

[3] Al respecto, véase Cantuarias (2014).

el proceso arbitral, ni postular una posición sobre los alcances y el contenido de esta norma. Ya existe abundante literatura al respecto[4].

Nuestro objetivo es revisar los requisitos del primer supuesto del artículo 14 de la Ley de Arbitraje a la luz de la jurisprudencia arbitral internacional[5] disponible[6]. Ello nos permitirá entender de mejor manera cuál es el estándar aplicado al momento de analizar la incorporación de una parte no signataria sobre la base de su participación en el *iter* contractual; también cómo se ha aplicado la buena fe en este análisis; y, finalmente, cuál es el peso asignado al hecho de que la parte no signataria pertenezca al mismo grupo empresarial que una de las partes signatarias.

Asimismo, este trabajo también abordará preguntas de carácter sustantivo y procesal con respecto a la incorporación de una parte no signataria tales como las siguientes: "¿de qué forma responde una parte no signataria, mancomunada o solidariamente?", "¿puede incorporarse partes no signatarias posteriormente a la constitución del tribunal arbitral?", "¿qué pasa con su derecho de participar en la conformación del tribunal arbitral?", o "¿en qué oportunidad debe un tribunal arbitral resolver la incorporación de una parte no signataria: a través de un laudo parcial o junto con el laudo final?".

II. ¿QUÉ NOS DICE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRIMER SUPUESTO DEL ARTÍCULO 14?

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje regula dos supuestos para la incorporación a un arbitraje de una parte no signataria. En primer lugar, cuando sobre la base de la buena fe se pueda determinar que ha existido el consentimiento para arbitrar de todos los involucrados, producto de la participación activa y determinante de la no signataria en el *iter* contractual. En segundo lugar, cuando existen no signatarios que pretenden derivar derechos y/o beneficios de la relación jurídica sometida a jurisdicción arbitral.

Así pues, como adelantamos en la introducción, el presente trabajo únicamente se referirá al primero de los supuestos regidos por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el cual ha recogido lo que se ha denominado a nivel internacional como la **teoría del consentimiento implícito**[7], y agregado expresamente que este consentimiento tiene que ser evaluado a la luz de la **buena fe**.

Sobre la base de los once laudos arbitrales resumidos en el **Apéndice** del presente trabajo, a continuación analizaremos los siguientes aspectos en el marco de la aplicación de la teoría del consentimiento implícito:

(i) ¿Cuál ha sido el rol que se le ha dado a la buena fe al analizar la incorporación de una parte no signataria?;

(ii) Durante la etapa de negociación / celebración del contrato ¿qué conductas han justificado (y cuáles no) la incorporación de una parte no signataria?;

(iii) Durante la etapa de ejecución ¿qué conductas han justificado (y cuáles no) la incorporación de una parte no signataria?;

(iv) Durante la etapa de terminación del contrato ¿qué conductas han justificado (y cuáles no) la incorporación de una parte no signataria?; y,

(v) ¿Cuál es el peso que se le ha asignado al hecho de que una parte signataria y la parte no signataria pertenezcan al mismo grupo de empresas?

Si bien somos conscientes de que la jurisprudencia arbitral internacional sobre consentimiento implícito –principalmente los laudos de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)– no se limita a las decisiones resumidas en el Apéndice antes mencionado, consideramos que estas sí representan un universo importante de la jurisprudencia arbitral internacional disponible sobre esta teoría.

[4] Por ejemplo, véanse a Bullard González (2012), Silva Romero (2011), Conejero e Irra (2013), Talero Rueda (2011), o Ramírez (2016).

[5] Nos basamos principalmente en la jurisprudencia internacional ya que, como señaló Bullard González, presidente de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia que redactó el Decreto Legislativo No. 1071:

> Si uno ve el artículo 14, ese es el otro punto, el artículo 14 no inventa nada, el artículo 14 lo único que hace es recopila los criterios que la jurisprudencia, en varios casos, Dow Chemical, todos los que hemos citado, Thompson… muchísimos casos (2020).

[6] La presentada por las publicaciones *ICC International Court of Arbitration Bulletin* y *Yearbook Commercial Arbitration*, puestas a disposición por Arbitrator Intelligence.

[7] Véanse a Park (2009), Bärtsch y Petti (2013), Born (2014) y Sesin-Tabarelli (2017). Para revisar un análisis de esta teoría basado en los pronunciamientos de varias jurisdicciones europeas, véase a Silva Romero y Velarde Saffer (2018).

Pese a esto, los comentarios que a continuación presentaremos no deben entenderse de manera restrictiva y tampoco tienen la vocación de ser un manual que deba seguirse a rajatabla para el análisis de la incorporación de partes no signatarias. Más bien suponen ser algunas directrices sobre cómo se ha entendido el tema desde la jurisprudencia.

Así, la única finalidad de estos comentarios es brindar mayores luces con respecto a cómo viene interpretando un sector de la jurisprudencia el consentimiento de un no signatario en virtud de su participación en el *iter* contractual.

A. ¿Cuál ha sido el rol que ha jugado en la jurisprudencia arbitral internacional la buena fe en el análisis del consentimiento implícito?

Si bien la jurisprudencia arbitral revisada no menciona expresamente la aplicación de la buena fe como un criterio para el análisis de incorporación de una parte no signataria[8], creemos que esta sí ha sido considerada de manera implícita en las decisiones antes resumidas y, en general, es percibida a nivel internacional como un requisito esencial para la incorporación de una parte no signataria[9].

De acuerdo con Silva Romero, hablaremos de una interpretación bajo parámetros de buena fe para efectos de la incorporación de una parte no signataria "cuando la conducta de una parte permite inferir su aceptación tácita de los términos de un contrato o permite crear en la otra parte la confianza de que tenía la intención de someterse a los términos del mismo" (2011, p. 58)[10].

Por lo anterior, consideramos que cuando los tribunales arbitrales hacen énfasis en que el análisis para la incorporación de una parte no signataria pasa por identificar la mutua y real intención de las partes[11], están aplicando implícitamente un análisis bajo parámetros de buena fe. De esta forma, aquello expresamente previsto en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje se condice con la lógica de la jurisprudencia arbitral internacional para la materia concreta y, como tal, puede servir como guía para la interpretación de los operadores del proceso arbitral en el Perú. Así, incluso si el artículo 14 no lo señalara de manera expresa, el análisis del comportamiento durante el *iter* contractual tendría que darse bajo la óptica de la buena fe[12].

B. ¿Qué nos dice la jurisprudencia arbitral internacional con respecto a la participación de un no signatario en la negociación y celebración del contrato?

El rol de los no signatarios en la negociación y/o celebración del contrato ha sido materia de análisis en seis de los once laudos que hemos resumido en este trabajo, no habiéndose encontrado consenti-

---

8 La única excepción a este comentario es el caso CCI No. 10818. No obstante, el tribunal arbitral no trajo a colación la buena fe en su análisis de incorporación, sino como parte de un comentario respecto al uso que le dio el Tribunal Federal suizo. Al parecer, el reconocimiento de la buena fe por parte del Tribunal Federal suizo como un requisito para incorporar partes no signatarias no se limitaría al caso citado por el tribunal arbitral en el caso CCI No. 10818.

Al respecto, se señala:

> Además, sería contrario a las normas de Buena fe, que rigen las relaciones comerciales internacionales, que un individuo que interviene constante y repetidamente en la ejecución de un contrato pueda eventualmente refugiarse detrás de las personas jurídicas que firman el contrato y negarse a estar obligado por las cláusulas que contiene y, en particular, por la cláusula de arbitraje (Tribunal Federal, Caso 4.P.115/2003, 2003, párr. 5.1.1.) [traducción libre].

9 Blessing señala lo siguiente:

> Una vez más, el 'corazón' de todas las nociones o doctrinas anteriores es claramente el principio de buena fe, respectivamente el requisito de actuar de buena fe y la noción de que las posiciones o defensas que están en contradicción con las exigencias de actuar de buena fe no merecen protección legal (o arbitral) (1994, pp. 154-161) [traducción libre].

Por su parte, según Born:

> En muchos casos relacionados con cuestiones de no signatarios, la atención se centra en las intenciones de las partes. En particular, la atención se centra en las intenciones de las partes - reales o presuntas - de que su acuerdo de arbitraje cumpla los fines para los que dicho acuerdo está diseñado. Esta indagación se repite de diversas formas en la mayoría de las doctrinas jurídicas que se examinan a continuación, y es fundamental para explicar la aplicación de esas doctrinas. Un aspecto de esta investigación es el requisito subyacente en todos los sistemas jurídicos desarrollados de que las partes actúen de buena fe, lo que a menudo afecta a la evaluación de las cuestiones relativas al consentimiento en el contexto de los no signatarios (2014, p. 1415) [traducción libre].

10 Véase también a Ramírez (2016).

11 Véanse los laudos recaídos en los casos citados en este trabajo: CCI No. 4131 (1984), CCI No. 10758 (2000), CCI No. 15116 (2008).

12 Ello, más aún, porque el Código Civil peruano señala expresamente que: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe" (1984, art. 168).

miento implícito de las partes en tres casos[13] y sí en tres de ellos[14].

Al respecto es importante señalar que, sobre la base de la jurisprudencia revisada, los tribunales arbitrales no consideran como muestra de consentimiento implícito los siguientes aspectos: (i) la mera participación de una empresa matriz u otra empresa del grupo en las reuniones de negociación; (ii) el envío de correos electrónicos durante esta etapa; (iii) el hecho de haber participado en la votación que conllevó a la aprobación de la firma del contrato; o, (iv) que pese a haber firmado el contrato la ley no permitiera a la parte no signataria celebrar contratos internacionales.

Por otro lado, en al menos tres decisiones, los tribunales arbitrales consideraron como un factor determinante para denegar la incorporación de la parte no signataria el hecho de que las partes aceptaran que, pese a que las empresas matrices u otras empresas del grupo participaron en la negociación del acuerdo para el mejor manejo de sus intereses, terminaron decidiendo no asumir el riesgo correlativo a la relación contractual y, en su lugar, optaron por que dicho riesgo sea asumido por otra empresa vinculada[15].

Asimismo, hemos evidenciado al menos tres escenarios en los cuales se concluyó que existía un consentimiento implícito para considerar a la no signataria como parte del contrato y del convenio arbitral contenido en este:

– Cuando se acredite que la parte no signataria fue el centro de las negociaciones, no solo dirigiéndolas, sino también asegurándose de contar con alguna participación en los términos del contrato que fue, finalmente, suscrito por otra empresa del grupo.

  Esto, por ejemplo, se logra evidenciar en el caso *Dow Chemical*, en el cual Dow Chemical Francia fue el centro de las negociaciones con las empresas que precedieron a Isover Saint Gobain en los dos acuerdos materia de dicho arbitraje. En dichos acuerdos, además, se establecía que las obligaciones de las partes signatarias podrían ser ejecutadas tanto por Dow Chemical Francia como *Dow Chemical Company* (ambas no signatarias).

– Cuando se acredite que el representante de la empresa que, finalmente, firmó el contrato no solo tenía un cargo oficial en ésta, sino también en la no signataria, presentándose durante las negociaciones en representación de ambas empresas de forma indistinta.

  Esto sucedió en el caso CCI No. 10510 descrito en el Apéndice, en el cual el representante de la Empresa B Francia que negoció el contrato con la Empresa S también ostentaba un cargo formal en B Japón, teniendo este un rol predominante en las negociaciones que llevaron a la firma del contrato.

– Cuando se acredite que la totalidad de las negociaciones se mantuvieron con una empresa (por ejemplo, empresa matriz) y la única razón por la cual el contrato fue firmado por una empresa distinta (por ejemplo, empresa subsidiaria), lejos de buscar escapar de los riesgos de la relación contractual, fue para contar con beneficios especiales.

  Esto sucedió en el caso CCI No. 11160 descrito en el Apéndice, en el cual la Empresa MB (matriz de la signataria) manejó exclusivamente las negociaciones y dejó que la signataria firme el contrato de concesión con la única finalidad de beneficiarse de la exoneración al IGV prevista por la ley venezolana.

C. ¿Qué nos dice la jurisprudencia arbitral internacional con respecto a la participación de una parte no signataria en la ejecución del contrato?

El rol de los no signatarios en la ejecución del contrato ha sido materia de análisis en los once laudos que hemos resumido en el Apéndice, no habiéndose encontrado consentimiento implícito de las partes en ocho casos de los descritos[16] y sí en tres de ellos[17].

Sobre la base de la jurisprudencia revisada, los tribunales arbitrales no consideran como muestra de consentimiento implícito los siguientes aspectos: (i) ser la empresa cuyas acciones son transferidas por la parte signataria en cumplimiento de un contrato; (ii) la sola calidad de titular de todas

[13] Véanse a los casos de este trabajo: CCI No. 5920 (1991), CCI No. 10758 (2000), CCI No. 15372 (2009).

[14] Véanse en este trabajo a los casos CCI No. 4131 (1982), CCI No. 10510 (2000) y CCI No. 11160 (2002).

[15] Véanse en este trabajo los casos CCI No. 9873 (2000), CCI No. 10758 (2000) y CCI No. 15372 (2009).

[16] Véanse en este trabajo los casos CCI No. 5920 (1989), CCI No. 6519 (1991), CCI No. 9873 (2000), CCI No. 10758 (2000), CCI No. 10818 (2001), CCI No. 14208/14236 (2013), CCI No. 15116 (2008) y CCI No. 15372 (2009).

[17] Véanse en este trabajo los casos CCI No. 4131 (1982), CCI No. 10510 (2000) y CCI No. 11160 (2002).

las acciones de la parte signataria; (iii) el tener solo un rol de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de la parte signataria; ni (iv) tener una participación incidental como el hecho de enviar un solo correo electrónico durante la etapa de ejecución.

Por otro lado, han sido solo tres los escenarios en los cuales los tribunales arbitrales encontraron el consentimiento implícito en la etapa de ejecución del contrato:

– Cuando existe una provisión específica en el contrato que señala que una parte no signataria específica o todas las empresas de un grupo económico podrán ejecutar las prestaciones del contrato y, en los hechos, son estas partes no signatarias las que efectivamente ejecutan la totalidad de las prestaciones a cargo de las partes signatarias.

  Esto sucedió, por ejemplo, en el caso *Dow Chemical*, en el cual los dos acuerdos de distribución establecían que los equipos podían ser entregados tanto por Dow Chemical Francia como por cualquier otra empresa del Grupo Dow Chemical.

– Cuando parte de los pagos acordados en el contrato son realizados por la empresa matriz (no signataria), sumado a que los representantes de la matriz durante la ejecución del contrato eran los mismos que los de la parte signataria, así como el hecho de que todas las reuniones relevantes se lleven en las oficinas de la matriz y no en las de las subsidiarias.

  Eso sucedió, por ejemplo, en el caso CCI No. 11160, en el cual la Empresa Matriz (no signataria) realizó pagos a cargo de su subsidiaria en la etapa inicial del contrato, tuvo una presencia activa en la ejecución a través de sus representantes (los cuales eran los mismos que los representantes asignados a la subsidiaria) y dirigió la relación entre las partes, al haberse llevado todas las reuniones relevantes en sus oficinas, ubicadas en Londres, pese a que el proyecto se estaba ejecutando en Venezuela.

– Cuando la no signataria ha canalizado todas las comunicaciones entre la contraparte signataria y la empresa matriz signataria. Esto sucedió, por ejemplo, en el caso CCI No. 10510, en el cual B Japón canalizó el contacto entre la Empresa S y la Empresa B Francia[18].

Finalmente, consideramos pertinente mencionar tres casos en los cuales, en principio, el tribunal arbitral rechazó la existencia de un consentimiento implícito en la ejecución del contrato. En concreto, son los casos CCI No. 5920, CCI No. 10818 y CCI No. 14208/14236.

En los dos primeros casos, la ley aplicable era la ley suiza, la cual, en concordancia con lo señalado por los tribunales arbitrales que conocieron dichas controversias, no reconocía la posibilidad de que el consentimiento se exprese de forma implícita.

– En el caso CCI No. 5920, la empresa X sostuvo que la empresa BZ debía ser incorporada al arbitraje, pues durante la ejecución del contrato su personal se transfería constantemente a AZ (parte signataria) y viceversa, sin ser posible diferenciarlos.

  Al respecto, el tribunal arbitral destacó que si bien en principio este comportamiento podría dar pie a un análisis de participación activa en la ejecución del contrato, en el caso concreto ello no podría interpretarse de buena fe como un consentimiento implícito. Como dimos a conocer anteriormente, en este caso existía una ley que impedía a BZ celebrar contratos internacionales, como lo era el celebrado entre la empresa X y la empresa AZ. De buena fe, no se podría entender que la voluntad de las partes ha sido ir en contra de un mandato legal.

  Ciertamente, en un escenario en el que no existiera una norma prohibitiva, consideramos que dicha conducta sería, en principio, un indicio importante para alegar la existencia de un consentimiento implícito.

– En relación al caso CCI No. 10818, la empresa A solicitó la incorporación de la Empresa C en tanto aquella, un año después de la firma del contrato, había pasado a ejecutar la totalidad de las prestaciones a cargo de la empresa B (parte signataria). Además, fue la empresa C la cual estuvo a cargo de

[18] Sobre la base de únicamente la información provista por Hanotiau, no compartimos la conclusión del tribunal arbitral. Si comparamos el estándar seguido por otros tribunales arbitrales, sobre todo en el caso *Dow Chemical*, es difícil encontrar un consentimiento implícito para ser parte del contrato por el solo haber actuado como el canal para las comunicaciones entre las dos partes contractuales, sin haber ejecutado alguna de las prestaciones a cargo de la parte contractual.

proponer un nuevo acuerdo de distribución exclusiva, sin rastro de la empresa A en la negociación.

A nuestro criterio, de no aplicarse la ley suiza, se debió permitir la incorporación de la empresa C como una parte no signataria, en tanto que tuvo un rol determinante en la ejecución del contrato (al haber asumido la totalidad de la ejecución de este).

– Por último, tenemos el caso CCI No. 14208/14236. Como se explica en el resumen contenido en el Apéndice, en este caso la empresa A inició un arbitraje contra la empresa B y su empresa matriz alegando múltiples teorías. Si bien el tribunal arbitral resolvió incorporar a la empresa matriz en virtud de la teoría del levantamiento del velo societario, su análisis del consentimiento implícito merece un comentario aparte.

  En este caso, el tribunal arbitral concluyó que, pese a que la empresa matriz había dejado sin sustancia a la empresa B, siendo un mero **cascarón** y que, en los hechos, era la empresa matriz quien controlaba la totalidad de la ejecución contractual a través de dicho **cascarón**, no era posible concluir que había existido un consentimiento implícito en tanto que, durante la ejecución contractual, la empresa A nunca remitió comunicación o reclamo alguno a la empresa matriz, siendo que dirigía todas sus comunicaciones a la empresa B.

Esta discusión trae a colación dos temas en concreto: (i) ¿de quiénes se requiere el consentimiento para vincular a una parte no signataria?; y (ii) ¿en qué momento debe haberse brindado este consentimiento?

Con respecto al primer punto, como bien señala el tribunal arbitral en este caso, no se requiere solo el consentimiento de la parte no signataria, sino también el de las partes signatarias. En efecto, el pacto arbitral supone necesariamente un acuerdo entre las partes que lo celebran y, como tal, en el supuesto de que un no signatario deba ser incorporado, es necesario también analizar y determinar –a través de comportamientos– la aceptación de las partes signatarias del mismo. Que el consentimiento sea implícito no obsta a que siga siendo un acuerdo entre partes y, como tal, debe analizarse el comportamiento de las que sí suscribieron el pacto arbitral (a través de su anuencia a la participación del no signatario en la ejecución contractual).

Respecto al segundo punto, este consentimiento no debe brindarse una vez surgida la controversia, sino durante el *iter* contractual. De lo contrario, por conveniencia, podría alegarse un consentimiento que en los hechos nunca existió.

Analizando esta discusión bajo los parámetros del artículo 14 de la Ley de Arbitraje (en caso hubiera sido aplicable), dado que aquel requiere que el análisis de consentimiento se haga a la luz de la buena fe, podría argumentarse que la empresa matriz sí debió ser parte del arbitraje. Esto en tanto que bajo una óptica de buena fe, podría entenderse que cuando la empresa A remitía comunicaciones a la empresa B, en realidad su intención era reclamar a la empresa matriz. Esto tendría sustento en el hecho de que la empresa B era un mero **cascarón** y, en ese sentido, se encontraba totalmente controlada y subyugada a las decisiones de la empresa matriz.

En esa línea, que la empresa A haya seguido actuando en ejecución del contrato a sabiendas de que la empresa matriz era, en los hechos, su contraparte contractual, en nuestra opinión, también representa un consentimiento implícito de la empresa A para la extensión de lo pactado al no signatario. Dicho consentimiento implícito se ve refrendado no solo con la actuación en ejecución del contrato, sino también con la interposición de la solicitud de arbitraje incluyendo a la empresa matriz. Ciertamente, consideramos más bien contrario a la buena fe que se valide la actuación de la empresa matriz como contraparte en el contrato, pero que no deba responder en el marco de un proceso arbitral por la ejecución que llevó adelante.

D. ¿Qué nos dice la jurisprudencia arbitral internacional respecto a la participación de una no signataria en la terminación del contrato?

El rol de los no signatarios en la terminación del contrato fue materia de análisis solo en tres de los once laudos que hemos resumido en el Apéndice. De estos casos, no se halló el consentimiento implícito de las partes en un caso[19] y sí en dos de ellos[20].

[19] Ver en este trabajo al laudo final del caso CCI No. 10758 (2000).

[20] Ver en este trabajo al laudo parcial del caso CCI No. 4131 (1982), así como al laudo parcial del caso CCI No. 10510 (2000).

Puede concluirse, sobre la base de la jurisprudencia revisada, que los tribunales arbitrales no consideran que el asesoramiento por parte de la matriz (la cual no participó ni en la negociación del contrato ni en su ejecución) hacia su subsidiaria en la resolución de una disputa de gran envergadura represente un consentimiento implícito para arbitrar.

Compartimos esta conclusión. Es razonable que una empresa matriz se interese en los eventuales litigios que una de sus subsidiarias pudiese tener, sobre todo si es una controversia de gran envergadura que podría conllevar a la pérdida o recuperación de millones de dólares pues ello, a su vez, podría recaer en que dicha inversión termine representando una ganancia o una pérdida para el grupo. Por otro lado, no es razonable que se pretenda vincular al arbitraje a una empresa que no ha tenido participación alguna en la negociación o ejecución del contrato y que solo se ha visto involucrada en la etapa final de la vida del contrato brindando solo un rol de asesoramiento.

Por su parte, los tribunales arbitrales han encontrado consentimiento implícito en casos en los cuales, por ejemplo, la decisión de resolver el contrato fue tomada en las oficinas de la subsidiaria no signataria y no por la empresa matriz signataria.

Esto sucedió en el caso CCI No. 10510. La decisión de resolver el contrato de distribución con la empresa S fue tomada en las oficinas de B Japón (parte no signataria), cuando esta empresa se vinculaba estrechamente con las consecuencias de dicha resolución. Esta decisión podría parecer algo extrema por las mismas razones comentadas anteriormente, la empresa matriz tiene interés en las decisiones que puedan adoptarse con respecto de sus subsidiarias, pues dichas decisiones pueden tener un impacto económico directo en sus resultados. Sin embargo, ello no tendría necesariamente que representar una aceptación para arbitrar, incluso en el supuesto en que la decisión de resolver o terminar el contrato haya sido adoptada en sus oficinas.

Como comentario final, podemos observar que esta es la etapa más difícil del *iter* contractual para encontrar consentimiento implícito. Esta conclusión no solo parte del menor número de casos en los cuales el comportamiento de una parte no signataria ha sido materia de discusión; sino también por el hecho de que, salvo exista una participación activa y determinante en la negociación o ejecución del contrato, es muy difícil entender, desde un punto de vista económico, que una empresa acepte vincularse solo para la etapa final de la vida de un contrato, dejando de percibir gran parte del beneficio económico y asumiendo el pasivo que representa un posible arbitraje producto de la terminación del contrato.

E. ¿Cuál es el peso que se le ha otorgado a la existencia de un grupo de empresas en el análisis de extensión del convenio arbitral?

Contrario a lo que muchos lectores podrían esperar, a partir de la revisión de la jurisprudencia resumida en el Apéndice, podemos concluir que la existencia de un grupo de sociedades no es el elemento principal por ponderar para poder incorporar a una parte no signataria.

Como se desprende de un análisis minucioso del laudo *Dow Chemical*, al cual se le ha atribuido –a nuestro criterio, indebidamente, tal como señala Hanotiau[21]– el nacimiento de la supuesta **doctrina del grupo de sociedades**, el elemento esencial para poder vincular a una parte no signataria es la real intención de las partes expresada a través de su participación en el *iter* contractual[22]. Así, la existencia del grupo de sociedades es un elemento más a tener en consideración en la búsqueda de la intención de las partes, mas no supone ser el el elemento central[23].

---

[21] Según este autor

> es incorrecto decir que el caso de Dow Chemical dio origen a la llamada doctrina del grupo societario. Esta supuesta doctrina no forma parte del estado actual del derecho francés. La referencia a esta doctrina es engañosa. Los tribunales, los árbitros y los principales estudiosos coinciden unánimemente en que la existencia de un grupo de compañías no es por sí misma un elemento suficiente para extender a una empresa no signataria una cláusula de arbitraje firmada por otros miembros del grupo. (Hanotiau, 2011, p. 456) [traducción libre].

[22] Al respecto, se señala:

> Considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debe obligar a las demás compañías que, contienen dichas cláusulas, y de acuerdo con la intención mutua de todas las partes en el procedimiento, parezcan haber sido verdaderas partes en dichos contratos o haberse visto afectadas principalmente por ellos y por los litigios a que puedan dar lugar (1984, p. 136) [traducción libre].

[23] Al respecto, se señala:

> Considerando que el tribunal determinará, en consecuencia, el alcance y los efectos de las cláusulas de arbitraje en cuestión y, por consiguiente, adoptará su decisión sobre la competencia, teniendo en cuenta la intención común de las partes en este procedimiento, tal como se desprende de las circunstancias que rodean la conclusión y

De una lectura minuciosa a los laudos que hemos resumido hasta ahora se puede observar que en estos ya se cuestiona la utilidad de la así llamada **doctrina del grupo de sociedades**[24]. Sin embargo, el laudo que consideramos refleja mejor la posición que actualmente mantiene la jurisprudencia es el laudo del caso CCI No. 11405, el cual señala de manera expresa que

> no hay una regla general, en el derecho arbitral Internacional Francés, que disponga que las partes no firmantes de un mismo grupo de compañías se vinculan por una cláusula arbitral, sea siempre o solo en determinadas circunstancias. Lo que es relevante es si todas las partes hayan pretendido vincularse con las partes no firmantes por la cláusula arbitral. No solo las partes firmantes, sino que también las no firmantes lo hayan pretendido (o guiados por las otras partes hayan razonablemente presupuesto esta intención) ser vinculados por la cláusula arbitral … La literatura legal nos confirma lo que es relevante es si estas partes no firmantes tenían la intención de ser vinculadas, en lugar de una regla general sobre los grupos de compañías: "claramente, no obstante, no es tanto la existencia de un grupo lo que los vincula por el acuerdo firmado por uno de ellos, sino el hecho de que esta fue la verdadera intención de las partes (2006, pie de página 142) [traducción libre].

No obstante, no debe dejar de reconocerse que la existencia de un grupo de sociedades es un factor por considerar –si bien no el principal– en el sentido de que genera ciertas dinámicas en términos de organización, control, participantes comunes en proyectos, el intercambio de miembros o trabajadores del grupo, entre otras situaciones que coadyuvan a identificar el consentimiento de las partes[25]. Tal como se ha desarrollado previamente, la simple existencia de relaciones de empresas de un mismo grupo (matriz-subsidiaria, por ejemplo) no es un parámetro que necesaria o inmediatamente nos deba llevar a la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria, pero sí debe ser una causa por analizar para la determinación de la existencia de un consentimiento implícito para arbitrar.

Por lo anterior, concordamos con Hanotiau cuando señala que toda referencia a la **doctrina del grupo de sociedades** debe desaparecer, debiendo, de esa forma, centrar de nuevo la atención en el criterio principal: el consentimiento[26].

III. OTRAS CONSIDERACIONES VINCULADAS A LA INCORPORACIÓN DE PARTES NO SIGNATARIAS

A. ¿Mancomunada o solidaria? ¿De qué forma responden los no signatarios al ser incorporados al arbitraje?

No es un secreto que en muchos casos la finalidad de solicitar la atracción de una parte no signataria al arbitraje es la de conseguir a un *deep pocket* que tenga suficiente patrimonio como para asegurar el pago de la totalidad de los montos reclamados.

Pero, ¿que se incorpore a una parte no signataria asegura el poder cobrarle la totalidad de los montos que se reclaman?, ¿asume la no signataria la obligación de pago de forma solidaria o, por el contrario, de forma mancomunada? A fin de responder esta interrogante, tendremos a bien analizar una decisión internacional y una local.

1. Caso CCI No. 5103 de 1988[27]

En este caso, tres empresas europeas (W, X e Y) fueron creadas por el señor Z (grupo A) con la fina-

---

caracterizan el cumplimiento y, posteriormente, la terminación de los contratos en los que aparece. Al hacerlo, el tribunal, siguiendo, en particular, la jurisprudencia francesa relativa al arbitraje internacional, debe tener en cuenta también los usos conformes a las necesidades del comercio internacional, en particular, en presencia de un grupo de empresas (1984, p. 134) [traducción libre].

24 Véanse en este trabajo los casos CCI No. 6519 (1991), CCI No. 9873 (2005), CCI No. 10758 (2000), CCI No. 10818 (2001), CCI No. 11160 (2002), y CCI No. 15116 (2008).

25 Véase lo indicado por Hanotiau:

> La así llamada doctrina es mera y extrañamente una inapropiada expresión para el hecho que la conducta puede ser una expresión de consentimiento, parte de todos los elementos del hecho y, sobre todo, de circunstancias que se toman en consideración para determinar si la conducta es relevante para el consentimiento en el caso particular, la existencia de un grupo de compañías puede ser relevante, particularmente porque genera ciertas dinámicas en términos de organización, control, participación común en proyectos, intercambio de miembros del mismo grupo, etc. La referencia a un grupo de compañías en la doctrina es, por lo tanto, innecesaria y no tiene validez por sí misma (2011, p. 456) [traducción libre].

26 Afirma Hanotiau

> Yo, por lo tanto, sugeriría que cualquier referencia a un grupo de empresas en la doctrina debería desaparecer de una vez por todas de nuestro vocabulario. Deberíamos volver a nuestros inicios, esto es, a una determinación de los alcances de las cláusulas arbitrales en términos de conceptos y mecanismos básicos (2011, p. 456) [traducción libre].

27 Véase el laudo final del caso CCI No. 5103 (1998).

lidad de celebrar una serie de contratos para comprar, comercializar y convertir los productos de fosfato vendidos por un grupo de empresas tunecinas (el grupo B). Debido a que las empresas del grupo A no cumplieron con algunas de las fechas de pago acordadas y en adición a ello, tenían reclamos en contra de las empresas del grupo B, la relación entre ambos grupos terminó.

En ese sentido, las empresas del grupo A decidieron demandar al grupo B por incumplimientos contractuales. Por su parte, una vez iniciado el arbitraje el grupo B presentó reconvenciones en contra de los demandantes. Como parte de estas reconvenciones, los demandados reclamaban que las empresas del grupo A respondan conjunta y solidariamente por las facturas impagas que se habían emitido de forma independiente a W, X e Y.

El tribunal arbitral que conoció la controversia concluyó que en este caso se cumplían las condiciones para reconocer la unidad del grupo A, siendo que todas las empresas que lo conformaban tuvieron algún tipo de participación durante la negociación, celebración y ejecución de la relación contractual con el grupo B. Así, considerando que la confianza de las relaciones comerciales internacionales exigía que primara la realidad económica del grupo A, ordenó que las empresas que lo conformaban respondan de forma solidaria por las deudas que cada una mantenía con las empresas del grupo B[28]. Para el tribunal arbitral, el argumento de la **confianza de las relaciones comerciales internacionales** y la **realidad económica del grupo** era consistente con el orden público internacional del sistema legal de Francia y Tunes (leyes aplicables al arbitraje)[29].

Así, cabe cuestionarnos: ¿una solución como esta podría ser adoptada en un arbitraje con sede en Perú? Consideramos que no. El Código Civil es claro al señalar en el artículo 1183 que "la solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa" (1984). En ese sentido, como explica el profesor Osterling Parodi, "ante el silencio de las partes, la obligación debe considerarse simplemente como mancomunada" (2007, p. 104).

Es por este mandato legal que, incluso cuando nos encontremos frente a empresas de un mismo grupo, la solidaridad no puede ser presumida, no pudiendo así condenarse de esta forma a las partes no signatarias, salvo que ellas hayan aceptado expresamente dicha forma de pago.

2. Caso No. 2100-2011-CCL de 2014 y decisión de anulación de 2015

En el Perú, el caso *Empresa Minera Los Quenaules c. Vena Resources Inc, Vena Perú S.A. & Azulcochamining S.A.C.* (2014) de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL), surgió debido a la controversia a raíz de la firma del denominado contrato matriz, mediante el cual Vena Resources le otorgó a Minera Los Quenuales una opción de compra sobre el 51% de unas concesiones que, a dicha fecha, eran de titularidad de Compañía Minera Las Dunas (posteriormente, Azulcochamining) y que en 2011 fueron transferidas a Vena Perú. A la fecha de firma del contrato matriz, tanto Compañía Minera Las Dunas como Vena Perú eran subsidiarias de Vena Resources.

El tribunal arbitral, invocando el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, decidió incorporar al arbitraje a Azulcochamining en conocordancia con el principio de actos propios, fundamentando su decisión dos aspectos: (i) Azulcochamining había generado una confianza legítima a Minera Los Quenuales al hacer suya inicialmente la contestación de demanda de Vena Resources sin oponer objeción alguna al arbitraje (siendo que su primera objeción fue presentada dos años después con el cambio de su

[28] Al respecto, se indicó lo siguiente:

> Las tres compañías demandantes parecen tener al momento de la conclusión, ejecuciones, inejecuciones y renegociaciones de sus vínculos contractuales con el Grupo EFGH, legítima parte en todos estos contratos por el acuerdo de voluntades de ambos grupos en los procesos. Este análisis se fundamenta, en letra y espíritu, por la tendencia de la famosa y aprobada norma arbitral de reconocer, en circunstancias similares, la unidad del grupo [...] El Tribunal Arbitral es de la opinión que en el presente caso, las condiciones para reconocer la unidad del grupo han sido cumplidas, ya que todas las compañías que forman el grupo han participado, mezclándose genuina y manifiestamente en una relación contractual internacional en donde el conjunto de intereses del grupo prevalece sobre los intereses individuales de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones comerciales internacionales demanda que esta realidad económica sea tomada en cuenta y que todas las compañías del grupo sean responsables solidarias por las deudas de las que se han beneficiado directa o indirectamente. [traducción libre].

[29] Según Hanotiau:

> El tribunal justificó su decisión mediante el requerimiento de seguridad de las relaciones comerciales internacionales. Además, señaló: esta admisión de responsabilidad recíproca solidaria, activa y pasiva en las relaciones entre compañías que pertenecen al mismo grupo está en línea con las posiciones de tomar expresa o implícitamente por todos los demandantes y demandados, con equidad, y no es contrario con ninguna regla de las políticas públicas internacionales de los sistemas legales de Francia y Túnez. (2006, párr. 474) [traducción libre].

representación legal)[30]; y, (ii) que durante la ejecución del contrato matriz aceptó tácitamente ser parte del esquema contractual a través de comunicaciones enviadas a Minera Los Quenuales[31].

Sin embargo, lo interesante de la decisión del tribunal arbitral es que, sin mayor sustento ni motivación, señaló que

> tanto Azulcochamining como Vena Perú son igualmente obligadas por el daño emergente que Vena [Resources] ocasionó a LQ al incumplir el CM y, por lo tanto, les hace solidariamente responsables del resarcimiento que Vena deberá otorgar a LQ como consecuencia de la emisión del presente laudo (2014, p. 62).

Como era de esperarse, Vena Resources llevó el laudo en cuestión a anulación argumentando que el laudo adolecía, entre otros defectos, de una inexistente motivación respecto a la decisión de ordenar a las partes no signatarias el pago solidario de lo adeudado por Vena Resources (Segunda Sala Civil del Poder Judicial, 2015, Resolución 28).

Al analizar este extremo del recurso de anulación, la Segunda Sala Comercial del Poder Judicial pasó a revisar todas las consideraciones presentadas por el tribunal arbitral para extender el convenio arbitral a Azulcochamining y a Vena Perú. Dentro de ellas se encontraban las siguientes: (i) que las no signatarias fueron en su momento subsidiarias de Vena Resources; (ii) que en momentos distintos de la ejecución del contrato matriz, tanto Azulcochamining como Vena Perú tuvieron titularidad de las concesiones sobre las cuales se había dado una opción de compra y que, por lo tanto, ambas empresas habían tenido alguna relación con los bienes objeto del contrato matriz; y, (iii) que sobre la base de la teoría de los actos propios, Azulcochamining y Vena Perú habían generado una confianza legítima a Minera Los Quenuales de que estas serían partes del arbitraje.

Al resolver el recurso de anulación, la Segunda Sala Civil del Poder Judicial señaló claramente que

> no queda claro si la solidaridad derivaría de la aplicación al caso concreto del artículo 14 de la LA o del hecho –afirmado por el tribunal– de haber integrado la relación contractual, ni si esto último deriva a su vez de los actos propios de Azulcochamining o del hecho de pertenecer las tres personas jurídicas a un mismo grupo empresarial (2015, Resolución 28, pp. 63-64).

Consideramos que ninguno de los posibles fundamentos señalados por la Segunda Sala permitiría resolver que las partes no signatarias respondan de forma solidaria en lugar de mancomunada.

En primer lugar, como señalamos al comentar el caso CCI No. 5103, el artículo 1183 del Código Civil requiere que la solidaridad se establezca de manera expresa por la ley o, en su defecto, por el pacto de las partes. Toda vez que el artículo 14 no hace referencia alguna a que las partes no signatarias responden de forma solidaria, dicho artículo, por sí mismo, no puede ser parte del fundamento de un tribunal arbitral para ordenar este tipo de condena. A nuestro criterio, la aplicación de la doctrina de los actos propios y/o el hecho de que las no signatarias sean parte del mismo grupo empresarial que la signataria no merman esta conclusión. En cualquier caso, es necesario diferenciar el ámbito procesal del ámbito sustantivo de la relación jurídica establecida. Que una parte haya mostrado consentimiento implícito para arbitrar no necesariamente conlleva a que esta responda de la misma manera o por todas las obligaciones del contrato. El artículo 14 de la Ley de Arbitraje es una norma de carácter procesal que otorga a la parte la posibilidad de ser incluida en el proceso, mas ello no implica en todos los casos una extensión de todos y cada uno de los efectos o consecuencias contractuales.

---

30 Al respecto, indicó lo siguiente:

> A juicio de este Tribunal, ese es el caso ante el cual nos encontramos en este arbitraje. Así, tal como se desprende de lo señalado en los acápites anteriores, Azulcochamining contestó la demanda arbitral y actuó a lo largo del proceso sin oponerse en forma alguna a su participación en este arbitraje, despertando en LQ la legítima confianza de que aceptaba someterse a los efectos de este arbitraje sin objeción alguna (citado por la Segunda Sala del Poder Judicial, 2015, Resolución 28, pp. 60-61).

31 Se señaló que

> por lo demás, la conducta de Azulcochamining con anterioridad al arbitraje era la de una contraparte contractual de LQ, si bien no en el sentido formal (pues no suscribió el CM ni el PA) sí en el sentido material; Así, la participación de Azulcochamining en la ejecución del CM fue tácitamente reconocida por este empresa en carta remitida a LQ con fecha 17 de junio de 2011 (Anexo 1-H de la demanda). En dicha carta, que Azulcochamining envió cuando todavía se denominaba "Vena Perú S.A.". comunicó a LQ que 'como empresa subsidiaria de Vena Resources y titular de las concesiones mineras del proyecto azulcocha oeste; entiende que no existe relación obligacional o contractual alguna con su estimada empresa (LQ) (sub. neg. ag.) atendiendo que ello era así porque 'no se ha suscrito ningún nuevo acuerdo y el contrato original venció el pasado 20 de Abril de 2010.' Es decir que Azulcochamining (en ese entonces Ven Perú S.A.) entendía que hasta el 20 de abril de 2010 ella sí se encontraba vinculada por el CM y que habría dejado de estarlo porque precisamente en dicha fecha se habría producido su vencimiento (*Empresa Minera Los Quenaules c. Vena Resources Inc, Vena Perú S.A. y Azulcochamining S.A.C.*, 2015, p. 61).

En segundo lugar, como es ampliamente reconocido por la doctrina arbitral, los tribunales arbitrales, a diferencia de las facultades con las que cuentan las cortes nacionales, no se encuentran en las posibilidades de integrar la voluntad de las partes[32]. Así, un tribunal arbitral no puede –so pretexto de ser **creativo**, ni alegando argumentos de justicia– condenar de forma solidaria a las no signatarias a través de una integración contractual, transgrediendo así la legislación peruana.

Como será claro para el lector, la Segunda Sala Civil del Poder Judicial anuló el laudo en este extremo (2015, Resolución 28, p. 66).

B. La incorporación de partes no signatarias y su derecho al trato igualitario en la conformación del tribunal arbitral

Como hemos venido explicando en el presente artículo, la incorporación de partes no signatarias trae consigo sendos problemas de índole procesal. Uno de ellos es la constitución del tribunal arbitral.

Esta problemática es tan antigua como lo es la existencia de arbitrajes con múltiples partes y se puede observar en la saga del caso *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG c. Dutco Construction* (en adelante, **caso Dutco**). En esta, la Corte de Casación de París anuló el laudo arbitral dictado en el caso CCI No. 5836 (1989) bajo el argumento de que se había dado una indebida constitución del tribunal arbitral (Caso No. 89-18708 89-18726, 1992).

En concreto, Siemens, BKMI y Dutco firmaron un contrato de consorcio en 1981 para la construcción de una planta de cemento en Sultanato de Omán. Tiempo antes de iniciar el proyecto, surgió una disputa dentro del consorcio, por lo cual Dutco inició un arbitraje administrado por la CCI contra las otras dos consorciadas. Al conformar el tribunal arbitral, Dutco designó a su árbitro y la CCI determinó que las otras consorciadas tenían que designar a un árbitro de forma conjunta, lo cual hicieron bajo protesta. Emitido el laudo, Siemens y BKMI presentaron una solicitud de anulación de laudo con el argumento de que su derecho al trato igualitario en la designación de los árbitros se había vulnerado. Estas alegaron que a diferencia de Dutco, ellas no pudieron designar a un árbitro de forma independiente y fueron obligadas a designar un árbitro de forma conjunta pese a tener intereses contrapuestos

La decisión de la Corte de Casación francesa en el caso *Dutco* llevó a que la CCI conformara un grupo de trabajo sobre arbitrajes multiparte[33], el cual dio lugar a las modificaciones recogidas en su Reglamento de Arbitraje de 1998, el que establece en el artículo 10[34] que en arbitrajes en los que una de las partes esté conformada por más de una persona, era necesario que dicho conjunto designara de manera consensuada a un árbitro; caso contrario, la Corte de Arbitraje sería la encargada de designar a la totalidad del Tribunal Arbitral.

Si bien esta nueva regulación solucionaba el problema de la incorporación de no signatarios previamente a la constitución del tribunal arbitral, no lo hacía respecto a la incorporación de no signatarios posteriormente a este hito.

Esta problemática se observa en un caso arbitral *ad hoc* no público citado por Hanotiau, en el cual la demandante solicitó la incorporación de tres partes no signatarias como demandadas posteriormente a la constitución del tribunal arbitral. En este caso, al rechazar su incorporación al arbitraje, las demandadas no signatarias señalaron que, como el tribunal arbitral ya había sido constituido, se les había privado de su derecho de participar en su conformación. Dentro de los argumentos para aceptar la incorporación de las partes no signata-

---

32 En *Himpurna California Energy Ltd c. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara* se indicó lo siguiente:

> Los árbitros no pueden usurpar el rol de los oficiales del gobierno o líderes empresariales. Ellos no tienen autoridad política, y no tienen derecho a imponer su visión personal en lo que puede ser una apropiada solución negociada. Sin importar la pureza de sus intenciones, los árbitros que actúen de esta manera estarían abandonando sus labores, y crearían más maldad que bien. El foco de atención de un Tribunal Arbitral es de comprobar los derechos y obligaciones de las partes en las particulares disposiciones del contrato por la cual deriva su autoridad (1999) [traducción libre].

33 Véase Voser (2009, p. 392).

34 Según el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)

> Donde haya múltiples partes, ya sea como demandante o demandado, y donde la disputa deba remitirse a tres árbitros, los múltiples demandantes, en conjunto, y los múltiples demandados, en conjunto, designarán un árbitro para su confirmación conforme al artículo 9.2. En ausencia de dicha denominación conjunta y cuando todas las partes no puedan unirse para acordar un método para la Constitución del Tribunal Arbitral, El Tribunal podrá nombrar a cada miembro del Tribunal Arbitral y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En ese caso, el Tribunal tendrá la libertad de elegir a cualquier persona que sea adecuada para actuar como el árbitro, aplicando el artículo 9, cuando este sea considerado apropiado (1998, art. 10) [traducción libre].

rias, el tribunal arbitral (i) tomó en consideración que las empresas no signatarias y la demandada signataria se habían comportado como un consorcio o asociación de empresa frente a la demandante y que, por lo tanto, se les debía considerar como una misma parte; y, (ii) que, en realidad, estas no presentaban intereses contrapuestos, por lo que se había respetado su derecho a designar a un árbitro (Hanotiau, 2006, pp. 206-207, párr. 457)

Hoy en día esta problemática ha sido abordada y resuelta por muchos centros arbitrales a nivel internacional[35] y local[36]. De acuerdo con esta regulación, no se podrá incorporar partes no signatarias al arbitraje de forma posterior a la designación o confirmación de un árbitro salvo que todas las partes, incluyendo a la no signataria, den su consentimiento. Al requerir el consentimiento de la no signataria, se está respetando su derecho a participar en la constitución del tribunal arbitral.

No obstante, distinto es el caso en los arbitrajes *ad hoc* o administrados por centros arbitrales cuyos reglamentos no contemplan reglas al respecto. Al respecto, Conejero propone hasta cuatro posibles soluciones para los casos de *late joinder* o incorporación de no signatarias con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

– Una primera solución es no permitir, bajo ningún supuesto, la incorporación de no signatarios posteriormente a la designación o confirmación de un árbitro. Esta solución buscaría evitar cualquier posibilidad de que se cuestione el laudo arbitral por vulneración del principio de igualdad de en la designación del tribunal arbitral (Conejero, 2009, p. 427).

– Una segunda solución es permitir el *late joinder* solo en los casos en que exista acuerdo expreso de todas las partes, incluyendo a los no signatarios. Esta solución, como señalamos antes, es la que actualmente han adoptado, por ejemplo, la CCI y la CCL. El problema con este enfoque es que si existiera una oposición a la incorporación del no signatario por cualquiera de las partes, no se podrá proceder con su incorporación. En aquel caso, será irrelevante si no se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje[37], o si la incorporación del no signatario es la única forma en que el arbitraje cumpla con su finalidad.

Debe decirse que aquello es, quizás, la mayor desventaja del proceso arbitral frente a un proceso judicial. En efecto, existirán supuestos en los cuales para que el proceso pueda cumplir su finalidad deban incorporarse a no signatarios o cuyos convenios arbitrales son independientes –incluso, bajo administración y reglas distintas–.

En un proceso judicial, la autoridad jurisdiccional a cargo podrá –de oficio o a pedido de parte– integrar la relación jurídica procesal en aras de salvaguardar su validez y la eficacia de la resolución final que se emita. Ciertamente, las reglas de acumulación subjetiva de pretensiones buscan asegurar dicha finalidad.

Sin embargo, el proceso arbitral como mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos resulta una excepción a la jurisdicción regular que requiere de la existencia de una voluntad manifestada para someterse a este. Así, podrían registrarse problemas cuando una de las partes del proceso no ha suscrito el convenio arbitral, pero por razones de índole sustantivo su participación es necesaria.

Por ejemplo, desde nuestra experiencia, conocemos de un caso en el que se venía

[35] La Cámara de Comercio Internacional señala en su reglamento:

> La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la "Solicitud de Incorporación") a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los Artículos 6(3)–6(7) y 9. Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la Solicitud de Incorporación (2017, art. 7.1).

[36] El Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima indica:

> Con posterioridad a la constitución del Tribunal Arbitral, la incorporación procede solo si las partes, incluyendo la parte adicional, así lo acuerdan y el Tribunal Arbitral acepta dicha solicitud (la "Solicitud Conjunta de Incorporación"). Para estos efectos, toma en consideración la necesidad o la conveniencia de que las disputas con la parte adicional sean resueltas dentro del mismo arbitraje, el estado de avance del proceso arbitral y otras circunstancias que estime relevantes (2017, art. 8.4).

[37] Véase a Conejero (2009, p. 427).

construyendo la ampliación de una planta industrial en la que participaban diversos contratistas. En el marco de dicho proyecto, todos los contratistas contaban con contratos independientes con el dueño de la obra, e incluso los convenios arbitrales poseían distinta naturaleza. Lamentablemente, durante la ejecución de la obra se produjo un accidente causado en mayor o menor grado por varios de los contratistas.

Para lograr el resarcimiento de los daños causados, era necesario iniciar un proceso multiparte contra todos los involucrados, pero el convenio arbitral individual suscrito con cada uno de ellos hacía ello imposible. Sin embargo, en el marco de los procesos individuales que se tramitaran, necesariamente tendría que analizarse el grado de responsabilidad de contratistas que no fungían como demandados. Más aún, el riesgo de pronunciamientos contradictorios –otra de las razones que sustentan la acumulación de pretensiones– era muy alto ante la obligación de tramitar procesos independientes.

Fuera de la discusión conceptual sobre la manera en que responderían todos los involucrados como co-causantes del daño (mancomunada o solidariamente), lo cierto es que la fórmula de resolución de conflictos adoptada para un caso como este no aseguraba la efectiva tutela jurisdiccional de las partes.

Se trata de un problema que en estas circunstancias no parece ser solucionado de alguna manera distinta al consentimiento de todas las partes para someterse a un proceso arbitral único, lo cual resulta, en la práctica, utópico. Ello debido a que, ante la interposición de una demanda bajo un convenio arbitral que incluya a un tercero que no lo suscribió, probablemente se formularía un fundado cuestionamiento a la jurisdicción. Por su parte, el inicio de un proceso judicial contra los involucrados también probablemente terminaría con la formulación de una fundada excepción de convenio arbitral.

En esas condiciones, si bien ello debe ser previsto *ex ante* durante la negociación de este tipo de contratos (por ejemplo, considerando un único tipo de convenio arbitral o fijando desde el inicio un consentimiento para la participación de un grupo determinado de personas en un eventual proceso arbitral), lo cierto es que no existe en principio forma alguna para conminar a todas las partes a la participación de un proceso arbitral[38].

– Una tercera solución es permitir que el tribunal arbitral decida a su solo criterio si se incorpora o no a la no signataria (2009, pp. 354-366). Esta solución es la más peligrosa debido a que deja abierta la posibilidad de que la parte no signataria pueda, luego del dictado del laudo, cuestionarlo por haberse violado su derecho a igualdad en la constitución del tribunal arbitral.

– La última solución, tomada por Conejero de la propuesta de la profesora Voser, es que una vez incorporada la parte no signataria, se reconstituya el tribunal arbitral para garantizar, de ese modo, el derecho de igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral (2009, p. 428). De acuerdo con la propuesta de la profesora Voser, esta última solución podría aplicarse a los casos en que no se ha podido solicitar la incorporación de la parte no signataria de forma previa debido a que una de las partes había ocultado información cuando, además, existan intereses contrapuestos entre la parte signataria y la otra empresa con quien, en principio, debería designar conjuntamente un árbitro (2009).

Frente a la falta de regulación, los tribunales arbitrales deberán necesariamente ser cuidados con la solución que adopten, sobre todo considerando el deber intrínseco de emitir un laudo válido y ejecutable.

C. Oportunidad de la decisión respecto al pedido de incorporación de una parte no signataria ¿Debe darse mediante un laudo parcial o a través del laudo final?

Hoy en día no es discutido que los tribunales arbitrales pueden emitir tantos laudos como estimen pertinentes, pudiendo resolver objeciones jurisdiccionales a través de los denominados **laudos de jurisdicción**, esto es, ante supuestos en que se hubiera determinado la bifurcación del proceso arbitral.

[38] Ante ello, una solución práctica podría consistir en que el convenio arbitral recoja la autorización a las partes al inicio de un proceso judicial para los casos en los que sea necesario incorporar a terceros no signatarios y la imposibilidad de continuar con un proceso arbitral haya sido determinada previamente en dicha vía. Dicha previsión tendría que ser interpretada siempre dentro de los alcances de la buena fe contractual, a efectos de evitar que sea utilizada como una válvula de escape a la jurisdicción arbitral.

En este sentido, la pregunta que surge es ¿qué requisitos deben cumplirse para que el tribunal arbitral decida bifurcar el arbitraje y resolver la solicitud de incorporación de parte no signataria a través de un laudo de jurisdicción y no a través del laudo final?

Al respecto, en el caso CCI No. 4402, el tribunal arbitral identificó 4 principales condiciones para resolver la incorporación de una parte no signataria a través de un laudo de jurisdicción en un procedimiento bifurcado:

– Que las discusiones materia del análisis de jurisdicción sean claramente separables del resto de los puntos controvertidos;

– Que las partes hayan tenido la posibilidad de presentar su caso respecto a la discusión de jurisdicción;

– El laudo parcial será útil para resolver las cuestiones pendientes; así como,

– La urgencia de resolver este punto (1982, párr. 4).

Estas condiciones reconocidas jurisprudencialmente se encuentran en concordancia con lo señalado por la doctrina arbitral, la cual requiere que, para poder bifurcar un arbitraje en etapa de jurisdicción y de méritos, la discusión de jurisdicción debe ser claramente separable de la discusión de fondo[39], no existiendo riesgo de adelanto de opinión[40].

En este sentido, como reconoce el tribunal arbitral en el caso CCI No. 4402, la decisión de incorporación de partes no signatarias es un escenario clásico para la emisión de un laudo de jurisdicción, en tanto que (en la mayoría de los casos) puede ser claramente separado del fondo de la controversia[41]. Asimismo, en aquellos casos en los cuales la objeción esté debidamente sustentada, será incluso más imperativo que el tribunal arbitral emita un laudo de jurisdicción. Esto en el sentido que le evitaría a la supuesta parte no signataria los costos de tener que defenderse en un arbitraje para el cual nunca dio su consentimiento[42].

Esta situación puede variar, por ejemplo, en caso la teoría que se invoque sea la del levantamiento del velo societario, en la cual las cuestiones de jurisdicción y fondo suelen estar estrechamente vinculadas. En esos casos, es conveniente que el tribunal arbitral permita a las partes presentar su caso tanto en jurisdicción como en fondo para decidir ambas cuestiones a través de un mismo laudo, evitando así el adelanto de opinión.

IV. COMENTARIOS FINALES

El presente trabajo ha tenido como única finalidad brindar mayores luces respecto a la aplicación de la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje (teoría del consentimiento implícito) a la luz de la jurisprudencia arbitral internacional, base sobre la cual fue redactado. Si bien aún queda mucha jurisprudencia arbitral por comentar y analizar –esperamos poder abarcarla en futuros trabajos– terminamos el presente artículo con la esperanza de haber logrado nuestro principal cometido: aterrizar casos concretos para los a veces nebulosos requisitos establecidos en el primer supuesto del artículo 14.

Solo la futura jurisprudencia arbitral local –arbitral y judicial– nos podrá confirmar esto. Estaremos atentos.

---

39 Como Schwartz y Derains indican:

> En algunos casos, por ejemplo, las cuestiones jurisdiccionales a ser resueltas pueden estar tan entrelazadas con cuestiones de hecho o de derecho que no pueden decidirse adecuadamente de antemano (2005, p. 105) [traducción libre].

40 De acuerdo con Scherer *et. al*:

> Por otro lado, cuando los asuntos de jurisdicción/ autoridad y méritos están estrechamente relacionados y ambos giran en torno a los mismos elementos de hecho, puede ser más apropiado y eficiente para decidir la objeción junto con los méritos del caso. Esto permitiría a las partes informar plenamente al Tribunal sobre las cuestiones relevantes de jurisdicción/autoridad sin correr el riesgo de que el Tribunal prejuzgue las cuestiones sustantivas (2015, p. 87) [traducción libre].

41 En el laudo parcial del Caso CCI No. 4402 se indica:

> El tema de la jurisdicción sobre una parte de un Arbitraje es un clásico escenario para un laudo parcial. Puede ser claramente separado de otras materias en el caso y fácilmente de ser dispuesto por el Tribunal sin tener que ir a los méritos del caso. Está claro que una decisión sobre la cuestión de jurisdicción es de ayuda para todas las partes envueltas en el arbitraje. Finalmente, es obvio que las ventajas económicas pueden llamar tempranamente a una decisión sobre la cuestión sobre quién es la parte apropiada en el caso (1983, párr. 4) [traducción libre].

42 Como Schwartz y Derains indican:

> Desde la perspectiva de las partes, una temprana decisión sobre la jurisdicción tiene la ventaja de evadir un posible gasto inútil de tiempo en los méritos mientras que haya una posibilidad que los árbitros vayan a encontrarse con que ellos no tienen jurisdicción (2005, p. 104) [traducción libre].

REFERENCIAS

Bärtsch, P., & Petti, A. (2013). The Arbitration Agreement. En E. Geisinger, N. Voser, & A. Petti (Eds.), *International Arbitration In Switzerland: A Handbook for Practitioners* (2da ed., pp. 25-50)

Blessing, M. (1994). Extension of the Arbitration Clause to Non-Signatories. En M. Blessing (Ed.), *The Arbitration Agreement: its Multifold Critical Aspects* (pp. 151-162).

Born, G. B. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed., Vol. I). Wolters Kluwer.

Bullard González, A. (2012). ¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, (2), 21-44.

(2020). Partes no signatarias: Visiones desde el proceso civil y el arbitraje [Webinar]. Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje. https://bit.ly/3icr7nM

Cantuarias, F. (2014). El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG. Lima Arbitration, (6), 173-184.

Conejero, C. (2009). *Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches.* En J. van den Berg (Ed.), *50 Years of the New York Convention*. Wolters Kluwer.

Conejero, C., & Irra R. (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.

Hanotiau, B. (2006). *Complex arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issues and Class Actions.* Kluwer Law International.

(2011). Consent to Arbitration: Do We Share a Common Vision? *Arbitration International*, *27* (4), 539-554. https://doi.org/10.1093/arbitration/27.4.539.

Osterling Parodi, F. (2007). *Las Obligaciones*. Grijley.

Park, W. (2009). Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma. En B. Macmahon (Ed.), *Multiple Party Actions in International Arbitration* (pp. 1-31). Oxford University Press; Wolters Kluwer.

Ramírez, J. (2016). *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Universidad Externado de Colombia.

Scherer, M., Richman, L., & Gerbay, R. (2015). *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*. Kluwer Law International.

Schwartz, E., & Derains, Y. (2005). *Guide to the ICC Rules of Arbitration* (2da ed.). Kluwer Law International.

Sesin-Tabaerlli, A. (2017). Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, (4), 17-24.

Silva Romero, E. (2011). El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad. *Lima Arbitration*, (4), 53-69.

Silva Romero, E., & Velarde Saffer, L. M. (2018). The extension of the arbitral agreement to non-signatories in Europe: A uniform approach? *American University Business Law Review*, *5*(3), 371-385. https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=aublr.

Talero Rueda, S. (2011). Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration,* (4), 71-100.

Voser, N. (2009). Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties. En J. van den Berg (Ed.), *50 Years of the New York Convention*. Wolters Kluwer.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bahamian company, Luxembourg company c. dos compañías francesas, Caso No. 5103 de 1988, Laudo final, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 2/No. 2 361.

Caso No. 10510 de 2000, Laudo parcial no publicado (ICC Int'l Ct. Arb.), en Hanotiau, B., *Complex arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-Issues and Class Actions*. Kluwer Law International.

Caso No. 10758 de 2000, Laudo final, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 16/No. 2 87.

Caso No. 10818 de 2001, Laudo parcial, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 16/No. 2 94.

Caso No. 11160 de 2002, Laudo final, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 16/No. 2 99.

Caso No. 11405 de 2001, (ICC Int'l Ct. Arb.), en Hanotiau, B., *Complex arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-Issues and Class Actions*. Kluwer Law International.

Caso No. 14208/14236 de 1998, Laudo parcial, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 24/No. 2 62.

Caso No. 15116 de 2008, Laudo interino, 39 Y. B. Com. Arb. 159 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso No. 15372 de 2009, Laudo parcial no publicado (ICC Int'l Ct. Arb.), en *Arbitration Intelligence Materials.*

Caso No. 4402 de 1983, Laudo parcial, 9 Y.B. Com. Arb. 138 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso No. 5920 de 1989, Laudo interino, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol 2/No. 2 27.

Caso No. 6519 de 1991, Laudo final, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 2/No. 2 34.

Caso No. 9873 de 2000, Laudo interino, ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Vol. 16/No. 2 85.

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Cour de cassation [Cas.] [Corte Suprema para asuntos judiciales], 7 Ene. 1992, Caso No. 89-18708 89-18726 (Fr.).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008.

Dow Chemical France i.a. c. Isover Saint Gobain, Caso No. 4131 de 1982, Laudo interino, 9 Y.B. Com. Arb. 131 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Empresa Minera Los Quenuales c. Vena Resources Inc, Vena Perú S.A. & Azulcochamining S.A.C., Caso No. 2100-2011-CCL (Cámara de Comercio de Lima 2014).

Himpurna California Energy Ltd. c. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara, Laudo final de 4 May. 1999, 20 Y.B. Com. Arb. 13 (Ad hoc CNUDMI 2000).

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, Resolución 29 recaída en el Expediente 451-2009, 5 de marzo de 2013 (Perú).

Segunda Sala Civil del Poder Judicial, Resolución 28, 4 de octubre de 2015 (Perú).

Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima, Resolución 11 recaída en el Expediente 076-2013, 20 de noviembre de 2013 (Perú).

Tribunal fédéral [TF] [Tribunal Federal], 18 Oct. 2003, 4.P.115/2003 (Suiz.). http://www.swissarbitrationdecisions.com/extension-arbitration-clause-non-signatory.

APÉNDICE

RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL REVISADA

I. CASO CCI No. 4131 (1982)

Esta controversia surgió a raíz de dos contratos para la distribución de equipos de aislamiento térmico en Francia. El primero de ellos se celebró en 1965 y sus partes originales fueron Dow Chemical (Venezuela) y la empresa francesa Boussois-Isolation. Posteriormente, Dow Chemical (Venezuela) cedió su posición contractual a Dow Chemical A.G –quien a su vez era subsidiaria de Dow Chemical Company–, mientras que Boussois-Isolation cedió su posición a la empresa Isover Saint Gobain.

El segundo acuerdo se celebró 1968 entre Dow Chemical Europa, también subsidiaria de Dow Chemical Company, y tres empresas francesas, las cuales posteriormente cedieron su posición a la empresa Isover Sain Gobain.

Tanto el acuerdo de 1965 como el segundo en 1968 señalaban que la entrega de los equipos de aislamiento térmico podía ser realizada tanto por Dow Chemical France como por cualquier otra subsidiaria de Dow Chemical Company. En los hechos, los equipos materia de ambos contratos fueron entregados por Dow Chemical France.

En esa línea, las dos relaciones contractuales pueden ser graficadas como se observa a continuación:

Figura 1

Fuente: Elaboración propia

Surgido un conflicto en relación con los contratos de 1965 y 1968, Dow Chemical A.G, Dow Chemical Company, Dow Chemical Europa y Dow Chemical France iniciaron un proceso arbitral ante la CCI contra Isover Sain Gobain, a quien denominaremos **la demandada**. En este arbitraje, la parte demandada cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral respecto a la Dow Chemical Company y Dow Chemical France, dado que estas no firmaron el contrato de 1965 ni tampoco el de 1968.

A fin de determinar los alcances y efectos del convenio arbitral, el tribunal arbitral analizó en el caso la mutua intención de las partes sobre la base de los hechos que dieron pie a la negociación, ejecución y culminación de los contratos, así como los posibles efectos que tendría, en este contexto, el hecho de que las demandantes pertenezcan a un mismo grupo de empresas[43].

En primer lugar, con respecto a la etapa de negociación tanto del acuerdo de 1965 como del de 1968, el tribunal arbitral tuvo en consideración que Dow Chemical France fue el centro de la organización de la relación contractual con las empresas que precedieron en ambos acuerdos a la demandada. En concreto, para el tribunal arbitral, este análisis revelaba que ni los vendedores (ahora demandantes) ni los distribuidos (empresas que precedieron a la ahora demandada) le asignaron importancia a qué empresa del Grupo Dow firmaría los respectivos acuerdos. En realidad, todas las empresas del Grupo Dow vinculadas a la distribución de los equipos en Francia entendían que estaban contratando con el distribuidor o distribuidores de los equipos en dicho país y viceversa.

En segundo lugar, con respecto a la etapa de ejecución de los contratos de 1965 y 1968, el tribunal

[43] Se indicó al respecto:

> Considerando que el tribunal determinará, según corresponda, el alcance y los efectos de las cláusulas arbitrales en cuestión y, por consiguiente, adoptará su decisión en lo que respecta a la jurisdicción, teniendo en cuenta la común intención de las partes en este procedimiento, tal como se desprende de las circunstancias que rodean la celebración y caracterizan la ejecución y, posteriormente, la terminación de los contratos en los que aparecen. Al hacerlo, el tribunal, siguiendo, en particular, la jurisprudencia francesa relacionada con el arbitraje internacional, debe tener en cuenta también los usos conformes a las necesidades del comercio internacional, en particular, en presencia de un grupo de empresas (1982, párr. 134) [traducción libre].

arbitral resaltó que si bien dichos acuerdos fueron firmados por Dow Chemical A.G y Dow Chemical Europa, respectivamente, en los hechos, quien realizó la entrega de los productos contratados fue Dow Chemical France. Asimismo, resaltó que para poder cumplir con sus actividades contractuales, esta y los distribuidores debían hacer uso, necesariamente, de las marcas registradas a nombre de la Dow Chemical Company. Este hecho, sumado a que la Dow Chemical Company tenía control absoluto de las restantes demandantes, llevó al tribunal arbitral a concluir que la Dow Chemical Company tuvo una participación activa en la ejecución de los contratos.

Finalmente, con respecto a la etapa de terminación de los contratos, el tribunal arbitral tuvo en consideración los hechos antes descritos para llegar a la conclusión que Dow Chemical Company y Dow Chemical France tuvieron también una participación en la terminación de los contratos.

Así, el tribunal arbitral decidió extender el convenio arbitral tanto a Dow Chemical Company como a Dow Chemical France sobre la base de su rol en la celebración, ejecución y terminación de los contratos, del cual se desprendería la intención de todas las partes involucradas de que las no signatarias sean verdaderas partes[44]. A esta consideración, el tribunal arbitral le sumó el hecho de que las demandantes pertenecían a un mismo grupo de empresas, el cual constituía una sola realidad económica[45].

II. CASO CCI No. 5920 (1989)

Este caso surge a raíz de un contrato para la construcción de una planta celebrado entre la empresa X (contratista) y la empresa AZ (propietario). El contrato en cuestión fue firmado por un representante de la empresa X, uno de la empresa AZ y finalmente, uno de la empresa BZ (parte del mismo grupo que AZ), pese a que el contrato señalaba que la única parte contractual por parte del grupo Z era AZ.

Surgida una controversia entre las partes, la empresa X inició un arbitraje en contra de AZ y BZ. La empresa X solicitaba la incorporación de BZ bajo dos argumentos en concreto: (i) que, si bien el contrato solo indicaba que la parte contractual era AZ, también BZ (parte del mismo grupo que AZ) había firmado el contrato; y, (ii) que, en la ejecución de los trabajos, el personal de AZ era transferido constantemente a BZ y viceversa, de forma que no era posible diferenciarlos.

Al analizar el pedido de incorporación, el tribunal arbitral consideró que, a diferencia de la jurisprudencia arbitral pública hasta la fecha (principalmente el caso *Dow Chemical*), en este caso se pedía la incorporación de no signatarias como demandadas y no como demandantes[46]. También consideró que de acuerdo con la ley del país de su constitución, BZ no podía celebrar contratos con empresas extranjeras, como era la empresa X, razón por la cual la parte contractual era AZ.

---

44 Se indicó que

> considerando, en particular, que la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debe obligar a las demás sociedades que, en virtud de su papel en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contienen dichas cláusulas, y de acuerdo con la común intención de todas las partes en el procedimiento, parezcan haber sido verdaderas partes en dichos contratos o haberse visto principalmente involucradas en ellos y en los litigios a que puedan dar lugar (1982, párr. 135) [traducción libre].

45 Se concluyó:

> Considerando que, independientemente de la identidad jurídica distinta de cada uno de sus miembros, un grupo de empresas constituye una misma realidad económica (une réalité économique unique) que el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta cuando se pronuncie sobre su propia competencia, a reserva de lo dispuesto en el artículo 13 (versión de 1955) o en el artículo 8 (versión de 1975) del Reglamento de la CCI. (...) Considerando que los tribunales arbitrales de la CCI ya se han pronunciado en este sentido (véanse los laudos en el caso No. 2375 de 1975, Journal du droit international 1976.973; y en el caso No. 1434 de 1975, id. en 978). Las decisiones de estos tribunales crean progresivamente una jurisprudencia que debe tomarse en cuenta, dado que saca conclusiones de la realidad económica y se ajusta a las necesidades del comercio internacional, a las que deben responder las normas específicas del arbitraje internacional, elaboradas sucesivamente por ellos mismos (1982, párr. 135) [traducción libre].

46 Se indicó:

> Aunque en el presente caso el concepto de "grupo de sociedades" sería particularmente apropiado en vista de la finalidad misma del acuerdo y de la actitud de todas las partes que participan en su aplicación y cumplimiento, el Tribunal Arbitral no tiene ninguna base en el Concordato o en la Convención de Nueva York para introducir el concepto, como cuestión de derecho, ni tampoco lo tienen los laudos y el caso inglés: El presente caso no es un caso en el que varios demandantes quisieran acogerse a una cláusula de arbitraje firmada por uno de ellos, sino un caso en el que un demandante busca unirse a varios demandados. No se trata de un caso en el que uno de los múltiples demandados fuera la sociedad matriz del otro y firmara una cláusula de arbitraje "para sus filiales" así como para sí mismo. Como se explicará en el resto del presente laudo, aunque la firma de RZB aparece en la página de firmas, RZA era la única empresa de RZ que era parte en el acuerdo de arbitraje porque RZB carecía de la capacidad para celebrar dicho acuerdo en primer lugar (1991) [traducción libre].

Fue sobre la base de dichas consideraciones que el tribunal arbitral decidió, finalmente, rechazar el pedido de incorporación de parte no signataria, declarando que no tenía jurisdicción sobre BZ.

III. CASO CCI No. 6519 (1991)

Esta controversia surgió a raíz de un acuerdo celebrado entre el señor Paul y la empresa Z con la finalidad de crear un grupo de hoteles. Este grupo de hoteles sería controlado a través de una empresa *holding* (empresa A) la que, a su vez, sería propiedad del señor Paul y de la empresa Z. En este sentido, tanto el señor Paul como la empresa Z se obligaron a transferir a favor de la empresa A acciones sobre otras empresas, de modo que esta pueda volverse la *holding* del nuevo grupo hotelero a crearse.

Surgida una controversia entre las partes, el señor Paul y las empresas A, B y C (siendo ellas controladas por el señor Paul) iniciaron un arbitraje en contra de la empresa Z ante la CCI.

Al analizar el pedido de incorporación de partes no signatarias, el tribunal arbitral consideró que el hecho consistente en que la empresa A, la empresa B y la empresa C fueran parte del mismo grupo (el grupo Paul), no era suficiente para poder extender el convenio a las no signatarias. Más bien indicó que se necesitaba analizar la participación activa de las partes en la negociación del contrato o si estas estuvieron directamente implicadas en el mismo[47].

Fue bajo estas premisas que el tribunal arbitral concluyó que no tenía jurisdicción sobre la empresa B y la empresa C, pues ellas no tuvieron participación en la negociación del contrato y la única vinculación con su ejecución fue ser las empresas cuyas acciones el señor Paul transfirió –directa o indirectamente– a favor de la empresa A[48].

En relación con esta última, el tribunal arbitral consideró que los efectos del convenio arbitral sí le alcanzaban, en tanto que la empresa A era una beneficiaria del contrato celebrado entre el señor Paul y la empresa Z (teoría que escapa a los fines del presente artículo).

IV. CASO CCI No. 9873 (2000)

Por su parte, esta controversia surgió en relación con un contrato celebrado entre la empresa A, la empresa Y el señor X para la gestión de un contrato de concesión. Producida una controversia, la empresa A, junto con las empresas B y C y el señor D iniciaron un arbitraje contra el señor X. El señor X se opuso a la incorporación de las empresas B y C, así como del señor D, pues ninguno había firmado el contrato en cuestión.

Al analizar el pedido de incorporación de las partes no signatarias, el tribunal arbitral tuvo en consideración que, a su criterio, la calidad de persona natural o persona jurídica de la no signataria no tenía impacto en el análisis[49]. Ello siempre y cuando se lograra acreditar la existencia de un consentimiento implícito, el cual no pasaba por el hecho de

---

[47] Se añadió:

> Visto que, sin negar la realidad económica de un "grupo de empresas", el ámbito de aplicación de una cláusula de arbitraje puede ampliarse a las empresas no signatarias que tengan una importancia jurídica distinta sólo si han desempeñado un papel activo en las negociaciones que condujeron al acuerdo que contiene la cláusula, o si están directamente implicadas en el acuerdo (1991) [traducción libre].

[48] El tribunal arbitral añadió:

> Mientras que la transferencia a ADA de las 102,631 acciones pertenecientes al Sr. Paul no permite a la BDB, por las razones antes mencionadas, alegar que está implicada en el Protocolo de 1987 y, por consiguiente, obligada por la cláusula de arbitraje incluida en el Protocolo; el Sr. Paul no ha hecho más que disponer, a su discreción, de las acciones que poseía, directa o indirectamente, sin comprometer a la BDB como entidad jurídica independiente; la posición mayoritaria que posee el Sr. Paul en esa sociedad no altera en absoluto esta situación; en efecto, en el Protocolo de 1987 se indica claramente que las acciones cedidas por el Sr. Paul a la ADA son cedidas por él mismo o por las sociedades bajo su control "por las que responde" ("se porte fort"); el concepto mismo de fianza es contrario a toda idea de representación, ya que quien responde por otro sólo se compromete a sí mismo, sin comprometer a la persona cuyo acuerdo promete bajo su propia responsabilidad; en ausencia, pues, de toda representación y considerando que el Sr. Paul podría desprenderse personalmente de las acciones que poseía como accionista de la BDB, la demanda de ésta no es competencia del Tribunal Arbitral; 2) Considerando que, por idénticas razones, la misma solución debe aplicarse a la CDC (1991) [traducción libre].

[49] Según el tribunal arbitral

> los principios que rigen la extensión de la cláusula hacia los demandados no firmantes pueden considerarse generalmente aplicables, mutatis mutandis, a un caso en que una parte - individuo o empresa - trate de acogerse a una cláusula de arbitraje a la que no se haya adherido formalmente. En otras palabras, tanto si los Demandantes Nos. 2 a 4 tratan de hacer uso de la cláusula como si el demandado hubiera iniciado un procedimiento de arbitraje contra [el Demandante 1] y habría tratado de extender la cláusula a los Demandantes Nos. 2 a 4, la respuesta a la cuestión debería ser la misma. Los principios que se aplican en el primer caso también rigen la respuesta al segundo y viceversa (2005, párr. 51) [traducción libre].

pertenecer a un mismo grupo[50], sino por su participación, ya sea en la negociación o en la ejecución del contrato[51].

Así, el tribunal arbitral concluyó que no tenía jurisdicción respecto de la empresa B y la empresa C, en tanto la única vinculación de dichas empresas con el contrato fue que, durante los años que este fue ejecutado, la empresa B era dueña de la empresa A y que, a su vez, la empresa C era dueña de la empresa B. De ese modo, para el tribunal arbitral, esta relación económica –no conocida por el señor X– no justificaba incorporar a dichas empresas al arbitraje.

Respecto al señor D, el cual era en última instancia quien controlaba a la empresa C, si bien el tribunal arbitral reconoció que tuvo cierta participación en las negociaciones con el señor X que llevaron a la firma del contrato, concluyó, sin embargo, que no se podía determinar que existía un acuerdo implícito entre las partes para que este forme parte del contrato y del convenio arbitral. Esto debido a que el señor D, en un balance de sus intereses, decidió que fuese la empresa A quien firmase el contrato. Dicha decisión comportaría, además, el no tener un rol activo en las actividades de dicha empresa, ejerciendo meramente un rol de supervisión[52]48.

V. CASO CCI No. 10510 (2000)

Esta controversia surgió a raíz de un contrato celebrado entre la empresa S y la empresa B Francia en virtud del cual la empresa S distribuiría en Japón los productos de lujo que serían suministrados por la empresa B Francia.

Resuelto el contrato por supuestos incumplimientos, la empresa B Francia y su subsidiaria B Japón iniciaron un arbitraje en contra de la empresa S, reclamando el pago de daños y perjuicios. La empresa S se opuso a la incorporación de B Japón señalando que esta empresa no había firmado el contrato de distribución.

Al analizar la oposición presentada por la empresa S, el tribunal arbitral consideró el rol activo que había tenido B Japón en la negociación, ejecución y terminación del contrato de distribución, tomando en consideración diversos aspectos:

(i) El señor Z, director de B Japón, se presentó también durante las negociaciones como representante de B Francia y envió cartas a la empresa S con el membrete de B Japón y el de B Francia.

(ii) El señor X, presidente de la empresa B Francia, envió cartas a la empresa S con el membrete de B Japón.

(iii) Fue el señor Z quien realizó el acercamiento de la empresa B Francia y B Japón con la empresa S. Asimismo, fue quien redactó la primera versión del contrato de distribución que contenía el convenio arbitral y tuvo un papel decisivo en la celebración del mismo.

(iv) Durante la ejecución del contrato, el contacto con la empresa B Francia se canalizó a través de B Japón.

(v) Finalmente, la decisión de terminar el contrato se tomó en las oficinas de B Japón, estan-

50 Se indicó:

> Por otra parte, se acepta de forma unánime que el hecho de que los firmantes del acuerdo de arbitraje y los no firmantes pertenezcan al mismo grupo o la dominación de un accionista nunca son en sí mismos suficientes para justificar una extensión de la cláusula (2005, párr. 46) [traducción libre].

51 Se añadió:

> Para permitir la extensión de la cláusula a los no firmantes, los árbitros y los tribunales nacionales se requiere siempre la prueba de la existencia de la intención –al menos implícita– de todas las partes, de que los no firmantes sean partes en el contrato subyacente y en su cláusula de arbitraje. Aunque esto es evidente, cabe destacar que la intención de que los no firmantes sean parte en el acuerdo debe ser común a estos últimos y a la(s) otra(s) parte(s) en la cláusula de arbitraje. La existencia de esa intención –en la medida en que sólo está implícita– se encuentra en el papel que los no firmantes han desempeñado en la celebración y el cumplimiento del acuerdo. Como señalaron los árbitros en el histórico caso *Isover SaintGobain c. Dow Chemicals* (2005, párr. 42-43) [traducción libre].

52 El tribunal indicó:

> Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia reiterada en los párrafos 43 a 47, no encontramos que los hechos del caso hayan permitido inferir una intención implícita tanto de la Demandada como de la Demandante Nº 4 de que esta última tenga derechos y obligaciones en relación con el Acuerdo de Gestión o, en particular, en relación con la cláusula de arbitraje contenida en él. La Demandante Nº 4 podría haber elegido ser y sin duda habría sido aceptada como parte en el Acuerdo de Gestión junto con o en lugar de [la Demandante Nº 1]. En cambio, optó por ejercer esta actividad únicamente a través de [la Demandante 1], elección que sin duda fue el resultado de una ponderación de sus propios intereses. También podría haber optado por desempeñar un papel muy activo en las actividades de gestión (limitadas) de [Demandante 1] relacionadas con el [complejo de edificios] y tener a [Demandante 1] como una sociedad de cartera puramente formal de esas actividades. Eligió asumir un papel distante y meramente supervisor, y no se le puede permitir ahora que afirme lo contrario, sólo porque pueda ser de su interés hacerlo (2005, párr. 50) [traducción libre].

do esta empresa estrechamente vinculada a la decisión y también a sus consecuencias.

Sobre la base de lo anterior, el tribunal arbitral consideró que B Japón tuvo un rol activo en la negociación, ejecución y terminación del contrato de distribución, por lo que aceptó incorporarla al arbitraje.

VI. CASO CCI No. 10758 (2000)

Por su parte, esta controversia surgió en relación a un contrato para el diseño, suministro y construcción de una planta industrial celebrado entre la empresa A y la empresa B.

Surgida una controversia entre las partes del contrato, la empresa matriz de A (demandante) decidió iniciar un arbitraje ante la CCI contra la empresa B y la empresa matriz de B, la cual controlaba el 100% de las acciones de dicha empresa.

Los hechos de la controversia fueron los siguientes:

(i) En 1986 se firmó el contrato original para la ejecución de la planta industrial entre C, una organización del sector público del Estado X, y una empresa italiana. Este contrato nunca surtió efectos.

(ii) En 1988 se reanudó el proceso de oferta, solo que esta vez fue liderado por D, otra organización del sector público del Estado X, a quien por mandato legal se le habían asignado las responsabilidades de C. Las ofertas se presentaron en las oficinas de D, al igual que las reuniones respecto a los detalles del contrato. También fue la empresa D quien informó a la empresa A que había ganado la oferta y quien, en general, controló la etapa final del proceso de negociación. Sin embargo, el contrato terminó siendo firmado por la empresa B y no por la empresa D.

(iii) En algún momento no especificado en el laudo (estimamos que posteriormente a la firma del contrato), todos los derechos y obligaciones de D fueron transferidos por mandato legal a la empresa matriz de B la que, a su vez, era controlada en un 100% por el Estado X.

Antes de entrar a comentar el análisis que realizó el tribunal arbitral en este caso, debemos hacer algunas precisiones. Primero, el laudo en este caso no explica la razón por la cual es la matriz de A y no la empresa A quien demanda en el arbitraje. Segundo, el tribunal arbitral analiza tanto la teoría del levantamiento del velo societario como el comportamiento de las partes involucradas en la negociación, ejecución y terminación del contrato. Para fines del presente artículo solo nos referiremos al segundo análisis. Tercero, pese a que el tribunal arbitral reconoce expresamente en el laudo que la jurisprudencia arbitral permite incorporar partes no signatarias cuando, de una participación activa en el *iter* contractual, se pueda desprender un consentimiento implícito para arbitrar[53], el análisis que realiza del comportamiento de las partes no es para encontrar un consentimiento implícito, sino un **convenio arbitral por escrito**. Este último hecho debe considerarse al evaluar las conclusiones del tribunal arbitral. Habiendo realizado estas precisiones, veremos ahora cuál fue el análisis del tribunal arbitral.

En primer lugar, en lo que corresponde a la etapa de negociación, se le otorgó importancia a que el contrato fuese solo firmado por la empresa B. Ello pese a que D, quien posteriormente transferiría todos sus derechos y obligaciones a la empresa matriz de B, estuvo sumamente involucrada en las negociaciones, pues este hecho señalaría la intención de D de respetar la personalidad jurídica independiente de la empresa B. Por lo tanto, no se desprendería de la participación el consentimiento de D para ser parte del contrato o del arbitraje[54].

---

[53] En el laudo se indicó que

> los conceptos de "grupo de empresas" o "realidad económica única" han aparecido en muchos laudos y se han discutido en artículos académicos, pero su utilidad analítica podría ser cuestionada. Estos conceptos fomentan la evidencia y la argumentación, como en este caso, sobre lo que define a un grupo de empresas o a una única realidad económica. La extensión de un acuerdo de arbitraje a un no firmante no es una mera cuestión de estructura o control empresarial, sino más bien una cuestión de participación del no firmante en la negociación, ejecución o cumplimiento del contrato, o de su conducta (incluidas las representaciones expresas o implícitas o la mala fe), hacia la parte que solicita la inclusión (o exclusión) del no firmante en el arbitraje. Es de esta participación en el contrato o conducta hacia la otra parte que el Tribunal Arbitral puede inferir ". . . la intención mutua de todas las partes . . ." que ha sido reconocida en muchos laudos (incluido el caso Dow Chemical) como justificante de la extensión del acuerdo de arbitraje a un no firmante (2005, párr. 17) [traducción libre].

[54] En concreto, se indicó:

> De los documentos proporcionados se desprende que [D] se involucró en la negociación del Contrato: se presentaron ofertas en las oficinas de [D], se celebraron reuniones sobre los detalles del contrato con los representantes de [D] y [D] informó al Demandante del éxito de su oferta. Esta correspondencia indica que [D] colaboró con, incluso

Por su parte, al analizar la etapa de ejecución contractual, el tribunal arbitral tuvo en consideración la naturaleza del contrato, el cual requería un alto nivel de coordinación y comunicación entre las partes. Por lo anterior, para el tribunal arbitral fue sumamente resaltante el hecho de que no se hubiese presentado una sola prueba que acreditase la participación de la empresa matriz de B durante los 8 años de vigencia del contrato (entre 1988 y 1996)[55].

Para el tribunal arbitral, las pruebas presentadas por la demandante que acreditaban la participación de la empresa matriz de B se habían realizado tras el inicio de la controversia (8 años después de la firma del contrato) en apoyo a la Empresa B y, por lo tanto, no calificaban como una muestra de consentimiento para ser parte del contrato o del arbitraje. Para el tribunal arbitral de este caso es perfectamente válido que una empresa matriz asista a su subsidiaria para resolver disputas vinculadas a proyectos de gran envergadura en las cuales estas se encuentren involucradas, sin que necesariamente esté dando su consentimiento para ser parte del contrato o del arbitraje[56].

VII. CASO CCI No. 10818 (2001)

Esta controversia surgió en relación con un contrato de distribución exclusiva celebrado entre la empresa A y la empresa B. Un año después de la firma del contrato, la empresa A le informa a la empresa B que la empresa C (la cual era parte del mismo grupo societario que la empresa A) le prestaría asistencia técnica, operacional y de marketing. A partir de esta fecha, la relación de la empresa A se dio de forma exclusiva con la empresa C, quien también vendió los productos materia del contrato. Poco antes de su terminación, la empresa C le alcanzó a la empresa B un borrador de un nuevo acuerdo, quien encontró inaceptables los términos allí contenidos.

Después de ello, la empresa A resolvió el contrato alegando que sus ventas se habían visto perjudicadas por competidores en el mercado materia del contrato y que la empresa C había estado alejando a sus clientes. La empresa C objetó su incorporación al arbitraje, señalando que nunca había firmado acuerdo alguno con la empresa A.

Después de criticar la así llamada doctrina del grupo de sociedades[57], el tribunal arbitral del caso concluyó que si bien la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo (siendo la ley suiza aplicable a este caso) había reconocido la posibilidad de incorporar al arbitraje, en aplicación del principio de buena fe, a partes no signatarias que en virtud de su conducta hubiesen consentido arbitrar; las

---

quizás controló, las etapas finales de las negociaciones del Contrato. Sin embargo, en ningún momento de las comunicaciones en las que se basó la Demandante se sugiere que [D] aceptara su cláusula de arbitraje. Además, y lo más importante, el propio Contrato firmado poco después de estas comunicaciones pre-contractuales fue firmado con [B] solamente. Como el Demandado argumentó en su presentación final, el Demandante firmó este contrato con [B] sin reservas. Si el Demandante hubiera tenido la intención de que [D] fuera parte en el Contrato o en su cláusula de arbitraje, podría haber insistido en ese momento (2009, párr. 25) [traducción libre].

55 Al respecto, se señaló:

> Esta relación es muy diferente de los casos de suministro de bienes en los que la identidad de la empresa concreta de un grupo que realmente suministra el producto puede ser de poca importancia para el comprador o el vendedor. Por el contrario, se requiere un alto grado de cooperación y comunicación entre las partes para cumplir el contrato. Sin embargo, la Demandante no presentó ninguna prueba entre la firma del contrato en diciembre de 1988 y septiembre de 1996 de la participación del demandado en el cumplimiento o la aplicación del contrato. No podría haber, en nuestra opinión, una indicación más clara de que [la Demandada] no era parte del Contrato (2009, párr. 26) [traducción libre].

56 Al respecto, se indicó:

> El demandante presentó más pruebas de que [el demandado] se involucró en el contrato una vez que surgió la controversia. El Tribunal considera que esta participación, que comenzó ocho años después de la firma del Contrato, no revela ninguna intención de aceptar ninguna responsabilidad por el contrato o su cláusula de arbitraje. La sociedad matriz puede ayudar a una filial de su entera propiedad a resolver una controversia relativa a un proyecto importante en el que esta última participe, especialmente cuando la ley le obliga a supervisar a sus filiales como en el presente caso, sin por ello hacerse cargo del proyecto; de lo contrario, podría asumir retrospectivamente las responsabilidades que no contrató en el Úrst lugar o convertirse ella misma en parte en la controversia o en el consiguiente arbitraje (2009, párr. 27) [traducción libre].

57 En concreto, se detalló:

> La decisión de Dow Chemical se basa en la doctrina denominada "grupo de sociedades", según la cual un acuerdo de arbitraje celebrado por un miembro de un grupo se extiende a otros miembros. Este enfoque ha sido ampliamente criticado. No tiene en cuenta los principios básicos del derecho reconocido en el derecho Suizo y, al parecer, en el derecho Portugués, como el principio de santidad de los contrato y la regla básica de que los acuerdos arbitrales (que representan una renuncia de los tribunales estatales) no deben interpretarse de manera demasiado amplia. También contradice la noción de la entidad separada de cada persona jurídica. Es una piedra angular del derecho empresarial y la práctica de una empresa que se ocupa exclusivamente de sí misma mediante la firma también obliga, pero se excluye a sí misma de los demás, incluso si esos otros son empresas afiliadas a ella dentro de un mismo grupo. Por estas razones, la doctrina del grupo societario debe ser rechazada (2005) [traducción libre].

normas consideradas por el Tribunal Federal Suizo en dicho caso (Convención de Nueva York) no eran aplicables al arbitraje. Era aplicable la Ley de Arbitraje Suiza, la cual requería que el consentimiento necesariamente se dé por escrito.

Fue por esta razón que el tribunal arbitral consideró que la participación activa de la empresa C en la ejecución del contrato no era suficiente para entender que esta había renunciado a su derecho a que las controversias que se le vinculen sean conocidas en las cortes nacionales.

VIII. CASO CCI No. 11160 (2002)

Esta controversia surgió de un contrato celebrado entre una subsidiaria venezolana de una empresa de ingeniería latinoamericana (empresa A) y la subsidiaria venezolana de una empresa de ingeniería europea (empresa B) en relación a trabajos vinculados al desarrollo de un proyecto que fue adjudicado a un consorcio de empresas internacionales dentro del cual se encontraba la matriz de la empresa B (empresa MB). Después de un infructuoso intento de llegar a un acuerdo, la empresa A inició un arbitraje ante la CCI en contra de la empresa B y su matriz, la empresa MB. Las demandas objetaron la jurisdicción del tribunal arbitral respecto de la empresa MB, en tanto que esta no había firmado el contrato que contenía el convenio arbitral.

Al resolver la objeción jurisdiccional, el tribunal arbitral reconoció que el consentimiento para arbitrar se puede manifestar de forma implícita, si es que la parte no signataria ha tenido un rol determinante en la celebración y ejecución del contrato[58], por lo que procedería a analizar la participación que ha tenido la empresa MB en dichas etapas del *iter* contractual, encontrando:

(i) Que durante el transcurso de tiempo entre la licitación (1993) y la firma del contrato (1998), todas las relaciones legales de la empresa A respecto del proyecto habían sido mantenidas con la empresa MB;

(ii) Que la empresa A había mantenido las negociaciones del contrato con la empresa MB;

(iii) Que los pagos bajo el contrato, en una etapa temprana del proyecto, habían sido realizado por la empresa MB;

(iv) Que los representantes de la empresa MB y B eran los mismos para este proyecto;

(v) Que todas las reuniones relevantes no fueron llevadas en Caracas, donde se encontraban las oficinas de la empresa B, sino que se habían realizado en el Reino Unido, donde se encontraban los *project headquarters* de la empresa MB; y,

(vi) Que la única razón por la cual la empresa B entró en la relación contractual fue para que el proyecto calificase para una exoneración del IGV de acuerdo con la ley venezolana (país donde se ejecutó el proyecto materia de disputa).

Fue en base a esta participación activa en la negociación y ejecución del contrato de la empresa MB –y no en el hecho de que esta era la matriz de la empresa B– que el tribunal arbitral concluyó que la empresa MB era "la mente, alma y parte del cuerpo del Contrato"[59] (2005), extendiéndole los efectos del convenio arbitral.

IX. CASO CCI No. 14208/14236 (1998)

Esta controversia surgió a raíz de un contrato de construcción celebrado entre el propietario (empresa A) y el contratista (empresa B). Cinco meses después de la firma del contrato en cuestión, el grupo societario al que pertenencia la empresa B fue adquirido por otra empresa (empresa matriz). Posteriormente a que la empresa B dejara de ejecutar el contrato, la empresa A inició un arbitraje ante la CCI en contra de la empresa B y la empresa matriz.

La empresa A fundamentó su solicitud de incorporación sobre la base de tres teorías: (i) consen-

[58] En específico se indicó que

> la participación activa de [un no signatario] en la negociación, preparación y conclusión del Contrato, y en algunos casos en la ejecución del mismo, determinan que la intención de las partes puede ser inferida razonablemente como la extensión del Contrato y del convenio arbitral a [los no signatarios] (2005) [traducción libre].

[59] Se señaló:

> Este árbitro es consciente de que el hecho de que los signatarios y no signatarios de la cláusula de arbitraje pertenezcan al mismo grupo de empresas no justifica por sí solo la extensión de la cláusula de arbitraje. En el presente caso, ese hecho por sí solo tampoco sería suficiente, pero las pruebas apoyan la conclusión de que [el demandado 2] era y sigue siendo la mente y el alma, y en parte el cuerpo, de la C… contrato del proyecto (2005) [traducción libre].

timiento expreso, (ii) consentimiento implícito y (iii) levantamiento del velo societario.

Si bien el tribunal arbitral terminó aceptando la teoría del levantamiento del velo societario[60], para los fines del presente artículo nos centraremos en analizar los argumentos presentados por las partes y lo decidido por el tribunal arbitral con respecto a la teoría del consentimiento implícito.

El principal fundamento de la empresa A bajo la teoría del consentimiento implícito era que quien había ejecutado el contrato en los hechos era la empresa matriz, toda vez la empresa B había sido reducida a un mero cascarón tras la adquisición mencionada párrafos arriba.

Por su parte, la empresa B y la empresa matriz rechazaron los argumentos de la empresa A, señalando que fue la empresa B quien continuó ejecutando el contrato tras la adquisición y que los supuestos hechos que llevarían a que la empresa A afirmase que fue la empresa matriz quien lo ejecutó serían, en realidad, una manifestación de una reorganización del grupo en buena fe, de acuerdo a la práctica estándar después de una adquisición de empresas.

Al analizar el argumento del consentimiento implícito, el tribunal arbitral tuvo en consideración, entre varios hechos, los siguientes:

(i) Que después de la adquisición, la empresa B pasó a ser parte de la división de servicios de construcción de la empresa matriz;

(ii) Que todas las oficinas de la empresa B fueron cerradas o transferidas a la empresa matriz;

(iii) Que la empresa B progresivamente suspendió todas sus actividades;

(iv) Que los contratos de la empresa B fueron novados a favor de la empresa matriz, salvo el contrato materia del arbitraje, siendo este el único contrato que la empresa B continuaba ejecutando alrededor del mundo;

(v) Que la empresa B no tenía departamento contable, ni de recursos humanos, ni legal. Todas estas áreas eran manejadas por la empresa matriz;

(vi) Que la empresa B abandonó su marca y paso a utilizar la marca corporativa de la empresa matriz. Además, todos los proyectos de la empresa B pasaron a denominarse proyectos de la empresa matriz;

(vii) Que la gerencia del proyecto fue proporcionada exclusivamente por ejecutivos de la empresa matriz;

(viii) Que el vicepresidente ejecutivo de la empresa matriz notificó a la empresa A que el vicepresidente sénior de la empresa matriz fue asignado como *corporate manager* para el proyecto de construcción. En este sentido, los representantes de la empresa B respondían directamente al vicepresidente sénior de la empresa matriz;

[60] En el laudo se señaló que:

> Habiendo revisado y discutido cuidadosamente los hechos anteriores, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión unánime de que el comportamiento de [la empresa matriz] fue abusivo. Es evidente, según consta en el expediente, que [Empresa Matriz] controla y domina [el Contratista], en particular con respecto a su contrato con [el Empleador] En el mismo momento en que parecía que [el Contratista] podría incurrir en responsabilidad sustancial frente a [el Empleador], [la Empresa Matriz] en [país Y], quedando el contrato, sin embargo, a nombre de [el Contratista].Al hacerlo, abusó de la estructura societaria para proteger sus propios intereses a costa de los posibles acreedores de [el Contratista] es negativa, sus estados de ingresos auditados indican pérdidas netas y [la Empresa Matriz], que tiene la carga de la prueba a este respecto, no ha podido convencer al Tribunal de Arbitraje de que, a pesar de la transferencia de activos, la responsabilidad de [el Contratista] está adecuadamente cubierta por seguros. En otras palabras, [la Empresa Matriz] ha abusado de su control sobre [el Contratista] para transferirle a la sociedad la mayor parte de la responsabilidad de [el Contratista]. Es evidente, según consta en el expediente, que [la Empresa Matriz] controla y domina [el Contratista], en particular con respecto a su contrato con [el Empleador]. En el mismo momento en que parecía que [el Contratista] podría incurrir en una responsabilidad sustancial frente a [el Empleador], [la Empresa Matriz] transfirió todos los activos de [el Contratista] (excepto los relativos al [proyecto de construcción]) a una filial de [la Empresa Matriz] en [país Y], quedando el Contrato, sin embargo, a nombre de [el Contratista]. Al hacerlo, abusó de la estructura societaria para proteger sus propios intereses a costa de los posibles acreedores de [el Contratista]. La capitalización de [el Contratista] es negativa, sus estados de ingresos auditados indican pérdidas netas y [la Empresa Matriz], que tiene la carga de la prueba a este respecto, no ha podido convencer al Tribunal de Arbitraje de que, a pesar de la transferencia de activos, la responsabilidad de [el Contratista] está adecuadamente cubierta por seguros. En otras palabras, [la Empresa Matriz] ha abusado de su control sobre [el Contratista] para transferirle la mayor parte de la empresa". Por consiguiente, el Tribunal de Arbitraje considera que este es un caso apropiado para traspasar el velo y extiende a [la Empresa Matriz] sobre esta base la cláusula de arbitraje contenida en el Contrato. Por consiguiente, el Tribunal decide que tiene jurisdicción tanto sobre [el Contratista] como sobre [la Empresa Matriz], de conformidad con el artículo 6(2) del Reglamento (2013, párrs. 441-442) [traducción libre].

(ix) Que la orden de cambio número 2 fue firmada por el vicepresidente sénior de la empresa matriz, pese a que este no había ostentado ningún cargo en la empresa B hasta meses después de la firma.

Pese a los hechos antes descritos, el tribunal arbitral concluyó que no existía un consentimiento implícito de las partes para que la empresa matriz sea considerada como parte no signataria del contrato o del arbitraje.

El tribunal arbitral llegó a tal conclusión partiendo de la premisa de que el consentimiento implícito no solo es el de la parte no signataria, sino también de las partes signatarias. Al respecto, el tribunal arbitral resaltó que, pese a todos los hechos antes narrados, la empresa A en ningún momento se dirigió a la empresa matriz durante la ejecución del contrato, presentando sus comunicaciones y reclamos exclusivamente a la empresa B. Así, fue recién después de que el contrato se dejó de cumplir que la empresa A trajo a colación el argumento de la calidad de parte de la empresa matriz. En ese sentido, para el tribunal arbitral, no existió un consentimiento implícito por parte de la empresa A con respecto a que la empresa matriz sea parte del contrato o del convenio arbitral[61].

Adicionalmente, el tribunal arbitral resaltó que, si bien era innegable que la empresa matriz participó en la ejecución del contrato, no lo hizo durante la negociación y terminación de este, razón por la cual tampoco se podía extender el convenio arbitral[62].

X. CASO CCI No. 15116 (2008)

Esta controversia surgió en relación con un contrato de agencia celebrado entre la empresa A (principal) y el señor X (agente) a fin de que este último promueva las ventas de los productos elaborados por la empresa A en Turquía.

Durante la ejecución del contrato, el señor X recibió un correo electrónico enviado por la empresa B (sobre la cual la empresa A tenía la mayoría de acciones) adjuntándole una lista de proyectos y cuotas de venta. El señor X respondió dicho correo a la empresa A señalando que rechazaba los adjuntos enviados por la empresa B, pues no tenía conocimiento de ella. La empresa A respondió señalando que el envío del correo por la empresa B fue un error, adjuntó la lista de proyecto y las cuotas de venta correctas e introdujo a la empresa B como el "brazo" encargado de la manufactura de la empresa A.

Sin embargo, una disputa surgió entre las partes respecto al supuesto incumplimiento del señor X de alcanzar los mínimos de venta pactados en el contrato, entre otras controversias. Ello conllevó a que el señor X iniciara un arbitraje en contra de la empresa A y de la empresa B, alegando que (i) ambas pertenecían al mismo grupo de empresas y, (ii) que la empresa B había participado en la ejecución del contrato. Tanto la empresa A como la empresa B objetaron la participación de esta última en el arbitraje, alegando que, sin perjuicio del correo mencionado por el señor X, la empresa B había sido una empresa durmiente hasta un año después de la celebración del contrato y que, en los hechos, no había participado en su ejecución.

Al resolver la objeción jurisdiccional, el tribunal arbitral descartó la aplicación de la así denominada teoría del grupo de sociedades, cuestionando incluso la relevancia de la existencia de un grupo en el análisis de la incorporación de partes no signatarias. Para el tribunal arbitral, el factor determinante para la incorporación de una parte no signataria es la mutua intención de las partes evi-

[61] En concreto, se indicó:

> Por lo general, los tribunales arbitrales han extendido una cláusula de arbitraje a un no signatario cuando han podido concluir, como reconoce el Profesor [A], que la conducta del no signatario, en la celebración, el cumplimiento y, eventualmente, la terminación del acuerdo, fue una prueba clara de la intención de las partes (es decir, de ambas partes) de que el no signatario fuera parte en el contrato y en su cláusula de arbitraje. En este caso, el expediente no prueba ninguna intención de ese tipo por parte [del Empleador]. Como señaló el Profesor [C], el expediente demuestra que "[el Empleador] nunca reaccionó de ninguna manera mientras el contrato estaba ejecutando realmente. Sólo después de la iniciación del litigio, una vez que la ejecución del contrato ya se había interrumpido, [el Empleador] decidió repentinamente recurrir el argumento de la calidad de parte de [Empresa Matriz]. Sin embargo, parece que [el Empleador] se refiere a factores anteriores a las iniciativas procesales que esta empresa ya había tomado contra [el Contratista]. Si los elementos sobre los que [el Empleador] fundamenta su caso son exactos, entonces [el Empleador] debería haber reaccionado [antes] y, por lo tanto, debería haberse comportado dirigiéndose únicamente a [la Empresa Matriz] (o a [la Empresa Matriz] – [el Contratista]… (2013, párr. 442) [traducción libre].

[62] Al respecto se añadió:

> [Además, si [la Empresa Matriz] ha interferido sin duda alguna en el cumplimiento del Contrato, no ha participado en su negociación y no ha desempeñado un papel activo en la decisión de rescindirlo. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral no da ningún consentimiento implícito a la extensión de la cláusula de arbitraje a [la Empresa Matriz] (2013, párr. 442) [traducción libre].

denciada a través de la participación directa en la ejecución del contrato[63].

En este sentido, el tribunal arbitral rechazó la incorporación de la empresa B, en tanto que había quedado acreditado que esta fue una empresa durmiente durante la ejecución del contrato y que el envío del correo mencionado anteriormente había sido un error. Así, la falta de consentimiento es también confirmada por el propio comportamiento del señor X, quien, al recibir el correo de la empresa B, lo rechazó y solicitó explicaciones a la empresa A.

XI. CASO CCI No. 15372 (2009)

Esta controversia surgió en relación con un contrato de compraventa de acciones celebrado por GTI S.A como comprador (demandante original) y Varig Logistic S.A. (Vlog o demandada 1) y Volo Do Brasil S.A. (Volo DB o demandada 2) como vendedores respecto a las acciones de VRG Linhas aéreas S.A. (quien asumió la calidad de demandante después de suceder procesalmente a GTI S.A.).

GTI S.A (posteriormente VRG) inició un arbitraje contra Vlog, Volo DB (como partes signatarias del contrato de compraventa) y Volo Logistics LLC (Volo Logistics o demandado 3) y Matlinpatterson Global Opportunities Partners II L.P. (USA) y Matlinpatterson Global Opportunities Partners (CAYMAN) II L.P. A estas empresas (conjuntamente denominadas demandado 4), se les reclamó la aplicación del ajuste de precio de las acciones contenida en la cláusula 5.1 del contrato.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, la demandada 4 controlaba a la demandada 3, la cual a su vez controlaba a la demandada 2, quien controlaba a la demandada 1, la cual, finalmente, previamente al contrato de compraventa, controlaba a la ahora demandante.

Figura 2

Fuente: Laudo emitido en el caso CCI No. 15372 (2009, párr. 16).

La demandada 3 y la demandada 4 se opusieron al arbitraje alegando que no habían firmado el contrato de compraventa de acciones.

En relación a la demandada 4, el tribunal arbitral concluyó que, al haber firmado la adenda 5 conjuntamente con el demandante, ésta había presta-

[63] Al respecto, indicó:

> La expresión 'teoría del grupo de sociedades' no es perfectamente exacta, ya que la ley francesa de arbitraje no acepta una teoría general de 'grupo de sociedades' tal como para abandonar la doctrina de la personalidad jurídica separada (…).Además, hay que señalar que, según la legislación francesa sobre arbitraje, 'no es tanto la existencia de un grupo lo que hace que las diversas sociedades del grupo queden vinculadas por el acuerdo firmado por una sola de ellas, sino más bien el hecho de que tal fue la verdadera intención de las partes'(…) "Parece que la intención mutua de las partes, tal como se evidencia por la implicación estrecha/directa del tercero en la ejecución del contrato, se está convirtiendo en el criterio decisivo para determinar si un acuerdo de arbitraje debe o no extenderse a ese tercero. Uno puede incluso preguntarse si la existencia de un grupo de empresas es realmente relevante (2008, párrs. 28-30) [traducción libre].

do su consentimiento a arbitrar, por lo que era una parte signataria del contrato y, en ese sentido, del convenio arbitral.

Respecto a la demandada 3, la demandante presentó dos teorías para solicitar su incorporación en el convenio arbitral: (i) la del consentimiento implícito; y (ii) la del levantamiento del velo societario. Para efectos del presente artículo nos limitaremos a comentar sobre la primera de estas teorías.

La demandante señalaba que la demandada 3 era parte del convenio arbitral pues (i) votó a favor de la aprobación del contrato de compraventa en la Junta General de Accionistas de la demandada 2 (parte signataria del contrato) y, además, (ii) tuvo una participación activa en la negociación del contrato, al enviar varios correos electrónicos y al ser parte de varias reuniones en las cuales el señor Lap Wai Chan, tuvo un rol destacado.

El tribunal arbitral rechazó el primer argumento de la demandante, señalando enfáticamente que no se puede considerar que un accionista se ve vinculado personalmente por las votaciones que pueda tener en la Junta General de una empresa en la que tiene acciones. Agregó, siguiendo una reducción a lo absurdo, que el argumento de la demandante llevaría a que todos los accionistas sean directamente parte de todos los convenios arbitrales contenidos en los contratos que firmen sus empresas con excepción de los que hayan votado en contra de la celebración de tales acuerdos[64].

Por otro lado, el tribunal arbitral rechazó el segundo argumento de la demandante. Al entrar a revisar las pruebas, el tribunal arbitral se percató que el supuesto representante de la demandada 3, el señor Lap Wai Chan, quien habría preparado y presentado la estructura a ser ejecutada para la compraventa de acciones y determinó los términos del pago de cuotas, era en realidad, gerente de la demandada 4 y no de la demandada 3.

Asimismo, el tribunal arbitral sostuvo que incluso si las acciones tomadas por la demandada 4 (mencionadas en el párrafo anterior) fueran atribuibles a la demandada 3, no eran suficientes para considerar que esta última había manifestado tácitamente su consentimiento para ser parte del contrato y, consecuentemente, del convenio arbitral contenido en éste.

El tribunal arbitral llegó a esta conclusión al considerar que es común en la práctica comercial que los gerentes de las empresas matrices participen en las negociaciones y, nominalmente, en la ejecución de los acuerdos adoptados por sus subsidiarias, no siendo posible inferir de dicha participación un consentimiento tácito de la empresa matriz de obligarse conjuntamente con su subsidiaria. Agregó, además, que en base a lo anterior podría llegarse a la conclusión exactamente contraria, y es que pese a haber participado en las negociaciones, la empresa matriz decidió no firmar el contrato, conducta de la cual se puede entender la intención de no querer verse obligada por él[65].

---

64 En específico, se indicó:

> Una cosa es votar como accionista a favor de la empresa en la que tiene una participación de capital firmando un contrato con una cláusula arbitral, y otra muy distinta es que el accionista se vea obligado personalmente como consecuencia de dicho voto. Volo Logistics limitó sus acciones a votar a favor de una propuesta de decisión de la empresa – no es posible deducir de ese voto la intención de someterse personalmente al acuerdo de arbitraje. El argumento del demandante, en una reducción al absurdo, haría que todos los accionistas estuvieran directa y personalmente sujetos a todos los acuerdos de arbitraje firmados por sus empresas, a menos que votaran en contra de la propuesta, una conclusión que es inaceptable en todos los aspectos (2009, párr. 89). [traducción libre].

65 Se indicó en el laudo:

> Además, en opinión del Tribunal, no es posible inferir de las acciones llevadas a cabo por el demandado 4, que fueron atribuidas directamente al demandado 3, la intención tácita de Volo Logistics de aceptar el acuerdo y someterse al acuerdo arbitral. Es muy común en la práctica empresarial que los directivos de una empresa matriz participen en las negociaciones y, nominales, en la ejecución de un acuerdo adoptado por su subsidiaria. Además, es posible tener el entendimiento contrario si, a pesar de haber participado en las negociaciones, no firmó el acuerdo: la intención tácita que se puede inferir de esta conducta es que no quiso obligarse. Y que la otra parte en el contrato, consciente de la existencia de la empresa matriz, aceptó que ésta quedara exenta de responsabilidad (2009, párr. 86) [traducción libre].

10.18800/themis.202001.010

ARBITRAJE Y TERCEROS LEGITIMADOS EN LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIETARIOS EN EL PERÚ

ARBITRATION AND LEGITIMATE THIRD PARTIES IN THE CHALLENGE OF CORPORATE AGREEMENTS IN PERU

Cecilia O'Neill de la Fuente*
Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Universidad del Pacífico

Melissa del Pino Yupari**
Investigadora independiente

In recent years, several national laws have become more favorable to corporate arbitration, which has contributed to its important development. In this context, the arbitrability of the challenge of corporate agreements is widely accepted. However, the intervention of legitimate third parties has resurfaced alleged deficiencies of corporate arbitration.

In this article, the authors analyze the topic of legitimate third parties and the solutions proposed in comparative law. They aim to analyze the suitability of those possible solutions with the Peruvian legislation on arbitration and corporations.

Keywords: Corporate arbitration; challenge; corporate agreements; legitimate third-party.

En los últimos años, varias legislaciones se han vuelto más favorables al arbitraje societario, lo cual ha contribuido a su importante desarrollo. En ese contexto, la arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos societarios es ampliamente aceptada. No obstante ello, la intervención de los terceros legitimados vuelve a poner sobre la mesa supuestas deficiencias del arbitraje societario.

En el presente artículo, las autoras analizan la problemática de los terceros legitimados y las soluciones que se proponen en el derecho comparado, con el fin de cotejar dichas posibles soluciones con la legislación peruana sobre arbitraje y sociedades anónimas.

Palabras clave: Arbitraje societario; impugnación; acuerdos sociales; terceros legitimados.

* Abogada. Master in Laws (LL.M.) por la University of Pennsylvania. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Exasociada de Rodrigo, Elías & Medrano. Miembro del Comité Directivo del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje, el Capítulo Latinoamericano e Iberoamericano del Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Cámara de Comercio internacional de París y de la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Americana del Perú. Contacto: oneill_c@up.edu.pe

** Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Asistente de investigación de Cecilia O'Neill de la Fuente (Lima, Perú). Contacto: mel.delpino19@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 12 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 1 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las conocidas ventajas que ofrece el arbitraje comercial como medio de solución de controversias legales también pueden ser aprovechadas por las sociedades anónimas (en adelante, sociedades) para resolver sus disputas internas. Es por ello que, en los últimos años, el arbitraje societario ha adquirido mayor popularidad (Kennett, 2013, p. 333). Sin embargo, este tipo de arbitraje ha tenido que enfrentar diversas objeciones; entre ellas, la no arbitrabilidad de las disputas societarias en algunas jurisdicciones.

Una de las materias más controvertidas ha sido la impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral. Si bien esta discusión se encuentra superada en el arbitraje internacional y local –pues en las principales legislaciones, incluyendo la peruana, es arbitrable la impugnación de acuerdos sociales– existen todavía en la actualidad algunos inconvenientes prácticos.

Se ha identificado como uno de los problemas de la impugnación de acuerdos societarios en sede arbitral el que los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social no forman parte del convenio arbitral estatutario, por lo que deben acudir al Poder Judicial. Entonces, es posible que un mismo acuerdo societario sea impugnado, simultáneamente, en sede arbitral y judicial. Ante esta situación, la doctrina e, incluso, algunas legislaciones han propuesto soluciones para evitar esta duplicidad de procesos y los inconvenientes que ello implica. Principalmente, aquellas posibles soluciones consisten en extender los efectos vinculantes del laudo o permitir la intervención de los terceros legitimados en el arbitraje.

En ese sentido, el objetivo del presente artículo es explicar y analizar la impugnación de acuerdos societarios por terceros legitimados en el marco del arbitraje societario. Para este fin, primero realizaremos un resumen sobre la impugnación de acuerdos societarios en el arbitraje internacional y cómo diferentes jurisdicciones abordan la participación de los terceros legitimados. Tras ello, analizaremos el tema bajo la perspectiva del arbitraje societario en el Perú a fin de evaluar si las soluciones adoptadas por otras legislaciones o las propuestas ofrecidas por la doctrina comparada serían compatibles con nuestra regulación.

II. PANORAMA INTERNACIONAL DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS EN EL ARBITRAJE SOCIETARIO

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias alternativo al Poder Judicial al cual se puede recurrir en tanto las partes celebren un convenio arbitral. En el caso del arbitraje societario o estatutario, el convenio arbitral se establece en el estatuto de la sociedad. Es en virtud de dicho convenio que se permite recurrir al arbitraje para resolver las controversias intra-societarias, es decir, aquellas que se originen entre la sociedad y sus miembros o entre estos últimos.

Entre las controversias intra-societarias que se suelen someter a arbitraje y que son de nuestro particular interés se encuentran las relacionadas a la impugnación de los acuerdos sociales. Precisamente, la intervención de los terceros legitimados se da en el contexto de impugnación de acuerdos.

Así, a fin de comprender mejor el tema, se presentará una breve descripción de la situación arbitral de impugnación de acuerdos en algunas jurisdicciones. Asimismo, se expondrán las soluciones que han adoptado algunas legislaciones extranjeras para el problema de la impugnación de los acuerdos por parte de terceros en el marco de un arbitraje societario.

A. Impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral

La impugnación de acuerdos societarios como materia arbitrable ha sido controversial en diversas jurisdicciones; sin embargo, esta postura ha ido cambiando con el paso de los años en favor del arbitraje. Para fines de este artículo, consideramos relevante hacer una breve revisión de la evolución y actual regulación de la impuganción de acuerdos societarios en el arbitraje en las principales jurisdicciones de tradición *civil law*[1], como lo son las de derecho español, italiano y alemán.

Por un lado, en el derecho español, hubo una época en la que no era arbitrable la impugnación de acuerdos societarios. Sin embargo, esto cambió con la sentencia del Tribunal Supremo del 18 de abril de 1998, con la nueva Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, 2003) y, en especial, con la reforma de esta en el año 2011 por la Ley 11/2011 (Sánchez, 2018, p. 104). Así pues, en la actualidad el artículo

[1] En los ordenamientos de tradición *common law*, como Estados Unidos o Inglaterra, existe una postura pro-arbitraje, en general, de las disputas intra-societarias. En los últimos años, en Estados Unidos la discusión sobre la arbitrabilidad de las controversias societarias se ha enfocado en las sociedades públicas, reguladas por la SEC (*Securities and Exchange Commission*). Al respecto, ver Kennett (2013, p. 346) y Lee (2017, p. 85).

11 bis de la Ley 11/2011 regula lo siguiente sobre el arbitraje societario y la impugnación de acuerdos en España:

> 1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen.
>
> 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social.
>
> 3. Los estatutos sociales podrán establecer que **la impugnación de los acuerdos sociales** por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una **institución arbitral** (Ley 11/2011, 2011) [el énfasis es nuestro].

Como bien señala Perales Viscasillas, para disipar cualquier duda sobre la arbitrabilidad se incluyó expresamente la referencia a la impugnación de acuerdos sociales, pero se estableció como limitación que estas controversias sean resueltas necesariamente mediante arbitraje institucional, descartando, de esa manera, los arbitrajes *ad hoc* en esta materia (2015, p. 774).

Por otro lado, en Italia, también la doctrina y la jurisprudencia fueron inicialmente reacias al arbitraje societario. Sin embargo, con la reforma llevada a cabo por el Decreto Legislativo 5/2003 (2003) se estableció una regulación más favorable para fomentar el arbitraje societario (Rodríguez, 2010, p. 127). Entre dichas reformas, se incluyó la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios, tal como se desprende de la lectura del artículo 35 inciso 5 del Decreto Legislativo 5/2003, el cual señala que el convenio arbitral puede incluir como objeto controversias sobre la validez de los acuerdos sociales (Pieralli, 2005):

> 5. La sumisión a arbitraje, también «*non rituale», de una controversia, no precluye el recurso a la tutela cautelar del art. 669-quinquies del código procesal civil, pero en el caso que* **la cláusula compromisoria permita la resolución mediante arbitraje de las controversias que tengan por objeto la validez de los acuerdos sociales**, a los árbitros compete siempre el poder de disponer, con orden no reclamable, la suspensión de la eficacia del acuerdo (Decreto Legislativo 5/2003, 2003) [el énfasis es nuestro].

Así pues, se les puso fin a las discusiones doctrinarias sobre la arbitrabilidad de la impugnación de acuerdos societarios (Pieralli, 2005). En la citada norma, también se puede apreciar que, para el caso de impugnación de acuerdos, los árbitros tienen la facultad de suspender la eficacia de aquellos. Sobre este particular, Pieralli sostiene que es una medida innovadora, toda vez que "en Italia, en efecto, en el arbitraje de derecho común la regla es que los árbitros no pueden conceder medidas cautelares. […] De este modo el legislador ha querido, evidentemente, evitar «*interferencias y condicionamientos sobre el arbitraje en curso*»" (2005).

Adicionalmente, el artículo 36 del Decreto Legislativo 5/2003 establece que en el caso de controversias sobre la validez de los acuerdos sociales el arbitraje debe ser de derecho y el laudo debe ser impugnable, aunque se pacte lo contrario en la cláusula arbitral, lo cual también aplica para los arbitrajes internacionales (Pieralli, 2005):

> 1. También cuando la cláusula compromisoria autoriza a los árbitros a decidir en equidad o con laudo no impugnable, los árbitros deben decidir con sujeción a derecho, con laudo recurrible con arreglo al art. 829.2 del código procesal civil, cuando para decidir hayan conocido de cuestiones no comprometibles o bien cuando el objeto del juicio venga constituido por la validez de los acuerdos sociales.
>
> 2. La presente disposición se aplica también en el caso del laudo emitido en un arbitraje internacional (Decreto Legislativo 5/2003, 2003).

Finalmente, en Alemania, el arbitraje de impugnación de acuerdos sociales también ha sido un tema controvertido. Al respecto, la Corte Suprema Federal de Alemania ha emitido tres pronunciamentos en los cuales expone los lineamientos para arbitrar la validez de los acuerdos societarios, en concreto, la sentencia del 29 de marzo de 1996, la del 6 abril de 2009 y la del 6 de abril de 2017 (Hertel & Covi, 2018).

En el segundo pronunciamiento, la sentencia del 6 abril de 2009, la Corte Suprema Federal admitió la arbitrabilidad de las controversias sobre la validez de acuerdos societarios en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y reconoció que las partes pueden pactar un efecto *erga omnes* para el laudo (Hertel & Covi, 2018). Al respecto, la sentencia en mención estableció los siguientes requisitos que debe cumplir el convenio arbitral:

> 1. todos los accionistas dieron su consentimiento al arbitraje, ya sea mediante una cláusula de arbitraje en los estatutos o por acuerdo separado;

> 2. todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso;
>
> 3. todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal;
>
> 4. todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas (Hertel & Covi, 2018).

De lo expuesto, podemos advertir que en el derecho alemán se acepta la arbitrabilidad de las impugnaciones de acuerdos societarios y que, a la vez, los estándares establecidos restringen, en parte, el arbitraje con el objetivo de proteger a los demás miembros de la sociedad que no pretenden impugnar el acuerdo. En la medida que se cumpla con permitir la participación de todos los miembros de la sociedad, el laudo será vinculante para ella.

B. Los terceros legitimados en la impugnación de los acuerdos societarios

Principalmente, corresponde a los socios o accionistas de la sociedad impugnar o cuestionar la validez de los acuerdos sociales que consideren son contrarios a las reglas o a las disposiciones legales de la sociedad. Sin embargo, las legislaciones, en algunos supuestos, permiten a otros sujetos impugnar acuerdos societarios. Este es el caso de los llamados **terceros legitimados**. En los siguientes párrafos, nos referiremos brevemente a la legislación española e italiana, puesto que tienen una regulación similar a la del derecho peruano que abordaremos más adelante.

En el derecho español, la impugnación de acuerdos sociales se regula de manera general en el artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, 2010), el cual fue modificado el 3 de diciembre de 2014 por la Ley 31/2014. Asimismo, dicha ley, en el artículo 206 numeral 1, establece que los terceros que acrediten un interés legítimo, es decir, los terceros legitimados, pueden demandar la impugnación de los acuerdos sociales:

> 1. Para la impugnación de los acuerdos **sociales están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo** y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital.
>
> Los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnable.
>
> 2. Para **la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier** socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o **tercero** […] (Real Decreto Legislativo 1/2010, 2010) [el énfasis es nuestro].

La ley no define qué se entiende por legítimo interés, razón por la cual la doctrina señala que se debe evaluar caso por caso. Sin perjuicio de ello, algunos ejemplos de terceros con interés legítimo pueden ser los siguientes: (i) los obligacionistas y los acreedores de la sociedad que están interesados en el buen funcionamiento de esta, por lo que tendrían interés en impugnar un acuerdo societario que les sea perjudicial; (ii) los trabajadores o representantes sindicales que pretendan impugnar acuerdos que afecten sus condiciones laborales; (iii) los cotitulares de acciones o de derechos reales sobre acciones, a quienes no se les confiera el derecho a impugnar en representación de la comunidad; (iv) los socios de la matriz respecto de la impugnación de los acuerdos de las filiales que afecten a la sociedad de la que son parte; (v) los administradores concursales si la sociedad no tuviera suspendidas sus facultades; entre otros ejemplos (Baena Baena, 2016, pp. 146-147; Massaguer Fuentes, 2016).

En el artículo antes desarrollado también podemos apreciar que en el numeral 2, referido a la impugnación de acuerdos contrarios al orden público, se legitima a cualquier tercero, sin la exigencia de acreditar un interés legítimo, a diferencia de lo establecido en el numeral 1. La doctrina española entiende que el numeral 1 aplica para la impugnación de acuerdos con carácter general, mientras que en el numeral 2, la exigencia de legítimo interés no opera frente a los acuerdos contrarios al orden público (Quijano, 2015, p. 805).

Al respecto, la doctrina entiende que esa falta de exigencia funciona como una inversión de la carga de prueba, pues la sociedad debe demostrar que el tercero carece de interés legítimo para impugnar el acuerdo (Massaguer Fuentes, 2016). Esta excepción para los acuerdos societarios que vulneren el orden público tiene justificación, en tanto la afectación al orden público es considerada "la más

grave infracción a los valores y principios esenciales" de la sociedad y el ordenamiento español (García-Villarubia Bernabé, 2016).

En el caso del derecho italiano, el Codice Civile se refiere a la anulación y nulidad de los acuerdos sociales. En el artículo 2379 de dicho cuerpo normativo, se señala que cualquier persona interesada, es decir, incluso un tercero, puede solicitar la nulidad de un acuerdo:

> En caso de no convocar la reunión, falta de actas e imposibilidad o ilicitud del objeto, **la resolución puede ser apelada por cualquier persona interesada en ella** dentro de los tres años posteriores a su inscripción o inscripción en el registro comercial, si la resolución está sujeta a ella, o de la transcripción en el libro de reuniones de la asamblea, si la resolución no está sujeta a registro o depósito. Las resoluciones que modifican el objeto social al prever actividades ilegales o imposibles pueden ser impugnadas sin límites de tiempo.
>
> En los casos y dentro de los términos previstos en el párrafo anterior, el juez puede detectar automáticamente la invalidez […] (Regio Decreto 262, 1942) [el énfasis es nuestro].

Al respecto, la doctrina italiana comenta que la expresión **cualquier interesado** se refiere a los titulares de relaciones jurídicas que dependen de los efectos de la resolución; es decir, el interesado debe alegar un derecho que dependa de la resolución a impugnar. Así pues, la doctrina mayoritaria entiende que dentro de esta norma están comprendidos los terceros, en tanto posean esa relación legal que se correlacione con los efectos de la resolución impugnada. Un ejemplo de los terceros interesados son los representantes de los obligacionistas y los acreedores pignoraticios de la sociedad (Iannicelli, 2008, pp. 133-139).

En ese sentido, como se puede apreciar de la regulación en España e Italia, los acuerdos societarios, dependiendo de los requisitos indicados, pueden ser impugnados tanto por los socios como por los administradores e incluso por terceros que tengan un legítimo interés. Si la sociedad estableció un convenio arbitral estatutario en el cual se incluyó la impugnación de acuerdos, ese asunto será resuelto mediante arbitraje. Sin embargo, en el caso de que un tercero legitimado pretenda impugnar el acuerdo societario no podrá recurrir al mecanismo arbitral. La razón es evidente: el arbitraje es por esencia consensual. Dado que el tercero no participó en el pacto arbitral, sino los miembros de la sociedad, no puede canalizar su impugnación por esa vía.

En el arbitraje societario, la cláusula arbitral que permite someter a arbitraje la impugnación de los acuerdos sociales comprende a los miembros de la sociedad, sean sus socios o diferentes funcionarios. Los terceros no forman parte de dicha cláusula arbitral, por lo cual no pueden recurrir a ella para iniciar un arbitraje en el cual someter a discusión la impugnación de un acuerdo social. Por ello, estos, al no haber sido parte del acuerdo consensual, únicamente pueden recurrir al Poder Judicial.

Hasta ese punto no hay mayor inconveniente. El problema es que podría suceder que, paralelamente, uno de los sujetos que sí forma parte del convenio arbitral estatutario inicie un arbitraje para solicitar la impugnación del mismo acuerdo societario, con lo cual se tendrían dos procesos en simultáneo (uno judicial y otro arbitral) sobre un mismo acuerdo. Además de ser poco práctico este escenario, podría resultar en dos resoluciones contradictorias (Sánchez Gimeno, 2018, p. 109).

C. Incorporación de los terceros legitimados al arbitraje

A efectos de evitar los inconvenientes de los procesos paralelos, la doctrina española plantea algunos comentarios y soluciones que merecen ser revisadas. A saber, son las siguientes.

En primer lugar, existe consenso sobre que el convenio arbitral no alcanza al tercero, por lo que este no puede ser sometido a participar en el arbitraje, de modo que tiene el derecho de acudir a la vía judicial, tal como afirman Rojí Buqueras (2019, p. 65) y Sánchez Gimeno (2018, p. 109). Pese a la existencia de procesos paralelos, la doctrina opina que no se puede aplicar la litispendencia, puesto que no estamos frente a una identidad de sujetos. Asimismo, tampoco procede que se suspenda uno de los procesos o que se produzca una declinatoria en favor del otro (Sánchez Gimeno, 2018, p. 113). En esa misma línea, Rojí Buqueras señala lo siguiente:

> Un mismo acuerdo social puede ser objeto de impugnación en sede arbitral y en sede jurisdiccional por distintos sujetos y con los mismos o distintos motivos, sin que sea viable ni la acumulación de lo arbitral y lo judicial, ni proceda la declinatoria, ni la litispendencia resuelva ante la ausencia de identidad subjetiva y la falta de eficacia de cosa juzgada del Laudo respecto a terceros (2019, p. 65).

Por su parte, Olaizola Martínez comenta que algunas soluciones propuestas están orientadas a rechazar el arbitraje. Se sostiene que, en la medida en que los terceros no están vinculados por el convenio arbitral y el resultado del laudo no les

es oponible, no debería arbitrarse la impugnación de acuerdos sociales. Alternativamente, se podría arbitrar una vez que caduquen los derechos de los terceros legítimados, para evitar así que se inicien procesos paralelos (2006, p. 42).

No compartimos estas sugerencias, toda vez que consideramos que la intervención de los terceros legitimados no es un asunto que afecte la arbitrabilidad de las impugnaciones societarias. En efecto, en la sección anterior se explicó que la legislación española admite como arbitrable esa materia, para lo cual no establece ningún limite o condición con respecto a la impugnación de acuerdos por parte de los terceros. Sobre este asunto, Rodríguez Roblero opina que "cuando existan terceros involucrados en el litigio, tampoco esto es razón suficiente para considerar que estamos ante materia no disponible y por tanto inarbitrable" (2010, p. 307).

Sostener lo contrario supondría desconocer la fuerza vinculante de los pactos arbitrales. En aras de cuidar lo que ocurra con los terceros, no puede desprotegerse a quienes prestaron su anuencia a litigar por la vía arbitral, pues la decisión de someterse a arbitraje es tan obligatoria para las partes como cualquier otra estipulación contractual. Ahora bien, debe admitirse que esto último no enerva el hecho de que, en efecto, subsiste un problema: la coexistencia de dos vías jurisdiccionales para solucionar un mismo problema, es decir, la jurisducción arbitral y la judicial.

Otra de las propuestas para enfrentar ese problema se relaciona con los efectos del laudo. En España, las sentencias judiciales que se pronuncian sobre la validez de acuerdos sociales tienen efectos sobre todos los socios, aunque no hayan participado en el proceso, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 222 inciso 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, 2000). De manera similar, y con mayor alcance, Perales Viscasillas propone que la solución a este problema sería otorgar al laudo un efecto *erga omnes*, de modo que sus efectos recaerían tanto sobre los socios como los terceros legitimados (2007, p. 303). A favor de esa posición, la autora argumenta que

> existiendo terceros verdaderamente afectados, creemos que se impone una solución similar a la del artículo 11.2 LEC, que concede legitimación, entre otros, al grupo de afectados cuando los perjudicados por un hecho dañoso estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables. Esta es precisamente la situación que se produce en el seno del arbitraje societario. Los accionistas y, en su caso, acreedores, son perfectamente determinables, por lo que es lógico que bastase con que un afectado o un grupo de afectados interpusiera la demanda para que el resultado del laudo se extendiese frente a todos […] (Perales Viscasillas, 2007, p. 304).

Este asunto de los terceros legitimados y el arbitraje societario también ha sido abordado en el derecho italiano. La legislación italiana brinda una solución que consiste en incorporar al tercero legitimado al arbitraje, tal como se desprende de una lectura del artículo 35.2 del Decreto Legislativo 5/2003 (Pieralli, 2005):

> 1. La demanda de arbitraje propuesta por la sociedad o en su contra se deposita en el Registro Mercantil y es accesible a los socios.
>
> 2. En el procedimiento arbitral promovido a instancia de la cláusula compromisoria del art. 34, **la intervención de terceros con arreglo al art. 105 del código procesal civil, así como la intervención de otros socios en base a los arts. 106 y 107 del mismo código viene admitida hasta la primera «udienza di trattazione»**. Se aplica el art. 820.2 del código procesal civil.
>
> 3. En el procedimiento arbitral no se aplica el art. 819.1 del código procesal civil; sin embargo el laudo es siempre impugnable, también con derogación de lo previsto para el arbitraje internacional en el art. 838 del código procesal civil, con arreglo a los arts. 829.1 y 831 del mismo código.
>
> 4. Las disposiciones del laudo son vinculantes para la sociedad (Decreto Legislativo 5/2003, 2003) [el énfasis es nuestro].

Con el fin de entender mejor los términos de esta incorporación del tercero legitimado al arbitraje, es pertinente tener presente el comentario de Pieralli sobre dicho artículo:

> Hoy, por tanto, el tercero no socio podrá intervenir voluntariamente, ya sea promoviendo demandas en contra de todas las partes en conflicto («intervención principal»), en contra de una de ellas («intervención litisconsorcial»), o bien adhiriéndose a la tesis de una parte («intervención adhesiva dependente o *ad adiuvandum*»). El límite que se establece tan sólo lo es temporal: la intervención viene admitida hasta la primera «*udienza di trattazione*». Es decir, la primera reunión en donde los árbitros fijarán el objeto de la controversia e indicarán a las partes las posibles cuestiones preliminares que quieren que sean debatidas.
>
> En realidad, ya antes de la reforma, cuanto menos la intervención voluntaria *ad adiuvandum* era admitida sin demasiados problemas.

> La verdadera novedad estriba, por tanto, en la *posibilidad de intervenciones coactivas*, ya sea por llamada de parte, o bien por orden de los árbitros. Este tipo de intervención, sin embargo, prescindiendo de la voluntad del llamado, atañe sólo a los socios que están vinculados al convenio arbitral en virtud de su adhesión a la sociedad. Mientras **el tercero no socio, no habiendo manifestado nunca, ni expresa ni tácitamente, su consentimiento al arbitraje, no podrá ser obligado a participar al procedimiento** (2005) [el énfasis es nuestro].

Si bien el arbitraje societario italiano permite expresamente la incorporación del tercero legitimado al arbitraje en el que se discute la impugnación del acuerdo social, adviértase que esa intervención es voluntaria, en el sentido de que será decisión del tercero el acudir o no a la vía arbitral, toda vez que este no forma parte del convenio arbitral. Entonces, en caso de que el tercero no desee acudir al arbitraje y recurra al Poder Judicial, el problema se mantiene. A pesar de ese inconveniente, consideramos correcto que no se obligue a arbitrar al tercero legitimado.

Sobre la base de lo expuesto, la única forma en la que el tercero legitimado puede incorporarse a un proceso arbitral en el que un socio –el cual es parte del convenio arbitral– impugna un acuerdo societario es si, en ejercicio de su autonomía privada, se logra poner de acuerdo con la sociedad y se somete voluntariamente al arbitraje.

Teniendo el panorama doctrinal y legislativo sobre la situación de los terceros legitimados para impugnar los acuerdos societarios en diversas jurisdicciones europeas, corresponde analizar la regulación peruana a efectos de determinar si alguna de las soluciones propuestas anteriormente es compatible con ella o podría ser adoptada en nuestra legislación.

III. PANORAMA PERUANO SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIALES Y EL ARBITRAJE ESTATUTARIO

A. Marco legal del arbitraje estatutario peruano

En el Perú, el arbitraje societario o estatutario se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) y en la Ley General de Sociedades (Ley 26887) (en adelante, LGS). La Sexta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje otorga a las personas jurídicas la facultad de establecer un convenio arbitral en su estatuto. Además, la norma señala el alcance objetivo y subjetivo que puede tener dicho convenio:

> Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.
>
> El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.
>
> El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público (Decreto Legislativo 1071, 2008).

El alcance objetivo del convenio arbitral se refiere a las clases de controversias que podrán ser sometidas a arbitraje (Born, 2011, p. 76), en la medida en que se encuentren comprendidas en dicho convenio. Al respecto, la citada ley dispone que pueden resolverse mediante arbitraje las controversias que surjan entre la persona jurídica y sus miembros, incluyendo a diversos funcionarios; o las disputas entre dichos sujetos en lo relacionado a sus "derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos" (2008).

En contraste, la ley establece limitaciones al sometimiento a arbitraje en los casos de las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público. Esta restricción del alcance del convenio implica que tales materias no son arbitrables. Aun cuando en el convenio arbitral del estatuto se establezca que las controversias sobre esos asuntos se resolverán mediante arbitraje, dicho pacto no será válido por contravenir la Ley de Arbitraje.

El alcance subjetivo del convenio arbitral permite identificar quiénes pueden ser parte del arbitraje en función a si son parte del mencionado convenio (Caivano, 2013, p. 64). Sobre este asunto, la Ley de Arbitraje señala que "el convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad" (2008).

Adviértase que los sujetos que forman parte de la sociedad quedan vinculados a la cláusula arbitral automáticamente desde que se incorporan a la empresa, sin necesidad de que hubieran estado presentes al momento en que se estableció el convenio en el estatuto. Ello es lógico pues, al aceptar formar parte de una sociedad –sea como socio o funcionario–, también se aceptan las reglas que

rigen a esa sociedad, las cuales se encuentran en el estatuto y, por ende, se sujetan a ellas. En ese sentido, como bien señala Montoya Alberti no se requiere una declaración específica de aceptación del convenio arbitral (2016, p. 42).

Además, la Ley de Arbitraje establece en la misma disposición complementaria que también están comprendidos en la cláusula arbitral "aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de ser miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios" (2008). En tal sentido, los exsocios o exfuncionarios continúan vinculados a la cláusula arbitral aun cuando ya no formen parte de la sociedad al momento que se origine la controversia.

Por su parte, la LGS en su artículo 48 establece las siguientes disposiciones sobre el arbitraje societario:

> Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.
>
> El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.
>
> El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.
>
> El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia (Ley 26887, 1997).

Como se puede advertir, la regulación del arbitraje societario en la LGS es bastante similar a lo establecido por la Ley de Arbitraje. Esta concordancia se debe a que el artículo 48 de la LGS fue modificado por la propia Ley de Arbitraje. Por tanto, lo expuesto anteriormente sobre el alcance objetivo y subjetivo del convenio arbitral también es compatible con lo regulado en la LGS.

Ahora bien, debe tenerse presente que las disposiciones de la ley, tanto del alcance objetivo como subjetivo del convenio arbitral, constituyen un marco dentro del cual la sociedad podrá delimitar su propio alcance. Entonces, para determinar el alcance exacto del convenio arbitral se debe recurrir a lo estipulado en este, tal como afirman Redfern y Hunter al analizar el lenguaje plasmado en el convenio arbitral (2015, p. 92).

B. Impugnación de acuerdos societarios y los terceros legitimados

Tal como se ha mencionado, la legislación peruana permite someter a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales al indicar que se pueden resolver controversias sobre "la validez de los acuerdos sociales" (Decreto Legislativo 1071, 2008). Asimismo, de la regulación sobre el alcance subjetivo de la cláusula arbitral estatutaria se desprende que los terceros no forman parte de ella.

En ese sentido, se concluye que, si una sociedad establece que se resolverán mediante arbitraje las disputas sobre el cuestionamiento de acuerdos sociales, únicamente las partes del convenio podrán recurrir al arbitraje. Esto es, los socios, ex socios o funcionarios, según se haya establecido el alcance subjetivo de la cláusula.

Ahora, corresponde analizar cómo nuestra legislación societaria regula el cuestionamiento de la validez de los acuerdos sociales. En la LGS, se establecen dos formas: por un lado, la impugnación de acuerdos y, por otro, la acción de nulidad. Abramovich Ackerman indica que esta distinción se debe a que la intención de la norma es diferenciar las causales de anulabilidad (impugnación) y las de nulidad[2] (2003, p. 244). Al respecto, se suelen relacionar las causales de anulabilidad con aquellas contravenciones al estatuto que no versan sobre normas imperativas, a diferencia de las causales de nulidad, en las que sí se presentan violaciones de normas imperativas (2003, p. 247). Veamos las disposiciones de la LGS.

En el artículo 139 de la LGS se establecen los supuestos que hacen impugnable un acuerdo de la junta general, a saber:

> Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

[2] En este artículo no analizamos la idoneidad de esta distinción en la LGS.

> No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto (Ley 26887, 1997).

En los artículos 140 y 144 de la LGS, se dispone que los socios o accionistas son los legitimados para demandar la impugnación de un acuerdo societario en tanto conserven esa condición:

> La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto.
>
> En los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones (Ley 26887, 1997, artículo 140).
>
> El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.
>
> La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación (Ley 26887, 1997, artículo 144).

Si bien la LGS se refiere a los procesos judiciales, estos requisitos también son aplicables en el caso de los arbitrajes, ya que se trata de condiciones sobre la legitimidad para impugnar los acuerdos de junta.

Las normas citadas solo facultan a impugnar los acuerdos a los socios que en la junta hubieran manifestado su oposición al mismo, a los socios ausentes y a los socios que ilegítimamente fueron privados de votar. Además, los socios deben mantener activa su condición de tales para demandar la impugnación de un acuerdo societario en la vía arbitral (Montoya Alberti, 2016, pp. 44-46). En resumen, la impugnación de acuerdos está reservada solo para los socios, de modo que no se prevé la participación de otros miembros de la sociedad ni de terceros.

En la medida en que la sociedad haya establecido en su estatuto un convenio arbitral en el cual se incluyan las controversias sobre validez de acuerdos, los socios que pretendan impugnar un acuerdo societario deberán iniciar un proceso de arbitraje. Como no se permite la participación de terceros en la impugnación de acuerdos, no habría ningún problema con el alcance subjetivo del convenio estatutario ni interferencia entre la vía judicial y arbitral.

Ahora, veamos cuál es la situación en el caso de la nulidad. En el artículo 150 de la LGS se establece que son nulos los acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en alguna causal de nulidad de la LGS o el Código Civil:

> Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.
>
> Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.
>
> La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo (Ley 26887, 1997).

En este caso, la norma faculta a cualquier persona que tenga legítimo interés a interponer la acción de nulidad. Como se puede observar, en comparación con la impugnación, la legitimidad para interponer esta acción es mucho más amplia (Elías Laroza, 2015, p. 556). En efecto, los términos "cualquier persona" pueden incluir a los socios, directores, administradores, funcionarios o terceros ajenos a la sociedad –quienes no forman parte de la estructura social– siempre y cuando cuenten con un interés legítimo. En relación al requisito de legítimo interés, compartimos lo señalado por Vega Velasco:

> El concepto de legítimo interés se sustenta en que un acuerdo adoptado por la junta general resulta trasgrediendo los derechos de alguna persona, tenga esta relación o no con la sociedad. Por lo tanto, se encuentran legitimados para interponer acción de nulidad los accionistas, directores, administradores de la sociedad, los terceros con legítimo interés económico o moral, entre otros (2003, p. 550).

Analicemos los efectos prácticos de esta disposición para el caso de las sociedades que cuentan con un convenio arbitral estatutario mediante el cual las controversias sobre nulidad de acuerdos se discuten en la vía arbitral. El primer cuestionamiento a resolver es ¿quiénes del grupo "cualquier persona" estarán vinculados por el convenio arbitral? La respuesta dependerá del alcance subjetivo de dicho convenio. Recordemos lo mencionado anteriormente acerca de que la Ley

de Arbitraje dispone que el convenio alcanza "a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo" (Decreto Legislativo 1071, 2008).

En caso de que los socios pretendan la nulidad de un acuerdo social, es evidente que deberán recurrir al arbitraje, puesto que están vinculados por el convenio estatutario. Nótese que, en el caso de la impugnación de acuerdos, solo pueden interponer la medida los socios que mantegan su calidad de tales, con lo cual quedan excluidos los exsocios. Sin embargo, el exsocio tendrá abierto el camino de la nulidad (si se incurre en alguna causal) y podrá recurrir al arbitraje, toda vez que la cláusula arbitral comprende a los que dejaron de ser parte de la sociedad al momento de la controversia. Los directores, administradores o funcionarios de la sociedad, incluyendo los que dejaron de serlo, y que cuenten con un legítimo interés, deberán interponer la demanda de nulidad de un acuerdo social en la vía arbitral, puesto que también forman parte del convenio arbitral estatutario.

La última categoría del grupo "cualquier persona" la conforman los terceros con legítimo interés que no integran la sociedad (llámense **terceros legitimados**). La acreditación del legítimo interés de un tercero se deberá analizar caso por caso. Un claro ejemplo de tercero legitimado sería el caso de los acreedores de la sociedad que se vean perjudicados por algún acuerdo social, en tanto este acuerdo vulnere normas imperativas o que configure una causal de nulidad. Otro ejemplo sería el de una sociedad que emita un acuerdo nulo y perjudicial para una de sus sociedades vinculadas, en cuyo caso los socios de la compañía vinculada podrían pretender, como terceros, la nulidad del acuerdo de la otra sociedad.

Los terceros legitimados deberán interponer la acción de nulidad en la vía judicial. Aun cuando en el convenio arbitral de la sociedad se haya dispuesto que la validez de los acuerdos sociales se someterá a arbitraje, esa disposición solo vincula a las partes de dicho convenio, y no a los terceros. En esa misma línea, Montoya Alberti sostiene que "para la impugnación de un acuerdo podrá hacerlo un tercero, acreditando un legítimo interés, no quedando vinculado por la cláusula societaria contenida en el Estatuto de la sociedad" (2016, p. 45).

De lo expuesto, podemos apreciar que es posible que tanto un socio como un tercero demanden la nulidad de un acuerdo de la junta general. Solamente en este caso podría presentarse el escenario en el cual la misma controversia se discuta en sede arbitral y judicial. Ello se produciría en el supuesto de que algún socio cuestione la validez del acuerdo activando la cláusula arbitral y, en consecuencia, lleve un proceso en la vía arbitral; y que, por su parte, el tercero legitimado demande la nulidad del mismo acuerdo ante el Poder Judicial. Como nos encontraríamos ante partes distintas, no podría invocarse una excepción de litispendencia en alguna de las sedes. En ese sentido, habiendo ilustrado el problema que nos acoge, procederemos a analizar las soluciones que se proponen.

IV. ¿ES CONVENIENTE ADOPTAR EN EL PERÚ LAS SOLUCIONES PROPUESTAS EN EL DERECHO COMPARADO?

Este escenario en que un mismo acuerdo social puede ser cuestionado simúltaneamente en sede arbitral y judicial por diferentes partes (un socio y un tercero legitimado) es el mismo que ha contemplado la doctrina española y la legislación italiana. Si bien nos encontramos ante la misma problemática, consideramos que nuestra legislación arbitral no permite acoger las soluciones propuestas en esas jurisdicciones por las razones que expondremos a continuación.

En primer lugar, debemos recordar que es la propia ley italiana sobre arbitraje societario la que faculta la incorporación del tercero legitimado al arbitraje (Decreto Legislativo 5/2003, 2003, artículo 35.2). En nuestro caso, no contamos con alguna disposición similar que lo permita. Además, esa disposición, al ser voluntaria, no soluciona el problema cuando el tercero no quiere incorporarse al arbitraje, puesto que, de negarse a abitrar, llevaría un proceso en el Poder Judicial. En efecto, un tercero legitimado puede tener razones válidas para recurrir al Poder Judicial y negarse a arbitrar. En la medida en que no es parte del convenio arbitral, no se le puede obligar a someterse a un arbitraje.

Por otro lado, en relación con las alternativas consideradas por la doctrina española, otorgar al laudo arbitral un efecto *erga omnes*, a fin de que vincule también a los terceros legitimados, tampoco es viable. En primer lugar, los efectos del laudo son *inter partes*, es decir, vinculan únicamente a las partes del arbitraje, mas no a los terceros al acuerdo. En segundo lugar, se le estaría imponiendo las consecuencias jurídicas de un laudo a un tercero que ni siquiera ha intervenido en el proceso arbitral, sin oportunidad de hacer valer sus derechos.

Además, conforme al precedente María Julia del Tribunal Constitucional del Perú, el tercero afectado por el laudo podría interponer una acción de amparo contra el mismo. En este caso se configuraría uno de los supuestos de procedencia:

> 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 140 del Decreto Legislativo 1017 (Expediente 00142-2011-PA/TC, 2011, §21).

El hecho de que las soluciones mencionadas no sean viables, no debe llevarnos a considerar que este problema configura una razón para limitar la arbitrabilidad de las controversias sobre la validez de acuerdos societarios como erróneamente sugiere un sector de la doctrina revisada en España. Conforme a nuestra legislación societaria y arbitral, no es cuestionable la arbitrabilidad de las impugnaciones y de las acciones de nulidad de acuerdos societarios.

Pues bien, la realidad es que la nulidad de un mismo acuerdo societario podría discutirse en parelelo en las sedes arbitral y judicial. Ante este inconveniente, nuestra legislación no nos ofrece una solución y, al mismo tiempo, adoptar algunas de las propuestas por la doctrina europea analizada implicaría contravenir las reglas del arbitraje. No obstante ello, consideramos que las partes involucradas, refiriéndonos concretamente a la sociedad, a sus accionistas y a los terceros legitimados, tienen la solución a su alcance. Nos explicamos.

La categoría de tercero legitimado resulta amplia y, finalmente, caso por caso se deberá determinar si la persona cumple con portar un interés legítimo para demandar la nulidad de un acuerdo societario. En esa categoría, se podría encontrar un tercero con un vínculo contractual con la sociedad que alega que dicho vínculo fue incumplido por esta y que, a su vez, pretende demandar la nulidad de un acuerdo societario que es contrario a ley y que lo perjudica.

Imaginemos que la sociedad y un tercero han celebrado un contrato que incluye un convenio arbitral. Los socios, mediante un acuerdo de junta general, establecen una serie de medidas que son contrarias a la ley y que perjudican la ejecución del contrato entre la sociedad y el tercero. La sociedad cuenta con un convenio arbitral estatutario.

Uno de los socios que no estuvo conforme con el acuerdo busca la nulidad de este. El tercero, por su parte, pretende también la nulidad de dicho acuerdo. Sobre el tercero, cabe precisar que, si un acuerdo de la sociedad impacta en la ejecución de un contrato, aquel siempre podrá activar los remedios contractuales por incumplimiento. Sin perjuicio de lo anterior, nada impide que el tercero, alegando ser tenedor de un legítimo interés, busque conseguir la nulidad del acuerdo. ¿De qué manera se puede discutir ambas pretensiones –la del socio y la del tercero– de nulidad del acuerdo societario en la vía arbitral? Sin duda, la pretensión de nulidad del socio, en virtud de la cláusula estatutaria, se someterá a la vía arbitral. La solución para el caso del tercero dependerá, después de todo, del acuerdo entre las partes interesadas.

Un escenario posible es que la sociedad en su convenio arbitral estatutario establezca que las controversias sobre nulidad de acuerdos societarios que involucren a terceros podrá resolverse también vía arbitraje. Por su parte, en el convenio arbitral del contrato entre el tercero y la sociedad se puede establecer que cualquier controversia sobre acuerdos societarios que guarden relación con la ejecución del respectivo contrato se resolverá mediante arbitraje. De ese modo, siempre que las cláusulas arbitrales sean compatibles, habría una concordancia tanto en el estatuto como en el convenio arbitral del contrato entre el tercero y la sociedad. Así pues, el tercero legitimado no tendría que plantear su acción de nulidad en el Poder Judicial, sino por medio de la vía arbitral. Ese sería el escenario **perfecto**; sin embargo, reconocemos que pactos como estos son inusuales.

En el otro extremo encontramos el supuesto en el que no se establece nada similar en el estatuto de la sociedad ni en el contrato entre el tercero y la sociedad. Naturalmente, en ese caso, la única vía a la que deberá acudir el tercero legitimado para demandar la nulidad del acuerdo societario será el Poder Judicial. En este contexto, podría presentarse un tercer escenario: que en el estatuto sí se establezca que las controversias sobre nulidad de acuerdos societarios con terceros podrán resolverse vía arbitraje pero que en el contrato celebrado entre el tercero y la sociedad no se haya establecido pacto alguno al respecto. Surge la cuestión de si, en virtud del convenio arbitral societario, el tercero puede acudir al arbitraje o, visto de otro modo, si la sociedad puede obligar al tercero a recurrir a la vía arbitral.

Consideramos que en el supuesto en que el tercero desee acudir al arbitraje, ello sí sería viable, ya que estaría manifestando su voluntad de someterse a arbitraje y, por su parte, la sociedad también –mediante su estatuto– habría expresado su voluntad de recurrir a esta vía para ese tipo de controversias. El asunto se torna más complicado si es que el tercero no desea acudir a la vía arbitral, pero la sociedad pretende obligarlo porque ello se encuentra establecido en el estatuto.

En ese caso, la sociedad podría argumentar que el estatuto donde se estableció el convenio arbitral consta en los Registros Públicos, por lo que esa información estuvo disponible para el tercero. Así pues, el tercero tenía conocimiento de que contrataba con una sociedad que sometía a arbitraje las controversias sobre la nulidad de los acuerdos societarios, incluyendo aquellas que involucran a terceros. A pesar de lo interesante de dicho argumento, soportado por la oponibilidad *erga omnes* de los Registros Públicos, la publicidad conferida por estos no es suficiente para deducir que un tercero ha manifestado su voluntad para someterse a arbitraje.

En efecto, el tercero podría alegar que en el contrato en que se reguló la relación específica, las partes (contrato entre el tercero y la sociedad), en ejercicio de su autonomía, optaron por no pactar someterse a un arbitraje, a pesar de que este estaba previsto estatutariamente y el tercero lo sabía, debido a la presunción de conocimiento del contenido de los Registros Públicos. Entonces, el tercero podría plantear la nulidad del acuerdo societario en la vía judicial. Este argumento deja espacio para ser rebatido por la sociedad, que podría señalar que la no previsión expresa del arbitraje en el contrato celebrado con ella no es un impedimento para que la presunción registral opere y que, por tanto, la vía de discusión debe ser la arbitral necesariamente.

Lamentablemente, este asunto no tiene una solución incuestionable, dado que el arbitraje tiene límites infranqueables, uno de los cuales es que surte efectos únicamente frente a las partes. Afortunadamente, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje podría eventualmente ser de aplicación, considerando como parte no signataria al tercero que, habiendo contratado con la sociedad, no previó en su contrato la impugnación de los acuerdos de aquella por la vía arbitral.

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje señala que el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según el principio de buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que contiene al convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Aunque las circunstancias del caso concreto puedan ser discutibles, podría eventualmente participar en un arbitraje estatutario en que se discuta la nulidad de un acuerdo social, quien se considere beneficiario de lo decidido en este. Imaginemos también una situación en la cual la empresa que ha previsto el arbitraje estatutario ha negociado con otra (un tercero) que esta última la absorbería por fusión. Un eventual acuerdo societario de la empresa a ser absorbida que pusiera en riesgo la posibilidad de que la operación se lleve a cabo, podría conducir a la empresa absorbente (el tercero) a intentar cuestionar la validez de dicho acuerdo empleando el arbitraje societario previsto por aquella.

En resumen, si se busca evitar los inconvenientes de discutir la nulidad de un mismo acuerdo de junta general en diferentes sedes y se desea acudir a la vía arbitral incluso para afectar a terceros legitimados, recomendamos establecerlo expresamente en el estatuto y en el convenio arbitral pactado con el tercero, usando para ello cláusulas arbitrales compatibles. Esta solución, por cierto, solo aplica para los terceros que, además de tener legítimo interés en que se declare la nulidad de un acuerdo social, cuenten con un vínculo contractual con la empresa que lo adoptó. De no mediar estas dos condiciones, la única alternativa posible para que una persona ajena a la empresa cuestione mediante el arbitraje estatutario un acuerdo societario adoptado por dicha empresa, es que sea calificado como "parte no signataria" de acuerdo al artículo 14 de la Ley de Arbitraje (2008).

V. CONCLUSIONES

Las controversias sobre la validez de acuerdos sociales, sean impugnaciones o acciones de nulidad, son materia de arbitraje y las posiciones en contra han sido superadas en varias jurisdicciones. La legislación peruana no da lugar a dudas al respecto. Ello, sin embargo, no significa que todas las controversias sobre impugnación de acuerdos societarios puedan fácilmente someterse a arbitraje, como es el caso de los terceros legitimados para demandar la nulidad de un acuerdo societario.

Como se ha expuesto, los terceros legitimados deberán recurrir al Poder Judicial y ello puede resultar poco práctico para las sociedades que hayan pactado un convenio arbitral estatutario. Esto ha originado que en otras jurisdicciones se planteen propuestas que, a nuestro entender, fuerzan la participación en el arbitraje societario del tercero legitimado, razón por la que no recomendamos seguirlas.

Sin perjuicio de lo anterior, proponemos una alternativa que solo aplicaría para los terceros legitimados que tengan un vínculo contractual con la sociedad. Esta opción es viable en la medida en que tanto la sociedad como el tercero tengan interés en

evitar la vía judicial y decidir por la arbitral. Finalmente, es necesario destacar que el arbitraje, incluyendo el societario, es una alternativa al Poder Judicial y tiene como base la voluntad de las partes.

REFERENCIAS

Abramovich Ackerman, D. (2003). La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la ley general de sociedades. *THĒMIS-Revista de Derecho, (*47), 234-253. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9867

Baena Baena, P. J. (2016). El nuevo régimen jurídico español de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos de las sociedades de capital. *Revista de Derecho*, (20), 125-160. https://revistasnicaragua.net.ni/index.php/revderecho/issue/view/255

Born, G. (2011). *International Commercial Arbitration* (*2*da ed.). Kluwer Law International.

Caivano, R. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801

Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú. Tomo I.* Gaceta Jurídica.

García-Villarrubia Bernabé, M (2016). El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil,* (45). https://www.uria.com/es/publicaciones/articulos-juridicos.html?id=5085&pub=Publicacion&tipo=es

Hertel, T. & Covi, A. (2018, 7 de febrero). Arbitrability of Shareholder Disputes in Germany Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/

Iannicelli, L. (2008). *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*. Università Degli Studi di Salerno.

Kennett, W. (2013). Arbitration of intra-corporate disputes*. International Journal of Law and Management*, 55(5), 333-360.

Lee, J. (2017). Intra-corporate dispute arbitration and minority shareholder protection: a corporate governance perspective. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, (83), 85-101. https://www.ciarb.org/media/1405/intra-corporate-dispute-arbitration-and-minority-shareholder-protection.pdf

Massaguer Fuentes, J. (2016, 29 de mayo). Lecciones: Legitimación en materia de impugnación de acuerdos sociales. Almacén de Derecho. https://almacendederecho.org/lecciones-legitimacion-materia-impugnacion-acuerdos-sociales

Montoya Alberti, J. U. (2016). El arbitraje Societario. *Docentia et Investigatio*, 18(1), 35-50. https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/12321/11022

Olaizola Martínez, F. (2006). El arbitraje societario en los tiempos de la globalización. *Anuario de Justicia Alternativa,* (7), 12-65. https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/arbitraje-societario-tiempos-globalizacion-441787

Perales Viscasillas, M. P. (2007). Arbitraje en derecho societario. En J. L. Collantes (Ed.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (Vol. 3, pp. 269-313). Palestra.

(2015). Arbitraje Estatutario. En M. J. Morillas, P. Perales, & L. Porfirio (Eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 764-778). Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net/10016/21044

Pieralli, A. (2005). El nuevo arbitraje societario en italia: análisis comparativo con España. *Anuario de Justicia Alternativa,* (6), 201-222. https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/arbitraje-societario-italia-comparativo-246700

Quijano González, J. (2015). La reforma del régimen de la impugnación de los acuerdos sociales: aproximación a las principales novedades. En M. J. Morillas Jarillo, P. Perales Viscasillas, & L. Porfirio Carpio (Eds.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz* (pp. 764-778). Universidad Carlos III de Madrid. http://hdl.handle.net/10016/20961

Redfern, A. & Hunter, M. (Eds.) (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6ta ed.). Kluwer Law International.

Rodríguez Roblero, M. I. (2010). *Impugnación de Acuerdos Sociales y Arbitraje* [Tesis para optar

al grado de Doctor, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid]. E-prints Complutense. https://eprints.ucm.es/11611/

Rojí Buqueras, J. M. (2019). Utilidad y actualidad del arbitraje societario. *Anuario de Justicia Alternativa,* (15), 31-67. https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/utilidad-actualidad-arbitraje-societario-801674969

Sánchez Gimeno, S. (2018). Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (49), 104-114.

Vega Velasco, J. (2003). Impugnación de acuerdos societarios. En *Tratado de derecho mercantil, Tomo I Derecho Societario* (pp. 525-551). Gaceta Jurídica.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 5/2003, Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonche' in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, *Gazzetta Ufficiale della Republicca Italiana*, 17 de enero de 2003 (It.).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2008 (Perú).

Ley 1/20, Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado,* 7 de enero de 2000 (Esp.).

Ley 11/2011, Reforma de la Ley 60/2003, *Boletín Oficial del Estado*, 21 de mayo de 2011 (Esp.).

Ley 26887, Ley General de Sociedades, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 1997 (Perú).

Ley 60/2003, Ley de Arbitraje, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2003 (Esp.).

Real Decreto Legislativo 1/2010, Ley de Sociedades de Capital, *Boletín Oficial del Estado*, 2 de julio de 2010 (Esp.).

Regio Decreto 262, Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale della Republicca Italiana*, 16 de marzo de 1942 (It.).

Tribunal Constitucional del Perú, 21 de setiembre de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC (Perú).

10.18800/themis.202001.011

¿EXISTE UN LEVANTAMIENTO DEL VELO JURISDICCIONAL?: EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y COMO REMEDIO DE FONDO

IS THERE A PIERCING OF THE JURISDICTIONAL VEIL? THE PIERCING OF THE CORPORATE VEIL AS AN EXTENSION OF THE ARBITRATION AGREEMENT TO NON-SIGNATORIES AND AS A REMEDY FOR THE MERITS

Alejandra Quintanilla Gutiérrez*
Exmiembro del Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

In arbitration matters, one of the cases in which the effects of the arbitration agreement can be extended to a non-signatory party is through the piercing of corporate veil doctrine. The doctrine justifies the existence of such theory in order to include into the arbitration process parent or related companies that use subsidiaries as a shell to commit abuses and defraud their creditors. Moreover, corporate doctrine, no matter the jurisdictional system, establishes that the piercing of corporate veil is a remedy that applies only when the defensive separation of assets is broken and liability is assigned to a parent o related company.

In this article, the author exposes the confusion related to arbitration matters in the application of the piercing of the corporate veil as a non-signatory doctrine and as a substantial remedy. Thus, it proposes a harmonization of the figure, in order to stablish a comprehensive application.

Keywords: Arbitration; non-signatory parties; piercing of the corporate veil; limited liability.

En materia arbitral, uno de los supuestos en el que los efectos del convenio arbitral pueden extenderse a una parte no signataria es mediante la doctrina del levantamiento del velo societario. La doctrina justifica la existencia de dicha teoría a fin de incluir en el arbitraje empresas matrices o vinculadas que utilizan cascarones societarios para cometer abusos y defraudar acreedores. Por otro lado, la doctrina societaria, independientemente del sistema jurisdiccional, establece que el levantamiento del velo es un remedio que solo se configura cuando se rompe la separación defensiva de activos y se asigna responsabilidad a un tercero vinculado.

En el presente artículo, la autora expone la confusión existente en materia arbitral en la aplicación del levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio y como remedio de fondo. Así, propone una armonización de la figura, a fin de establecer una aplicación integral.

Palabras clave: Arbitraje; partes no signatarias; levantamiento del velo societario; responsabilidad limitada.

* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asistente legal corporativa en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (Lima, Perú). Contacto: alejandra.sqg@gmail.com.

La autora agradece a Nicolás Hernández Bernal por su guía y paciencia en la redacción de este artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de mayo de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

En el arbitraje, existen principios fundamentales que permiten identificar quienes son las partes sujetas al convenio arbitral y quienes no se encuentran comprendidos dentro de dicha relación jurídica. Asumiendo la naturaleza consensual de esta institución[1], el principio de inevitabilidad del arbitraje entiende a las partes firmantes de un contrato, el cual contiene una cláusula arbitral, como las únicas con la capacidad de participar en el proceso. Es por ello que, en la mayoría de casos, si se desea determinar a las partes bajo el convenio, solo es necesario observar la hoja de firmas (Born, 2009, p. 1136).

No obstante, existen casos excepcionales en los cuales se pretende justificar la extensión subjetiva de la cláusula arbitral a una parte no signataria, en razón de su comportamiento y vinculación con el contrato, o dada su relación con las partes suscriptoras. La solicitud de incorporar a una de esas partes al arbitraje crea una tensión entre dos principios fundamentales. Por un lado, se desea mantener la naturaleza consensual del convenio arbitral, restringiendo el vínculo jurídico a las partes que expresaron su voluntad; y, por otro lado, maximizar la efectividad práctica del laudo arbitral vinculando a las personas relacionadas (sean naturales o jurídicas)[2].

A fin de poder solucionar la tensión entre dichos principios, la doctrina arbitral ha generado una variedad de supuestos jurídicos para vincular a partes no signatarias del convenio arbitral. Por ejemplo, la teoría de la agencia (actual y aparente), la teoría del consentimiento implícito, grupo de compañías, *estoppel*, tercero beneficiario, levantamiento del velo societario, garante, subrogación, sucesión legal, entre otras (Born, 2009, p. 1223). Como podemos denotar de la nomenclatura de dichas teorías, vincular a partes no signatarias al arbitraje ha requerido la aplicación de principios del derecho comercial, corporativo y en general del derecho de los contratos (Born, 2009, p. 1224). Una de estas teorías, creada sobre la base de principios del derecho corporativo y que será objeto de análisis en el presente artículo, es la teoría del **levantamiento del velo societario**.

Ahora bien, esta doctrina se caracteriza por buscar extender la jurisdicción arbitral a aquellas entidades que, escudadas bajo el principio de responsabilidad limitada de las personas jurídicas, pretenden evitar las consecuencias legales de conductas indebidas o fraudulentas que han realizado mediante el uso de empresas subordinadas o vinculadas (Born, 2014, p. 1431). La terminología del **levantamiento del velo societario** en el arbitraje como presupuesto de extensión del pacto arbitral se inspiró en el remedio del mismo nombre creado jurisprudencialmente en el siglo XIX por las cortes judiciales de tradición del *common law*. En ese sentido, su evolución ha permitido que hoy sea tomada en cuenta tanto en cortes judiciales del sistema continental como en el arbitraje.

En relación con este último aspecto, se tiene que tomar en cuenta que ambas teorías se aplican en el arbitraje: (i) la del levantamiento del velo para extensión del convenio arbitral; y, (ii) así como la del levantamiento del velo como remedio jurídico. Asimismo, persiguen el mismo fin –esto es, la relativización del principio de responsabilidad limitada y separación de activos de las empresas para sancionar el uso de la figura societaria como forma de defraudación de acreedores. En consecuencia, surgen varias preguntas: ¿realmente estamos ante dos figuras con nombres iguales, pero con sustanciales diferencias? ¿Puede entenderse como una sola figura en el arbitraje, pero con un análisis en dos etapas o fases? ¿Es posible seguir llamando "levantamiento del velo societario" a una figura que no está relacionada con la responsabilidad limitada?

A fin de dar luz a dichas interrogantes, en un primer momento, se expondrá con mayor detalle los antecedentes y para uniformizar la terminología se precisarán los conceptos del levantamiento del velo societario en el arbitraje y como remedio de orígenes judiciales. En un segundo momento, se expondrá la confusión existente en materia ar-

---

1 Sobre este aspecto, Díaz-Candia ha mencionado que

> [l]a principal disyuntiva que ha enfrentado el arbitraje como institución en Latinoamérica es la de su propia naturaleza jurídica. El debate parece centrarse entre dos extremos: uno contractualista y otro jurisdiccionalista. Para el extremo contractualista, el arbitraje es un mecanismo en el cual las partes de un contrato de alguna forma insertan a terceros (los árbitros y, en ocasiones, un centro de arbitraje) en dicho contrato, delegando su voluntad o consentimiento para que esos terceros puedan injerir en la ejecución o terminación del contrato (2015, p. 124).

2 Sobre este aspecto, el autor Park ha mencionado lo siguiente:

> [f]or arbitrators, motions to join non-signatories create a tension between two principles: maintaining arbitration's consensual nature, and maximizing an award's practical effectiveness by binding related persons. Pushed to the limit of their logic, each goal points in an opposite direction. Resolving the tension usually implicates the two doctrines discussed below: implied consent and disregard of corporate personality (2009, p. 3)

bitral en la aplicación del levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio y como remedio de fondo. Así, se evidenciará como se suele diluir el análisis de la figura jurisdiccional con la sustancial, evaluando para cuestiones de extensión del convenio el elemento del fraude. Es decir, se suele establecer que no se le debe extender el convenio arbitral a una parte no signataria sin antes (o, por defecto, a su vez) asignarle responsabilidad.

Finalmente, se propondrá a la comunidad arbitral la necesidad de abordar ambas figuras de forma separada en los procedimientos arbitrales. Ahora bien, pese a buscar el mismo fin, el análisis que un tribunal debe realizar al momento de decidir extender o no el convenio arbitral a uno no signatario, debe ser sustancialmente distinto al análisis que se realice para determinar la responsabilidad de ese no signatario. La idea anterior posee el objeto de evitar cuestionamientos a la decisión de extensión del convenio arbitral relacionadas a supuestos adelantamientos de opinión sobre el fondo de la controversia en una etapa en la que no corresponde.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

Antes de un análisis crítico sobre las figuras del levantamiento del velo societario tanto en la doctrina arbitral como en la doctrina societaria, es necesario realizar algunas precisiones conceptuales. Dichas precisiones tienen el fin de aclarar las diferencias en el origen de las figuras estudiadas y exponer sus principales antecedentes. En ese sentido, se hará una breve mención sobre los antecedentes y evolución de las figuras del levantamiento del velo para: (i) la doctrina societaria (y su utilidad para la asignación de responsabilidad); y, (ii) la doctrina arbitral (como un supuesto de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias).

A. La doctrina del levantamiento del velo societario como remedio de origen judicial

Desde el siglo XIX, un principio fundamental del derecho societario ha sido que los accionistas, en cualquier compañía, no responden por las obligaciones que esa última pueda adquirir más allá del capital que han invertido. En efecto, este principio fundamental responde a la responsabilidad limitada. Dicha figura tiene innumerables ventajas como reducción de los costos de agencia, incentivo de manejo eficiente por parte de los representantes, establecimiento de un valor exacto de las compañías, entre otras (Garcia-Gallont & Kilpinen, 2015, pp. 1232-1233).

Ahora bien, la representación de la responsabilidad limitada se suele dar por una defensa. Dicha defensa permite que los accionistas de una sociedad sean responsables solo por el monto que invirtieron y no por las obligaciones de la sociedad en sí misma. En efecto, detrás de la responsabilidad limitada se encuentra la existencia de la separación defensiva de activos de la corporación. Este aspecto, en palabras de Hansmann y Kraakman significa que "los acreedores de la empresa no tienen ningún derecho en absoluto sobre los activos personales de los accionistas de la empresa, que sirven exclusivamente para dar seguridad a los acreedores personales de dichos accionistas" (2003, p. 19).

Sin embargo, no todas las consecuencias de la responsabilidad son tan beneficiosas. Cuando las empresas no pueden satisfacer todos sus créditos, dependiendo del orden de prelación de pago de los acreedores, algunos de estos quedarán con sus créditos impagos. Esto genera una ventaja para los accionistas y para las empresas que forman parte de un grupo económico y, en algunos casos, esa ventaja es usada para realizar actos de defraudación.

En base a este último aspecto, en el siglo XIX, surgió la siguiente pregunta: ¿cómo se puede hacer justicia ante este uso fraudulento de las sociedades? La respuesta formulada por los jueces ingleses y americanos fue que la responsabilidad no puede ser absoluta y existen casos excepcionales en donde se puede hacer responsable a personas fuera del alcance de la compañía a través de diversos métodos. Uno de esos métodos es el levantamiento del velo societario.

Uno de los primeros antecedentes fue el emblemático caso inglés *Salomon c. Salomon & Company Limited*, en el año 1897[3]. En este caso la Corte de Apelaciones declaró que la compañía era un mito y que Salomon (responsable de esta misma) había constituido una compañía en contra de la verdadera intención de la Ley de Sociedades Inglesa de 1862. En ese sentido, se concluyó que la sociedad había llevado a cabo un crédito como agente de Salomon, quien debería, por lo tanto, ser responsable de la deuda incurrida. No obstante, dicha sentencia fue revocada por la Cámara de los Lores, quienes dejaron fuera los elementos subjetivos de la incorporación de los accionistas al pacto social.

[3] Para mayor información, véase la página web de Legal Information Institute de Cornell Law School (https://www.law.cornell.edu/wex/piercing_the_corporate_veil).

Al ser un remedio de origen jurisdiccional, la doctrina del levantamiento del velo societario se encuentra en permanente construcción. Esta característica ha llevado a innumerables artículos en la doctrina estadounidense sobre el establecimiento de un orden en los criterios de los jueces para no convertir la figura en una herramienta impredecible y desordenada que atiende a los fines personales de los jueces.

Actualmente, el caso *Walkovszky c. Carlon* es parte de la jurisprudencia líder sobre levantamiento del velo societario. En dicho caso, la Corte de Apelaciones de Nueva York sostuvo que un demandante necesita probar que un accionista usó a la compañía como su agente para realizar negocios a título individual. Solo se podrá levantar el velo cuando las pruebas determinen que la compañía es un agente de su accionista y se responsabilizará a los accionistas debido a la doctrina del *respondeat superior*[4]. En otros estados americanos (como Florida y Texas) se necesita probar necesariamente indicios como, por ejemplo, el uso de la compañía como un *alter ego* de la matriz o sus accionistas; y, además, que dicha matriz o los accionistas estén coludidos en la acción fraudulenta[5].

No obstante, aun cuando la ley societaria en los Estados Unidos se basa, de forma principal, en la ley estatal (por ello, cada estado tiene sus propios precedentes vinculantes), prácticamente todas las jurisdicciones estatales se suscriben a una de las dos herramientas tradicionales de jurisprudencia de levantamiento del velo. Estos son los tres factores que incluyen la doctrina de instrumentalidad y la doctrina de *alter ego*[6]. Ahora bien, la jurisprudencia tiene claro que, a fin de poder aplicar el remedio del levantamiento del velo societario, se tendrá que aplicar alguna teoría que grafique cuál es la vinculación fraudulenta entre la compañía y las personas (naturales o jurídicas) relacionadas (Cheng-Han *et al*., 2019, p. 150).

Es así que si se encuentran indicios de una persona que usa el control de la compañía para promover su propio negocio en lugar del negocio de la corporación, con la consecuencia de que la corporación era solo un "caparazón", se podría utilizar la doctrina del *alter ego* para poder levantar el velo societario de una compañía (Cheng-Han *et al*., 2019 p. 152).

No obstante, existiendo diversas teorías para usar el remedio del levantamiento del velo societario, Macey y Mitts consideran que los factores que las cortes americanas han utilizado para justificar el levantamiento del velo societario son similares (2014, p. 108). En efecto, dichos autores listaron los indicios más importantes de la siguiente manera:

- Subcapitalización significativa de la compañía (los requisitos de capitalización varían según la industria, la ubicación y las circunstancias de la empresa).
- Incumplimiento de observar las formalidades corporativas en términos de comportamiento y documentación.
- Mezcla de actividades o activos de la compañía y de los accionistas.
- Los accionistas tratan a los activos de la compañía como suyos.
- Incumplimiento en el pago de dividendos.
- Desvío de fondos corporativos por el accionista o los accionistas dominantes mediante, por ejemplo, pago irregular de dividendos.
- Oficinas corporativas sin funcionamiento.
- Ausencia o inexactitud de los registros corporativos.
- Superposición de registros corporativos, funciones y personal.
- Uso de la compañía como una "fachada" a fin que los accionistas dominantes puedan utilizar sus fondos para temas personales. Este indicio es conocido como la teoría del *alter ego*.
- Uso de la compañía para promover fraude, injusticia o actividades ilegales.

[4] Para mayor información, véase la página web de Legal Information Institute de Cornell Law School (https://www.law.cornell.edu/wex/piercing_the_corporate_veil).

[5] Para mayor información, véase la página web de Legal Information Institute de Cornell Law School (https://www.law.cornell.edu/wex/piercing_the_corporate_veil).

[6] En ese sentido, en el caso *RRX Indus. Inc. c. Lab-Con. Inc*., la Corte declaró que la doctrina del *alter ego* se aplica cuando (1) existe tal unidad de interés y propiedad que las personalidades de la corporación y el individuo ya no están separadas, y (2) se producirá un resultado desigual si los actos se tratan solo como los de la corporación (Cheng-Han et al., 2019, p. 152).

– La compañía asume el pago de obligaciones individuales de accionistas dominantes o actores relacionados[7].

Es necesario precisar que cada uno de estos factores debe ser analizado en el contexto especifico de la controversia. De hecho, sería absurdo asignar responsabilidad a un accionista alegando que la compañía ha incumplido observar formalidades corporativas o ha registrado información corporativa de forma inexacta. Es necesario generar la conexión entre el daño del demandante con las conductas ilícitas que provocan el no pago de un crédito.

Ahora bien, con respecto a la jurisprudencia nacional, en la sentencia del 5 de marzo de 2013, recaída en el Expediente No. 451-2009, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia, donde se establece lo siguiente:

> La teoría del levantamiento del velo societario no es una figura extraña a nuestro sistema jurídico. Es una figura novedosa que ha tenido desarrollo doctrinario y, como tal, su aplicación no genera una irregularidad. Desde el momento en que hablamos de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario, no podemos afirmar que existe desconocimiento de categorías como la responsabilidad limitada o la personalidad jurídica […]. Dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de la empresa […] no se encuentra el beneficio de la responsabilidad limitada ni de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Mucho menos la extensión constitucional cuando esas categorías se utilizan con la finalidad de cometer fraude (2013, p. 16).

Los jueces reconocen de manera poco clara que el sistema jurídico no puede amparar el uso de categorías jurídicas para cometer fraude. Es por ello que limita la responsabilidad limitada y reconoce que el levantamiento del velo no desconoce dicho principio, pero este mismo no debe estar considerado dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa.

En conclusión, el remedio del levantamiento del velo societario desde esta perspectiva es un remedio proveniente del *common law*, de construcción jurisprudencial. Para poder aplicar dicho remedio a un caso concreto, las cortes estadounidenses utilizan diversas doctrinas, dependiendo de la relación y los indicios existentes entre la compañía y sus accionistas.

En ese sentido, la doctrina de la instrumentalidad o del *alter ego* son aplicadas en los casos en donde las pruebas indican que una de las compañías fue utilizada como un cascarón o instrumento. En otros casos, la doctrina de la agencia se utiliza en algunos estados cuando los fines de constitución de una compañía no son meramente instrumentales, pero dicho fin fraudulento fue construyéndose a través del tiempo.

B. La doctrina del levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

Uno de los supuestos de extensión del pacto arbitral a partes no signatarias se configura mediante la llamada doctrina del levantamiento del velo societario o del *alter ego*. Dicha doctrina se caracteriza por buscar extender la jurisdicción arbitral a aquellas entidades que, escudadas bajo el principio de responsabilidad limitada de las personas jurídicas, pretenden evitar las consecuencias legales de conductas indebidas o fraudulentas que han realizado mediante el uso de empresas subordinadas o vinculadas (Born, 2014, p. 1431).

Ahora bien, dependiendo la jurisdicción, se han empleado diferentes terminologías para referirse a la doctrina del *alter ego*[8]. No obstante, la característica común de todas ellas es la relativización de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas para evitar abusos por parte de corporaciones que buscan defraudar a sus acreedores. Por otro lado, con bastante frecuencia se confunde esta teoría con la referida al grupo de sociedades. Sin embargo, en la doctrina del levantamiento del velo societario se le da relevancia al fraude o el abuso de derecho de una forma corporativa para limitar la responsabilidad de la parte real. Por el contrario, en la doctrina del grupo de sociedades se le da relevancia especial a la intención de cada una de las empresas de un grupo para derivar una intención para arbitrar (Besson, 2010, p. 149).

[7] Macey y Mitts resaltan el fracaso de las cortes americanas para crear un vínculo lógico entre los factores encontrados en las pruebas y los objetivos de políticas públicas. En ese sentido, mencionan lo siguiente:

> [f]or example, while it often is claimed that piercing the corporate veil is required to prevent fraud, this is not the case. Where there is fraud, a cause of action for fraud can be brought directly, and there is no reason to pierce the corporate veil in order to prevent injustice. Similarly, where there is no fraud, it hardly makes sense to impose liability as a means of preventing some other, unrelated fraud in the future (2014, pp. 108).

[8] Así lo ha expresado Born, quien establece, por ejemplo, como en alemán esta doctrina es conocida como *durchgriff*, en francés como *levée du voile social*, en español como levantamiento del velo societario y en muchos otros contextos del idioma inglés como *piercing* (perforar) o *lifting* (levantar) el *corporate veil* (velo corporativo) (2014, p. 1432).

En ese sentido, autores como Born resaltan las diferencias entre las dos teorías expuestas de la siguiente manera:

> La teoría del *alter ego* es una regla de derecho que se invoca para ignorar o anular los efectos aplicables de la incorporación de la personalidad jurídica separada. El resultado de este análisis es que una entidad se considera inexistente o simplemente una parte no incorporada de otra entidad. […]. Por el contrario, la doctrina del grupo de empresas suele ser un medio para identificar las intenciones de las partes, lo que no perturba ni afecta la personalidad jurídica de las entidades en cuestión (2009, p. 1432).

Queda claro que la doctrina del levantamiento del velo corporativo pertenece al derecho de sociedades, mientras que la doctrina del grupo de empresas es predominantemente una teoría del derecho contractual (Cohen, 2008, p. 23). Dicha pertenencia impacta de forma importante en las normas aplicables a cada una. Ahora bien, autores como Caivano precisan que la sociedad puede ser desestimada cuando se encuentra formada con propósitos fraudulentos o impropios.

Se establece, entonces, una lista de supuestos que los jueces norteamericanos han predicado a fin de levantar el velo de una sociedad (Caivano, 2006, p. 134):

– La existencia de un fraude o completo dominio de la sociedad controlante que lleve a confusión a los terceros.

– Conductas o circunstancias que impliquen un virtual abandono de la separación de sus identidades societarias. Dichas conductas son dos de forma específica: (i) la subsidiaria no posee cuentas bancarias, oficinas, ni papelería, no realiza transacciones ni tiene actividad; o, (ii) la controlante y la subsidiaria comparten oficinas y personal, tienen los mismos directores, mezclan fondos y no se consideran como unidades de ganancia separadas[9].

Por otro lado, Ferrario establece que la doctrina del levantamiento del velo societario en el arbitraje señala que este tiene tres diferentes vertientes: (i) doctrina de la instrumentalidad; (ii) la doctrina del *alter ego*; y, (iii) la doctrina de la identidad. (2009, pp. 655-657). Procedemos, por lo tanto, a desarrollar brevemente las vertientes mencionadas.

En primer lugar, con respecto a la doctrina de la instrumentalidad, se distinguen supuestos de aplicación cuando: (i) existe un excesivo ejercicio de control de los accionistas con respecto a la compañía; (ii) se presenta una conducta ilícita o desigual; y, (iii) se genera una relación de causalidad con respecto a la pérdida económica del demandante. En ese sentido, se debe de comprobar que la compañía ha sido creada como un instrumento para la defraudación.

En segundo lugar, bajo la doctrina del *alter ego*, se deben cumplir dos presupuestos para su consideración: (i) una fuerte unidad de propiedad e intereses entre la matriz y la subsidiaria, de tal forma que los límites entre ambas sean borrosos y casi inexistentes; y, (ii) el elemento del fraude o abuso de derecho. Así, en el caso *Van Dorn Corporation c. Future Chemical & Oil Corporation*, el Tribunal de Apelaciones del Sétimo Circuito resaltó lo siguiente:

> A corporation is a legal entity separate and distinct from its shareholders, directors and officers, and, generally, from other corporations with which it may be affiliated. […] however, a corporate entity will be disregarded and the veil of limited liability pierced when two requirements are met: (i) first, there must be such a unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual [or other corporation] no longer exist; and, (ii) second, circumstances must be such that adherence to the fiction of separate corporate existence would sanction a fraud or promote injustice (citado en Ferrario, 2009, pp. 660-661).

En tercer lugar, la doctrina de la identidad es la vertiente menos importante del levantamiento del velo societario. Bajo esta misma, la identidad corporativa separada de la subsidiaria (que no se considera como un agente de la matriz) no se tiene en cuenta y, como consecuencia, tanto ella como la corporación matriz se consideran y tratan como una sola compañía.

Con respecto a la aplicación de la doctrina a un caso concreto, Bullard González establece que es necesaria la presencia de dos requisitos: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. El elemento objetivo es la existencia de control de la matriz a la subsidiaria, o de los accionistas a la compañía.

[9] Para mayor información, véase a Caivano (2006), quien resalta que dichos supuestos han sido clasificados a partir de la siguiente jurisprudencia: Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito (*in re Passalacqua Builders*), Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito (*in re Carte Blanche*), y Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito (*in re Walter E. Heller & Co. c. Video Innovations Inc.*).

El elemento subjetivo, por su parte, es la voluntad de fraude común a todos los actores involucrados (2008, pp. 224-225).

Ahora bien, es importante resaltar que el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), es uno de los pocos productos normativos que establece la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias de forma expresa. En efecto, sobre el artículo 14 de la Ley de Arbitraje[10], podemos comprender que

> no registra paralelismos en otras legislaciones extranjeras, constituye por lo mismo una de las innovaciones más importantes […] y tiene una consecuencia práctica enorme pues establece criterios expresos mediante los cuales es posible concebir como partes del convenio arbitral a personas o entidades que no han suscrito el contrato que lo contiene (Conejero Roos & Irra de la Cruz, 2012, p. 57).

La Ley de Arbitraje contempla diversos criterios de extensión de la jurisdicción arbitral, los cuales pueden ser utilizados para aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. Si nos remitimos al artículo 14 de la norma, podemos identificar como criterio principal que la participación activa o la intención de derivar beneficios del contrato pueden ser utilizados para analizar la conducta de un no signatario.

Con base a lo anteriormente expuesto, podemos identificar que bajo la doctrina del levantamiento del velo societario se confunde una finalidad tanto jurisdiccional como de fondo. En otras palabras, en un primer momento se extiende la jurisdicción arbitral a efectos de que una parte no signataria participe en el arbitraje y de forma posterior se evalúa si este no signatario es responsable jurídicamente por las conductas alegadas en el fondo.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA DOCTRINA ARBITRAL Y SOCIETARIA EN CONJUNTO CON LA NECESIDAD DE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE AMBAS

De las precisiones conceptuales del tratamiento del levantamiento del velo societario en el arbitraje y como remedio de origen judicial, en conjunto a los criterios de aplicación establecidos tanto por autores de la doctrina societaria como autores especialistas en arbitraje, se concluye que la figura responde a diferentes necesidades de las dos vías jurisdiccionales. No obstante, ambas cuentan con un fin común: la asignación de responsabilidad a partes que injustamente utilizan la responsabilidad limitada para defraudar acreedores.

Con respecto al levantamiento del velo como remedio, este se aplica como consecuencia de descubrir actos fraudulentos con respecto los accionistas o alguna matriz. La causa puede ser cualquiera de las teorías que las cortes judiciales han motivado para justificar la aplicación del remedio (*alter ego*, instrumentalidad, agencia, responsabilidad vicaria, entre otras). Este remedio genera que los créditos sean satisfechos por la persona (natural o jurídica) que controla las decisiones de la compañía demandada.

Asimismo, la competencia de los jueces se asume de acuerdo a la normativa aplicable y se materializa en la aplicación del remedio como mecanismo de protección de los derechos de crédito. En efecto, cuando inicia el juicio, la parte demandante inicia un proceso contra la compañía y sus accionistas, quienes han pasado por un examen de legitimidad. Es en el propio juicio que se analizan dos aspectos. Por una parte, la unidad entre los accionistas y la compañía; por otra, si se generase un resultado desigual si los actos realizados solo se adjudican a la compañía, los cuales de no ser remediados generarían que el sistema de justicia permitiese actos fraudulentos (Cheng-Han *et al*., 2019, p. 152).

Ahora bien, en caso se logre superar el estándar de prueba judicial, se aplicaría el levantamiento del velo societario a fin que los accionistas o la matriz respondan por el fraude a los acreedores. En el arbitraje, los árbitros deben respetar la naturaleza consensual del convenio arbitral, por lo que existen importantes impedimentos para aplicar un remedio jurídico a partes no signatarias. Es por este último aspecto que la doctrina del levantamiento del velo societario pretende cumplir una finalidad tanto jurisdiccional como de fondo.

A. Planteamiento del problema

Si se toman en cuenta ambos enfoques, resulta confuso referirse nominalmente al levantamiento del

[10] Dicha norma menciona lo siguiente:

> 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 (Decreto Legislativo 1071, 2008).

velo como un supuesto de extensión del convenio arbitral sin que, de forma necesaria, este tenga en cuenta el quebrantamiento de la responsabilidad limitada. A nivel judicial, no existe la necesidad imperante de justificar la competencia del juez a fin de traer a juicio a alguna empresa del grupo o, a su vez, a los propios accionistas. En cambio, en el arbitraje es necesario realizar la extensión del convenio para que de forma posterior los árbitros puedan asignar responsabilidad a una parte no signataria del convenio arbitral. Sin dicha extensión el levantamiento del velo como remedio no podría aplicarse.

En ese sentido, Palacios Pareja establece que "sí es posible que el árbitro desgarre el velo societario, evaluando si existe o no un grupo económico, de manera de resolver en el laudo que empresas lo conforman y, por consiguiente, extendiéndoles el alcance de su decisión" (2008, p. 171). El propósito del levantamiento del velo es el de tomar en cuenta las relaciones que existen detrás de una compañía sin haber utilizado verbos relacionados a una consecuencia jurídica, como si solo se pretendiera descubrir quiénes son las personas que se encuentran detrás de una compañía, controlándola y utilizándola como una protección para sus acciones. En ese sentido, el saber quiénes se encuentran detrás de la compañía no es "rasgar" el velo societario; sin embargo, es un paso fundamental para aplicar el remedio jurídico.

En ese sentido, el problema planteado deviene en que el levantamiento del velo es un remedio cuya aplicación es necesariamente de fondo por el elemento del fraude. El mismo remedio es considerado por la doctrina arbitral como un elemento jurisdiccional para extender el convenio a no signatarios. Sin embargo, en el ámbito arbitral se presenta como complicación que **no se puede determinar que al demandado no signatario se le debe extender el convenio arbitral sin antes (o, a su vez) asignarle responsabilidad**. Para que se pueda configurar la extensión del convenio por la teoría del levantamiento del velo se requiere probar, por lo menos, un fraude o propósito indebido.

Las oportunidades en las cuales puede presentarse la solicitud de la incorporación de un no signatario son diversas. Estas pueden darse con la petición arbitral, la demanda, la contestación o con una solicitud de incorporación en la etapa postulatoria. De presentarse solicitudes de extensión del convenio y excepciones de competencia, los árbitros están facultados por la Ley de Arbitraje a emitir los laudos parciales para poder decidir sobre, por ejemplo, controversias de jurisdicción.

En la medida que un tribunal arbitral puede emitir un laudo parcial para resolver las excepciones de jurisdicción, no figurarían problemas en que se aplique de manera independiente la extensión del convenio arbitral por el levantamiento del velo societario. Esto debido a que el análisis de fondo se restringiría al último aspecto: establecer remedios a las partes que ya fueron definidas en el laudo parcial.

Sin embargo, en la práctica, la complejidad del análisis de los indicios del levantamiento del velo hace que su aplicación también se dificulte. En efecto, si los árbitros son quienes deciden la incorporación de terceros no signatarios antes de analizar los elementos de prueba (interrogatorios, pericias que establezcan o no la vinculación, pruebas documentales o testimoniales), puede que se pronuncien teniendo un análisis incompleto. No obstante, ¿la lógica anterior es correcta?

B. ¿Es el supuesto de extensión del convenio arbitral una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario como remedio?

De acuerdo a lo establecido por De Trazegnies Granda,

> una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora (2004, p. 19).

Una de las causas de extensión del convenio es la superación de un estándar de razonabilidad. De acuerdo a dicha postura, si deseamos que el convenio arbitral alcance a un tercero no firmante, es necesario que ya se hayan explorado diversos indicios que **permitan razonablemente creer que estamos ante un grupo económico con voluntad fraudulenta.**

Dicho estándar de razonabilidad fue mencionado por el tribunal arbitral conformado para resolver la controversia suscitada entre TSG Perú S.A.C., como demandante, contra Pesquera Chicama S.A.C., Langostinera Caleta Dorada S.A.C, Pesquera Libertad S.A.C., Procesadora del Campo S.A.C. y Pesquera Industrial Katamarán S.A.C. En dicha controversia, se estableció que

> [el levantamiento del velo] únicamente será posible en tanto el material probatorio disponible indique que se han cumplido dos presupuestos fundamentales para dicha aplicación. (i) una probada vinculación entre las empresas involucradas; y, (ii) una voluntad de fraude de dichas empresas en relación a la supuesta afectada (citado en Repetto *et al.*, 2014, p. 2020).

De acuerdo con el tribunal, el análisis de los elementos objetivos y subjetivos del caso que permitirán aplicar el supuesto de levantamiento del velo para extender el convenio, forman parte del análisis jurisdiccional (o de forma) del caso. Sin embargo, dichos elementos son indispensables para fundamentar una decisión sobre el fondo de la controversia que implique la asignación de responsabilidad a un tercero no firmante del convenio. La determinación de la vinculación empresarial y el ánimo de defraudar de dicho grupo son algunos de los indicios listados como factores o indicadores de una controversia que requiere la aplicación del levantamiento del velo societario como remedio jurídico.

Por lo tanto, los elementos que ayudan a una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio arbitral y, a su vez, los indicios utilizados para aplicar el remedio del levantamiento del velo societario como evasión de la separación defensiva de activos y asignación del crédito a un tercero parte del grupo económico, son casi los mismos.

Estamos, por tal motivo, frente a un nuevo dilema del huevo y la gallina. En efecto, se realiza un estándar de razonabilidad para justificar la extensión del convenio que contiene un análisis sobre el fraude, el cual resulta necesario para concluir la asignación de responsabilidad a terceros no signatarios. Así pues, ¿cuál fue primero? ¿asignar responsabilidad para extender o extender para asignar responsabilidad?

Es importante resaltar que, a la luz de la doctrina societaria, la aplicación del levantamiento del velo societario como remedio significa que el débito (el cual se encuentra en cabeza de la sociedad) deba ser satisfecho por cualquier otra persona (natural o jurídica) vinculada a ella y que haya realizado actos de fraude utilizando a la sociedad como una fachada, un instrumento o una agencia para la celebración de negocios jurídicos. En ese sentido, utilizar el término "rasgar" el velo societario para describir el acceso a la información sobre la conformación del grupo económico haría referencia a los pasos previos necesarios a fin de justificar la aplicación del remedio.

El acceso a la información del grupo económico y la forma en la cual este se vincula es un paso necesario para que (al final del proceso) se rompa con la separación de activos, se ignore la responsabilidad limitada de la sociedad afiliada del inversor o de otro tercero vinculado y se pueda exigir la disposición de su esfera patrimonial a fin de responder a un crédito que, en principio, no era suyo. Ahora bien, surge la siguiente pregunta: ¿es el supuesto de extensión del convenio arbitral una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario como remedio? **La respuesta es un rotundo no y creer lo contrario sería confundir dos figuras diferentes**.

En efecto, ninguno de los autores analizados considera que ese primer paso sea la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo tal y como la doctrina societaria la describe. Todos concluyen que la asignación de responsabilidad a una empresa que forma parte del grupo económico es el objetivo final de todo el proceso y que la extensión del convenio arbitral en dichas circunstancias es un paso indispensable para la aplicación del remedio.

En ese sentido, la línea divisoria entre el análisis de competencia y el análisis de fondo en el arbitraje es muy tenue. Como se explicó antes, la decisión con respecto a la competencia del árbitro en las pretensiones sometidas a controversia ante un arbitraje (sobre todo, cuando se tratan de partes no signatarias) se suele realizar junto con el análisis de fondo de la controversia. Esto debido a que los árbitros podría considerar contingente tomar una decisión sobre la extensión sin haber analizado las pruebas suficientes. Dicha decisión adelanta un análisis de fondo, todavía cuando solo sea resolver una excepción de competencia.

En el análisis de jurisdicción no se vulnera la responsabilidad limitada de ninguna de las partes intervinientes; sino que solo se resuelve la propia jurisdicción del tribunal arbitral. Es por ello que, dadas las necesidades de los procesos arbitrales, el levantamiento del velo como extensión tuvo que configurarse.

C. Análisis de otros supuestos de extensión del convenio arbitral para aplicar el remedio del levantamiento del velo societario

Ahora bien, podría argumentarse que es innecesario entender al levantamiento del velo societario como un procedimiento para armonizar los campos de aplicación de la doctrina, en la medida que, para aplicar el levantamiento del velo como remedio, no es estrictamente necesario utilizar el levantamiento del velo como supuesto de extensión; puesto que pueden existir otros que cumplen con los mismos fines. En ese caso, surge la siguiente pregunta: ¿se puede utilizar cualquiera de las diversas doctrinas establecidas para traer a una parte no signataria al arbitraje, independientemente de si la decisión de fondo tendrá como remedio el levantamiento del velo societario? Hagamos el ejercicio con otro supuesto de extensión del convenio arbitral: el grupo de sociedades.

De acuerdo con Ferrario, para la aplicación de la doctrina del grupo de empresas, ni la voluntad de

fraude ni el vínculo causal con el perjuicio al acreedor son requisitos de aplicación considerados por la jurisprudencia (2009, p. 669). Algunos de los elementos generalmente identificados por la doctrina para analizar la existencia del grupo societario son los siguientes: (i) la intención de todas las partes involucradas de considerar a todo el grupo como parte contratante, independientemente de cuál fue la empresa que suscribe o ejecuta el contrato; y, (ii) la participación de los no signatarios en la negociación, desempeño o terminación del contrato. Ello demuestra la voluntad de las compañías del grupo de ser parte del contrato y, como consecuencia, ser parte del convenio arbitral a pesar de que no lo hayan firmado.

Se deduce, por lo tanto, que incluso el elemento de control que se encuentra estrictamente relacionado con la existencia de un grupo de empresas no tendrá la misma relevancia y peso que tendrá en relación con el levantamiento del velo societario (Ferrario, 2009, pp. 669-670). En ese sentido, este mismo concluye con lo siguiente:

> [p]arece claro que las dos doctrinas (el grupo de sociedades y el levantamiento del velo) están basadas en diferentes condiciones […]. El levantamiento del velo societario tiene como objetivo evitar la injusticia que se genera al no ignorar los principios de separación y responsabilidad limitada de la compañía misma. **La doctrina del grupo de empresas tiene, en cambio, un objetivo diferente, que está relacionado con los efectos del acuerdo de arbitraje.** El efecto directo de un acuerdo válido es conferir competencia a los árbitros que decidirán la disputa entre las partes. El acuerdo de arbitraje, por lo tanto, no solo prueba que las partes dieron su consentimiento para presentar sus disputas ante un tribunal arbitral en lugar de los tribunales nacionales, también constituye la fuente básica de los poderes y autoridad del mismo[11] (Ferrario, 2009, p. 670) [el énfasis es nuestro] [traducción libre].

De acuerdo a lo mencionado, no es posible reemplazar la doctrina del grupo de sociedades por la doctrina del levantamiento del velo societario porque **la propia extensión del convenio arbitral tiene el mismo fin que el análisis de fondo: evitar la injusticia que se produce cuando se abusa de la figura de la responsabilidad limitada.** La extensión forma parte del propio procedimiento para probar la voluntad de fraude del grupo económico, por lo tanto, análisis de jurisdicción y fondo se encuentran totalmente vinculados.

D. Aplicación de la extensión del convenio sin la aplicación del remedio: ¿es posible?

¿Es posible que existan casos en donde un tribunal arbitral se haya declarado competente para decidir sobre las pretensiones que involucran a partes no signatarias, pero no se haya utilizado el remedio del levantamiento del velo societario? Park considera que sí y, con respecto a la cuestión presentada, menciona lo siguiente:

> [s]e puede invocar el levantamiento del velo para justificar la jurisdicción [del tribunal arbitral] sobre una filial corporativa o la responsabilidad de una compañía por las deudas sustantivas de otra. Esto no significa, sin embargo, que los árbitros deban (o estén obligados) a encontrar al accionista [o filial] responsable de las obligaciones de la subsidiaria […]. Aunque ambas compañías hayan acordado someterse al mismo procedimiento arbitral, el árbitro podría determinar que ninguna de las compañías es responsable de las obligaciones de la otra[12] (2009, p. 6) [traducción libre].

En ese sentido, si seguimos considerando una visión restringida de la doctrina del levantamiento

---

[11] Traducción libre:

> In light of the above, it therefore seems clear that the two doctrines in question are based on different conditions. The difference in relation to the conditions is connected to and reflects the different purposes underlying these two doctrines. The piercing or lifting the corporate veil doctrine aims to avoid the injustice arising from not disregarding the two fundamental principles of separateness and limited liability of the companies of the same group. Hence, piercing the corporate veil is allowed in order to prevent an inequitable outcome. **The group of companies' doctrine has, instead, a different objective, which is related to the effects of the arbitration agreement**. The direct effect of a valid arbitration agreement is to confer jurisdiction on the arbitrators to decide the dispute between the parties. The arbitration agreement, therefore, does not only prove that the parties consented to submit their disputes to arbitration rather than national courts, but it also constitutes the main and basic source of the powers and authority of the arbitration tribunal (Ferrario, 2009, p. 670) [el énfasis es nuestro].

[12] Traducción libre:

> Veil-piercing may be invoked to justify either jurisdiction over a corporate affiliate or one company's liability for the substantive debts of another. This does not mean, however, that arbitrators who join a non-signatory parent must (or should) find the shareholder liable for the subsidiary's obligations. On occasion, joinder might be justified on the basis of consent, as when a parent agrees to be bound in an arbitration based on contracts signed by its subsidiary. Even though both entities have agreed to subject themselves to the same arbitral proceeding, the arbitrator might determine that neither company is liable for the other's obligations (Park, 2009, p.6).

del velo; es decir, estableciendo que se ha concretado con solo aplicar la extensión del convenio, cualquier situación en donde el árbitro se declare competente será ya una aplicación de la doctrina (independientemente del resultado de la decisión del tribunal arbitral).

Ahora bien, una extensión del convenio sin aplicación del remedio jurídico, a la luz de la visión societaria, se consideraría una extensión concreta; debido a que el levantamiento del velo es, en sí mismo, un remedio jurídico para establecer la solución al problema del fraude. Es importante recordar que la extensión es un paso necesario para que los árbitros puedan aplicar el remedio del levantamiento de velo societario. De hecho, tal aspecto es el fin último de la extensión: abrir la posibilidad a los árbitros de aplicar (o no) el remedio. Por lo tanto, contar solo con el primer paso (y no con la consecuencia) sin la ruptura de la responsabilidad limitada no justifica, para la doctrina societaria, seguir utilizando la nomenclatura del levantamiento del velo societario.

E. Sobre la poca conveniencia de crear un levantamiento del velo jurisdiccional

Respecto a la posibilidad de un levantamiento del velo jurisdiccional, la decisión de competencia del tribunal arbitral depende del análisis de indicios que cumplen con satisfacer los requisitos necesarios para la extensión; y, como los elementos objetivos y subjetivos para la extensión del convenio son analizar la conformación del grupo económico y la voluntad de fraude, estos elementos tendrán que ser necesariamente analizados en la decisión de fondo de la controversia. Por tal motivo, ¿se puede hablar del levantamiento del velo jurisdiccional?

La competencia del tribunal dependerá de la identificación de diversos indicios que otorgan a los árbitros la apariencia de una alta probabilidad de responsabilidad. Este aspecto genera que la línea entre el análisis de competencia y el análisis de fondo sea sumamente borrosa. En efecto, crear la nomenclatura del levantamiento del velo jurisdiccional para referirse a la causa de la extensión del convenio arbitral solo generaría más confusiones con respecto a la doctrina societaria (riesgo que se ve reducido si observamos la extensión del convenio como parte de un todo), una respuesta la necesidad de actuar contra el fraude a los acreedores.

Por lo tanto resulta más conveniente construir, en el arbitraje, la abstracción jurídica de un procedimiento que tiene como paso principal y necesario la extensión del convenio arbitral. Además, su primordial consecuencia es la aplicación del remedio; es decir, la asignación de responsabilidad al tercero no firmante. Ahora bien, al ser la doctrina del levantamiento societario un supuesto de extensión del convenio tan peculiar (cuyo principal objetivo es el análisis de los factores que sirven para declarar la competencia del tribunal y para asignar responsabilidad) no es necesario hacer un corte y establecer una suerte de dos levantamientos del velo. Más bien un primer paso será construir un estándar de razonabilidad suficiente y no exagerado, el cual, al ser superado, justifique la existencia del riesgo de fraude.

Este primer aspecto tiene como consecuencia la extensión del convenio arbitral y la incorporación de la matriz o accionista al arbitraje. El segundo, asimismo, se refiere al análisis de todos los factores en el caso concreto; no solo para confirmar las conclusiones que permitieron superar el primer estándar de razonabilidad, sino para que, luego de la actuación de todas las pruebas, los árbitros concluyan que corresponde levantar el velo societario y responsabilizar a los no signatarios por el perjuicio a los acreedores.

¿Qué ocurriría si el segundo aspecto no concluye con la asignación de responsabilidad? En ese caso, se logró extender el alcance de la cláusula arbitral para que el análisis de responsabilidad se realice frente a una parte no signataria; sin embargo, el remedio jurídico de ignorar la responsabilidad limitada no fue utilizado.

F. Hacia la construcción del nuevo paradigma del levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral

El problema planteado al inicio del presente análisis se centró en que **no se puede determinar que al demandado no signatario se le debe extender el convenio arbitral sin antes (o a su vez) asignarle responsabilidad** en tanto que, para que se configure la extensión del convenio por la teoría del levantamiento del velo, se requiere probar (por lo menos) un fraude o propósito indebido.

Debido a la inevitable conexión entre el análisis de fondo con respecto al análisis de jurisdicción, no es suficiente evaluar a la consecuencia (remedio jurídico), sino también al cuidadoso proceso que se sigue a fin de concluir la asignación de responsabilidad. Se podrá hablar de una **relación de causalidad** entre la perspectiva de la extensión y la del remedio cuando se identifican dos aspectos en concreto. Es decir, tanto en lo referente a los requisitos para la extensión del convenio arbitral, en los cuales intervienen no signatarios en el proceso como a la asignación de responsabilidad a los terceros no signatarios luego de haber analizado

los indicios suficientes para comprobar la voluntad de fraude. Asimismo, que no exista ninguna otra herramienta que pueda compensar el daño hacia los acreedores (elemento de residualidad).

Sin embargo, en caso se hayan cumplido los requisitos para la extensión del convenio arbitral, el tribunal arbitral concluyó que la matriz o accionista no signatario no responde por el incumplimiento. El supuesto no calificaría como el levantamiento del velo societario ya que no se "rasgó" el velo societario para que un nuevo deudor responda por las acreencias de la compañía signataria[13]. En conclusión, si se mantiene la responsabilidad limitada, se mantiene el velo como remedio.

Si bien el tribunal arbitral puede emitir un laudo parcial para resolver las excepciones de jurisdicción en cualquier etapa del arbitraje, pareciese que la complejidad del análisis sobre el levantamiento del velo dificulta que una decisión sobre la competencia del tribunal sea brindada en un momento diferente al laudo final. Esta característica se genera a causa de la relevancia fundamental de las pruebas para generar convicción en el tribunal sobre la extensión del pacto arbitral al no signatario.

Ahora bien, ¿existen casos en que el tribunal arbitral puede resolver las cuestiones jurisdiccionales sobre levantamiento del velo en un momento diferente al laudo final? Consideramos que sí. El tribunal arbitral, en cada caso concreto, es el encargado de determinar si se han cumplido o no con los supuestos de extensión del convenio arbitral a una parte no signataria. En el caso de la doctrina del levantamiento del velo dichos supuestos están ligados a la verificación del fraude por los árbitros. Por ello, la concepción pareciera evidenciar una aparente mezcla entre el análisis de jurisdicción y de fondo. Sin embargo, podrían generarse malinterpretaciones sobre si el tribunal arbitral primero asignó responsabilidad y luego extendió el convenio (o viceversa).

Para evitar cualquier tipo de controversia como la anterior, debe quedar claro que la decisión sobre la extensión del pacto no sujeta o limita a los árbitros en su análisis de fondo. Un tribunal podría evaluar decidir sobre las cuestiones de jurisdicción en un laudo parcial y luego emitir un laudo final sobre los otros aspectos controvertidos referidos a la responsabilidad y cuantía de los daños. Por ejemplo, luego de haber establecidos indicios determinantes de fraude se podría responsabilizar a los demandados por una pretensión que establece daño patrimonial, pero declararse infundada la pretensión que solicita el pago de daños extrapatrimoniales.

Finalmente, es importante buscar una nueva forma de abordar el análisis de levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio arbitral. Un punto de partida podría ser dejar de considerar necesario el descubrimiento de un elemento que brinde una "certeza" o "apariencia" de fraude, de tal forma que sea suficiente la sola comprobación de una unidad económica entre la parte demandada y los no signatarios. Este último aspecto complementa los criterios establecidos por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Dichos complementos serían los siguientes:

– Consentimiento determinado a partir de la buena fe.

– Comprobación de participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

– La pretensión de derivar derechos o beneficios del contrato.

A partir de ello, un nuevo paradigma será dejar de mantener los elementos de análisis de fraude en la controversia sobre la jurisdicción o, por lo menos, reducirlos a un **estándar de razonabilidad** que sea acorde a la consecuencia. Es decir, se aplicaría la extensión del convenio, pero no se debería analizar dicha incorporación como si fuera una suerte de asignación adelantada de responsabilidad.

En ese sentido, el tribunal tendrá mayor libertad para poder decidir sobre su competencia en una etapa temprana a fin de evitar que los laudos sean materia de anulación, en tanto que el análisis (independiente del levantamiento del velo como remedio) implicaría un adelantamiento de opinión sobre el fondo de la controversia y la afectación al derecho de defensa de los no signatarios o demandados.

III. REFLEXIONES FINALES

A partir del análisis de las figuras del levantamiento del velo societario como remedio sustancial y presupuesto de extensión del pacto arbitral, podemos concluir lo siguiente:

[13] Es importante precisar que, para los efectos del presente artículo, ignorar el límite de responsabilidad limitada de una compañía para poder alcanzar a la otra (que solo funciona para el elemento de asignación de responsabilidad) y el análisis de responsabilidad de daños conforman el llamado "análisis de fondo de la controversia".

a) El levantamiento del velo como remedio sustancial, independientemente de la jurisdicción en que se aplique, se da como consecuencia de descubrir actos fraudulentos que llevan a cuestionar la responsabilidad limitada entre compañías. La causa puede ser diversa dependiendo las teorías que cortes judiciales o tribunales han establecido para analizar indicios y cuya consecuencia es buscar que los créditos sean satisfechos por la persona (natural o jurídica) que realmente controlaba las decisiones fraudulentas y no por la compañía que actuó como fachada.

b) En el levantamiento del velo como remedio originalmente judicial, la competencia de los jueces se desarrolla a partir del propio remedio. Es decir, cuando inicia el juicio la parte demandante abre proceso a la compañía y a sus accionistas o matrices. Es en el propio juicio que se analizan dos aspectos: (i) la unidad entre todos los involucrados; y, (ii) si el actuar constituye un acto fraudulento.

c) El levantamiento del velo como extensión del convenio arbitral se aplica puesto que, en el arbitraje, existe la necesidad de otorgarle competencia al árbitro a fin que pueda manifestarse sobre una controversia que incluiría partes no signatarias. La peculiaridad de dicha doctrina consiste en que el análisis de jurisdicción y fondo de la controversia tienen casi los mismos factores a analizar, pero con diferentes consecuencias. En efecto, el primero de ellos extiende el convenio arbitral a partes no signatarias, mientras que el segundo asigna responsabilidad a la parte no firmante.

d) No obstante, el objetivo de ambas figuras jurídicas es el mismo: la necesidad de evitar utilizar la no suscripción del contrato o la responsabilidad limitada en una compañía como excusa para la defraudación de acreedores. Con este aspecto en mente, se busca asignarles responsabilidad mediante la flexibilización de figuras rígidas que pudiesen impedir una verdadera justicia.

e) La referencia terminológica al levantamiento del velo jurisdiccional como consecuencia de la extensión del convenio arbitral a un no signatario genera confusiones sobre el verdadero entendimiento de la figura, la cual fue originariamente concebida como remedio judicial. Esta confusión puede reducirse si empezamos a observar la extensión del convenio como parte de un todo, lo cual configuraría una respuesta a la necesidad de actuar contra el fraude a los acreedores.

f) La doctrina del levantamiento del velo societario necesita evolucionar e ir más allá de la terminología para responder a las nuevas necesidades jurisdiccionales en el arbitraje. Dicha doctrina debe tener una perspectiva ampliada y construirse como un procedimiento que no debe aislarse en dos levantamientos separados del velo trabajado.

Con las conclusiones presentes, se procederá a desarrollar, de forma breve, nuestra propuesta sobre el estado en cuestión.

Al establecer como un nuevo paradigma del levantamiento del velo societario como extensión del convenio, el dejar mantener los elementos de análisis de fraude en la controversia sobre la jurisdicción o, al menos, reducirlos a un **estándar de razonabilidad** que sea acorde a la consecuencia; el tribunal tendrá mayor libertad para poder decidir sobre su competencia en una etapa temprana del proceso. En ese sentido, la propuesta establece que la herramienta de la extensión no conserve los elementos de apariencia de fraude o, en caso sean estrictamente necesarios, que se restrinjan a un superficial análisis de conductas sospechosas.

En efecto, no es necesario que el tribunal arbitral concentre todo su esfuerzo en determinar, a partir de las pruebas, factores para comprobar la alta probabilidad de fraude en el grupo económico. Asimismo, tampoco se debe pretender hallar un indicio determinante de actos fraudulentos, puesto que no es necesario para cumplir con los requisitos que establece el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. La conclusión de dicha herramienta solo es la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y, por ello, no es la asignación de responsabilidad.

El análisis de fondo de la controversia (la clara intención de defraudación) si deberá buscar indicios determinantes de fraude; a fin de justificar la aplicación del remedio jurídico, siempre y cuando se mantenga el principio de residualidad. Existirá una relación de causalidad entre ambas figuras cuando el análisis de fondo asigne responsabilidad a las partes no signatarias, pero no debería ocurrir que la justificación de la herramienta de extensión del convenio agote o pretenda agotar el análisis de fondo.

En ese sentido, para evitar cualquier tipo de controversia, debe ser claro que la decisión sobre la extensión del pacto no sujeta o limita a los árbitros en su análisis de fondo. Una opción sería que el tribunal evalúe decidir sobre las cuestiones de jurisdicción en un laudo parcial y luego emitir un laudo final sobre los otros aspectos controvertidos referidos a la responsabilidad y cuantía de los daños.

REFERENCIAS

Besson, S. (2010). Piercing the corporate veil: back on the right track. En B. Hanotiau & E. Schwartz (Eds.). *Dossier VII of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration* (pp. 147-161). International Chamber of Commerce Publication.

Born, G. (2009). *International commercial arbitration* (Vol. 1). Kluwer Law International.

(2014). *Parties to International Arbitration Agreements. International Commercial Arbitration* (2da. ed., Vol.1). Kluwer Law International.

Bullard González, A. (2008). Extensión del convenio arbitral. En A. Bullard González & C. Soto Coaguila (Coords.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (pp. 226-ss.). Instituto Peruano de Arbitraje.

Caivano, R. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. *Lima Arbitration*, (1), 121-162. http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf

Cheng-Han, T., Wang, J., & Hofmann, C. (2019). Piercing the Corporate Veil: Historical, Theoretical and Comparative Perspectives. *Berkeley Business Law Journal,* (16), 140-204. https://doi.org/10.2139/ssrn.3254130

Cohen, M. (2008). *Grounds for Disregarding the Corporate Entity and Piercing the Corporate Veil. American Jurisprudence Proof of Facts*. Thomson West.

Conejero Roos, C. & Irra de la Cruz, R. (2012). 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. http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf

De Trazegnies Granda, F. (2004). El rasgado del velo societario dentro del arbitraje. *Ius et veritas*, (29), 12-22.

Díaz-Candia, H. (2015). Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica. *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, 8*(2), 413-442.

Ferrario, P. (2009). The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist? *Journal of International Arbitration*, *26*(5), 647-673.

Garcia-Gallont, R., & Kilpinen, A. J. (2015). If the Veil Doesn't Fit ... An Empirical Study of 30 Years of Piercing the Corporate Veil in the Age of the LLC. *Wake Forest Law Review*, *50*(5), 1229-1252. https://www.masader.om/eds/detail?db=bsu&an=116240000&isbn=0043003X

Hansmann, H., & Kraakman, R. (2003). El rol esencial del derecho en las organizaciones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 15-45. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9963 /10378

Macey, J., & Mitts, J. (2014). Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil. *Cornell Law Review*, *100*(1), 99-154. https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4647&context=clr

Palacios Pareja, E. (2008). El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral. *Advocatus*, (18), 167-173. https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n018.2973

Park, W. (2009). *Non–Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma, edited by the Permanent Court of Arbitration*. Oxford University Press.

Repetto, J. L., Hundskopf, A., & Valderrama, M. (2014). Mi otro yo: La doctrina del alter ego y el artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje. *Forseti, Revista de derecho*, *2*(2), 206-226. http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/mi-otro-yo-la-doctrina-del-alter-ego-y-el-articulo-14-de-la-ley-peruana-de-arbitraje

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia recaída en el expediente 451-2009, de 5 de marzo de 2013 (Perú).

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008 (Perú).

Salomon c. A Salomon & Co Ltd. [1896] U.K.H.L. 1 (HL), [1897] A.C. 22 (Reino Unido).

Van Dorn Co. v. Future Chemical and Oil Corp., 753 F.2d 565 (7mo Cir. 1985) (EE. UU.).

Walkovszky c. Carlton, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966) (EE. UU.).

10.18800/themis.202001.012

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y TUTELA CAUTELAR: COLABORACIÓN ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN LA ADOPCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES INTERNACIONALES

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND PRECAUTIONARY PROTECTION: THE COLLABORATION BETWEEN JUDGES AND ARBITRATORS IN THE ADOPTION AND RECOGNITION OF INTERNATIONAL PRECAUTIONARY MEASURES

Víctor Rogelio Sueiro Varhen*
Pontificia Universidad Católica del Perú

When referring to international commercial arbitration in Peru, two questions that have received little doctrinary reflection arise. These are, on one hand, the possibility that a Peruvian court may adopt a precautionary measure in assistance of a commercial arbitration based abroad and, on the other hand, the possibility of recognition by the Peruvian courts of a precautionary measure issued in the context of a commercial arbitration based abroad. They constitute the two sides of the same legal problem to which the author aims to reply by proposing a solution through a solid argumentative development.

In this article, the author's analysis departs from the importance of the right to effective international judicial protection, emphasizing on international precautionary protection. Moreover, he reflects on the duty of cooperation of the state courts in order to safeguard the effectiveness of precautionary protection in international commercial arbitration. At last, the author proposes certain criteria or parameters that would come in useful for the Peruvian state courts in order to adopt and recognize precautionary measures in support of international commercial arbitration when based abroad.

Keywords: International commercial arbitration; effective international judicial protection; international precautionary measure; recognition of precautionary measures; judicial intervention aid.

En el Perú, al referirnos al arbitraje comercial internacional, encontramos dos interrogantes que, hasta el momento, han merecido escasa reflexión doctrinaria. Estas son, por un lado, la posibilidad de que un tribunal peruano adopte una medida cautelar en auxilio de un arbitraje comercial con sede en el extranjero; y, de otro lado, la posibilidad de reconocimiento por los tribunales peruanos de una medida cautelar dictada en el ámbito de un arbitraje comercial con sede en el extranjero. Son las dos caras de un mismo problema al que el autor, sobre la base de una sólida argumentación, busca dar respuesta.

En el presente artículo, el autor inicia su análisis a partir de la importancia del derecho a la tutela jurisdiccional internacional efectiva, con énfasis en la tutela cautelar internacional. Posteriormente, aborda el deber de cooperación de los tribunales estatales para salvaguardar la eficacia de la tutela cautelar en el arbitraje comercial internacional. Finalmente, el autor propone ciertos criterios o parámetros que resultarán útiles para los tribunales estatales peruanos a fin de que puedan adoptar y reconocer medidas cautelares en apoyo a un arbitraje comercial internacional con sede en el extranjero.

Palabras clave: Arbitraje comercial internacional; tutela jurisdiccional internacional efectiva; medida cautelar internacional; reconocimiento de medidas cautelares; intervención judicial de apoyo.

* Abogado. Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universitat de València con estudios de posgrado en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la PUCP (Lima, Perú). Contacto: victor.sueiro@pucp.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 12 de marzo de 2020 y aceptado por el mismo el 26 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos primordiales del desarrollo de la justicia transfronteriza relativa a controversias del comercio internacional es lograr que la tutela cautelar se despliegue de manera efectiva. La inevitable existencia de numerosos derechos estatales genera un fraccionamiento jurídico territorial que puede menoscabar dicho objetivo. La tutela cautelar, al ser una manifestación jurídica estatal reconocida en los últimos años al arbitraje, no es ajena a este fenómeno. Por ello, podríamos afirmar que existe un fraccionamiento territorial con respecto a la tutela cautelar en los órganos estatales y el arbitraje. Aunado a esto, el fraccionamiento de los servicios judiciales provoca que lograr la eficacia de la tutela cautelar en las controversias del comercio internacional requiera mayor tiempo.

La adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero y el reconocimiento de laudos extranjeros que contienen una decisión cautelar son dos caras de la misma moneda. Por un lado, surge la interrogante de la adopción de una medida cautelar con vocación de extraterritorialidad; y, por otro, el reconocimiento de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral con sede en el extranjero, competente en la esfera internacional. Esto se dificulta aún más en el arbitraje comercial internacional, en que los árbitros carecen de *ius imperium*. Nos queda, entonces, la interrogante acerca de cómo confluye el arbitraje comercial internacional con la justicia estatal.

En el presente artículo, abordaremos la cooperación entre los tribunales estatales y arbitrales para la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje comercial internacional; así como el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas en el marco de un arbitraje comercial internacional, el cual puede requerir que se adopten, reconozcan y/o ejecuten en distintos Estados, distintos del lugar sede del arbitraje. Para ello, enfatizaremos en la internacionalidad del arbitraje, a fin de diferenciar sus características y particularidades respecto del arbitraje nacional o doméstico. En ese sentido, consideramos que un estudio acerca de la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares en un arbitraje comercial internacional se aparta del objeto del presente artículo.

II. EL ARBITRAJE COMO MEDIO COMPLEMENTARIO A LA JUSTICIA CONVENCIONAL

El inevitable crecimiento de casos planteados ante tribunales arbitrales y la litigiosidad en estos supone un reto actual para que el Estado garantice una tutela jurisdiccional efectiva (Barona Vilar, 2016, p. 51)[1]. Más aún, esto se ve agudizado en los litigios transfronterizos, en los que surgen cuestiones de competencia judicial internacional, derecho aplicable al procedimiento, derecho aplicable al fondo de la controversia (derecho nacional o extranjero) y, finalmente, reconocimiento de sentencias y laudos emitidos en el extranjero, lo cual dota de una exponencial complejidad no solo al proceso judicial, sino también al arbitraje, generando una inevitable dilación en el tiempo. Esta complejidad internacional afecta a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como menciona el profesor Esplugues Mota,

> el aumento de la litigiosidad con elementos de extranjería en un mundo globalizado constituye un signo distintivo de nuestros días que, de manera adicional, acentúa la presión sobre el sistema estatal de justicia, poniendo en jaque su capacidad real para asegurar de forma efectiva la virtualidad del principio de acceso a la justicia para la ciudadanía (2019, p. 52).

En este contexto, los Estados reconocen el valor del arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, nacido para salvaguardar los intereses de las partes en sus relaciones comerciales internacionales. Es aquí, donde surge la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 (en adelante, la Ley Modelo de la CNUDMI). Esta sirvió como modelo para las diferentes legislaciones nacionales, las cuales adoptaron sus leyes de arbitraje comercial nacional e internacional. El arbitraje es una categoría autónoma, en tanto que solo es posible hablar de este si se toman en cuenta todas las categorías doctrinales que buscaron definirlo. Sería un error encasillarlo en una sola. En consecuencia, "el arbitraje es arbitraje, y esa es su naturaleza jurídica" (Barona Vilar, 2007, p. 46).

Ahora bien, a fin de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva a los ciudadanos, este mecanismo alternativo de solución de conflictos no está exento de control por parte del Estado. Desde una pers-

[1] La autora se refiere a la misma como "tutela judicial efectiva" (Barona Vilar, 2016, p. 51). De igual manera lo hacen autores como Virgós Soriano y Garciamartín Alférez (2007, pp. 37-41). Para efectos de este artículo, utilizaremos el término **jurisdiccional** que, a nuestro criterio, es más amplio en tanto que se refiere a la atribución de los tribunales estatales y arbitrales para ejercer función jurisdiccional.

pectiva legislativa, en un Estado Constitucional de Derecho, las reglas se crean en el Poder Legislativo, el cual aprueba la Ley de Arbitraje. Asimismo, desde el punto de vista judicial, este control lo efectúan los tribunales estales a través del control de validez del laudo arbitral (anulación), la ejecución del laudo, la actuación de medios probatorios, la adopción y la ejecución de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje, entre otras actuaciones.

Esta última relación entre el arbitraje y el Poder Judicial, nos permite concluir que no se trata de vías de solución de conflictos incompatibles. Todo lo contrario. La finalidad de ambas es tutelar el interés supremo del Estado: otorgar una óptima satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tanto en el plano nacional como en el internacional.

Pese a su notorio éxito como método alternativo, el arbitraje debe alejarse del que pretende hacer de este el **único** mecanismo válido para la resolución de controversias jurídicas internacionales. Ello pues, para lograr su verdadera meta, debe cooperar con los sistemas legislativos del lugar donde se desarrolla, es decir, de su sede. Si bien es cierto que los árbitros están sometidos a los intereses privados de las partes, actualmente se reconoce que, de cierta manera, también se encuentran sujetos a la obligación más amplia que es velar por la justicia (Radicati di Brozolo, 2013, p. 215).

III. EL ELEMENTO INTERNACIONAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

De manera previa a este análisis cabe preguntarnos lo siguiente: ¿la naturaleza del arbitraje es una materia controvertida en el Perú? ¿Cuál de las teorías ha prevalecido? Un sector de la doctrina peruana sostiene que el Tribunal Constitucional del Perú, a través de la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, de 28 de enero de 2006[2], colocó al arbitraje en la teoría jurisdiccional (Pinto Rocha, 2018, p. 523)[3]. En consecuencia, el arbitraje en el Perú, nacional o internacional, es jurisdicción, reconocida como tal en el artículo 139[4] de la Constitución Política del Perú. Por ende, al ser el arbitraje **jurisdicción** según el Tribunal Constitucional, este mecanismo alternativo de solución de controversias debe salvaguardar la finalidad última del proceso: la tutela jurisdiccional efectiva de los ciudadanos, la cual engloba a la tutela cautelar.

Resulta necesario determinar cuándo estamos frente a un arbitraje comercial de carácter nacional o internacional, así como sus principales consecuencias. La tendencia a la codificación internacional del arbitraje comercial se presentó de manera temprana en América Latina. El primer antecedente se concretó pocos años tras la era de las emancipaciones de los países americanos con los tratados de derecho internacional privado, entre ellos, los Tratados de Derecho Procesal Civil Internacional de Montevideo de 1889-1890 y de 1939-1940[5]. En estos, por primera vez en el plano internacional americano, se otorgó a los laudos arbitrales –independientemente del Estado parte donde hayan sido emitidos– un tratamiento similar al de las sentencias dictadas por tribunales estatales (All & Pallarés, 2019, pp. 100-102).

En los últimos 40 años, América Latina ha continuado con esa incesante labor codificadora estatal en relación con el arbitraje comercial internacional. El común denominador de las reformas legislativas es la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI. Este texto que ha sido empleado por los legisladores estatales de la mayor parte de los Estados de Latinoamérica, en la mayoría de los casos, ha conducido a eliminar la "dispersión legislativa" existente, otorgándole autonomía normativa a la reglamentación del proceso arbitral (Palao Moreno, 2007, pp. 218-219).

Actualmente, los tratados sobre la materia, las normas nacionales, la jurisprudencia y la doctrina

---

2 El undécimo fundamento jurídico de dicha sentencia expresa lo siguiente:

> La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución (Expediente 6167-2005-PHC/TC, 2006).

3 En el mismo sentido, Quiroga sostiene que el arbitraje tiene naturaleza procesal, dado el origen común del proceso judicial y el arbitraje: dar solución pacífica al conflicto entre las partes (Quiroga, 2017, pp. 93-94).

4 Señala el artículo 139 de la Constitución Política del Perú:

> Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
>
> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
>
> […] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
>
> Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (Const., 1993).

5 De ambos tratados, Perú ratificó únicamente el Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional de 1889.

tienen diversas tendencias sobre cómo diferenciar el tema. Podemos identificar dos principales tendencias (Sandler Obregón, 2016, p. 438):

a) Subjetiva: esta guarda relación con las partes en la disputa arbitral. Un arbitraje será internacional cuando el lugar de domicilio, residencia habitual o lugar de negocios de las partes se encuentren en distintos Estados.

b) Objetiva: se enfoca en la naturaleza de la controversia arbitral. Un arbitraje será internacional cuando comprenda intereses del comercio internacional.

El artículo primero de la Ley Modelo de la CNUDMI califica de internacional a un arbitraje de varias maneras. El primer criterio es si las partes, al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tienen establecimientos (domicilio) en Estados diferentes. El segundo y tercer criterio son si el lugar del arbitraje (sede del arbitraje) o el lugar del cumplimiento de una parte esencial de las obligaciones de la relación contractual están en diferentes Estados. Finalmente, el cuarto criterio otorga la posibilidad a las partes de convenir expresamente que la cuestión sometida a arbitraje estará relacionada con más de un Estado.

Como vemos, el artículo primero de la Ley Modelo de la CNUDMI recoge ambas tendencias, por lo que consideramos da un significado amplio del arbitraje comercial internacional. En otras palabras, el carácter interno o internacional del arbitraje no depende del lugar de la sede, nacionalidad o domicilio de las partes, la ley aplicable al fondo o el procedimiento, ni la voluntad de las partes; sino de que el negocio de la controversia implique un desplazamiento de bienes, servicios o dinero (Fernández Rozas *et al.*, 2011, p. 635).

Asimismo, en términos de derecho internacional privado, un arbitraje comercial será de carácter internacional cuando se presente como una relación privada internacional (Delgado Barreto *et al.*, 2010, pp. 30-37). Es decir, el arbitraje es una relación jurídica privada que le compete a dos personas naturales y/o jurídicas privadas (incluyendo al Estado, siempre y cuando actúe con su *ius gestionis*); existe en la relación privada un elemento internacional o extranjero (por ejemplo, domicilio de las partes, lugar de ejecución del contrato, lugar de celebración del arbitraje); y, este elemento internacional o extranjero es relevante, no accidental[6].

A su vez, una diferencia sustancial entre el arbitraje nacional con en el arbitraje comercial internacional, es que existen diferentes reglas de fuente nacional e internacional que interactúan entre ellas: "these rules have their origin in public international law, private international law and intergovernmental and non-government instruments which have developed procedures and practices that have wide international acceptance"[7] (Lew, 2006, p. 182). Ello implica que –a diferencia del arbitraje nacional– en el arbitraje comercial internacional existen más fuentes legislativas, de carácter internacional, que interactúan con el desarrollo del proceso arbitral.

Por otro lado, la noción de sede en el arbitraje comercial internacional comprende un territorio donde se van a efectuar las operaciones materiales del proceso arbitral. Esta selección crea un vínculo entre el arbitraje y el lugar, siendo este último una "referencia estatal" que proveerá una asistencia judicial y disminuirá el grado de inseguridad negativo para el desarrollo del proceso arbitral (Fernández Rozas *et al.*, 2011, p. 640).

Siguiendo la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje peruana), esta puede ser calificada como monista. Es decir, establece que sus disposiciones regirán por igual tanto para el arbitraje comercial nacional como para el internacional:

> Artículo 1.- Ámbito de aplicación
>
> 1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.
>
> 2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8º, en los artículos 13º, 14º, 16º, 45º, numeral 4 del artículo 48º, 74º, 75º, 76º, 77º y 78º de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú (Decreto Legislativo 1071, 2008).

[6] En igual sentido, véase Esplugues Mota (2014, pp. 75-81).

[7] Estas reglas tienen su origen en el derecho internacional público, el derecho internacional privado y los instrumentos intergubernamentales y no gubernamentales que han desarrollado procedimientos y prácticas altamente aceptados a nivel internacional [traducción libre].

Al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje peruana[8] considera que un arbitraje comercial será internacional cuando:

a) Las partes del arbitraje domicilien en diferentes Estados.

b) La sede del arbitraje esté localizada fuera del Perú.

c) El lugar del cumplimiento de la relación contractual se encuentre fuera del Perú.

Según lo expuesto, podemos concluir que un arbitraje con sede en Perú puede ser nacional o internacional; mas un arbitraje con sede en el extranjero siempre será internacional. En ese sentido, al arbitraje con sede en el extranjero se le aplicarán las disposiciones de la Ley de Arbitraje peruana en cuanto sean pertinentes, a fin de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de las partes. Esclarecer la diferencia entre el arbitraje nacional e internacional nos ayudará a determinar cómo opera la tutela cautelar en el ámbito del arbitraje comercial internacional, con especial énfasis en el arbitraje con sede en el extranjero y el reconocimiento de medidas cautelares dictadas fuera del Perú.

Finalmente, cabe preguntarnos si la tutela jurisdiccional efectiva tiene cabida en el plano internacional, específicamente en el arbitraje comercial internacional. La respuesta es afirmativa, pero debemos adecuar este principio a la realidad del arbitraje comercial internacional:

i. A través de una tutela por declaración: es decir, asegurar el acceso a las partes al arbitraje comercial internacional, lo cual implica reconocer su autonomía de la voluntad en pactar un arbitraje comercial internacional; y,

ii. A través de una tutela por reconocimiento: la cual implica reconocer la autoridad de cosa juzgada del laudo emitido en el extranjero.

Una de las instituciones que coadyuva al desarrollo eficiente del arbitraje comercial internacional es, sin duda, la medida cautelar. Independientemente de la forma que tengan (laudo u orden arbitral), las medidas cautelares deben garantizar la tutela jurisdiccional internacional efectiva, aun cuando las actuaciones arbitrales se realicen fuera del territorio nacional. Para ello, nos referiremos en el siguiente apartado a la cooperación entre los tribunales estatales y el arbitraje comercial internacional. Aquellos, lejos de entorpecer la tarea del arbitraje, coadyuvan a su finalidad.

IV. INTERVENCIÓN JUDICIAL DE APOYO EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Un defecto del proceso judicial –del que no está exceptuado el arbitraje– es su duración. No actúa de manera inmediata sino que, por su naturaleza, requiere del paso del tiempo para que la protección de la tutela sea efectiva. Este aspecto se agudiza en un proceso o arbitraje comercial internacional, cuyos actos procesales, así como la complejidad de los temas discutidos, suelen requerir aún más tiempo. Este es uno de los fundamentos de la tutela cautelar.

La doctrina procesal clásica señala que las medidas cautelares permiten al proceso "asegurar preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente" (Calamandrei, 1945, pp. 43-44). Esto quiere decir que, la necesidad de resolver con prontitud el arbitraje se enfrenta con la necesidad de hacerlas bien. Esto sirvió de base para doctrinas contemporáneas, que definen la tutela cautelar como "a remedy or a relief that is aimed at safeguarding the rights of parties to a dispute pending its final resolution"[9] (Yesilirmak, 2005, p. 4). Consideramos que las medidas cautelares son herramientas que buscan asegurar o defender un derecho de una de las par-

[8] Cuya redacción es como sigue:

Artículo 5.- Arbitraje comercial internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.

b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral (Decreto Legislativo 1071, 2008).

[9] Un remedio que apunta a salvaguardar los derechos de las partes de un conflicto en espera de su resolución definitiva [traducción libre].

tes, evitando un perjuicio irreparable, siempre que cumplan para su concesión –al menos en el Perú– los requisitos de (i) *fumus boni iuris*; (ii) *periculum in mora*; y (iii) adecuación de la medida.

¿Es necesaria la tutela cautelar en el arbitraje comercial internacional? Por supuesto. Al ser las medidas cautelares el eje central de la tutela cautelar, su importancia en el arbitraje es fundamental, pues coadyuvan a garantizar la efectividad de un eventual laudo arbitral, así como la integridad del arbitraje mismo (Rodríguez Mejía, 2013, pp. 27-28). Incluso, esta trascendencia se ha visto plasmada en la creación de la figura del árbitro de emergencia[10], que busca dar eficiencia al arbitraje y las medidas cautelares en conjunto. De esta manera, se estaría asegurando el cumplimiento del laudo final a cabalidad. Uno de los aspectos más invocados por los usuarios del arbitraje internacional responde a la eficiencia y flexibilización del arbitraje frente a los órganos jurisdiccionales (Esis Villarroel, 2019, p. 43)[11].

Atendiendo al contenido de **efectividad** del derecho a la tutela jurisdiccional internacional efectiva, es necesario que exista una tutela de urgencia que permita hacer frente al tiempo en el proceso arbitral. La base de esa efectividad se asienta en la Constitución Política del Perú, la cual, a través de su desarrollo legislativo, otorga a jueces y/o árbitros la posibilidad de adoptar medidas cautelares. En ese sentido, se lesionaría el derecho a la tutela jurisdiccional internacional efectiva si una situación contraria al ordenamiento jurídico que se debe remediar resultase irreversible por no haberse adoptado una medida cautelar.

En el contexto internacional, las medidas cautelares pueden desplegar efectos fuera del lugar donde fueron dictadas. Podríamos definir la medida cautelar internacional como aquel instrumento procesal con vocación de extraterritorialidad destinado a garantizar la eficacia de la futura sentencia o laudo (nacional o extranjero) que, a petición de parte, requiera ser reconocido y ejecutado en un Estado extranjero, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado. Al hablar de vocación de extraterritorialidad, hacemos referencia a que estas medidas tienen la aptitud de incidir en la esfera jurídica material de bienes situados en el extranjero; o que son necesarias para el desarrollo de un proceso estatal o arbitral extranjero, como es el caso de las medidas cautelares de carácter urgente adoptadas y ejecutadas por un tribunal estatal sobre bienes que se encuentran en su territorio, en auxilio de un proceso o arbitraje extranjero[12].

En esta definición incluimos a las medidas cautelares destinadas a asegurar la efectividad de la sentencia o laudo extranjeros durante el proceso de reconocimiento o *exequatur* porque –pese a tener carácter de cosa juzgada, de manera que ponen fin al proceso judicial o arbitral–, *a priori*, estas no gozan del carácter de ejecutable como las sentencias y laudos nacionales. Esto se traduce en el riesgo de que lo decidido en el arbitraje comercial internacional con sede en el extranjero llegue demasiado tarde.

Así, podemos calificar como medidas cautelares internacionales vinculadas al arbitraje comercial internacional las siguientes:

- medidas cautelares adoptadas por un tribunal estatal o arbitral con competencia judicial internacional sobre el fondo acerca de bienes o personas localizadas fuera del lugar del territorio nacional del juez o la sede del arbitraje comercial internacional,

- medidas cautelares adoptadas por un tribunal estatal con competencia judicial internacional para conocer el proceso de reconocimiento o *exequátur* de sentencias y/o laudos extranjeros,

- medidas cautelares territoriales adoptadas por un tribunal estatal o arbitral (árbitro de emergencia) sin competencia judicial internacional sobre el fondo, pero por la urgencia de la tutela, con competencia para adoptar medidas cautelares sobre bienes y/o personas sobre el territorio donde se sitúan el tribunal estatal y o el arbitral.

En ese sentido, podemos concluir que existe un doble esquema que permite a la parte necesitada de tutela, acudir al (i) tribunal estatal o arbitral que conocerá sobre el fondo (foro principal) o al (ii) tribunal estatal o arbitral donde las medidas deben tomar efecto (foro especial). Este esquema, reconocido para el derecho procesal civil internacional, es también válido para el arbitraje comercial internacional (Virgós Soriano & Garcimartín Alférez,

[10] Por razones de espacio y contenido, en este artículo nos referiremos a la cooperación entre los órganos estatales y arbitraje internacional, excluyendo a los árbitros de emergencia y su desarrollo en los modernos reglamentos de arbitraje.

[11] En este contexto, el rol de las instituciones arbitrales es sumamente importante. Son estas las que –en su mayoría– administran los arbitrajes internacionales debido a la reputación y reconocimiento del que gozan entre el público experto, el cual pide mayor uso de las tecnologías para repotenciar la eficiencia en el arbitraje (Queen Mary University of London & White & Case, 2018).

[12] En la misma línea, Tellechea Bergman (2017, p. 114).

2007, p. 353). En el caso de la cooperación entre el Poder Judicial y el arbitraje, el tribunal arbitral funcionaría como el **foro principal**, mientras que los tribunales estatales del lugar donde se encuentran los bienes o personas como el **foro especial**.

A. Principio de intervención mínima en el arbitraje en las medidas cautelares internacionales

En el Perú, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos, partimos del reconocimiento de un principio de intervención mínima en el arbitraje comercial nacional e internacional (Born, 2014, pp. 999-1033). El acuerdo arbitral tiene un efecto negativo que implica la exclusión de la intervención de los tribunales de justicia.

Sea que nos encontremos ante un arbitraje comercial nacional o uno internacional, el principio de mínima intervención judicial debe acentuarse, atendiendo a que el arbitraje reposa en la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante ello, este principio no debe ser entendido como un excluyente absoluto del Estado en la esfera del arbitraje; sino que, como su nombre lo indica, demanda una intervención mínima estatal, en aras de garantizar el correcto funcionamiento, autonomía, efectividad e integridad del arbitraje.

La intervención judicial de apoyo para la adopción de medidas cautelares es ejemplo de ello. En esta existe una regla competencial básica:

> si la medida cautelar afecta a terceros ajenos al arbitraje, debe optarse por la medida cautelar judicial (auxilio judicial); si solo afecta a las partes del procedimiento o su cumplimiento puede ser satisfecho por ellas, la medida debe solicitarse al árbitro (Fernández Rozas *et al.*, 2018, p. 112).

Finalmente, cabe preguntarnos si las partes pueden renunciar a la tutela cautelar. Un sector de la doctrina considera que esto es posible, en tanto existe una intervención mínima del Poder Judicial en el arbitraje, acorde al carácter disponible del arbitraje (Fernández Rozas *et al.*, 2018, p. 114). En el mismo sentido, otro sector de la doctrina señala que, cuando las partes no hayan pactado expresamente en el convenio arbitral dispensarse de la tutela cautelar, se debe favorecer la competencia del juez nacional para la adopción de las medidas cautelares. Es decir, la autonomía de la voluntad, en este sentido, es absoluta (Virgós Soriano & Garcimartín Alférez, 2007, pp. 356-357)[13].

Nosotros consideramos que no es posible renunciar a la tutela cautelar en sede arbitral y/o judicial por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, la tutela cautelar tiene carácter irrenunciable según la *lex fori*, es decir según la Constitución y la Ley de Arbitraje peruana, al ser un derecho comprendido en la tutela jurisdiccional efectiva.

b) En segundo lugar, si no existen otros medios idóneos para hacer cumplir las órdenes de los árbitros, sobre todo cuando estas pretenden exigirse a terceros, esto supone un obstáculo al correcto funcionamiento del arbitraje y la voluntad de las partes.

c) En tercer lugar, el reconocimiento de la competencia del juez para dictar medidas cautelares ante el vacío de la voluntad expresa de las partes de renunciar a la tutela cautelar, no hace más que reforzar nuestra postura acerca de la irrenunciabilidad de la tutela cautelar en el arbitraje.

La regla del artículo 1 sección 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que las disposiciones de esta norma serán obligatorias para los arbitrajes (nacionales e internacionales) en cuyo Estado se hayan incorporado. Esto significa que, de manera paralela a las reglas establecidas en el convenio arbitral, existe una prohibición general según la cual las partes y los árbitros no pueden excluir la aplicación de las normas imperativas del lugar de la sede del arbitraje. Como resultado de esta posición, el tribunal arbitral que lleva a cabo un arbitraje comercial internacional en el Perú se sujeta a las normas de carácter imperativo de este Estado, las cuales contemplan la tutela cautelar internacional.

Es tan importante el carácter imperativo de la cooperación cautelar entre los tribunales estatales y el arbitraje que, en resguardo de la autonomía de la voluntad de las partes, el artículo 47 numeral 4 de la Ley de Arbitraje peruana[14] indica expresamente

[13] En el mismo sentido, con más argumentos, consúltese Gómez Jene (2018, pp. 313-314).

[14] Cuya redacción es la siguiente:

> Artículo 47.- Medidas cautelares
>
> 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho (Decreto Legislativo 1071).

que las medidas cautelares solicitadas a los tribunales estatales no son incompatibles con el arbitraje, y que mucho menos implican una renuncia al mismo.

B. Cooperación de los jueces para la adopción de medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional

La solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción estatal es compatible con el arbitraje por los siguientes motivos:

- No implica una sumisión tácita: la solicitud de una medida cautelar en apoyo de un arbitraje a un tribunal estatal no implica una sumisión a este, ya que prevalece el convenio arbitral entre las partes que puede ser invocado en caso de interferencia del juez (Lapiedra Alcamí, 2003, pp. 219-220).

- No involucra una renuncia al arbitraje: no cabe una renuncia unilateral al arbitraje a través de una solicitud de medida cautelar. La tensión que supuestamente se encuentra entre el arbitraje y la jurisdicción estatal cuando una solicitud cautelar se dirige a este último no implica una renuncia al arbitraje (Lorca Navarrete, 1996, p. 801). Dicho esto, la interacción entre el arbitraje y los órganos estatales de justicia no son excluyentes, sino que se enmarcan en una cooperación.

Las funciones de cooperación o auxilio en el arbitraje comercial internacional son inevitables, en la medida en que los árbitros carecen de *ius imperium* para obligar a las partes, a través del uso de la fuerza pública, a cumplir sus resoluciones. Mucho se ha avanzado en esta materia al admitirse la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la atribución de los árbitros de dictar medidas cautelares. No es oportuno que el Estado otorgue a los árbitros funciones ejecutorias; el rol de ejecutor de las decisiones arbitrales está reservado para los jueces (Caivano, 2015, pp. 119-120).

En ese sentido, uno de los mayores efectos que tiene la elección de la sede es la función que cumplirán los jueces de prestar auxilio a las decisiones arbitrales que requieran de imperio. Así, la ley de la sede principal tendrá un papel fundamental en la adopción de medidas cautelares, sin vincularse con el fondo del proceso. Ante el arbitraje comercial internacional, el juez peruano actuaría como foro especial en auxilio del árbitro por las siguientes razones:

a) El tribunal arbitral no es permanente. Su constitución requiere tiempo y la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

b) El proceso arbitral es, en esencia, contradictorio. Se pierde el **factor sorpresa** de la medida cautelar, el cual sí se mantiene al acudir a un tribunal estatal.

c) El tribunal arbitral no puede, en principio, adoptar medidas cautelares contra terceros que no formen parte del convenio arbitral.

d) El tribunal arbitral no dispone del *ius imperium*. Por ello, siempre va a requerir del auxilio de la fuerza pública.

En cuanto a la ley aplicable a la adopción de medidas cautelares en el proceso arbitral, la doctrina consagra dos criterios: (i) la autonomía de la voluntad; y, en defecto de esta, (ii) la ley de la sede arbitral, es decir, del país donde se desarrolla el arbitraje (Monroy, 2012, p. 466). En términos de derecho internacional privado, la ley que regula la posibilidad o no de adoptar medidas cautelares –sea por el juez o por el árbitro– es la *lex loci arbitri*, en tanto es la ley aplicable al procedimiento (Gómez Jene, 2018, p. 315).

En virtud de lo expuesto, para solicitar una medida cautelar ante un tribunal judicial peruano para hacerse valer en el Perú en apoyo de un arbitraje comercial internacional (con sede en este Estado o en el extranjero), deberemos tomar en cuenta la posible aplicación de normas de fuente internacional y, en su defecto, nacional. Para ello, a continuación, analizaremos si existen textos legales que regulan este apoyo y la medida en que son aplicables.

1. Normas de fuente internacional

Algunos autores nacionales e internacionales sostienen que la Convención sobre Derecho Internacional Privado sobre Medidas Cautelares de 1979 (en adelante, CIDIP II), ratificada por el Perú en 1980[15], es aplicable para la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje comercial internacional[16]. En principio, sí es aplicable; sin embargo, consideramos que debemos precisar los alcances de este en el arbitraje comercial internacional.

[15] Para mayor información sobre el estado de la ratificación de la CIDIP II, consúltese Organización de los Estados Americanos (s.f.).

[16] Véase a González Pereira (2000, p. 1252) y a Arrarte Arisnabarreta (2018).

Según el artículo 2 de la CIDIP II, solo las medidas cautelares adoptadas por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto pueden ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado parte. En otras palabras, el tribunal estatal requirente tiene una competencia implícita para adoptar medidas cautelares relativas al litigio, siendo que su condición para conocer sobre el fondo –según sus normas nacionales– es condición suficiente para adoptar las medidas cautelares[17].

En cuanto al arbitraje comercial internacional, consideramos que la aplicación de este artículo es infructuosa e imposible, toda vez que está referido a jueces que tengan competencia sobre el fondo y, además, competencia especial para dictar medidas cautelares. En ese caso, no estaremos frente a un arbitraje comercial internacional, sino ante un proceso civil internacional.

Ahora bien, ¿un tribunal arbitral puede exigir a otro Estado miembro, en aplicación de este artículo, que se ejecuten las medidas cautelares dictadas por él mismo en forma de laudo? Consideramos que no. Según los términos de la CIDIP II, el tribunal que conocerá la materia será siempre un tribunal estatal. Por ello, un tribunal arbitral no puede invocar la aplicación de la CIDIP II para la ejecución automática (sin reconocimiento) de un laudo que contenga una medida cautelar internacional.

Por otro lado, el artículo 7 de la CIDIP II contempla la posibilidad de que el tribunal del Estado donde se tramitará el reconocimiento de una sentencia extranjera adopte una medida cautelar paralelamente al reconocimiento de la sentencia extranjera. Ello con la finalidad de garantizar la ejecución de la sentencia extranjera, evitando tener que esperar a que primero se **nacionalice** la sentencia extranjera. Consideramos que esta posibilidad ha sido contemplada exclusivamente para las sentencias extranjeras emitidas por tribunales nacionales, excluyéndose así a los laudos arbitrales emitidos en el extranjero.

El artículo 10 de la CIDIP II es una norma que se limita a consentir una disociación entre el proceso principal y el proceso cautelar, en tanto el concepto de tutela cautelar es autónomo por la naturaleza de los derechos que garantiza. Coincidimos con la doctrina en señalar que este artículo otorga a los tribunales estatales la capacidad de adoptar medidas cautelares de carácter urgente, las cuales recaerán exclusivamente sobre los bienes y personas que se encuentran en territorio peruano, en auxilio de un arbitraje comercial internacional con sede en el extranjero. La necesidad de tutela cautelar urgente se efectiviza no solo gracias a la cercanía del tribunal con los bienes o personas, sino –en gran parte– porque el tribunal estatal posee de *ius imperium* dentro de su territorio.

Otra norma de rango internacional que, en el Perú, coadyuva a la adopción de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje comercial internacional con sede en el extranjero es la Ley Modelo de la CNUDMI. Específicamente, el artículo 17 J de la norma:

> Artículo 17 J.- Medidas cautelares dictadas por el tribunal
>
> El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje comercial internacional (1985).

Este artículo reconoce el esquema que hemos venido estudiando: existe una competencia sobre el fondo y una competencia **especial** para la adopción de medidas cautelares internacionales. Conforme a este artículo, concluimos que la potestad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares está implícita en el convenio arbitral, salvo pacto en contrario. En otras palabras, al existir una manifestación expresa de las partes para que los árbitros dicten medidas cautelares, se estará a lo que dispongan (Garcimartín Alférez, 1996, p. 189).

De esta manera, se desprende claramente que los tribunales (entiéndase, estatales) tienen competencia judicial internacional para dictar medidas cautelares, aun cuando carecen de competencia para conocer sobre el fondo del asunto. Esta última competencia se encuentra reservada, lógicamente, al tribunal arbitral, cuyo lugar de la sede puede ser dentro o fuera del territorio nacional.

2. Normas de fuente nacional

Delimitado el ámbito de aplicación de la CIDIP II, queda todavía un aspecto por determinar. Esto es,

[17] En el Perú no existe jurisprudencia acerca de la cooperación judicial internacional en materia cautelar. Sin embargo, el caso más emblemático es el caso *Aguinda Salazar*, *María c. Chevron Corporation* (2013), que involucra una medida cautelar solicitada en Ecuador cuya ejecución se solicitó en los tribunales estatales de Argentina. Para más información, consúltese Requejo Isidro (2013, pp. 581-585).

cuáles son las normas de competencia judicial internacional contempladas en la legislación peruana para adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje comercial internacional.

Debemos preguntarnos si la disposición del artículo 17 J de la Ley Modelo de la CNUDMI fue adoptada por la Ley de Arbitraje peruana. Conforme indica un sector de la doctrina nacional, no existe norma peruana expresa que habilite a los jueces a dictar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje comercial internacional, lo cual, a nuestro criterio, resulta impreciso[18].

El artículo 1 numeral 2 de la Ley de Arbitraje peruana señala que las normas contenidas en los incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8 se aplicarán "aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú" (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esto significa que el legislador ha decidido que las normas que menciona el artículo 1 numeral 2 son normas imperativas de aplicación inmediata, independientemente del lugar de la sede del arbitraje, el cual puede ser fuera del Perú.

Entre estas normas aplicables a los arbitrajes internacionales con sede en el extranjero, ¿existe una disposición referida a la adopción de medidas cautelares? Por supuesto. En ese sentido, el artículo 8 numeral 2 señala lo siguiente:

> Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial
>
> 2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Este artículo recoge el mismo criterio para la adopción de las medidas cautelares, recogido en los artículos 10 de la CIDIP II y el 17 J de la Ley Modelo de la CNUDMI. Es aquel que establece que el juez del lugar donde la medida cautelar deba ser ejecutada o deba producir certeza, es competente para adoptar las medidas cautelares.

Interpretando el principio de la tutela jurisdiccional internacional efectiva conjuntamente al artículo 1 numeral 2 de la Ley de Arbitraje peruana, concluimos que sí se reconoce expresamente que los tribunales estatales peruanos tienen competencia especial para dictar medidas cautelares en auxilio de un arbitraje con sede en el extranjero. Este último es el competente para conocer el fondo de la controversia. Coincidimos con la doctrina nacional en afirmar que la tutela cautelar es un derecho fundamental y, como tal, permite la adopción de medidas cautelares en el extranjero. Sin embargo, este argumento es el fundamento de la tutela cautelar internacional, recogido expresamente en la Ley de Arbitraje peruana.

Habiendo respondido afirmativamente una de las incógnitas del presente artículo, es necesario ahondar en los límites de esta potestad cautelar. En cuanto a la ley para la adopción de la medida cautelar, conforme a la *lex loci arbitri*, será aplicable la legislación peruana.

El artículo 47 de la Ley de Arbitraje peruana contempla las reglas de la tutela cautelar en el arbitraje. Cabe resaltar que este artículo no está contemplado en el artículo 1 numeral 2 de la Ley de Arbitraje peruana. Esto, creemos, tiene su razón de ser en tanto este artículo se refiere a la adopción de medidas cautelares adoptadas por un tribunal estatal peruano o un tribunal arbitral con sede en Perú.

¿La no inclusión de este artículo menoscaba la posibilidad de adoptar medidas cautelares a favor de un arbitraje en el extranjero? Consideramos que no. Como hemos desarrollado en el presente artículo, en tanto la tutela cautelar internacional es un derecho que forma parte de la tutela jurisdiccional internacional efectiva y la Ley de Arbitraje peruana es monista, las disposiciones del artículo 47 sobre las reglas de la tutela cautelar en el arbitraje comercial internacional se aplicarán a aquellas medidas cautelares dictadas en auxilio de un arbitraje con sede en el extranjero.

Sin embargo, este criterio no ha sido adoptado por los tribunales estatales peruanos. A modo de ejemplo, el juez del Segundo Juzgado Civil Subespecialidad Comercial de Lima –mediante la Resolución 1–, desestimó una medida cautelar fuera del proceso, solicitada por Acer Comercial S.R.L. contra Sun Drilling S.R.L. En este caso, Acer Comercial S.R.L. solicitó al juzgado que ordene a Sun Drilling S.R.L. abstenerse de iniciar acciones legales y/o judiciales dirigidas a reclamar el pago de una deuda derivada de un contrato comercial celebrado por

[18] Véase a Pezo Arévalo (2014, pp. 79-83) y Arrarte Arisnabarreta (2018).

ambas partes. El juez advirtió que existía una cláusula de sometimiento a un tribunal arbitral con sede en Houston, Texas; al momento de solicitar la medida cautelar no había comenzado arbitraje alguno. El juez concluyó que no era competente para adoptar una medida cautelar dado que existía una cláusula arbitral con sede en el extranjero (Expediente 3347-2010, 2010).

En nuestra opinión acerca de este caso, el juez peruano ignora que la Ley de Arbitraje peruana –al ser monista– contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares fuera y dentro del proceso, incluso cuando la sede del arbitraje sea en el extranjero, sin que ello implique una renuncia al arbitraje. Claramente, una solicitud cautelar dirigida hacia un tribunal peruano, el cual no es competente sobre el fondo, no afecta la competencia del tribunal arbitral con sede en Houston, Texas. Será este tribunal el único competente para conocer sobre el fondo del asunto de la controversia y decidir sobre su propia competencia, conforme al principio *Kompetenz-Kompetenz*. No contemplar esta posibilidad sería afectar gravosamente la tutela cautelar internacional de las partes.

En la jurisprudencia comparada, es conocida la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, en el asunto *Mobil Cerro Negro Limited c. Petróleos de Venezuela S.A.* En aplicación de la Arbitration Act de 1996, el juez de primera instancia concedió una *Mareva injunction* fuera del proceso, la cual ordenó el embargo de bienes por una significativa suma de dinero, aun cuando el arbitraje se daría con sede en Nueva York. Sin embargo, en segunda instancia, la medida cautelar fue levantada al entenderse que no existía vínculo ni bienes embargables el Reino Unido.

De similar manera, en España, mediante las resoluciones de 12 de marzo de 2004 y 21 de junio de 2006, el Juzgado de Primera Instancia número 42 de Madrid resolvió conceder una medida cautelar a favor de una constructora española que ordenaba a una entidad pakistaní no ejecutar unos avales en España por un supuesto incumplimiento de contrato de construcción de subestaciones eléctricas (citado en López de Argumedo Piñeiro & Menéndez de la Cuesta Lamas, s.f.). A criterio del juzgado, no se podían ejecutar los avales hasta que la controversia sea resuelta por medio de un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). En el mismo sentido, el Juzgado de Santa María de La Real Nieva, mediante resolución del 10 de agosto de 2007, estimó una medida cautelar a favor de un productor local de vino, ordenando que este debía continuar proporcionando sus productos al distribuidor, el cual se negaba a recibirlos alegando incumplimientos contractuales (citado en López de Argumedo Piñeiro & Menéndez de la Cuesta Lamas, s.f.). En ambos casos, los tribunales españoles estimaron las medidas cautelares porque sus efectos debían producirse en España.

Hasta este punto, podemos concluir que

a) De conformidad con el artículo 47 numeral 4 de la Ley de Arbitraje peruana, puede solicitarse medidas cautelares a un tribunal estatal peruano antes de la constitución del arbitraje con sede en el extranjero. Ahora bien, enmarcados en un arbitraje comercial internacional, es obligación del juez peruano que, ejecutada la medida cautelar, se contemple un plazo mayor al previsto por la ley (actualmente: diez días para iniciar el arbitraje y noventa para que la constitución del tribunal arbitral) tomando en cuenta que estamos frente a un arbitraje comercial internacional el cual requerirá de mayor tiempo para su constitución.

b) Si la medida cautelar se adopta antes de la constitución del tribunal arbitral, esta puede ser, de manera muy excepcional, *inaudita altera partes*. En cambio, si es solicitada después de la constitución del tribunal arbitral, deberá correrse traslado de la demanda a la parte afectada.

c) Conforme al artículo 47 numeral 8, previa autorización del tribunal arbitral, se puede solicitar ante un tribunal estatal la adopción y ejecución de una medida cautelar sobre bienes situados en Perú. Esto aplica incluso para los casos en que el arbitraje tiene sede en el extranjero.

d) Finalmente, el tribunal peruano deberá adecuar las medidas cautelares a fin de salvaguardar los intereses del arbitraje comercial internacional. Por ello, sugerimos que se puedan adoptar las siguientes medidas cautelares reconocidas por la doctrina internacional (Gómez Jene, 2018, pp. 328-329)[19], siempre y cuando los bienes o las personas objeto de las medidas cautelares se encuentren en territorio peruano:

[19] A mayor entendimiento, véase a Born (2014, pp. 2484-2502).

- *Orders Preserving Status Quo*: aquellas destinadas a preservar un *status quo* entre las partes. A modo de ejemplo: no ejecutar una carta fianza o aval, aunque se den las circunstancias para ello.

- *Orders Prohibiting Aggravation of Parties' Disputes:* destinadas a no agravar la disputa entre las partes. Un caso muy conocido es la exigencia de la confidencialidad en la relación comercial.

- *Orders Requiring Specific Performance of Contractual Obligations:* aquellas cuyo objetivo es que se cumpla parcialmente con ciertas obligaciones de un contrato. En el caso de un contrato de obra, es para impedir que una de las partes incurra en mayores gastos.

- *Orders Requiring Security for Underlying Claims*: destinadas a evitar una desinversión del demandado sobre los bienes que tenga en el territorio nacional.

- *Orders Requiring Security for Costs*: aquellas que buscan asegurar los costos del arbitaje.

- *Orders for Inspection of Property*: destinadas a inspeccionar un lugar en concreto dentro del territorio peruano.

- *Antisuit Orders*: destinadas a evitar que alguna de las partes plantee la disputa ante un tribunal estatal, evitando su obligación de ir a arbitraje comercial internacional.

V. RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS EN EL EXTRANJERO DENTRO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Luego de estudiar la competencia y ley aplicable para la adopción y ejecución por parte de los tribunales estatales de medidas cautelares en apoyo de un arbitraje con sede en el extranjero, debemos dar respuesta a la segunda interrogante acerca de si un laudo dictado en el extranjero puede ser reconocido en el Perú.

Siempre que los presupuestos que dieron lugar a su adopción no se alteren, es posible que la decisión cautelar tenga calidad de cosa juzgada. Así,

> debe atenderse a la naturaleza de la tutela cautelar, que no es otra que la que pretende garantizar la eficacia de los resultados que pueden llegar a alcanzarse en el proceso principal, de manera que lo razonable es entender que la cosa juzgada debe predicarse de las resoluciones cautelares cuando se mantienen los presupuestos para la adopción de la medida (Barona Vilar, 2018, pp. 732-733).

Para determinar si es posible ejecutar una resolución cautelar emitida fuera del Perú será necesario acudir a las fuentes internacionales y nacionales.

A. Normas de fuente internacional

Con respecto al arbitraje comercial internacional, uno de los convenios internacionales relevantes de codificación y/o armonización en Latinoamérica es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975. Sin embargo, la aplicación de esta quedó en segundo plano dado el alto número de ratificaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobado por la CNUDMI (1958), de aplicación casi universal y ratificada por el Perú.

Sin embargo, la posibilidad de reconocer un laudo que contenga una medida cautelar a través de la referida convención no es unánimemente reconocida en la doctrina internacional (Mallandrich Miret, 2010, pp. 293-294). Veamos las posturas actuales:

- En contra: para un sector de la doctrina, las actuaciones arbitrales que contengan una medida cautelar no pueden ser reconocidas en amparo de la Convención, sobre todo en los casos en que la medida cautelar no adopta la forma de laudo. En segundo lugar, en caso fuera un laudo, esta disposición cautelar carece de carácter definitivo.

- A favor: otro sector de la doctrina considera que la negación de reconocimiento se debe a una lectura formalista y literal de la Convención. Sostienen que más bien esta interpretación debe ser finalista, a partir de que la Convención persigue facilitar el reconocimiento de laudos extranjeros.

B. Normas de fuente nacional

De manera general, la normativa de fuente interna peruana sobre arbitraje sí contempla el *exequátur* de medidas cautelares adoptadas por tribunales arbitrales con sede en el extranjero. Así, conforme al artículo 8 numeral 2 y el artículo 48 numeral 4 de la Ley de Arbitraje peruana (artículo incluido para arbitrajes con sede

en el extranjero, es decir, los que emitieron estos laudos)[20], las medidas cautelares internacionales revestidas de forma de laudo podrán ser reconocidas y ejecutadas dentro del Perú conforme a lo dispuesto por los tratados suscritos por el Perú o, en defecto de los mismos, conforme la ley nacional, siempre que la parte interesada presente el original o una copia del laudo. Una vez la solicitud haya sido admitida por el tribunal, se otorga un plazo de diez días a la parte afectada para que se pronuncie. Posteriormente, se decide sobre la ejecución de aquella.

La jurisprudencia sobre reconocimiento de laudos extranjeros en Perú es escasa. No obstante, una muestra de ella es la decisión adoptada por la Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la Resolución 5 del Expediente 199-2018. En esta, la Sala declara fundada la solicitud de Aguaytía Energy del Perú S.R.L. y reconoce en su totalidad la Decisión Cautelar del 6 de marzo de 2018, emitida en el marco del arbitraje internacional administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que impuso determinadas conductas a la empresa Maple Gas Corporation del Perú S.R.L.

Resultan positivos los fundamentos segundo y décimo cuarto de la mencionada resolución. En esta se considera que, al no ser aplicable la Convención de Nueva York de 1958 para el reconocimiento de laudos extranjeros que contengan una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral, se deben utilizar las reglas de la Ley de Arbitraje peruana; así como que la decisión cautelar no vulnera el orden público internacional peruano. Consideramos correcto este fallo al reconocer a las partes su derecho a la tutela cautelar internacional.

Finalmente, el cumplimiento de una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral extranjero supone para el Perú un altísimo grado de compromiso. Debemos mencionar que el *exequátur* de medidas cautelares (judiciales o arbitrales) es una medida que podría conllevar a una frustración de la medida. Sin embargo, consideramos que esto no afecta la tutela cautelar internacional en Perú, en tanto que las partes pueden solicitar la adopción de una medida cautelar en este Estado, aun cuando el arbitraje está situado en el extranjero. A nuestro entender, tiene más sentido que un tribunal peruano, con *ius imperium* sobre su territorio, ordene directamente la medida cautelar, antes que si la dictara un tribunal arbitral.

Muy aparte de este reconocimiento forzoso, las partes buscan el cumplimiento espontáneo de los laudos, evitando así el engorroso y largo procedimiento del *exequátur*. A esto le llamamos cumplimiento espontáneo.

VI. CONCLUSIONES

– **El arbitraje como jurisdicción**

El arbitraje en el Perú es jurisdicción. Así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y el artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Este reconocimiento no debe generar una desconfianza en el arbitraje sino todo lo contrario. Este revestimiento constitucional coadyuva a la finalidad del arbitraje: la justa resolución de controversias entre privados. No cabe duda de que el arbitraje es una justicia privada, que nace del convenio arbitral, el cual responde a la autonomía de la voluntad de las partes.

[20] La redacción del artículo 48 literal 4 establece lo siguiente:

Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

[…]

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:

a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.

b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9.

c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 76 serán de diez (10) días.

d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Aun así, sigue siendo un método para alcanzar justicia; en ese sentido, los árbitros están investidos de jurisdicción.

- **La tutela cautelar internacional en el arbitraje comercial internacional**

  La tutela cautelar internacional es imperativa aun en el arbitraje. Una de las normas de carácter imperativo que contempla la Ley de Arbitraje peruana es la adopción, ejecución y reconocimiento de medidas cautelares. En ese sentido, esta relación entre judicatura y arbitraje se enmarca en el campo de la complementariedad y la cooperación.

- **El principio de cooperación entre los tribunales estatales e intervención mínima del arbitraje**

  La autonomía de la voluntad no es ilimitada ni ajena a las leyes nacionales. La ley nacional del lugar de la sede del arbitraje prescribe la autonomía de la voluntad de las partes, limita las facultades de los árbitros y establece su cooperación con los jueces. Además, al ser un mecanismo de resolución de conflictos, el arbitraje se debe desarrollar en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, que exige ciertas garantías para su correcto desenvolvimiento.

- **Es posible adoptar medidas cautelares en apoyo de un arbitraje extranjero**

  En concordancia con la CIDIP II y la Ley de Arbitraje peruana, consideramos que sí es posible la adopción de una medida cautelar en auxilio de un arbitraje con sede en el extranjero. Si bien la CIDIP II es un instrumento importante en materia de tutela cautelar internacional, consideramos que su efectividad se ve reducida por el reducido número de los Estados miembros que la han suscrito: apenas siete de los treinta y cinco Estados que forman parte de la Organización de los Estados Americanos y ninguna adhesión de un Estado fuera de esta.

  Asimismo, sobre la legislación nacional, creemos que la razón por la que el artículo 47 no está contemplado en el artículo 1 numeral 2 es porque el primero se refiere a la potestad de los árbitros de dictar medidas cautelares siempre que la sede sea Perú.

REFERENCIAS

All, P. M., & Pallarés, B. (2019). La regulación del arbitraje comercial internacional en los tratados internacionales. En Esplugues Mota, C. (Ed.), *Tratado de Arbitraje Comercial interno e internacional en Iberoamérica* (pp. 99-122). Tirant lo Blanch.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (27 de abril de 2018). *Los jueces peruanos sí pueden conceder cautelares para ejecutar un laudo dictado en el extranjero*. Diario Gestión. https://gestion.pe/blog/agenda-legal/2018/04/los-jueces-peruanos-si-pueden-conceder-cautelares-para-ejecutar-un-laudo-dictado-en-el-extranjero.html/

Barona Vilar, S. (2007). Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. En Barona Vilar, S. (dir.) *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI* (pp. 25-58). Thomson Reuters Civitas.

(2016). 'Justicia integral' y 'access to justice': Crisis y evolución del paradigma. En Barona Vilar, S. (Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 31-55). Thomson Reuters Civitas.

(2018). Proceso y procedimiento cautelar. En Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S., & Calderón Cuadrado, M. P. (Eds.) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil* (26ta ed., pp. 727-744). Tirant lo Blanch.

Born, G. (2009). The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, *30*(4), 999-1033. https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1859&context=jil

(2014). *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Bibliografía Argentina.

Caivano, R. J. (2015). El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional. En Organización de los Estados Americanos (OEA), *Arbitraje Comercial Internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (pp. 97-120). Secretaría General de la OEA. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf

Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M. A., & Candela Sánchez, C. L. (2010). *Introducción al*

derecho internacional privado (3era. ed., tomo I). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Esis Villarroel, I. (2019). El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional. *Revista de Direito Internacional*, *16*(1), 36-52. https://doi.org/10.5102/rdi.v16i1.5931

Esplugues Mota, C. (2014) El derecho internacional privado: características generales. En C. Esplugues Mota, J.L. Iglesias Buhigues, G. Palao Moreno (eds.), *Derecho internacional privado* (8va ed., pp. 75-96). Tirant lo Blanch.

(2019). El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones. En C. Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de Arbitraje Comercial interno e internacional en Iberoamérica* (pp. 49-98). Tirant lo Blanch.

(2020). La Convención de Singapur de 2018 sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato. *Revista Española de Derecho Internacional*, *72*(1), 53-80. https://doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.1.02

Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R., & de Miguel Asensio, P. A. (2011). *Derecho de los negocios internacional* (3ra ed.). Iustel.

Fernández Rozas, J. C., Sánchez Lorenzo, S. A., & Stampa, G. (2018). *Principios Generales del Arbitraje*. Tirant lo Blanch.

Garcimartín Alferez, F. (1996). *Régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. McGraw-Hill; Interamericana De España.

Gómez Jene, M. (2018). *Arbitraje comercial internacional*. Thomson Reuters Civitas.

González Pereira, O. (2000). Cooperación Cautelar en el derecho internacional privado. *Revista Jurisprudencia Argentina*, (3), 1242-1262.

Lapiedra Alcamí, R. (2008). *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*. Tirant lo Blanch.

Lew, J. D. M. (2006). Achieving a Dream: Autonomous Arbitration. *Arbitration International*, *22*(2), 179-204. https://doi.org/10.1093/arbitration/22.2.179

López de Argumedo Piñeiro, A., & Menéndez de la Cuesta Lamas, K. (s.f.). La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2568/documento/103ala.pdf?id=2598

Lorca Navarrete, A. M. (1997). *Manual de derecho de arbitraje interno e internacional*. Civitas.

Mallandrich Miret, N. (2010). *Medidas cautelares y arbitraje*. Atelier.

Monroy Cabra, M. G. (2012). *Tratado de Derecho Internacional Privado* (7ma ed.). Editorial Temis S.A.

Organización de los Estados Americanos. (s.f.). Información general del tratado B-42: Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html

Palao Moreno, G. (2007). Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina. En S. Barona Vilar (Dir.), *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*. Civitas.

Pezo Arévalo, E. E. (2014). ¿Puede un juez peruano dictar una medida cautelar en apoyo de un arbitraje con sede en el extranjero?. *Revista de Economía y Derecho de la UPC*, *11*(41), 61-88.

Pinto Rocha, J. L. (2019). El arbitraje en el Perú. En C. Esplugues Mota (Ed.), *Tratado de Arbitraje Comercial interno e internacional en Iberoamérica*. Tirant lo Blanch.

Queen Mary University of London & White & Case (2018). *International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. School of International Arbitration Centre for Commercial Studies. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/

Quiroga León, A. (2017). *La naturaleza procesal del arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

Radicati di Brozolo, L. G. (2013). Las normas imperativas y el arbitraje internacional. En Gaillard, E., & Fernández Arroyo, D. (Eds.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*. Editorial Universidad del Rosario. https://doi.org/10.2307/j.ctvm2044x.11

Requejo Isidro, M. (2013). Aguinda v. Texaco en la fase de Exequátur: análisis del primer tropiezo. *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, *22*(Ext), 581-585. http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/1239/1567

Rodríguez Mejía, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Sandler Obregón, V. (2016). Nociones generales de Arbitraje Internacional. En Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA), *XLIII Curso de Derecho Internacional*. Secretaría General de la OEA, 431-462. http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf

Tellechea Bergman, E. (2017). Hacia una necesaria profundización de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros en el ámbito interamericano. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo,* (32), 103-124. http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2018/04/Revista-32.pdf

Virgós Soriano, M., & Garcimartín Alférez, F. (2007). *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional* (2da ed.). Thomson Reuters Civitas.

Yesilirmak, A. (2005). *Provisional measures in international commercial arbitration*. Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).

Constitución Política del Perú de 1993 [Const.].

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Convención de Panamá), 30 de enero de 1975, O.A.S.T.S. No. 42., 1438 U.N.T.S. 245.

Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. 8 de mayo de 1979, O.A.S.T.S. No. 52.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), 22/5/2013, Aguinda Salazar, María c. Chevron Corporation, Fallos (2013-336-I-503) (Arg.).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 014-2008-JUS, Reglamento de la Ley 26872 Ley de Conciliación, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2008 (Perú).

Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2008 O.J. (L 136) 3.

Juzgado de Santa María de La Real Nieva, Castilla y León. Resolución del 10 de agosto de 2007 (Esp.).

Ley 26872, Ley de Conciliación, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de noviembre de 1997 (Perú).

Mobil Cerro Negro Ltd c. Petroleos de Venezuela SA [2008] EWHC (Comm) 532, [2008] 2 All ER (Comm.) 1034 (Inglaterra).

Res. 73/198, Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (Convención de Singapur sobre la Mediación) (20 de diciembre de 2018).

S. Juz. Prim. 42 de Madrid, 12 de marzo de 2004 (Esp.).

S. Juz. Prim. 42 de Madrid, 21 de junio de 2006 (Esp.).

Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, 22 de octubre de 2019, Resolución 5, Expediente 199-2018 (Perú).

Segundo Juzgado Civil Subespecialidad Comercial de Lima, 21 de mayo de 2010, Resolución 1, Expediente 3347-2010 (Perú).

Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 11 de enero de 1889.

Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, 19 de marzo de 1940.

Tribunal Constitucional del Perú, 28 de enero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC (Perú).

10.18800/themis.202001.013

LAS MEDIDAS ANTI-PROCESO EN EL ARBITRAJE PERUANO

ANTI-SUIT INJUNCTIONS IN PERUVIAN ARBITRATION

Mario Reggiardo Saavedra*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad del Pacífico
Payet, Rey, Cauvi, Pérez

Álvaro Cuba Horna**
Payet, Rey, Cauvi, Pérez

The Peruvian Arbitration Law was inspired by the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Both rules empower arbitration tribunals to issue anti-process or anti-suit injunctions. These measures classified as precautionary measures aim to protect the jurisdictional monopoly granted by the parties to the arbitral tribunal to address the risk of two parallel proceedings and two contradictory decisions being issued. However, despite appearing to be a useful remedy in arbitral material, it has certain questions that diminish its application.

In this article, the authors analyze such measures to address the questioning that limit its application to verify their efficiency and validity. It also assesses its requirements under international arbitration practice to corroborate whether they conform to the Peruvian regulatory framework.

Keywords: Anti-suit injunctions; arbitral clause; jurisdictional monopoly; arbitration tribunal: parallel proceedings; triple identity test.

La Ley de Arbitraje se inspiró en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI. Ambas normas facultan a los tribunales arbitrales a dictar medidas anti-proceso o anti-suit injunctions*. Estas medidas calificadas como medidas cautelares tienen como función la protección del monopolio jurisdiccional otorgado por las partes al tribunal arbitral para así, afrontar el riesgo de que existan dos procesos paralelos y se emitan dos decisiones contradictorias. Empero, a pesar de aparentar un remedio útil en material arbitral, posee ciertos cuestionamientos que disminuyen su aplicación.*

En el presente artículo, los autores analizan este tipo de medidas para dar respuesta a los distintos cuestionamientos que limitan su aplicación con la finalidad de comprobar su eficiencia y validez. Asimismo, evalúan sus requisitos bajo la práctica arbitral internacional para corroborar si se ajustan o no al marco normativo peruano.

Palabras clave: Medidas anti-proceso; cláusula arbitral; monopolio jurisdiccional; tribunal arbitral: procesos paralelos; test de triple identidad.

* Abogado. Master en Law and Economics (E.M.L.E.) por la Universität Hamburg. Profesor de las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Socio de Payet, Rey, Cauvi, Pérez (Lima, Perú). Contacto: mrs@prcp.com.pe

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente legal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez (Lima, Perú). Contacto: ach@prcp.com.pe

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando las partes incluyen una cláusula arbitral en sus contratos, sus intenciones son que cualquier controversia relacionada al contrato sea resuelta en un arbitraje. Con este pacto, las partes excluyen cualquier intervención de las cortes judiciales (Baltag, 2016, p. 251)[1], a menos que la ley aplicable los autorice a recurrir a dicha jurisdicción[2].

Esta común intención de las partes confiere al tribunal arbitral no solo la posibilidad de ser los únicos que decidan su propia competencia[3] y la controversia de fondo, sino que, además, pueden impedir que una parte del arbitraje contravenga este acuerdo. Los árbitros, en cierta medida, tienen el poder de proteger el pacto de las partes plasmado en su cláusula arbitral. Para ello, los tribunales arbitrales tienen la facultad de dictar las medidas anti-proceso, conocidas también como *anti-suit injunctions*.

En este trabajo analizaremos este tipo de medidas, sus requisitos bajo la práctica arbitral internacional y si se ajustan al marco normativo peruano.

II. ¿QUÉ ES UNA MEDIDA ANTI-PROCESO?

Las medidas anti-proceso son medidas dictadas por el tribunal arbitral y están dirigidas a una parte del arbitraje que incumple el convenio arbitral e inicia un proceso ante los jueces para discutir la misma controversia. Como indica Gary Born, esta medida "is typically requested (and ordered where one party seeks to pursue litigation outside the contractual arbitral forum, in violation of the parties' arbitration agreement" (2014, p. 2501)[4]. En la misma línea, Noussia indica que esta medida "is an order issued by a court or an arbitration tribunal enjoining a party from initiating or continuing proceedings **in another jurisdiction**" (2009, p. 311)[5] [el énfasis es nuestro].

Esta medida cumple tres objetivos: (i) respetar el acuerdo de arbitraje; (ii) prevenir las conductas procesales oportunistas; y, (iii) prevenir decisiones contradictorias entre dos jurisdicciones sobre una misma controversia.

Respecto al primer objetivo, la medida busca el respeto del acuerdo de arbitraje y la intención de las partes de que cualquier controversia relacionada al contrato sea resuelta por un tribunal arbitral. Desde un punto de vista contractual, dado su incumplimiento al recurrir a las cortes judiciales, la parte interesada solicita al tribunal arbitral que ordene a la otra parte el cumplimiento de la cláusula arbitral[6], lo que significa que ordene a la otra parte a someter la controversia al foro arbitral.

Respecto al segundo objetivo, se busca prevenir conductas oportunistas de las partes. Existen muchas razones por las que las partes pueden optar por iniciar un proceso judicial antes que un arbitraje: por ejemplo, generar demoras innecesarias en el procedimiento arbitral o cuestionar de manera infundada la competencia del tribunal arbitral. En otras palabras, **tácticas de guerrillas**[7] que impactarán en el desarrollo normal del arbitraje. Frente a esa situación, las medidas anti-proceso buscan evitar que las conductas oportunistas impacten en el desarrollo del proceso arbitral. Como indica Gaillard,

---

1 En palabras de Baltag, "al celebrar un acuerdo de arbitraje, las partes renuncian a su derecho de iniciar cualquier procedimiento judicial sobre el fondo de la disputa" (2016, p. 251).

2 Por ejemplo, si bien las partes pueden haber firmado una cláusula arbitral, según la Ley de Arbitraje, ellas también cuentan con la opción de solicitar una medida cautelar ante la jurisdicción ordinaria. Así, de manera literal, el artículo 47.4 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje peruana, señala que

> [l]as medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho (2008).

3 La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 41.1, indica lo siguiente:

> 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 (2008).

4 "[G]eneralmente se solicita (y se ordena) cuando una de las partes busca entablar un litigio fuera del foro arbitral, en contravención al acuerdo de arbitraje de las partes" [traducción libre].

5 "[O]rdena a una parte no continuar o iniciar los procedimientos en otra jurisdicción **distinta a la arbitral**" [traducción libre].

6 Al respecto, el Código Civil peruano en su artículo 1150.1 señala que "[e]l incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor […]" (1984).

7 Para mayor detalle sobre las tácticas de guerrillas, revisar Horvath y Wilske (2013, pp. 3-16).

> Submission of the matters covered by an arbitration agreement to the domestic courts, or even the risk of such submission, constitutes a factor that may aggravate the dispute between the parties, and that may justify the issuance of an order addressed to the parties prohibiting such conduct (2007, p. 239)[8].

En consecuencia, las partes deben abstenerse de realizar cualquier conducta dirigida a impactar en el desarrollo normal del arbitraje y, de esta forma, comportarse de buena fe durante el procedimiento, tal como señala el artículo 38 de la Ley de Arbitraje peruana[9].

Respecto al tercer objetivo, como consecuencia de prevenir las conductas oportunistas, el tribunal arbitral tiene el deber de mitigar cualquier daño al procedimiento arbitral y, entre los más importantes, se encuentra la prevención de los procedimientos paralelos sobre una misma controversia. Como indican Stacher y Feit, uno de los objetivos de esta medida es "limit the dispute to one jurisdiction and prevent parallel proceedings" (2013, p. 1412)[10].

Si una de las partes decide iniciar un procedimiento ante las cortes judiciales, se corre el riesgo de que un tribunal distinto al acordado por las partes decida en otro foro la misma controversia discutida en el arbitraje. Como indicaron los árbitros del caso *Paul Donin de Rosiere c. Irán*, el tribunal arbitral goza de un "inherent power to protect its own jurisdiction in cases where the risk of inconsistent decisions in parallel and duplicative proceedings instituted in other fora have rendered this necessary" (1986, párr. 13)[11].

En principio, este riesgo no debería presentarse bajo el marco de la Ley de Arbitraje peruana. Si se remite una controversia cubierta por una cláusula arbitral a los tribunales judiciales, salvo que la cláusula arbitral fuese manifiestamente nula, a pedido de parte, el juez no deberá admitir a trámite dicho reclamo[12] y no existirá un riesgo de que se presenten dos procesos paralelos. Este criterio tiene sustento normativo incluso bajo los términos de la Convención de Nueva York[13].

Este escenario se presentó, a modo de ejemplo, en el caso *Paramedics c. G.E. Medical Systems*, en el que una corte estadounidense ordenó a la parte que recurrió a la corte judicial, discutir la controversia en el foro arbitral, dada la existencia de una cláusula arbitral (2004). Tratándose de un medio de defensa procesal, bajo la Ley de Arbitraje peruana, la excepción de convenio arbitral se realiza a pedido de parte y no puede ser declarada de oficio por las cortes judiciales.

Pero los casos, en la práctica, no suelen ser tan sencillos. En consecuencia, este riesgo puede darse en aquellas controversias derivadas de distintos contratos vinculados, que forman parte de un mismo proyecto económico como el **arbitraje multicontratos** (Vishnevskaya, 2015, p. 174). A falta de cláusulas de solución de controversias uniformes en estos contratos, es posible que una parte decida recurrir al foro judicial para discutir la controversia de un contrato (que no recoja una cláusula arbitral), cuando posiblemente los otros contratos (que sí recogen una cláusula arbitral) están siendo discutidos en un procedimiento arbitral.

Si ello ocurre, ante la inexistencia de una cláusula arbitral, el juez tendrá incentivos para conocer y discutir el fondo de dicho contrato. Y razón no le faltará. Esto implicará que las partes incurran en gastos adicionales para discutir dicha controversia en un proceso paralelo, sin perjuicio del riesgo de que se dicten dos decisiones que resulten siendo contradictorias.

La medida anti-proceso no solo persigue proteger al arbitraje en abstracto, sino, sobre todo, proteger a la parte afectada con estos procesos paralelos. La

8 "La presentación de los asuntos cubiertos por un acuerdo de arbitraje a las cortes nacionales, o incluso el riesgo de tal presentación, constituye un factor que puede agravar la disputa entre las partes y que puede justificar la emisión de una orden dirigida a las partes que prohíba dicha conducta" [traducción libre].

9 "Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje" (Decreto Legislativo 1071, 2008).

10 "[L]imitar la disputa a una jurisdicción y evitar procedimientos paralelos" [traducción libre].

11 "[P]oder inherente para proteger su propia jurisdicción en casos donde el riesgo de decisiones inconsistentes en procedimientos paralelos y duplicados iniciados en otros foros lo han hecho necesario" [traducción libre].

12 En la misma línea, lo señala el artículo 16.3 de la Ley de Arbitraje peruana, cuyo texto señala lo siguiente:

> 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, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo (2008).

13 La Convención de Nueva York de 1958 detalla, en su artículo II.3, que "[e]l 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" (1958, art. II.3).

protección se da, principalmente, contra el gasto de recursos innecesarios generado como consecuencia de que se presenten dos litigios paralelos.

Las medidas anti-proceso suelen ser calificadas como medidas cautelares. Bajo los términos de la Ley Arbitraje peruana, atendiendo a sus similitudes con la redacción del artículo 17.2.b de la Ley Modelo CNUDMI[14], la medida anti-proceso podría ser entendida como una medida cautelar. Se trataría de una medida temporal previa a la emisión del laudo final, y servirá para impedir a una de las partes generar algún daño al proceso arbitral[15]. Como indica Vishnevskaya, estas medidas "are usually characterized as a provisional relief, which corresponds to interim measures ordering a party to take some actions or to refrain from them" (2015, p. 177)[16].

Este criterio fue reconocido por el Grupo de Trabajo de CNUDMI encargado de la redacción de la Ley Modelo, que posteriormente sirvió de base para la redacción de la Ley de Arbitraje peruana:

> 92. A question was raised whether the words "or prejudice to the arbitral process itself", at the end of subparagraph (b), should be retained.
> 93. It was recalled that the purpose of those words was to clarify that an arbitral tribunal had the power to prevent obstruction or delay of the arbitral process, including by issuing anti-suit injunctions. It was also recalled that, in the Working Group, anti-suit injunctions had given rise to serious reservations on the part of many delegations.
> […]
> 95. After discussion, paragraph 2 was adopted in substance by the Commission without modification (2006, pp. 16-17, párrs. 92, 93 y 95)[17].

Existen opiniones que cuestionan dicha naturaleza de las medidas anti-proceso. Entre ellas, la que más resalta se refiere a que esta medida no gozaría del requisito de temporalidad, dado que se trataría de una decisión definitiva del tribunal arbitral de impedir que una parte inicie o continúe sus reclamos en otra jurisdicción (Mosimann, 2010, p. 98).

Bajo la Ley de Arbitraje, que tiene un espectro más amplio que el judicial al respecto, las medidas anti-proceso se enmarcan en la categoría de las medidas cautelares. Estas medidas buscan proteger el desarrollo normal del arbitraje y los intereses de la parte afectada, descartando que la parte que recurra a otra jurisdicción pueda verse beneficiada de este escenario y obtenga una decisión contradictoria de esta otra jurisdicción. De esa manera, el tribunal está en capacidad de proteger además el **monopolio jurisdiccional** que le fue otorgado por las partes en su cláusula arbitral.

De otro lado, por el principio de flexibilidad del arbitraje, la medida anti-proceso califica como una medida cautelar genérica, pues busca impedir que se produzca un daño al arbitraje y, por tanto, que un laudo que declare fundadas las pretensiones pueda ser ejecutado.

La base legal de estas medidas cautelares se encuentra recogida en el artículo 47.2.b) de la Ley de Arbitraje peruana, puesto que se trata de una medida destinada a "impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral" (2008). Como indica Vishnevskaya,

> [t]he arbitral tribunal's authority to grant interim measures in most cases can be found in the lex arbtiri or arbitration rules, which usually leave sufficient room for the issuance of anti-

[14] La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17.2.b), señala lo siguiente:
> 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 […] (2006).

[15] La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 47.2.b), estipula lo siguiente:
> Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes…b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral (2008).

[16] "[S]uelen caracterizarse como una medida cautelar, que corresponde a una medida provisional que ordena a una parte del arbitraje a tomar algunas medidas o abstenerse de ellas" [traducción libre].

[17] "92. Se planteó la cuestión de si las palabras o en menoscabo del procedimiento arbitral, al final del apartado b), deberían mantenerse.
93. Se recordó que el propósito de esas palabras era aclarar que un tribunal arbitral tenía el poder de evitar la obstrucción o la demora del procedimiento arbitral, incluso mediante la emisión de medidas anti-proceso. También se recordó que, en el Grupo de Trabajo, las medidas anti-proceso habían generado serias reservas por parte de muchas delegaciones.
[…]
95. Tras un debate, el párrafo 2 fue aprobado por la Comisión sin modificaciones" [traducción libre].

suit injunctions by defining the scope of provisional measures that can be ordered by the tribunal widely (2015, p. 183)[18].

Conforme a los términos del artículo 47.2.b) de la Ley de Arbitraje peruana, se requiere que esta medida sea temporal, dado que el tribunal arbitral cuenta con la facultad de modificar, sustituir o dejar sin efecto dicha medida por cualquier motivo fundado[19].

Además, esta medida sirve para proteger al procedimiento arbitral de cualquier intervención de las cortes judiciales. Si se discute si la controversia debe ser resuelta en el foro arbitral o judicial, esta cuestión será de competencia del tribunal arbitral[20] y, solo cuando el tribunal arbitral haya dictado su decisión, el juez tiene la posibilidad de confirmar su validez en el marco del proceso de anulación. Como indica González de Cossío, "**el árbitro decide primero; el juez decide en definitiva**" (2008, p. 208) [el énfasis es nuestro]. Esta regla de prelación debe ser respetada para dictar las medidas anti-proceso.

Finalmente, esta medida dictada por un tribunal arbitral no es una medida dirigida contra las cortes nacionales para abstenerse de resolver un caso concreto. La orden del tribunal arbitral únicamente está dirigida a las partes. La medida anti-proceso, como indica Born, "is directed against a party to the arbitration, not technically against a national court" (2014, p. 2501)[21]. En ese sentido, la competencia del tribunal arbitral, que surge del acuerdo de arbitraje, solo se extiende a las partes que consintieron dicho acuerdo, mas no a la competencia de las cortes judiciales[22].

III. REQUISITOS PARA DICTAR UNA MEDIDA ANTI-PROCESO

La Ley de Arbitraje peruana no recoge los requisitos para dictar una medida cautelar. No obstante, asumiendo que ni el reglamento de arbitraje aplicable a un caso concreto los recogiese como en uno *ad hoc*[23] —atendiendo a la práctica arbitral internacional[24]— es posible identificar requisitos uniformes para el dictado de medidas cautelares. Esta práctica arbitral se encuentra reconocida en la Ley Modelo CNUDMI, que exige por regla general que la parte interesada pruebe (i) el balance de daños y (ii) la verosimilitud *prima facie* del derecho invocado[25].

18 "[…] la base legal del tribunal arbitral para emitir medidas cautelares en la mayoría de los casos se encuentra en la lex arbitri o en el reglamento de arbitraje aplicable, que generalmente otorgan discrecionalidad para la emisión de medidas anti-proceso al definir el alcance de las medidas cautelares que pueden ser emitidas ampliamente por el tribunal arbitral" [traducción libre].

19 La Ley de Arbitraje peruana, en el artículo artículo 47.6, señala lo siguiente:

> El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas (2008).

20 La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 41.1, señala lo siguiente:

> 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 (2008).

21 "[E]stá dirigida contra una del arbitraje, no técnicamente contra una corte nacional" [traducción libre].

22 La Constitución Política del Perú, en el artículo 139.2, señala lo siguiente:

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional […]
>
> 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (1993).

23 Los reglamentos de arbitraje de algunos centros arbitrales nacionales recogen estos requisitos. Al respecto, revisar el artículo 34 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que recoge unos requisitos similares a los contenidos en al artículo 17A.1 de la Ley Modelo CNUDMI.

24 Los reglamentos de arbitraje de algunos centros arbitrales nacionales recogen estos requisitos. Al respecto, revisar el artículo 34 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), que recoge unos requisitos similares a los contenidos en al artículo 17A.1 de la Ley Modelo CNUDMI.

25 La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17A.1, resalta expresamente que

> [E]l solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal (2006).

Primero, la parte interesada debe probar que, de no otorgarse la medida cautelar, es muy probable que se le cause un daño (no resarcible adecuadamente mediante una indemnización) notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada con la medida cautelar, de ser otorgada. Este requisito persigue que la medida cautelar busque proteger un daño real y cierto. Por ello, este daño debe ser mayor a aquel que sufriría la parte afectada con la medida cautelar.

Si bien la práctica arbitral internacional recogida en la Ley Modelo CNUDMI requiere a la parte interesada probar un daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización (daño irreparable), la propia Ley Modelo CNUDMI establece que dicho requisito solo será exigible "en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno" (2006, art. 17.A.2)[26]. El tribunal arbitral goza de amplia discrecionalidad para determinar los requisitos aplicables para el dictamen de una medida cautelar.

Como indica Born, en reemplazo de este requisito, la parte interesada debería probar única y exclusivamente la posibilidad de que se cause "a showing of grave, substantial or serious injury" (2014, p. 2470)[27]. Esta interpretación es coherente con la discrecionalidad que goza un tribunal arbitral y que la medida cautelar se pueda adoptar a cada circunstancia en particular. De lo contrario, una lectura literal de este requisito "would limit provisional measures principally to cases where one party was effectively insolvent or where enforcement of a final award would be impossible" (Born, 2014, p. 2471)[28].

Por ello, este requisito sería cumplido cuando, según Berger, "the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings […] would lead to a 'substantial' (but not necessarily 'irreparable') prejudice for the requesting party" (1993, p. 336)[29]. Esta idea responde a que, llevado al extremo, prácticamente todo daño es reparable monetariamente.

Empero, la cuestión no es determinar si el daño es o no irreparable con una indemnización, sino determinar si dicho daño es sustancial o afecta en gran medida el patrimonio de la parte interesada y que sea mayor al daño que se pueda causar a la parte afectada de la medida cautelar, en caso esta sea otorgada[30].

La jurisprudencia arbitral internacional ha adoptado esta posición[31]. Este es el caso, por ejemplo, del Caso No. 8786 de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), En dicha ocasión, el tribunal arbitral señaló que este requisito se cumple "if the delay in the adjudication of the main claim caused by the arbitral proceedings would lead to a 'substantial' (but not necessarily 'irreparable' as known in common law doctrine) prejudice for the requesting party" (1997, párr. 12)[32].

En el caso de las medidas anti-proceso, dados los riesgos descritos en la sección II, no existe mayor discusión de que los daños que se causarían a la

---

26 La Ley Modelo CNUDMI, en su artículo 17A.2, detalla lo siguiente:

> En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno (2006).

27 "[U]n daño grave o sustancial" [traducción libre].

28 "[L]imitaría las medidas cautelares principalmente a los casos en los que una de las partes fue efectivamente insolvente o donde la ejecución de un laudo final sería imposible" [traducción libre].

29 "[L]a demora en la decisión de los reclamos causada por el arbitraje […] conduciría a un daño sustancial pero no necesariamente irreparable para la parte solicitante" [traducción libre].

30 Para el análisis en conjunto de los requisitos del balance de daños y la verosimilitud del derecho, se ha propuesto emplear el criterio usado por el profesor Richard Posner en el caso *American Hospital Supply Corp. c. Hospital Products Ltd.* (1986). Analizando este caso, Posner propuso la siguiente fórmula para evaluar si dictar o no una medida cautelar: P x Ds > (1-P) x Dd.
En esta fórmula, los valores representan sucesivamente, P = Probabilidad de éxito del reclamo (verosimilitud del derecho), Ds = Daño que sufriría la parte solicitante de no dictarse la medida cautelar (balance de daños), (1-P) = Probabilidad de que el reclamo sea declarado infundado (inversa a la probabilidad de que sea declarado fundado) y Dd = Daño que sufriría la parte afectada de dictarse la medida cautelar (balance de daños).
En todo caso, la fórmula de Posner implica que, si la probabilidad de éxito del reclamo multiplicada por el daño que sufriría la parte solicitante de no dictarse la medida cautelar es mayor que la probabilidad de que el reclamo sea declarado infundado (que es inversa de la probabilidad de que sea fundada) multiplicada por el daño que sufriría la parte afectada de dictarse la medida cautelar, corresponde dictar la medida cautelar. A su vez, la fórmula de Posner es compartida, para el análisis de las medidas cautelares, por los profesores Francisco Gonzáles de Cossío y Alfredo Bullard González. Sobre el particular, véase González de Cossío (2016).

31 Consúltense Caso 8786 de 1996; *Caso Avena, México c. Estados Unidos* (2003); *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares, Nueva Zelanda c. Francia* (1973).

32 "[S]i la demora en la decisión sobre el reclamo causada por el arbitraje conduciría a un 'daño sustancial' (pero no necesariamente 'irreparable') para la parte solicitante" [traducción libre].

parte interesada serían (i) el impacto en el desarrollo normal del arbitraje; (ii) el riesgo de que se emitan dos decisiones contradictorias por dos tribunales; y (iii) los gastos ocasionados a la parte que solicita la medida anti-proceso para afrontar ambos procesos a la vez. Dichos daños serían mayores a los que sufriría la parte afectada de la medida cautelar, en caso se otorgue a quien ha sido la parte que ha contravenido la cláusula arbitral y la jurisdicción exclusiva del tribunal arbitral.

Por supuesto, estos daños desaparecerían si los jueces rechazan la admisión a trámite del reclamo por la existencia del convenio arbitral, en atención al artículo 16.3 de la Ley de Arbitraje peruana[33]. Por ello, se indica que "el riesgo de daños irreparables y la urgencia solo pueden establecerse si la parte solicitante ha planteado la excepción de convenio arbitral en los procedimientos judiciales y el juez ha confirmado su jurisdicción" (Vishnevskaya, 2015, p. 191).

El estándar de prueba de este requisito, con los daños indicados, ha sido reconocido en la jurisprudencia arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso No. 8307 de la CCI, un tribunal arbitral confirmó que se había acreditado el riesgo de decisiones contradictorias y que las partes interesadas incurrirían en gastos adicionales como consecuencia de los procedimientos paralelos (2001). En la misma línea, en el Caso No. 3896 de la CCI, un tribunal arbitral señaló lo siguiente:

> Le Tribunal estime qu'il existe des risques indéniables d'aggravation ou d'augmentation du litige qui lui est soumis et que les Parties devraient, dans l'esprit de bonne volonté qu'elles ont déjà manifesté en signant l'Acte de Mission, s'abstenir de tout acte susceptible d'itendre ou d'aggraver le differend, de compliquer la tdche du Tribunal arbitral, voire même de rendre plus difficile, d'une maniere ou d'une autre, l'exécution d'une éventuelle sentence (1982, p. 918)[34].

De igual forma, en el caso *Plama Consortium c. Bulgaria*, un tribunal arbitral del CIADI indicó que

> 45. The proceedings underway in Bulgaria may well, in a general sense, aggravate the dispute between the parties. However, the Tribunal considers that the right to nonaggravation of the dispute refers to actions which would make resolution of the dispute by the Tribunal more difficult. It is a right to maintenance of the status quo, when a change of circumstances threatens the ability of the Arbitral Tribunal to grant the relief which a party seeks and the capability of giving effect to the relief (2005, párr. 45)[35].

Segundo, se debe probar una verosimilitud *prima facie* del derecho invocado. Como establece el artículo 17A de la Ley Modelo CNUDMI, este requisito exige que haya "una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere" (2006, art. 17.A.1).

Como señala Born, el estándar de evaluación de este requisito consiste en que "the party requesting provisional measures must demonstrate a prima facie case on the merits of its claim" (2014, p. 2478)[36]. Por ello, este requisito "no requiere la prueba terminante y plena del mismo, sino la posibilidad razonable de que ese derecho exista" (Betchakdjian *et al*., 1999, pp. 7-8). En otras palabras, se requiere demostrar la existencia de reclamos razonables en el fondo del litigio. Si la parte interesada no demuestra la existencia de reclamos razonables, este requisito no se cumplirá y la medida cautelar será rechazada.

En este caso, dado el incumplimiento al acuerdo de arbitraje y para mitigar que se den dos procesos paralelos que discutan una misma controversia, la verosimilitud del derecho invocado debe ser analizada al determinar si ambas controversias son similares (Erk, 2014, p. 16). Para ello, en principio, se suele usar como referencia el test de triple

33 "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" (2008).

34 "El tribunal considera que existe, sin lugar a duda, el riesgo de que la disputa se agrave o empeore, y que las partes deben, con el mismo espíritu de buena voluntad que ya han demostrado al firmar los Términos de Referencia, abstenerse de cualquier acción que pueda ampliar o agravar la disputa, o complicar la tarea o incluso dificultar, de una forma u otra, la ejecutabilidad del laudo arbitral final" [traducción libre].

35 "Los procedimientos en curso en Bulgaria pueden, en un sentido general, agravar la disputa entre las partes. Sin embargo, el Tribunal considera que el derecho a la no agravación de la disputa se refiere a acciones que dificultarían la resolución de la disputa por parte de este Tribunal. Es un derecho al mantenimiento del statu quo, cuando un cambio de las circunstancias amenaza la capacidad de este Tribunal Arbitral de otorgar la reparación que una parte busca y la capacidad de otorgar dicha reparación" [traducción libre].

36 "[L]a parte que solicita medidas cautelares debe demostrar una presunción prima facie sobre el fondo de su reclamación" [traducción libre].

identidad de la litispendencia, que significa que los procesos paralelos tengan a las mismas partes, los mismos reclamos y la misma *causa petendi* (Cremades Sanz-Pastor & Madalena, 2008, p. 511). Si bien el test de triple identidad suele ser un estándar, se discute si el estándar de identidad entre ambos procesos debe ser alto o flexible.

Desde un criterio restrictivo, se exige una identidad de los tres elementos, conservando la necesidad de que la identidad sea plena (Vishnevskaya, 2015, p. 185). Por ejemplo, este criterio exigiría que las pretensiones en ambos procesos sean exactamente idénticas o que las partes en ambos procesos tengan las mismas posiciones (como demandante y demandado).

Desde un criterio más flexible, que es el que compartimos, la triple identidad podrá cumplirse aun cuando no sea plena. El principio de flexibilidad del arbitraje refuerza nuestra posición. Es posible que existan ciertas diferencias en los tres elementos, pero, si la discusión en ambos procesos es la misma, la triple identidad superará cualquier diferencia formal o no sustancial. En esta línea, las Recomendaciones de Litispendencia y Cosa Juzgada en el Arbitraje Comercial Internacional redactadas por la Asociación Internacional de Derecho definen a los procedimientos paralelos como: "proceedings in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones in the Parallel Proceedings" (Kremslehner, 2007, p. 148)[37].

Este criterio flexible ha sido reconocido por la jurisprudencia arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso CCI No. 8307, el árbitro único determinó que "the court proceedings concerned the same legal relationship prevailed over formal identity" (Vishnevskaya, 2015, p. 187)[38].

Este criterio flexible se traslada al hecho de que no es necesario que las partes o los reclamos involucrados sean plenamente idénticos. Si, por ejemplo, los reclamos de ambos procesos conciernen a la misma discusión de fondo, es razonable que se concluya que se ha cumplido esta identidad. No es necesario, por ejemplo, que los reclamos de ambos procesos contengan exactamente el mismo petitorio. Si los reclamos apuntan a una misma *causa petendi*, y plantean las mismas discusiones de fondo, la triple identidad se habrá cumplido.

Además, sobre la base de este criterio, tampoco será necesario que las partes en ambos procesos tengan la misma posición (como demandante y demandado). Como indican Cremades y Madalena, en el marco del cumplimiento de la triple identidad, "la primera de las condiciones —la identidad de sujetos— existe incluso cuando las partes del primer proceso adopten posiciones invertidas en el segundo" (2008, p. 8).

Sin perjuicio de que el fin de las medidas anti-proceso sea evitar la existencia de procesos paralelos, y un estándar razonable para evaluar ello sea el test de **triple identidad**, a nuestro juicio, las medidas anti-proceso también pueden servir para evitar que una parte inicie un litigio ante las cortes judiciales, pese a que la controversia esté cubierta en una cláusula arbitral y el arbitraje no se haya iniciado.

Si bien la primera opción es plantear una excepción de convenio arbitral[39], existe una probabilidad (por más baja que sea) de que el juez rechace la excepción. Entonces, la segunda opción sería plantear una medida anti-proceso.

Esta segunda opción solo podría darse, de manera eficiente, si la cláusula arbitral somete el arbitraje a una institución arbitral que recoja el procedimiento de arbitraje de emergencia[40]. En ese procedimiento, la parte interesada podría plantear la medida anti-proceso al árbitro de emergencia para ordenar a la otra parte que no continúe el litigio judicial. Esto, debido a que, si se espera a la constitución del tribunal arbitral, para pedir dicha medida cautelar, la demora en la constitución podría convertir en ineficiente a la medida.

IV. CUESTIONAMIENTOS A LAS MEDIDAS ANTI-PROCESO

Las medidas anti-proceso sirven para proteger el **monopolio jurisdiccional** otorgado por las partes al tribunal arbitral. Pese a ello, estas medidas

[37] "[P]procedimientos pendientes ante una corte local u otro tribunal arbitral en el que las partes y uno o más de los asuntos son iguales o sustancialmente iguales a los sometidos ante el tribunal arbitral del actual arbitraje" [traducción libre].

[38] "[E]l procedimiento judicial relacionado con la misma relación legal prevalecía sobre la identidad formal" [traducción libre].

[39] La Ley de Arbitraje peruana, en el artículo 16.1, detalla lo siguiente:

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 (2008).

[40] En el ámbito internacional, la principal institución arbitral que recoge este procedimiento es la Cámara de Comercio Internacional. En Perú, dicho procedimiento es recogido por la Cámara de Comercio de Lima (CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

cuentan con algunos cuestionamientos que, en la práctica, la convierten en un remedio que pocos tribunales arbitrales se atreven a otorgar. A continuación, describiremos algunos de los principales cuestionamientos a las medidas anti-proceso:

A. ¿El tribunal arbitral tiene el poder de determinar la competencia de un juez?

Con la emisión de una medida anti-proceso, se cuestiona que los tribunales arbitrales determinen la competencia del juez. Así como el tribunal arbitral goza del *compétence-compétence*, **y es el único** con la atribución para determinar su propia competencia, los jueces también cuentan con este poder. Como indica Pierre Karrer,

> […] it is highly doubtful whether an arbitral tribunal should be allowed to tell another arbitral tribunal or a state court what to do, or whether it should be allowed to interfere indirectly with the workings of another arbitral tribunal by ordering one of the parties what to do in the other arbitration or litigation (2001, p. 97)[41].

En la misma línea, Schneider indica que

> [a]nti-suit injunctions are said to infringe this principle [competence-competence de las cortes judiciales], because the authority granting them essentially recognizes the absence of the jurisdiction of another forum. It thus prevents the other authority from exercising its jurisdiction to determine whether it has jurisdiction (2005, pp. 41-42)[42].

Este criterio fue recogido en el caso *Allianz SpA c. West Tankers*, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que

> [i]t is incompatible with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement (2009, párr. 19)[43].

Finalmente, en un caso administrado por la CCI, un tribunal arbitral indicó que

> [t]he Arbitral Tribunal would, however, had had serious reservations about ruling on the lack of jurisdiction of a state Court and issuing a decision, which could purport to deny a party access to justice before such a state Court. It is a fundamental principle that each Court and Arbitral Tribunal has jurisdiction to rule on its own jurisdiction or, in other words, has Kompetenz-Kompetenz (Lévy, 2005, p. 117)[44].

A nuestro juicio, este enfoque es equivocado. Si un tribunal arbitral decide dictar una medida anti-proceso, el tribunal arbitral no está desconociendo el poder del juez para decidir su competencia. Este es un asunto de prelación. Como señala Herrmann, en el marco de la **Teoría de los Disparos** entre el juez y el árbitro, "la primera determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (**el primer tiro**) le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (**y final**) le corresponde al juez competente" (González de Cossío, 2008, p. 208). De ahí que, el árbitro decida primero y luego lo confirme el juez, en caso alguna parte decida recurrir al procedimiento de anulación. Este criterio es seguido por Gaillard, quien indica que

> [r]ecognizing the arbitrators' power of first determination of their jurisdiction by no means suggests that domestic courts relinquish their power to review the existence and validity of an arbitration agreement or that the parties lose any fundamental right in that respect. The acceptance by the national legal systems —by way of rules incorporated in arbitration statutes or in international conventions— that the courts refer the parties to arbitration simply means that the courts, when making a prima

[41] "[…] es muy discutible si un tribunal arbitral debería estar autorizado a decir a otro tribunal o un juez qué hacer, o si debería permitirse interferir indirectamente con el funcionamiento de otro tribunal arbitral ordenando a una de las partes qué hacer en el otro arbitraje o proceso judicial" [traducción libre].

[42] Transcripción realizada por Vishnevskaya (2015, p.153).
"[…] las medidas anti-proceso vulneran este principio [de que el juez determine su propia competencia] porque el tribunal arbitral reconoce esencialmente la ausencia de jurisdicción del juez. Por lo tanto, evita que la otra autoridad ejerza su jurisdicción para determinar si es que la tiene" [traducción libre].

[43] "Es incompatible […] el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para que una corte de un Estado miembro ordene que una persona no comience o continúe procedimientos ante los tribunales de otro Estado miembro por considerar que dichos procedimientos serían contrarios a un acuerdo de arbitraje" [traducción libre].

[44] "[E]l Tribunal Arbitral, sin embargo, habría tenido serias reservas sobre la decisión sobre la falta de jurisdicción de una corte nacional y la emisión de una decisión, que podría pretender negar a una parte el acceso a la justicia ante dicha corte nacional. Es un principio fundamental que cada corte y tribunal arbitral tiene jurisdicción para decidir sobre su propia jurisdicción o, en otras palabras, tiene Kompetenz-Kompetenz" [traducción libre].

> facie determination that there exists an arbitration agreement and that it is valid, leave it to the arbitrators to rule on the question and recover their power of full scrutiny at the end of the arbitral process, after the award is rendered by the arbitral tribunal. Under this rule, known as the negative effect of the rule of competence-competence, the arbitrators must be the first (as opposed to the sole) judges of their own jurisdiction and the courts' control is postponed to the stage of any action to enforce or to set aside the arbitral award rendered on the basis of the arbitration agreement (2007, p. 242)[45].

Entonces, una medida anti-proceso no infringe el poder de los jueces para determinar su competencia. Cuando el tribunal arbitral determine *prima facie* si la controversia está cubierta por el acuerdo de arbitraje, este es el primer disparo (*first shot*). No obstante, esta determinación no es definitiva y, si la otra parte decide recurrir al proceso de anulación, el juez podrá emplear el segundo disparo (*second shot*) y definitivo (Gonzales de Cossío, 2007, p. 208) para determinar si efectivamente la controversia estaba o no cubierta por el acuerdo de arbitraje[46].

B. ¿Las medidas anti-proceso deniegan el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción ordinaria?

Se cuestiona que las medidas anti-proceso infringen el derecho fundamental de cualquier agente de recurrir a las cortes locales. Como indica Laurent Lévy, "arbitrators must ensure that these measures do not violate a party's fundamental right of seeking relief before national courts" (2005, p. 123)[47].

Este derecho fundamental se encuentra reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política peruana[48], que impide que una persona sea desviada de la jurisdicción predeterminada por ley. Incluso, pese a que se reconozca la capacidad de las partes de someter exclusivamente cualquier controversia al foro arbitral tras la celebración de una cláusula arbitral, la Ley de Arbitraje peruana no desconoce en algunos escenarios el derecho de las partes de recurrir a las cortes judiciales. Esta es la línea seguida por el artículo 47 de la Ley, referida al dictamen de medidas cautelares en el marco de un arbitraje nacional e internacional:

> 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
> […]
> 9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes (2008).

---

45 "[R]econocer el poder de los árbitros de la primera determinación de su jurisdicción de ninguna manera sugiere que las cortes nacionales renuncien a su poder para revisar la existencia y validez de un acuerdo de arbitraje o que las partes pierdan cualquier derecho fundamental a ese respecto. La aceptación por parte de los sistemas legales nacionales, por medio de reglas incorporadas en las leyes de arbitraje o en los tratados internacionales, de que los tribunales remiten a las partes al arbitraje simplemente significa que las cortes, al hacer una determinación prima facie de que existe un acuerdo de arbitraje y que es válido, deja que los árbitros se pronuncien sobre la cuestión y recuperen su poder de revisión al final del proceso arbitral, después de que el tribunal arbitral dicte el laudo. Bajo esta regla, conocida como el efecto negativo de la regla de competencia-competencia, los árbitros deben ser los primeros (en lugar de los únicos) jueces de su propia jurisdicción y el control de las cortes se pospone a la etapa de cualquier acción para hacer cumplir o para anular el laudo arbitral emitido sobre la base del acuerdo de arbitraje […]" [traducción libre].

46 La Ley de Arbitraje, en su artículo 63.1, señala que

> [e]l laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c. Que la composición del tribunal 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 (2008).

47 "[L]os árbitros deben asegurarse de que estas medidas no vulneren el derecho fundamental de una parte de buscar reparación ante las cortes nacionales" [traducción libre].

48 La Constitución Política del Perú, en su artículo 139.3, señala que

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional […] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (1993).

Este derecho puede cobrar especial importancia en aquellos escenarios en los que el procedimiento judicial involucra a agentes que no son partes del arbitraje y que, en principio, no se les extiende el convenio arbitral. Este escenario se presentó en el Caso CCI 16240 (*Ciment francais c. Sibirskiy Cement,* 2012). La parte demandante solicitó al tribunal arbitral dictar una medida anti-proceso contra la parte demandada para que su accionista (propietaria del 100% de acciones) no continúe el proceso judicial iniciado contra la parte demandante, referido a la misma disputa sometida al arbitraje (reclamo de daños). El tribunal arbitral rechazó la solicitud de medida anti-proceso de la parte demandante.

Como indica Vishnevskaya, en este tipo de casos, esto es, de afectación de derechos de terceros, "it seems that an anti-suit injunction should not be acceptable, since it affects third parties' rights and amounts to an intrusion of the court's power to determine conditions of access to its judicial branch" (2015, p. 197)[49].

En principio, como será explicado en la acápite V, si la medida cautelar afecta derechos de terceros y la controversia sometida es la misma, siempre que el tercero esté vinculado o sometido a control por parte de alguna de las partes del arbitraje, será razonable que un tribunal arbitral dicte una medida anti-proceso para ordenar a la parte que el tercero no tramite la misma controversia en el foro judicial. No obstante, por regla general, este cuestionamiento es incorrecto. Por ello, como indica Gaillard,

> [t]hese views overlook the fact that, other than in relation to the right to seek interim measures for which jurisdiction remains vested in the State courts, the parties who enter into an arbitration agreement accept, by definition, to waive their right to resort to domestic courts for the settlement of their dispute. By entering into the arbitration agreement, the parties undertake to submit to arbitration any disputes covered by their agreement, thereby renouncing to have recourse to the courts of a given country for the settlement of the same disputes, the corollary principle being that such courts are prohibited from hearing such disputes and that, if seized of a matter covered by the arbitration agreement, they will be required, under the applicable rules, to refer the parties to arbitration (2007, p. 241)[50].

No obstante, si los procesos paralelos no cumplen el test de triple identidad, es discutible si la solicitud de una medida anti-proceso debe ser declarada fundada. Estos casos deben ser analizados caso por caso.

En el Caso No. 16240 de la CCI antes descrito, si la accionista de la parte demandada no era parte del arbitraje y ninguna parte había solicitado su incorporación (como parte no signataria[51]) ni existían pruebas de que ello fuese posible, no existe mayor discusión de que el tribunal arbitral carecería de competencia para emitir una medida anti-proceso contra dicha accionista. Pero el análisis podría variar si se encuentra en discusión su incorporación como parte no signataria del arbitraje, a raíz de que no firmó la cláusula arbitral. Si este escenario se presentase, a nuestro criterio, lo que corresponde determinar no es si la accionista es o no parte del arbitraje, conforme al test de la **triple identidad**, sino determinar si el tribunal arbitral cuenta con una jurisdicción *prima facie* sobre la accionista para dictar la medida anti-proceso.

Al respecto, Born indica que el estándar de jurisdicción de un tribunal arbitral para dictar una medida cautelar es *prima facie*

> Importantly, the jurisdictional analysis in a request for provisional measures is limited to a prima facie inquiry. The arbitral tribunal does not make a final jurisdictional ruling, but instead considers only whether there is a prima

49 "[L]a medida cautelar no debería ser aceptada, dado que afecta derechos de terceros y constituye una intrusión del poder de las cortes nacionales para determinar las condiciones de acceso a la jurisdicción ordinaria" [traducción libre].

50 "[E]stos puntos de vista pasan por alto el hecho de que, además del derecho a solicitar medidas cautelares para las cuales la jurisdicción permanece conferida a las cortes nacionales, las partes que suscriben un acuerdo de arbitraje aceptan, por definición, renunciar a su derecho a recurrir a las cortes nacionales para la solución de su controversia. Al suscribir el acuerdo de arbitraje, las partes se comprometen a someter a arbitraje cualquier disputa cubierta por su acuerdo de arbitraje, renunciando así a recurrir a las cortes nacionales para la solución de las controversias, por lo que el principio corolario es que dichas cortes están prohibidas de conocer tales disputas y, si se ocupan de un asunto cubierto por el acuerdo de arbitraje, se les exigirá, de conformidad con las reglas aplicables, que remitan a las partes al arbitraje" [traducción libre].

51 La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 14 señala que

> [e]l convenio arbitral se extiende a aquel,los 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 (2008).

> facie or reasonable argument that jurisdiction exists. The point is that if there is little or no chance that a tribunal will have jurisdiction, it would serve little purpose, and be inequitable, for it to grant provisional measures. However, given the urgency associated with the need for provisional measures, a tribunal should not delay a provisional measures decision by undertaking a full jurisdictional analysis which, by definition, cannot occur on a time scale consistent with appropriately dealing with a request for interim relief (2014, p. 2483)[52].

En la misma línea, Shihata y Parra indican que "an international tribunal may decide on provisional measures prior to establishing its jurisdiction over the dispute if it appears that there is, prima facie, a basis for asserting such jurisdiction" (1999, p. 326)[53]. Igualmente, Caron y Caplan señalan que "although the tribunal may not order interim measures in the absence of jurisdiction over the merits of the case, considerations of urgency dictate that a prima facie showing of jurisdiction is sufficient at the stage that interim measures are requested" (2013, p. 331)[54].

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*, ha establecido al respecto que

> [o]n a request for provisional measures, the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, or, as the case may be, that an objection taken to jurisdiction is well-founded, yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded (1984, párr. 24)[55].

En la misma línea, en el caso *Perenco c. Ecuador*, un tribunal arbitral concluyó que "[w]hile the Tribunal need not satisfy itself that it has jurisdiction to determine the merits of this case for the purposes of ruling on the application for provisional measures, it will not order such measures unless there is at least a prima facie basis upon which such jurisdiction might be established" (2009, párr. 39)[56].

Dado el estándar *prima facie*, si se discute la incorporación como parte no signataria de un tercero que inició el proceso judicial paralelo ante las cortes judiciales, el tribunal arbitral deberá determinar si cuenta con jurisdicción luego de un análisis preliminar y, de esa forma, podrá ordenar a dicho tercero una medida anti-proceso. No deberá determinar definitivamente si cuenta con jurisdicción sobre dicho agente, sino tan solo una aproximación *prima facie*; en otras palabras, si se trata de un análisis preliminar y no de una parte no signataria.

Este escenario resulta especialmente relevante pues, en principio, si se remite una controversia de una parte que no ha firmado una cláusula arbitral, el juez tendrá fuertes incentivos para conocer y resolver dicha controversia[57]. Para frenar este incentivo, y si cuenta con una jurisdicción *prima facie*, el tribunal arbitral tendrá el poder de dictar una medida anti-proceso contra el agente que no ha firmado la cláusula arbitral.

---

52 "Es importante destacar que el análisis jurisdiccional en una solicitud de medida cautelar se limita a un análisis prima facie. El tribunal arbitral no dicta una decisión de jurisdicción final, sino que solo considera si existe un argumento prima facie o razonable de que existe jurisdicción. El punto es que si hay poca o ninguna posibilidad de que un tribunal tenga jurisdicción, serviría de poco y sería injusto de que otorgue medidas cautelares. Sin embargo, dada la urgencia asociada con la necesidad de medidas provisionales, un tribunal no debe retrasar una decisión de medidas cautelares al emprender un análisis jurisdiccional completo que, por definición, no puede ocurrir en una escala de tiempo consistente con el manejo apropiado de una solicitud de medidas cautelares" [traducción libre].

53 "[E]l tribunal arbitral puede decidir sobre las medidas cautelares antes de establecer su jurisdicción sobre la disputa si se prueba que, prima facie, existe una base para afirmar dicha jurisdicción" [traducción libre].

54 "[A]unque el tribunal arbitral no puede ordenar medidas cautelares en ausencia de jurisdicción sobre el fondo del caso, las consideraciones de urgencia establecen que una demostración prima facie de jurisdicción es suficiente en la etapa en que se solicitan las medidas cautelares" [traducción libre].

55 "En una solicitud de medidas cautelares, la Corte no necesita, antes de decidir si las dicta o no, finalmente asegurarse de que tiene jurisdicción sobre el fondo del caso o, según sea el caso, que una objeción de jurisdicción sea fundada, pero no debe dictar tales medidas a menos que las disposiciones invocadas por el solicitante parezcan, prima facie, proporcionar una base sobre la cual podría basarse la jurisdicción de la Corte)" [traducción libre].

56 "[N]o necesita asegurarse de que tiene jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo del caso a efectos de dictar una medida cautelar, sino que tan solo no ordenará dicha medida a menos que haya al menos una base prima facie sobre la cual se pueda establecer dicha jurisdicción" [traducción libre].

57 La Ley de Arbitraje, en el artículo 16.1, señala que, "[s]i 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" (2008).

C. ¿Un árbitro de emergencia puede emitir una medida anti-proceso para impedir el trámite de una solicitud cautelar en el foro judicial?

De acuerdo con el artículo 47.4 de la Ley de Arbitraje peruana, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, una parte tiene derecho a recurrir a las cortes judiciales para solicitar una medida cautelar[58]. Una vez constituido, cualquiera de las partes podrá comunicarlo a la autoridad judicial, que estará obligada a remitir el expediente del procedimiento cautelar al tribunal arbitral, bajo sanción de responsabilidad[59]. El tribunal arbitral tiene la facultad de modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas cautelares dictadas por la autoridad judicial[60].

Cabe resaltar que, desde hace algunos años distintos reglamentos de arbitraje han implementado el procedimiento de arbitraje de emergencia, cuyo objetivo es que los árbitros de emergencia sean "nombrados antes de la constitución del tribunal arbitral y solo son competentes para pronunciarse sobre la solicitud de medidas cautelares" (Cavalieros & Kim, 2018, p. 280). En reemplazo de que las partes interesadas acudan a las cortes judiciales para obtener una medida cautelar hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, dichas partes cuentan con la posibilidad de que un árbitro (distinto a los que conformarán el tribunal arbitral) resuelva la solicitud de medida cautelar.

Los problemas que buscan proteger las medidas anti-proceso no solo están latentes en el marco de la discusión de fondo de un arbitraje, sino además en el marco de las solicitudes de medidas cautelares ante los árbitros de emergencia. Existen muchas razones por las que una parte decide iniciar la misma controversia sometida a arbitraje ante las cortes judiciales. Este escenario impactará usualmente en el desarrollo normal del arbitraje y el riesgo de que se emitan dos decisiones contradictorias por dos tribunales distintos. Si este proceso se presenta en el marco de una solicitud de medida cautelar ordinaria y convencional, ello no impactará en el desarrollo normal del arbitraje ni existirá el riesgo de decisiones contradictorias.

Por ejemplo, imaginemos que una parte solicita una medida cautelar de embargo de bienes en un arbitraje y la otra parte solicita a la autoridad judicial que ordene una medida cautelar de no innovar (para impedir que se afecten los bienes involucrados en el conflicto), como medida cautelar fuera del proceso arbitral. Si se le informa al juez que ya existe un tribunal arbitral constituido, la autoridad judicial debería rechazar liminarmente la solicitud de medida cautelar, por lo que el juez está obligado a remitir el expediente del proceso cautelar, bajo sanción de responsabilidad (2008, art. 47.6).

¿Qué ocurre en el marco de un arbitraje de emergencia? A diferencia del escenario anterior, pese a que una parte puede haber solicitado a un árbitro de emergencia una medida de embargo de bienes, en este escenario las partes tienen mayores incentivos para recurrir a las cortes locales con el propósito de obtener una medida cautelar de no innovar, dado que la Ley de Arbitraje lo autoriza expresamente ante la falta de constitución del tribunal arbitral[61]. Incluso, las disposiciones de algunos reglamentos de arbitraje autorizan expresamente lo anterior en el marco de un arbitraje

---

58 La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.4, detalla lo siguiente:

> Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho (2008).

59 La Ley peruana de arbitraje, en su artículo 47.5, menciona que

> [c]onstituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar (2008).

60 La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.6. señala que

> [e]l tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas (2008).

61 La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 47.4, establece que

> [l]as medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, esta caduca de pleno derecho (2008).

de emergencia[62]. Además, el árbitro de emergencia no goza de un poder similar al tribunal arbitral para solicitar a la autoridad judicial, bajo sanción de responsabilidad, que se le remita el expediente cautelar y que asuma competencia exclusiva.

Si el escenario antes descrito se da en el marco de un arbitraje de emergencia y la otra parte solicita en paralelo una medida cautelar ante una autoridad judicial, con el objetivo de iniciar un litigio judicial paralelo, existe la posibilidad de que se dicten dos decisiones contradictorias respecto a una medida cautelar (dictadas por el árbitro de emergencia y el juez), lo que acreditaría el requisito de balance de daños.

En principio, la parte interesada podrá solicitar al árbitro de emergencia una medida anti-proceso y que ordene a la otra parte (no al juez) que retire su solicitud cautelar en el foro judicial, a raíz de que se presente el riesgo de decisiones contradictorias y gastos adicionales a la parte afectada, además con la finalidad de que haga respetar el acuerdo arbitral suscrito entre las partes. Es un derroche de recursos tener que esperar a que se presente luego la demanda judicial y que el demandado sea emplazado, para que recién ahí presente su excepción de convenio arbitral y eventual excepción de litispendencia.

Si un árbitro de emergencia se enfrenta a este escenario, a nuestro juicio, su fallo tendría que acreditar que (i) la parte interesada sufriría un daño sustancial o grave, de no dictarse la medida anti-proceso, y que sea mayor al que sufriría la otra parte, de dictarse la medida anti-proceso; y (ii) que dicho daño mantendría su gravedad, aun cuando el tribunal arbitral constituido pueda modificar o dejar sin efecto la medida cautelar del juez (2008, art. 47.6). Este segundo aspecto es importante, ya que debe atenderse a cada circunstancia en concreto y analizar si el riesgo de decisiones contradictorias y de gastos adicionales puede constituir un daño grave o sustancial que dure hasta que el tribunal arbitral esté constituido. Así, solo si este requisito es cumplido, a nuestro juicio, el árbitro de emergencia podría dictar una medida anti-proceso y ordenar a una parte a no continuar el trámite de su medida cautelar ante la autoridad judicial.

Si bien la Ley de Arbitraje peruana[63] y algunos reglamentos de arbitraje reconocen este derecho de recurrir a las cortes locales para obtener una medida cautelar, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, este derecho debe ser analizado conforme a las circunstancias de cada caso. Si este derecho genera un daño grave o sustancial a una de las partes del arbitraje, a raíz del riesgo de decisiones contradictorias de dos tribunales y los gastos adicionales (requisito estándar para dictar una medida anti-proceso), el árbitro de emergencia podría ordenar una medida anti-proceso, en atención a que las partes deben abstenerse de realizar cualquier conducta dirigida a impactar en el desarrollo normal del arbitraje y comportarse de buena fe durante el arbitraje, de conformidad con el artículo 38 de la Ley de Arbitraje[64].

Imaginemos que el mismo escenario se da en el marco de un arbitraje de emergencia, y se solicita en paralelo una medida cautelar ante una autoridad judicial, con el objetivo de iniciar un litigio arbitral paralelo. Si bien existe el riesgo de decisiones contradictorias, se estaría respetando el acuerdo arbitral y actuando conforme a la autorización expresa de la Ley de Arbitraje de acudir a las autoridades judiciales antes de la constitución del tribunal arbitral.

Dado esto último, a nuestro juicio, la medida anti-proceso sería improcedente. Y, ante el riesgo de dos eventuales medidas cautelares contradictorias, debe prevalecer la primera medida cautelar que sea ejecutada. Esta es una regla prelación en el tiempo que debe ser respetada. Incluso, pese a que no puede aplicarse supletoria o analógicamente, el Código Procesal Civil ofrece una coherente solución ante dos medidas cautelares que afectan un mismo bien, lo que demuestra un criterio de solución que puede ser observado por los tribunales arbitrales, ante la ausencia de norma expresa en la Ley de Arbitraje acerca de dos medidas cautelares contradictorias[65].

---

62 Tómese como muestra, del artículo 35.4 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el artículo 29.7 del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

63 La Ley de Arbitraje, en su artículo 47.4, establece que

> [e]l tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara (2008).

64 El artículo 38 de la Ley peruana de arbitraje señala que, "[l]as partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje" (2008).

65 Al respecto, el Código Procesal Civil, en su artículo 639, señala lo siguiente:

> Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión (1992).

D. A la inversa: ¿un juez puede ordenar a una parte que no inicie un arbitraje? Breves apuntes del caso *AABE c. Cencosud*

Así como los árbitros están en capacidad de dictar medidas anti-proceso, un sector de la doctrina y jurisprudencia sugiere que los jueces también están en capacidad de dictar medidas anti-arbitraje y, de esa forma, ordenar a una parte a no iniciar ni continuar un proceso arbitral[66]. Estas medidas son cuestionables, principalmente, pues atentan contra el orden de prelación de los árbitros y su *compétence-compétence*. Como indica Vishnevskaya, estas medidas "should be avoided for breaching the principle of competence-competence of the arbitral tribunal" (2015, p. 194)[67].

Un caso reciente en Latinoamérica ha reabierto esta discusión. En abril del 2019, una corte judicial argentina ordenó a una empresa a no iniciar un arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) contra la República de Argentina en base al tratado entre Argentina[68] y Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (en adelante, TBI Argentina–Chile). Este caso se trata de un reclamo iniciado por la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE), una entidad pública argentina, contra la empresa Cencosud por el incumplimiento de un contrato referido a las inversiones en saneamiento y urbanización a cargo de esta última.

En respuesta al reclamo de AABE, Cencosud indicó que "any arbitrary violation of its rights could trigger a claim of its shareholders before ICSID, since they were protected under the BIT" (Kaufman, 2019)[69]. Frente a ello, AABE solicitó a una corte judicial argentina que emita una medida cautelar ordenando al CIADI que no registre la solicitud de arbitraje que presente Cencosud, o cualquiera de sus accionistas, contra la República Argentina relacionado a la disputa sometida en el foro judicial. La corte argentina otorgó la medida cautelar, pero restringió sus alcances, ordenando "Cencosud refrains from filing an arbitration before ICSID" (Kaufman, 2019)[70], sin que ordene al CIADI a no registrar la solicitud de arbitraje.

Entre otros argumentos, la corte argentina indicó que las partes habían optado por someter su disputa a las cortes nacionales argentinas. En atención a que el TBI Argentina–Chile recogía una disposición *fork in the road*[71], la elección de la corte argentina como autoridad competente impediría en definitiva a Cencosud a recurrir al CIADI para someter dicha disputa.

Con la información que tenemos, consideramos que la medida anti-arbitraje dictada por la corte argentina carece de base legal, debido a que la corte interfirió con el principio *compétence-compétence* inherente al tribunal arbitral, reconocido en el artículo 41.1 del Convenio CIADI[72]. Por ende, la discusión sobre si la disputa se encuentra o no bajo los alcances de una cláusula *fork in the road*, debe ser resuelta por el tribunal arbitral y no por una autoridad judicial. Si el tribunal arbitral estuvo equivocado, un comité de anulación *ad hoc* del CIADI podrá anular dicho fallo[73]. Incluso si optó por recurrir a las cortes nacionales, dicha elección no significa en definitiva que no se pueda acudir a otro mecanismo de resolución de controversias previsto, en este caso, en el TBI Argentina-Chile.

La tendencia mayoritaria de los tribunales CIADI[74] es que un arbitraje ante esta institución puede seguir su curso de forma paralela a los procedimientos iniciados ante las cortes nacionales del Estado receptor de la inversión, a menos que ambos procesos tengan (i) las mismas partes; (ii) el mismo fundamento; y (iii) el mismo objeto. Solo cuando se cumplan dichos elementos (**test de triple identidad**), un tribunal arbitral CIADI tendrá fuertes

66 Para una crítica a esta postura, revisar Corte de primera instancia de Ginebra May. 2, 2005, C/1043/2005-15SP (Suiza).

67 "[D]eben evitarse pues vulneran el principio de competence-competence del tribunal arbitral" [traducción libre].

68 Sobre el particular, revisar Kaufman (2019).

69 "[C]ualquier violación arbitraria de sus derechos podría desencadenar en un reclamo de sus accionistas ante el CIADI, dado que estaban protegidos por el TBI Argentina–Chile" [traducción libre].

70 "[Q]ue Cencosud se abstenga de iniciar un arbitraje ante el CIADI" [traducción libre].

71 El artículo X.2 de los Tratados Bilaterales de Inversión Argentina – Chile (TBI) señala que, "[u]na vez que un nacional o sociedad haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva" (1991).

72 El artículo 41.1 del Convenio CIADI señala que, "[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia" (1966).

73 El artículo 52.1.b del Convenio CIADI señala que, "[c]ualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas […] (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades" (1966).

74 Ver, a manera de ejemplo, el caso *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Líbano* (2009).

argumentos para declarar la terminación del arbitraje y que la controversia sea resuelta definitivamente ante las cortes locales.

En el caso concreto, a modo de ejemplo, en el proceso judicial ante la corte argentina, la discusión estaba referida a un incumplimiento contractual. No obstante, si la accionista chilena de Cencosud optaba por recurrir al CIADI[75], el test de triple identidad no se hubiera cumplido. Ni las partes ni los fundamentos eran los mismos, a raíz de que (i) en el arbitraje CIADI, hubiese participado una empresa ajena al proceso judicial (accionista chilena de Cencosud); y, (ii) en el arbitraje CIADI, se hubiese reclamado una infracción a una garantía de inversión recogida en el TBI Argentina–Chile, mientras que en el proceso judicial el reclamo era de naturaleza contractual.

Las medidas anti-arbitraje gozan de mayores cuestionamientos que las medidas anti-proceso a favor del arbitraje. Infringen el orden de prelación en la revisión de las decisiones de los árbitros y el *compétence-compétence*. El tribunal arbitral es el único que puede determinar su propia competencia, en un primer momento. Si, posteriormente, alguna parte cuestiona la decisión del tribunal arbitral referida a su competencia, el juez tendrá la oportunidad de revisar dicha decisión y decidir en definitiva la competencia del tribunal arbitral.

V. ¿LA MEDIDA ANTI-PROCESO ES UNA DEFENSA ADECUADA BAJO LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA?

En esta sección, analizaremos si la medida anti-proceso es una defensa adecuada contra un reclamo planteado ante las cortes judiciales por la misma controversia sometida a arbitraje, bajo los parámetros de la Ley de Arbitraje peruana. Para ello, nuestro análisis se dividirá en dos escenarios, que son (i) cuando el proceso judicial involucra a terceros que no son partes del arbitraje y (ii) cuando el proceso judicial involucra a terceros que son partes del arbitraje.

A. Escenario 1: el proceso judicial paralelo involucra a terceros

Si una vez iniciado el arbitraje, un tercero decide recurrir a las cortes judiciales para discutir la misma controversia sometida a arbitraje, la medida anti-proceso sería una medida eficaz para detener ese litigio judicial, siempre que el tercero esté vinculado o sujeto a un control por una de las partes del arbitraje. La medida anti-proceso tendría utilidad práctica y podría ordenar a la parte del arbitraje a que detenga el litigio judicial iniciado por una empresa que está bajo su control.

En este escenario, es imposible que la parte del arbitraje interesada plantee una excepción de convenio arbitral, pues el tercero no ha firmado una cláusula arbitral, por lo que las cortes judiciales no verificarán la existencia del acuerdo y rechazarán la excepción de convenio arbitral. En ese sentido, dado que la materia controvertida es la misma y el tercero está sujeto a un control o cierto tipo de vinculación con una parte del arbitraje, la medida anti-proceso tendría por finalidad evitar el riesgo de decisiones contradictorias.

En el marco del proceso judicial que involucre a terceros, a falta de la excepción de convenio arbitral, tampoco sería posible plantear una excepción de litispendencia, pues el requisito de triple identidad no se cumpliría. Las partes no son las mismas en ambos procesos. Por ello, el único medio de defensa disponible para la parte interesada bajo la Ley de Arbitraje sería la medida anti-proceso como una medida cautelar. Este escenario se presentó en el Caso 16240 de la CCI, en el que la demandante solicitó al tribunal arbitral dictar una medida anti-proceso contra la demandada para que su accionista (propietaria del 100% de acciones) no continúe el proceso judicial iniciado contra la parte demandante, referido a la misma disputa sometida al arbitraje (reclamo de indemnización por daños). A falta de las defensas de excepción de convenio arbitral y la excepción de litispendencia, la medida anti-proceso tendría cierta utilidad práctica para paralizar los litigios judiciales paralelos.

A falta de otro medio de defensa, el daño se vuelve grave o sustancial. Por ello, se indica que "the risk of irreparable harm, and the urgency can only be established if the requesting party had raised the arbitration defence in the court proceedings and the court had ruled positively on its jurisdiction" (Vishnevskaya, 2015, p. 191)[76]. La medida anti-proceso, bajo los términos explicados, cumpliría todos los requisitos para que sea aceptado por el tribunal arbitral.

Esta medida podría resultar eficaz si el tercero se tratara de un agente al que se quiere incorporar

[75] Se desconoce actualmente si se ha iniciado un arbitraje ante el CIADI por parte de Cencosud ante la República de Argentina.

[76] "[E]l riesgo de daños irreparables y la urgencia solo pueden establecerse si la parte solicitante ha planteado la excepción de convenio arbitral en los procedimientos judiciales y el juez ha confirmado su jurisdicción" [traducción libre].

al arbitraje como parte no signataria. A falta de cláusula arbitral, el juez tendría fuertes incentivos para conocer la discusión planteada por dicho tercero en el foro judicial. Para frenar este escenario, la medida anti-proceso sería una medida con utilidad práctica. Si el tribunal arbitral cuenta con jurisdicción *prima facie* sobre el tercero que pretende ser atraído como parte no signataria, el tribunal arbitral podrá ordenar contra dicho tercero una medida anti-proceso y paralizar el litigio ante las cortes judiciales.

Finalmente, si el tercero no tiene ningún tipo de relación con una de las partes del arbitraje, la medida anti-proceso carecería de cualquier utilidad práctica. No existiría ningún mecanismo de presión contra dicho tercero para paralizar sus acciones ante las cortes judiciales, pues no ha celebrado la cláusula arbitral ni tiene ningún tipo de relación con el arbitraje.

B. Escenario 2: El proceso judicial paralelo involucra a las mismas partes

Si una vez iniciado el arbitraje, una parte del arbitraje decide recurrir a las cortes judiciales para discutir la misma controversia sometida a arbitraje, existen dos posibilidades.

Si la parte afectada obtiene conocimiento de la intención del inicio del proceso judicial de la otra parte, la medida anti-proceso es procedente y tiene utilidad práctica. Por ejemplo, la parte afectada puede conocer dicha intención a través de una carta notarial, un correo electrónico o una solicitud de conciliación extrajudicial, que tiene carácter obligatorio en Perú para determinadas materias previo al inicio de un proceso judicial[77].

Sin embargo, la parte afectada no puede plantear una excepción de convenio arbitral o de litispendencia, ante la ausencia de una demanda planteada en el foro judicial[78]. Por ello, para que dicho intento de inicio de un litigio judicial no impacte en el desarrollo normal del arbitraje, una medida anti-proceso tendrá utilidad práctica para que las partes y el mismo Poder Judicial no incurran en gastos adicionales por un innecesario proceso paralelo, que igual acabará cuando se ejerza la excepción de convenio arbitral.

Esta idea tiene como propósito reducir el costo social del proceso. Como indican Cooter y Ulen, el objetivo económico de las normas procesales es minimizar el costo social del proceso, que está determinado por la suma de los costos administrativos y los costos de los errores (2008, p. 477). La medida anti-proceso permitiría reducir los costos administrativos y evitar que un reclamo, cubierto por una cláusula arbitral, no genere un costo adicional a las cortes judiciales y eleve innecesariamente la carga procesal.

Además, la medida anti-proceso serviría para dar un uso adecuado de los recursos y reducir las conductas oportunistas de aquellos litigantes que pretendan iniciar procesos paralelos, pese a la existencia de una cláusula arbitral. El efecto de la medida anti-proceso también reduce el costo de error generado por eventuales decisiones opuestas y paralelas.

Si la parte afectada obtiene conocimiento del litigio judicial con la notificación de la demanda judicial, la Ley de Arbitraje peruana otorga la posibilidad de plantear una excepción de convenio arbitral para evitar el riesgo de decisiones contradictorias y procesos paralelos. Una medida anti-proceso sería improcedente, pues en ese escenario la defensa procesal correspondiente es la excepción de convenio arbitral.

Si pese a la existencia de la cláusula arbitral, el juez decide rechazar la excepción de convenio arbitral y asume competencia de la controversia cubierta por la cláusula arbitral, y sometida ya previamente a otro arbitraje en paralelo, la medida anti-proceso tendría utilidad práctica para detener el litigio judicial paralelo y evitar el riesgo de decisiones contradictorias. Si bien la parte afectada cuenta con el derecho de apelar ante la instancia judicial superior la decisión sobre su excepción de convenio arbitral, la medida anti-proceso podría resultar útil en aquellos escenarios en los que, pese a que la cláusula no sea manifiestamente nula, el juez ampare la excepción de convenio arbitral[79]. La medida anti-proceso permitirá, entonces, reducir los costos de error de las instancias superiores judiciales y los costos administrativos de las cortes judiciales para revisar un caso que, a todas luces, debe ser tramitado en el foro arbitral.

[77] La Ley 26872, Ley de Conciliación, señala en su artículo 6 que, "[e]l procedimiento conciliatorio es un requisito de admisibilidad para los procesos a que se refiere el Artículo 9" (1997).

[78] El artículo 16.1 de la Ley peruana de arbitraje señala que, "[s]i se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral cuando no se hubiera iniciado el arbitraje" (2008).

[79] El artículo 16.3 de la Ley peruana de arbitraje indica que "[l]a 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" (2008).

Empero, esta orden no va dirigida al juez, sino a la parte que inició innecesariamente el proceso judicial en paralelo al arbitraje previo. Si la parte incumple la orden anti-proceso, su conducta podría ser tomada en cuenta en la asignación final de costos en el laudo o, incluso, generar un eventual derecho indemnizatorio. Como indica Born, "tribunals often take a party's procedural conduct into account in allocations of the costs of the arbitration" (2014, p. 2305)[80]. El Informe de control y de costos de la CCI añade que un comportamiento irrazonable de una parte, como el incumplimiento de una orden dictada por el tribunal arbitral, es un argumento válido para que un tribunal condene a dicha parte al pago de una mayor proporción de los costos arbitrales (2018, p. 15).

Finalmente, si la parte interesada no plantea dentro del plazo establecido la excepción de convenio arbitral en el litigio judicial, no sería posible que plantee posteriormente una medida anti-proceso en el arbitraje para paralizar el litigio judicial. Si no se planteó oportunamente la excepción de convenio arbitral, la parte interesada renuncio a ejercer el **único** medio defensa que la Ley de Arbitraje peruana le otorga en estos escenarios. Plantear una medida anti-proceso en este contexto significaría pasar por alto la extemporaneidad en el ejercicio de la excepción del convenio arbitral.

En definitiva, la finalidad de la medida anti-proceso es evitar el riesgo de emisión de decisiones contradictorias en dos procesos paralelos. Si dicho riesgo puede ser mitigado a través de una excepción de convenio arbitral, pero la parte interesada no la plantea oportunamente, sería improcedente que posteriormente plantee una medida anti-proceso para obtener el resultado que no obtuvo al no deducir la excepción. No se trata de un remedio subsidiario a la excepción de convenio arbitral.

A falta de defensas procesales de las partes, las cortes judiciales deberían rechazar la demanda judicial pues dicha materia ya está sometida a arbitraje. Tras obtener conocimiento de un proceso arbitral iniciado con anterioridad y paralelo con la misma materia controvertida, la corte judicial debería estaría impedida de discutir la misma materia e interferir en la competencia del tribunal arbitral[81]. Por ello, si bien la parte interesada no tendría la facultad de solicitar una medida anti-proceso, la corte judicial debería archivar el proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, pues la materia en controversia ya estaba siendo discutida en la jurisdicción arbitral.

VI. CONCLUSIONES

La medida anti-proceso permite afrontar el riesgo de que existan dos procesos paralelos y que se emitan dos decisiones contradictorias respecto a una misma materia en controversia.

Los requisitos que se deben cumplir para obtener una medida anti-proceso son principalmente (i) la existencia de dos procesos paralelos que versen sobre una misma controversia (y los potenciales graves daños que se causarían si ambos siguen en curso); y, (ii) el cumplimiento del test de triple identidad, bajo un criterio flexible y en el que se debe analizar principalmente si los reclamos de ambos procesos conciernen a la misma discusión de fondo.

La naturaleza de la medida anti-proceso, además, se ajusta perfectamente al derecho peruano, dado que (i) no es una orden dirigida contra el juez, lo que no significaría una vulneración a la competencia de las cortes judiciales; (ii) no infringe el derecho fundamental de acceso a la justicia ordinaria; y (iii) un árbitro de emergencia puede, bajo determinadas circunstancias, emitir una medida anti-proceso para el trámite de una solicitud cautelar en el foro judicial.

Finalmente, la medida anti-proceso opera en el derecho peruano, y es eficiente, solo en determinados contextos. La Ley de Arbitraje peruana otorga a las partes interesadas la posibilidad de evitar un proceso judicial con la excepción de convenio arbitral. En otros términos, solo si este medio de defensa no está disponible para la parte interesada, en los escenarios antes explicados, es razonable que los tribunales arbitrales otorguen una medi-

[80] "[L]os tribunales a menudo tienen en cuenta la conducta procesal de una parte en la asignación de los costos del arbitraje" [traducción libre].

[81] Al respecto, el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú prescribe lo siguiente:

> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
> […]
> 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.
> Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (1993).

da anti-proceso. En consecuencia, la medida anti-proceso no será una medida válida en caso la parte interesada no haya planteado oportunamente la excepción de convenio arbitral.

REFERENCIAS

Baltag, C. (2016). Anti-Suit Injunctions and Other Means of Indirect Enforcement of an Arbitration Agreement. En Brekoulakis, S.L., Lew, J.D.M., y L.A. Mistelis (Eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration* (Vol. 37, pp. 251-268). Kluwer Law International.

Berger, K. (1993). *International Economic Arbitration*. Kluwer Law Arbitration.

Betchakdjian, S., Romero, A., & Verdaguer, A. (1999). Medidas Cautelares. En Arazi, R. (dir.), *Medidas Cautelares* (2da ed.). Editorial Astrea.

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed., Vol. 3). Kluwer Law International.

Cámara Internacional de Comercio (2018). *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-english-version.pdf

Caron, D. & Caplan, L. (2013). *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2da ed.). Oxford University Press.

Cavalieros, P. & Kim, J. (2018). Emergency Arbitrators Versus the Courts: From Concurrent Jurisdiction to Practical Considerations. *Journal of International Arbitration*, *35*(3), 275-306.

Cooter, R. & Ulen, T. (2008). *Derecho y Economía*. Fondo de Cultura Económica.

Cremades Sanz-Pastor, B. & Madalena, I. (2008). Parallel Proceedings in International Arbitration. *Arbitration International*, *24*(4), 507-540. https://doi.org/10.1093/arbitration/24.4.507.

Erk, N. (2014). *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*. Kluwer Law International.

Gaillard, E. (2007). Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. En Van Den Berg, A. J., *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Vol.13, pp. 235-265). Kluwer Law International.

González de Cossío, F. (2008). La ironía de Compétence-Compétence. *Lima Arbitration*, (*3*), 194-212.

(2016). Estándar de emisión de medidas precautorias: cuestionando un paradigma desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. *Lima Arbitration*, (7), 205-223.

Horvath, G.J., & Wilske, S. (2013). Categories of Guerrilla Tactics. En Horvath, G. J., & Wilske, S. (Eds.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration* (Vol. 28, pp. 3-16). Kluwer Law International.

Karrer, P.A. (2001). Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and the Courts: Less Theory, Please. En Van den Berg, A.J. (Ed.), *International Arbitration and National Courts: The Never-Ending Story* (pp. 97-110). ICCA Publications.

Kaufman, E. (5 de junio de 2019). An Argentine Court Orders a Corporation Not to Initiate Arbitration Before ICSID: Should Investors be Worried? [Kluwer Arbitration Blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/06/05/an-argentine-court-orders-a-corporation-not-to-initiate-arbitration-before-icsid-should-investors-be-worried/?doing_wp_cron=1597035885.0029840469360351562500.

Kremslehner, F. (2007). "Lis Pendens" and "Res Judicata" in International Commercial Arbitration: How to Deal with Parallel Proceedings: How to Determine the Conclusive and Preclusive Effects of Arbitral Awards. En Klaugsegger, C. (Ed.), *Australian Arbitration Yearbook* (pp. 127-162). Kluwer Law International.

Lévy, L. (2005) Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators. En Gaillard, E. (ed), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (pp.115-131). IAI Series on International Arbitration.

Mosimann, O.L. (2010). Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration (vol. 5). Eleven International Publishing.

Noussia, K. (2009). Antisuit Injuctions and Arbitration Proceedings: What does the Future Hold? *Journal of International Arbitration, 26*(3), 311-336.

Schneider, M. (2005). Court Actions in Defence against Anti-Suit Injunctions. En Gaillard, E. (ed.), *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration* (pp. 41-65). IAI Series on International Arbitration.

Shibata, I.F.I, & Parra, A.R. (1999). The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, *14*(2), 299-361. https://doi.org/10.1093/icsidreview/14.2.299.

Stacher, M., & Feit, M. (2013). Chapter 18, Part VI: Parallel Proceedings and Lis Pendens. En Arroyo, M. (Ed.). *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2da ed., pp. 2633-2644). Kluwer Law International.

Vishnevskaya, O. (2015). Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil? *Journal of International Arbitration*, *32*(2), 113-260.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

American Hospital Supply Corp. c. Hospital Products Ltd, 780 F.2d 589 (7th Circ., 1986).

Caso Avena, Estados Unidos Mexicanos c. Estados Unidos de América, Orden sobre medida cautelar, 2003 I.C.J. Rep. 77 (5 Feb.).

Caso C-185/07, Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers, 2009 E.C.R. I-663.

Caso No. 3896 de 1982, 110 J.D.I. 914 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso No. 8786 de 1996, 11 ICC Bull. 83 (ICC Int'l Ct. Arb).

Caso No. 8307 de 2001, 22 ICC Bull. Sup. 13 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua. c. Estados Unidos), Orden de protección cautelar, 1984 C.I.J. Rep. 169, 23 I.L.M. 468 (10 Jun. 1984).

Caso Relativo a los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda c. República Francesa), Orden, 1973 CIJ Rep. 135 (22 Jun.)

Ciment Francais c. Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company, Caso No. 16240 de 2012 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Código Procesal Civil [Cod. Proc. Civ], Resolución-Ministerial 10-93-JUS, Diario Oficial El Peruano, 23 de abril de 1993 (Perú).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008). https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 4 I.L.M. 524.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993).

Corte de primera instancia, Ginebra. May. 2, 2005, C/1043/2005-15SP (Suiza).

Decreto Legislativo 295. Código Civil. Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984.

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008.

Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones, Doc. N.U. A/61/17 (2006).

Ley 26872, Ley de Conciliación, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de noviembre de 1997.

Plama Consortium Limited c. Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, orden sobre medida cautelar urgente (6 Sep. 2005), IIC 190 (2005).

Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. c. GE Medical Systems Information Technologies, Inc., 369 F.3d 645 (2d Cir. 2004).

Paul Donin de Rosiere c. Irán, 13 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 193 (1986).

Perenco Ecuador LTD c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre solicitud cautelar (8 May. 2009), IIC 375 (2009).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima [CCL], del 1 de enero de 2017.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], del 1 de enero de 1998.

Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Arg.-Chile, 2 de agosto de 1991.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República de Líbano, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre jurisdicción (11 Sep. 2009), IIC 391 (2009).

10.18800/themis.202001.014

ÁRBITRO DE EMERGENCIA: EL REFUERZO DE LA TUTELA CAUTELAR (*ANTE CAUSAM*) EN EL ARBITRAJE INSTITUCIONAL

EMERGENCY ARBITRATOR: THE REINFORCEMENT OF PRECAUTIONARY PROTECTION (ANTE CAUSAM) IN INSTITUTIONAL ARBITRATION

Ana Isabel Blanco García*
Universitat de València

This article seeks to highlight the work that arbitral institutions are undertaking to guarantee comprehensive arbitration protection, highlighting the adoption of interim measures, including the so-called ante causam interim measures. These measures, as their name suggests, are requested even before the claim is filed, when there is no arbitral tribunal, since it has not yet been formally constituted.

The figure of the emergency arbitrator arises to deal with this need, avoiding that the decision on this type of measures is left in the hands of the jurisdictional bodies, mainly because of the difficulties that could arise from the determination of jurisdiction in international arbitrations.

Keywords: Arbitration; interim protection; emergency arbitrator; interim measures; institutional arbitration.

El presente artículo busca poner en valor la labor que las instituciones arbitrales están acometiendo para garantizar una tutela arbitral integral, especialmente en lo que concierne a la adopción de medidas cautelares, incluyendo las llamadas medidas cautelares ante causam. Medidas que, como su nombre bien indica, son solicitadas incluso antes que la demanda, lo que en la práctica se traduce en la ausencia de órgano arbitral; puesto que no ha sido, todavía, constituido formalmente.

La figura del árbitro de emergencia surge para dar respuesta a dicha necesidad, evitando que la decisión sobre este tipo de medidas quede en manos de los órganos jurisdiccionales, sobre todo por las dificultades que podría llegar a presentar la determinación de la competencia en los arbitrajes internacionales.

Palabras clave: Arbitraje; tutela cautelar; árbitro de emergencia; medidas cautelares; arbitraje institucional.

* Abogada. Magister y doctora en Derecho por la Universitat de València. Profesora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la misma casa de estudios (Valencia, España). Contacto: a.isabel.blanco@uv.es

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 27 de marzo del 2020, y aceptado por el mismo el 21 de julio del 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La tutela cautelar es propia de la vía jurisdiccional, pero no exclusiva de la misma; puesto que deviene esencial para asegurar la efectividad y éxito del arbitraje (Kimmelman & Márquez, 2015, p. 27), especialmente tomando en consideración que los riesgos de infructuosidad que puede sufrir el demandante en un arbitraje son los mismos a los que se ve expuesto en un proceso judicial (Amprimo-Plá, 2013, p. 59). Ello, en el sentido que se entiende al arbitraje como un "equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)" (Tribunal Constitucional, sentencia 174/1995, 1995). Ahora bien, de ello no debe desprenderse que la falta de *imperium* de los árbitros supone la privación de una facultad de actuar como garantes de esta tutela, lo cual está muy lejos de la realidad. Dicho aspecto conlleva, como veremos, una doble habilitación (de árbitros y de jueces) para conocer de esta materia[1].

En este aspecto reside una paradoja del arbitraje. En efecto, se da una dicotomía entre el poder de los juzgados y tribunales, y el poder los árbitros conferido por las partes, traducida en la realidad en una tensión entre los tribunales judiciales y los tribunales arbitrales. De hecho, es sabido que la *potestas* es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales y, por ende, no pueden ser obviados ni tan siquiera cuando optamos por acudir a un arbitraje, método de resolución de conflictos que constituye una verdadera alternativa a tales órganos. De ahí que se busque la cooperación y el auxilio judicial en determinados momentos. Ahora bien, mediante la decisión de acudir a la tutela arbitral buscamos desprendernos de todo cuanto proviene del poder público.

En ese sentido, conferir un mayor o menor poder al órgano arbitral es el *quid* para determinar la configuración y funcionamiento del propio arbitraje. De tal forma, en el presente artículo abordaremos a los sujetos que concurren como garantes de la tutela cautelar, con especial mención a la tutela cautelar *ante causam* tras el cambio de paradigma que ha supuesto la entrada en juego del árbitro de emergencia. De ese modo, analizaremos las particularidades de esta figura con base en la estructura actual de la tutela cautelar arbitral, en concreto, en el arbitraje institucionalizado o administrado.

II. SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL ARBITRAJE, EN ESPECIAL, LA CAUTELAR *ANTE CAUSAM*

En todo caso, impera por norma general el "sistema de doble competencia" (Sánchez Pos, 2018a, p. 432), lo que significa que las regulaciones sobre la materia ampliaron la atribución de competencias de manera que concurrieran, de forma alternativa, las jurisdicciones arbitral y judicial en materia cautelar[2], en línea con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual señalaba la compatibilidad "con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas" (1985).

Este último aspecto se ve traducido en la práctica en el sentido de que las partes serán, en última instancia, quienes decidan cuál de estos órganos –el tribunal arbitral o el judicial– es el competente para dictar y acordar las medidas cautelares en el marco del arbitraje. Ahora bien, es necesario acotar que la opción por la vía judicial coloca a las partes en una posición algo crítica, en el sentido de que estas decidieron acudir al arbitraje para dirimir su controversia. Sin embargo, llegado el momento, tienen que volver a los tribunales ordinarios para solicitar las concretas medidas cautelares, con los costes que de ello se derivarían. Dichos costes no solo se materializan en el ámbito pecuniario; sino que también se dan en tiempo (especialmente, dada la lentitud que caracteriza a los sistemas judiciales en el mundo en general a diferencia del arbitraje, el cual es conocido por ser un proceso más efectivo en costos de tiempo).

---

1 De tal forma, se superaba así "el escepticismo que provocaba el arbitraje en el legislador español, muy a pesar del reconocimiento expreso de que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, o, a la postre, un cauce de tutela heterocompositivo como el proceso judicial" (Barona Vilar, 2011, p. 1051).

2 Existen dos razones, en concordancia con lo establecido por Rodríguez Mejía, por las cuales se justifican la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares:

> [l]a primera de tipo dogmático, se apoya en que el proceso cautelar está integrado por dos apartados funcionales, el primero supone la declaración de la cautela y el segundo la ejecución de la misma. Siendo que los árbitros gozan de la autoridad para decir el derecho en el caso concreto, debe entenderse que también son competentes para cumplir aquella función declarativa dentro del proceso cautelar. Por otra parte, el segundo argumento es de tipo pragmático y se asienta en la confianza en el arbitraje y en los árbitros, en donde juega un papel muy importante la CNUDMI, que, en aras de armonización de las legislaciones de sus países miembros, propone en la Ley Modelo la adopción de las cautelas por los árbitros como un voto de confianza en la institución arbitral (2014, p. 105).

Entendemos que el principio de intervención judicial mínima debe imperar durante todo el arbitraje, desde que inicia dicho proceso hasta el final de forma que este papel de auxilio judicial quede definitivamente relegado a un segundo plano. Las leyes de arbitraje suelen contener disposiciones que determinan los criterios de atribución de competencia para acordar medidas cautelares[3]. Dicha previsión no debería ocasionar problema alguno en lo que respecta a los arbitrajes de ámbito nacional. Sin embargo, el caso de los arbitrajes internacionales supone una cuestión distinta, en donde la solicitud o ejecución de las medidas cautelares puede intentarse ante los tribunales ordinarios de varios países. Efectivamente, el demandante arbitral o reconveniente arbitral puede solicitar al tribunal competente de uno o más de un país (distintos del lugar de desarrollo del arbitraje) la adopción o ejecución de las medidas cautelares solicitadas.

Análisis de cuestiones de competencia que podrían producir dilaciones indebidas que no harían sino perjudicar al arbitraje, especialmente cuando hablamos de medidas cautelares *ante causam*, cuya utilidad ha sido cuestionada (Fernández Ballesteros, 2011, p. 120). No obstante, en conformidad con lo establecido por Derains y Schwartz,

> [a]lgo vital para el arbitraje es la disponibilidad de medidas cautelares o provisionales efectivas que acompañen al **proceso arbitral futuro** o en curso. De hecho, en algunos casos, **un arbitraje puede ser inútil si no es posible lograr ciertas medidas provisionales rápidamente** como, por ejemplo, para asegurar ciertos activos o imponer cierta conducta (2011, pp. 432-433) [el énfasis es nuestro].

Por regla general, las medidas solicitadas en este momento del procedimiento (o más bien, previo al inicio de este) suelen ir encaminadas a la conservación de los bienes y de las pruebas, así como a la ejecución del contrato, aunque sea solamente de forma provisional (Muñoz, 2015, p. 53).

Ahora bien, haciendo un recorrido por algunos reglamentos de instituciones arbitrales reconocidas a nivel internacional, observamos disparidad de criterios en lo que concierne, primero, a las medidas cautelares concretas que pueden adoptarse en el proceso y, segundo, al tipo de decisión a emitir por el órgano arbitral.

Con respecto al primer aspecto, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA) establece en su Reglamento –ex artículo 25– un listado de medidas y parámetros bajos los cuales pueden ser conferidas (Cámara de Arbitraje de Londres [LCIA], 2014). Por su parte, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) –ex artículo 28– o el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, SCC) –ex artículo 37– dejan sin concretar el tipo de medida susceptible de ser adoptada, limitándose solamente a señalar que el tribunal arbitral podrá ordenar, a solicitud de parte, aquellas medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas (Cámara de Comercio Internacional [CCI], 2017; Cámara de Comercio de Estocolmo [SCC], 2017).

En lo que concierne al tipo de resolución que debe contener la decisión sobre la concesión o rechazo de las medidas cautelares propuestas, no encontramos tampoco un criterio unívoco entre las instituciones arbitrales. Todo lo contrario, tanto la CCI como la SCC dejan a discreción del tribunal emitir la resolución bajo la forma de auto o de laudo motivado, pero sin especificar un criterio concreto para discernir cuándo corresponde uno y en qué casos debe ser usado el otro (CCI, 2017; SCC, 2017). De ese modo, la diferencia entre las instituciones, reside principalmente en la agilidad con la que se tramita uno u otro, que dependerá en gran medida de la propia institución.

Asimismo, se pone de relieve la *supra* citada paradoja. En efecto, todos los reglamentos de las instituciones arbitrales destacan la competencia de los árbitros para otorgar la tutela cautelar, pero abren la puerta a la posibilidad de que las partes soliciten a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares al proceso. Que la solicitud se dirija a los tribunales obedecerá, en muchos casos, a la necesidad de asegurar la medida cuando el riesgo de incumplimiento obligue a proceder contra terceros que no sean parte del convenio arbitral y, por tanto, situados fuera del ámbito competencial del árbitro.

Esta última decisión, además, podría llegar a influir en la continuación del propio arbitraje, debido a que los efectos de la desestimación de la solicitud de tutela cautelar irían más allá de la no adopción de las concretas medidas, dado que indirectamente se afectaría a la sustentación de la demanda arbitral (Hanessian & Dosman, 2016, p. 215) que podría hacer que la parte interesada reconsiderara la viabilidad de su demanda y, con ella, del procedimiento.

[3] Véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Ley española 60/2003 de arbitraje, siguiendo el esquema del artículo 6 de la Ley Modelo CNUDMI.

En cualquier caso, existe unanimidad en la posibilidad de acudir a una sede distinta de la arbitral en cuanto a las medidas solicitadas *ante causam,* pero no cuando el procedimiento se encuentra en curso. Precisamente, la LCIA no permite acudir al órgano judicial para pedir amparo cautelar si no es bajo circunstancias excepcionales y previa autorización del órgano arbitral. Circunstancias excepcionales exigidas, pero no detalladas en el propio Reglamento, lo que deja en manos del órgano arbitral la definición de esta cualidad de circunstancias excepcionales.

Ahora, hubiese sido preferible que el propio reglamento estableciera cuáles son esas circunstancias a las que alude, así como hubiera incluido un listado (aunque fuese *numerus apertus*) de qué situaciones quedan bajo el paraguas de tal condición de excepcionalidad, con la finalidad de evitar la arbitrariedad del tribunal. En efecto, ello contribuiría no solo a una mayor transparencia del procedimiento, sino también a la seguridad jurídica de las partes del proceso.

Uno de los aspectos controvertidos de la actual regulación es la posibilidad de adoptar medidas cautelares *ex parte* o *inaudita parte*. Cuando hacemos referencia estos conceptos, nos referimos, a aquellas medidas solicitadas por una de las partes, pero con dos particularidades: (i) el desconocimiento sobre dicha solicitud por la otra parte; y, (ii) la posibilidad de que el órgano arbitral decida sobre la misma sin prestar audiencia previa a la parte que se verá afectada por la ejecución de la medida cautelar. De forma evidente, estamos ante la necesidad de garantizar, por un lado, la eficacia del arbitraje, cuya urgencia justifica estas medidas y, por otro lado, los principios de audiencia, contradicción e igualdad propios de toda vía de tutela[4], aunque sea en un momento procesal posterior.

No obstante, a pesar de su inclusión en la Ley Modelo de la CNUDMI, todavía muchas legislaciones arbitrales, en las que se encuentra incluida el caso español, siguen sin incorporar a sus disposiciones este tipo de medidas. Este silencio también es compartido por los Reglamentos de las distintas instituciones arbitrales. Por ejemplo, solamente la LCIA, más exhaustiva en la previsión de medidas cautelares que el resto, excluye expresamente en su reglamento esta posibilidad de solicitar medidas cautelares *inaudita parte*; puesto que exige conceder a la parte adversa la oportunidad de responder a tal solicitud, por lo que, en el caso de los procesos arbitrales en la LCIA, con audiencia oral o sin ella, la otra parte tiene derecho a formular alegaciones en contra.

La adopción de medidas cautelares por los árbitros en un proceso debe quedar sujeta al cumplimiento de ciertos presupuestos y requisitos aceptados que busquen garantizar la observancia de las garantías procedimentales. En este sentido, los principios universalmente aceptados para la adopción de medidas cautelares en la vía judicial también son acogidos para el caso del mundo arbitral[5]. En concreto, hablamos del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y del *periculum in mora* o peligro en la mora procesal. Ambos aspectos deben ser debidamente motivados y justificados en la solicitud de medidas cautelares en un arbitraje. Por otra parte, es unánime la habilitación al tribunal arbitral para subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Ahora bien, cuando nos referimos a la tutela cautelar *ante causam* debemos añadir un elemento esencial adicional: la urgencia[6]. En este sentido, debe quedar claro que cuando hacemos referencia a urgencia buscamos aludir a excepcionalidad.

De tal forma, si bien no contamos con un consenso unívoco sobre los elementos que definen el carácter urgente de las medidas en el proceso[7], debe entenderse que "concurre esta urgencia cuando se produce un *quantum* de peligro superior al que, de por sí, sería ya suficiente para permitir la adopción de una medida cautelar" (Gascón Inchausti, 1999, p. 44). Así, los daños ocasionados por el transcurso del lapso de tiempo entre la demanda y la constitución del órgano arbitral competente para decretar las medidas cautelares podrían ser

---

4 En ese sentido, Sánchez Pos, ha mencionado que

> […] la inclusión de esta figura en los distintos ordenamientos ha resultado polémica por la posible merma del principio del debido proceso y, con él, de las garantías de igualdad, audiencia y contradicción de las partes como consecuencia del contacto del tribunal arbitral solo con una de ellas, lo que permitiría fundar una ulterior anulación del laudo arbitral (2018b, p. 4).

5 Especialmente tras la reforma de la Ley Modelo CNUDMI operada en 2006 que vino a suplir dos deficiencias básicas: la definición de medida cautelar como medida de carácter temporal y las condiciones para otorgar tales medidas en el arbitraje. Al respecto, véase a Sánchez Pos, M. V. (2018a, pp. 411-418)

6 Para un análisis exhaustivo de la figura del árbitro de emergencia y de las medidas cautelares urgentes, véase a Yesilirmak, A. (2005).

7 Algunos de los riesgos son: (i) El daño grave e irreparable a una de las partes; (ii) La intensificación de la controversia durante el procedimiento; o, (iii) La integridad procesal del arbitraje comprometida (Gerbay *et al.*, 2015, pp. 133-166)

considerados irreparables. La naturaleza urgente de las medidas cautelares requiere de remedios igualmente rápidos, capaces de dar una respuesta ágil y garante, con la finalidad de evitar perjuicios, lo que se ha conseguido a través de este árbitro de emergencia.

En ese sentido, las medidas cautelares *ante causam* son, perfectamente lícitas y, por ende, válidas en el arbitraje. Se considera más que probada su compatibilidad con este mecanismo de solución de conflictos, aunque en la realidad estemos más bien en una etapa pre-arbitral, dado que el órgano arbitral (unipersonal o colegiado) que se encargará de conocer del caso y emitir el laudo, aún no ha sido debidamente constituido. Es la propia efectividad del arbitraje la que torna necesaria esta posibilidad de decretar, con carácter de urgencia, una serie de medidas (temporales) que tienen como principal finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones que pudieran establecerse con posterioridad en el laudo.

III. ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Cuando hacemos referencia a la tutela cautelar, resulta evidente que el órgano arbitral no tiene facultad para adoptar medidas cautelares hasta su efectiva constitución, lo que en la práctica se traducía en que la parte interesada en solicitar una medida provisional podría hacerlo, pero única y exclusivamente en sede judicial. Sin embargo, la solución que evitaría que tuvieran que ser los jueces quienes decidieran sobre la tutela cautelar a adoptar en caso de urgencia sería aquella medida que permitiría optar por el recurso al denominado árbitro de emergencia. En las siguientes líneas pretendemos identificar las principales características de configuración y funcionamiento de esta figura en el arbitraje institucional.

A. Concepto y *statu quo*

La propia realidad del arbitraje puede poner de manifiesto las limitaciones del procedimiento arbitral, puesto que ningún sistema arbitral garantiza una constitución inmediata del órgano arbitral, lo que, en definitiva, perjudicaría a una de las partes que necesitara de una medida provisional de manera urgente para asegurar el futuro cumplimiento de la obligación exigida en el laudo final. En consecuencia, lo que está en juego en este tipo de situaciones es la efectividad del arbitraje.

Ahora bien, este "potencial conflicto de jurisdicción entre jueces y árbitros de emergencia" (Alnaber, 2019, p. 442) es una de las grandes preocupaciones de la introducción y disponibilidad de esta nueva figura en la esfera arbitral. En efecto, la parte que requiera de una medida urgente puede optar en dichas circunstancias por acudir a la vía judicial; sin embargo, es evidente que nos encontramos con limitaciones procesales importantes y con la mayor demanda de una independencia arbitral con respecto a la jurisdicción ordinaria que tiende a abogar a reducir la intervención judicial a la mínima esencia. Dicha intervención o asistencia indispensable en determinadas situaciones, empero, no puede ser interpretada, según Smit, como una injerencia o intromisión en el acuerdo de arbitraje de las partes (1990, p. 390).

Bajo dichas coordenadas, surge el árbitro de emergencia, cuya denominación no debe llevarnos a equivocaciones. En efecto, cuando se hace uso del árbitro de emergencia, no nos encontramos frente a una forma de arbitraje acelerado ni abreviado, que alude a un procedimiento con menor complejidad y de trámite más reducido; sino, por el contrario, ante un árbitro con todas sus características y cualificaciones específicas como en cualquier proceso, pero cuya designación sí se encuentra alterada con respecto al arbitraje ordinario para simplificarla.

La ausencia de respaldo legal, puesto que no existen referencias en las Reglas de la CNUDMI ni en la mayoría de las legislaciones, viene contrarrestada con la proliferación y exhaustividad de normas reglamentarias, con una mínima excepción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI), que no contempla en su reglamento esta vía para el arbitraje de inversiones. Téngase en cuenta que ya en 1990 se introdujo este concepto a través de lo que se denominó **Procedimiento Pre-Arbitral** en el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lamentablemente, sin mucho éxito en la práctica (CCI, 1990).

En efecto, han sido las propias instituciones arbitrales las que, remitiéndose a la necesidad de ofrecer a las partes del proceso una vía ágil y específica en esta cuestión, han incorporado este arbitraje de emergencia, el cual sigue las pautas de aquel procedimiento pre-arbitral. Estas mismas, de forma necesaria, han sido actualizadas para dar cobertura a las nuevas demandas de la práctica arbitral a lo largo de todo el mundo[8].

[8] Sobre este aspecto, Hanessian y Dosman afirman que: "las disposiciones relativas a los árbitros de emergencia abordan una deficiencia de larga data del arbitraje internacional al proporcionar un proceso inmediato y eficiente para resolver las solicitudes de medidas provisionales antes de la constitución del tribunal arbitral" (2016, p. 237) [traducción libre].

Destacan, entre otros, la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial[9] (en adelante, JCAA), el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong[10] (en adelante, HKIAC), la Institución de Arbitraje de la Cámara Suiza[11] (en adelante, SCAI), la LCIA[12], la SCC[13] o la CCI[14]. Todas estas disposiciones deben abogar para que el árbitro de emergencia sirva solamente a este fin en particular. En efecto, a la estimación o desestimación de la adopción de medidas cautelares "urgentes", restringiendo su implicación con el fondo del asunto y los fundamentos que sustentan la demanda en concreto, para mantener la imparcialidad y libertad de actuaciones del órgano arbitral. Órgano que será, posteriormente, constituido para resolver la controversia en concreto y emitir el laudo[15].

Aquellas reglamentaciones antes mencionadas, por regla general, han optado por aplicar un sistema *opt-out*[16] en lugar de un sistema *opt-in;* es decir, han apostado por un sistema de exclusión. En otras palabras, recae sobre las partes del arbitraje la posibilidad de excluir este sistema, que entendemos puede darse tanto de forma expresa como tácita. Se entenderá que esta exclusión será expresa cuando las partes manifiesten su oposición a acudir a un árbitro de emergencia en el propio convenio, así como si hubieran convenido otro procedimiento pre-arbitral distinto. En ese sentido, se entenderá que nos encontramos ante una exclusión tácita cuando las mismas se hubieran decantado por la vía judicial para la solicitud de medidas cautelares, lo que excluye, *per se*, la potestad arbitral para otorgar las mismas.

A pesar de la acogida y beneficios obtenidos en la práctica, abogamos por la incorporación de este árbitro de emergencia en las respectivas legislaciones arbitrales, partiendo en principio de un estándar internacional que permita un uso uniforme y homogéneo de dicha figura, pudiendo basarse, como no, en las directrices sentadas en los propios reglamentos institucionales. La experiencia de los arbitrajes administrados puede darnos una idea de aquellos aspectos que, como mínimo, debieran regularse. Todo ello, claramente, sin olvidar que este seguirá siendo una posibilidad y nunca una obligación para las partes.

B. Funcionamiento

La configuración del árbitro de emergencia se alimenta de la prevista para el árbitro ordinario, pero con las características inherentes a su propia razón de ser: la urgencia. Dicha naturaleza debe ser explicada y justificada de forma más completa, sin dejar lugar a duda de que la solicitud de las medidas cautelares no debe ni puede esperar a la constitución del tribunal arbitral[17]. Esta urgencia ya hace presagiar y creer que los plazos para su designación y constitución, así como para la emisión del laudo u orden correspondiente, serán mucho más breves y ágiles que en el arbitraje ordinario.

Asimismo, la exigencia de celeridad provoca que debamos decantarnos por la constitución de un órgano arbitral unipersonal; esto es, por la designación de un único árbitro de emergencia, evitando las dilaciones que no son más que la consecuencia natural de las deliberaciones para la constitución del tribunal arbitral, tanto en la designación del tercer integrante del colegio arbitral como del contenido de la resolución sobre la adopción de las medidas cautelares *ante causam*.

Por el contrario, los plazos para la designación del árbitro de emergencia del proceso van desde las veinticuatro horas hasta los tres días. Por ejemplo, algunas instituciones arbitrales (como la SCC[18] o

---

9 Véase el Capítulo V, Sección 2, del Reglamento sobre Arbitraje de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial (en adelante, JCAA).

10 Véase el *Schedule* 4 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (en adelante, HKIAC).

11 Véase el artículo 43 de las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas (en adelante, SCAI).

12 Véase el artículo 9, b), del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA).

13 Véase el Apéndice II del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, SCC).

14 Véase el Capítulo V, Sección 2, del Reglamento sobre Arbitraje de la JCAA.

15 En el mismo sentido, Goldstein señala lo siguiente:

> el carácter temporal del mandato del árbitro de urgencia y la total reversibilidad de sus determinaciones por el tribunal arbitral pleno, una vez constituido, militan a favor de que el árbitro de urgencia tenga la mínima implicación con el fondo del asunto que las circunstancias permitan. La misión del árbitro de urgencia es, esencialmente, proporcionar sólo la ayuda temporal que sea necesaria para mantener la capacidad efectiva del tribunal arbitral con la finalidad de ocuparse de la continuación de la ayuda provisional una vez constituido (2017, p. 796) [traducción libre].

16 Para mayor información, con una posición a favor, véase a Santacroce (2015, p. 292). Por otro lado, en contra, véase a Fernández Masiá (2017, p. 89).

17 Véase Cámara de Comercio Internacional (2019).

18 Véase el Apéndice II, artículo 4 (1) del Reglamento de Arbitraje de la SCC.

el HKIAC[19]) fijan un plazo reducido de veinticuatro horas para la designación del árbitro, a contar desde la confirmación del pago de las tasas junto con la solicitud. Otras (como es el caso de la CCI[20]) fijan este plazo en dos días, mientras que la LCIA[21] lo extiende hasta los tres días. En cualquier caso, hablamos de plazos muy reducidos (a diferencia de los plazos en el arbitraje ordinario) que denotan el interés de dichas instituciones para legitimar el recurso al arbitraje y ofrecer una tutela integral.

Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos refiere a quién debemos atribuir la legitimación o competencia para proceder con la designación del árbitro de emergencia. Sobre este aspecto, en condiciones normales (es decir, en el arbitraje ordinario) son las partes quienes, de mutuo acuerdo, deciden el nombre del árbitro que dirimirá su controversia a través del arbitraje. Sin embargo, dada la celeridad que caracteriza esta nueva figura y su finalidad de emergencia, buscar el consenso dilataría el trámite y, por ello, perdería su razón de ser. Por ello, las instituciones arbitrales han optado en que sean las propias Cortes o Consejos quienes decidan qué árbitro desempeñará esta función.

Designado el árbitro de emergencia, pero antes de su nombramiento, los Reglamentos de las instituciones han previsto el cumplimiento de unos mínimos; puesto que, aunque estemos ante una especialidad dentro del arbitraje, los árbitros deben asegurar especialmente la neutralidad para garantizar realmente la tutela arbitral. En consecuencia, se mantiene la exigencia del deber de revelación de los árbitros, por lo que el posible árbitro de emergencia deberá suscribir una declaración de aceptación, imparcialidad e independencia, así como de disponibilidad[22]. De igual forma, las partes dispondrán de un breve plazo de tiempo para formular alegaciones, en caso de tener indicios fundados de la posible falta de independencia o imparcialidad del árbitro que funden una recusación, la cual decidida por la propia Corte o Consejo.

Como se observa, los Reglamentos de las instituciones arbitrales le brindan un papel protagónico a las Cortes o Consejos arbitrales para asegurar el buen funcionamiento del sistema y continúe la confiabilidad de la ciudadanía en el arbitraje como medio de solución de conflicto. De hecho, en este aspecto en concreto se les ha concedido mayores potestades, desde el nombramiento del árbitro de emergencia hasta su posible separación del procedimiento por incurrir alguna causa de parcialidad.

Ahora, aceptado el cargo por el árbitro de emergencia, éste debe proceder con la máxima celeridad, pero, sin mermar la diligencia en sus actuaciones. Su cometido finalizará tras la emisión de la decisión sobre la medida, no pudiendo integrar posteriormente el colegio arbitral que dirimirá la controversia en concreto ya en el procedimiento ordinario, salvo pacto en contrario de las partes.

En las instituciones arbitrales, observamos grandes diferencias en cuanto al plazo concedido al árbitro de emergencia para emitir la orden o laudo que decida sobre las medidas cautelares (plazo que en ninguno de los casos es muy excesivo) debido a la naturaleza de la propia figura de árbitro de emergencia. Así, por ejemplo, el SCC limita el plazo a cinco días desde la recepción de la solicitud al árbitro de emergencia, ya designado y nombrado oficialmente (artículo 8.1 del Apéndice II), mientras que, por su parte, la CCI concede hasta quince días de plazo (artículo 6.4 del Apéndice V). Obviamente, a pesar de la dificultad que entraña la organización de cualquier trámite con carácter de urgencia, consideramos más adecuado el plazo establecido por el SCC, al ser más corto. De tal forma, cuanto más breve es el plazo, más rápido podrá ejecutarse la medida y, con ello, antes se logrará salvaguardar el desenlace del arbitraje y se logrará mayor eficacia en el proceso.

En cuanto a la medida, para acordar o rechazarla, obviamente el árbitro atenderá a diversos requisitos (entre ellos la naturaleza de la medida) al cumplimiento del requisito de urgencia y a la concurrencia de los principios del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, exigidos para poder analizar la proporcionalidad y necesidad de la medida en *pro* de garantizar y asegurar el buen fin del arbitraje.

Por otra parte, un aspecto sobre el que existe cierta homogeneidad es el funcionamiento de este árbitro de emergencia. Ante la solicitud de una medida cautelar de naturaleza urgente, se han previsto dos etapas principales y sucesivas. La primera de ellas cumple una función de control de admisibilidad

[19] Véase el *Schedule* 4, artículo 4 del Reglamento de Arbitraje del HKIAC .

[20] Véase el Apéndice V, artículo 2.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

[21] Véase el artículo 9-B, apartado 9.6, del Reglamento de Arbitraje de la LCIA.

[22] Así consta, de forma expresa, en las declaraciones contenidas en el *Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator ('EA') Proceedings*. En concreto, en la número 54 relativa *al ICC Note and ICC EA Order Checklist*, según la cual es necesario que los distintos árbitros de emergencia estén accesibles toda la duración de este procedimiento específico, especialmente dada la necesidad de que desempeñen sus funciones tan pronto como sean designados.

de la solicitud, analizando, entre otros aspectos, la regulación de la medida en concreto (aunque sea en el orden judicial civil en caso de ausencia de regulación arbitral específica) y su naturaleza, pero, por sobre todo la capacidad de ser arbitrada la controversia y la competencia del árbitro. Es decir, la existencia de un convenio arbitral suscrito por la parte demandante y la parte sobre la que surtirá efecto la medida aplicada.

En esta línea, es necesario cumplir con la exigencia de unos contenidos mínimos para presentar una demanda de designación árbitro de emergencia, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) los datos personales de las partes y representantes; (ii) un resumen de la controversia; (iii) una declaración sobre las medidas provisionales pretendidas y las razones para requerirlas; (iv) una copia del clausulado arbitral; y, (v) la prueba del pago de los costos del procedimiento de emergencia en conformidad con las tablas remunerativas e indicaciones de la correspondiente institución arbitral en donde se lleva el proceso. Superada esta primera etapa, se da paso a la segunda, en la cual el árbitro de emergencia hará aquello para lo que ha sido nombrado; es decir, analizar y valorar la adopción de la medida cautelar, debiendo emitir una decisión motivada, en todos los casos contando con la potestad de oír a las partes.

Además, el árbitro de emergencia, como ya lo expusimos con anterioridad, también puede ser sujeto de recusación por cualquiera de las partes, en caso de que existan sospechas fundadas sobre su falta de imparcialidad o independencia, de su neutralidad y objetividad. En definitiva, la confirmación de las sospechas vulneraría el debido proceso, con el consiguiente riesgo de anulación del propio arbitraje en general si finalmente se demostrara que la actuación de este árbitro de emergencia no fue garante. Cabe mencionar que esta facultad de recusación es un derecho inherente a las partes de todo proceso arbitral, por lo que parece lógico que también esté disponible desde esta etapa pre-arbitral.

Ahora bien, es cierto que las partes disponen de un ámbito de actuación amplio para solicitar medidas cautelares, tanto *ante demandam* como una vez iniciado el arbitraje. Sin embargo, el propio poder discrecional de los árbitros se ve limitado por el estricto sometimiento a una serie de principios procedimentales, las limitaciones que se trasladan a las resoluciones y las órdenes dictadas, como es también en el caso de este arbitraje de emergencia.

Indicado *supra*, la elección del foro judicial no tenía por qué responder a la voluntad de las partes de excluir a los árbitros del conocimiento y decisión sobre las medidas cautelares, sino que perfectamente podría ser el reflejo de una necesidad, que no es otra que hacer valer sus derechos a través de la ejecución de la(s) medida(s) cautelar(es) solicitada(s) como medio para asegurar que la parte afectada en el proceso pueda cumplir con las obligaciones impuesto quetas en el laudo final. La razón de esta necesidad reside en la esencia del arbitraje como vía alternativa a la judicial para la resolución de controversias, en concreto, a lo que refiere de la investidura de poderes al árbitro; puesto que los árbitros están investidos de *auctoritas* pero no de *potestas*, propios de los órganos jurisdiccionales.

En la práctica, este aspecto se logra ver traducido en la imposibilidad de que las decisiones adoptadas por los árbitros surtan efectos sobre terceros ajenos no solo al conflicto, sino al propio convenio arbitral. Estos son los denominados terceros no signatarios (por la traducción directa del inglés *non-signatories*). Estos últimos, en un proceso arbitral, deben quedar, en todo caso, al margen de todo cuanto se decida en el arbitraje; sin embargo, pueden llegar a verse directa o indirectamente afectados por las medidas provisionales que se adopten en el mismo.

La solución a toda la problemática que ello entraña encuentra solución en limitar la aplicación de toda orden o laudo a las partes (firmantes del convenio) que han solicitado la medida cautelar o van a sufrir sus efectos, así como también exigir la referencia expresa al reglamento de la institución arbitral correspondiente (a la que pertenece este árbitro de emergencia) como norma reguladora del procedimiento. Ello, sin duda alguna, reduciría exponencialmente los peligros inherentes del planteamiento de cuestiones relacionadas a la competencia.

C. Honorarios: criterio para su determinación

La provisión de fondos y pago de honorarios a los árbitros del proceso constituye uno de los aspectos a tener en cuenta en todo arbitraje, ya que son las partes del mismo a quienes se repercuten los costes del servicio arbitral. Sobre este particular, existe un consenso generalizado sobre los conceptos que pudieran considerarse como costas del arbitraje, siendo éstos los que señalaremos a continuación:

a) Los honorarios y gastos de los árbitros.
b) Los honorarios y gastos de los abogados defensores o representantes de las partes.
c) El coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje.
d) Todos los demás gastos adicionales originados en el procedimiento arbitral.

Esta última previsión que refiere de los "demás gastos originados en el arbitraje" constituye una "cláusula en blanco" (Munné Catarina, 2000, p. 460), tanto para los árbitros como para las partes. Asimismo, en los últimos tiempos se ha incluido la nueva forma de financiación externa conocida como el financiamiento por terceros (*Third Party Funding*[23]) la cual ha irrumpido con fuerza en el arbitraje internacional.

Este derecho de los árbitros y en conjunto con la exigencia de mayor transparencia en cuanto al funcionamiento y coste del arbitraje, se combinan y materializan a través de las tablas remunerativas, revisadas periódicamente por las Instituciones arbitrales. La oficialidad de las tablas es una cuestión pacífica; sin embargo, no lo es el criterio utilizado como base para el cálculo de los costes en los arbitrajes ordinarios, los cuales suelen aplicar diferentes criterios. Sobre este particular, por un lado, algunas de las instituciones arbitrales de reconocido prestigio a nivel mundial utilizan un doble criterio: el importe de la demanda y el número de árbitros que integran el órgano arbitral.

Por otro lado, otras instituciones han preferido optar por basar sus costes en el tiempo empleado para atender y resolver la controversia, sistema conocido como *hourly rate*. Este último criterio, en definitiva, presenta una mayor complejidad que el anterior basado en la cuantía de la demanda (por escalas). En el primer grupo se incluyen instituciones arbitrales como la CCI, el Instituto de Arbitraje de la SCC o el CIADI. Por su parte, la LCIA, la JCAA o el Instituto Internacional para la Prevención y Solución de Conflictos (CPR) optan por el segundo criterio.

La cuestión por plantear en este momento es si la especialidad de la configuración y funcionamiento también debería ser trasladada a la forma y contenido de los honorarios y su cuantificación. Efectivamente, el criterio adoptado para determinar los honorarios y demás gastos a asumir en un escenario de urgencia difiere de los *supra* citados. Aquí tampoco se encuentra un estándar uniforme, si bien en la práctica la totalidad de las instituciones arbitrales establecen un requisito mínimo para proceder con el nombramiento del árbitro de emergencia: el pago de una tasa, cuyo importe dependerá únicamente de la propia institución arbitral.

En este sentido, instituciones como la CCI, la LCIA, el SCC o la JCAA se desentienden de la cuantía de la demanda arbitral, dado que han preferido solicitar unos honorarios fijos. Por ejemplo, en la CCI el monto asciende a $ 40,000, cantidad que engloba la tasa administrativa de la institución ($ 10,000) y los honorarios del árbitro (que ascienden a $ 30,000), los cuales son bastante similares a las partidas exigidas por la LCIA[24]. Sin embargo, este no es el caso de las tablas remunerativas del SCC, cuya solicitud asciende solo a 4,000 € y los honorarios a 16,000 €[25]. Por su parte, otras instituciones arbitrales siguen el criterio de la tarifa por hora aplicada a los arbitrajes ordinarios, como el HKIAC, exigiendo menores importes, tanto para la tasa inicial (inferior a 1,000 €), y un techo de honorarios fijado en aproximadamente 23,000 €.

Del análisis de las disposiciones reglamentarias de las instituciones arbitrales de mayor prestigio en el ámbito internacional podemos evidenciar que el pago de estas tasas de administración de la institución y honorarios de los árbitros se exige junto con la solicitud de árbitro de emergencia para que la misma sea aceptada a trámite. Además, se comprueba que las cuantías, si bien fluctúan casi todas en las mismas franjas, presentan distintos márgenes de beneficios, resultando así más onerosos los árbitros de emergencia de aquellas instituciones que han optado por aplicar el criterio de costes fijos que aquellas que se han decantado por el criterio de la *hourly rate*.

En suma, la elección de cánones específicos para determinar los costes en los que incurrirán las partes del proceso en caso de acudir a un árbitro de emergencia que acuerde las medidas cautelares *ante demandam* responde precisamente a su configuración en relación con el resto del procedimiento y a la extrema celeridad con la que se actúa en el mismo.

IV. REFLEXIÓN FINAL

La creación de esta particular figura no es, en definitiva, una opción; sino que responde a una necesidad. Este aspecto se da por la independencia y capacidad de los árbitros para conocer y resolver la disputa. Nos referimos a la legitimación del procedimiento y del órgano arbitral conferida por la propia voluntad de las partes quienes, en lugar de acudir a la vía judicial, optaron por resolver su

[23] Sobre este aspecto, véase International Council for Commercial Arbitration (2018).

[24] La solicitud lleva aparejada una tasa de £8.000, mientras que los honorarios ascienden a £ 20,000. Para mayor información, véase el artículo 7 del *Schedule of costs* de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

[25] Para mayor información, véase el Apéndice II. Artículo 10 del Reglamento de Arbitraje.

conflicto vía arbitral, reduciendo a la mínima expresión la participación de los jueces y tribunales.

En este sentido, entendemos que la facultad para dictar medidas cautelares debe corresponder a los árbitros de cada proceso, con la excepción de aquellas medidas que afecten a terceros ajenos a las partes y no firmantes. Por tanto, ajenas del convenio arbitral, puesto que ello escapa de la *auctoritas* de los árbitros, quedando en manos de los órganos jurisdiccionales competentes.

Por esta razón, consideramos la irrupción del árbitro de emergencia como un hito importante, como la salvación a toda esta problemática práctica que puede dar lugar la doble competencia en diversos asuntos como es el caso de las medidas cautelares. De no existir, cualquier decisión respecto de las medidas *ante causam* solicitadas quedaría en manos de los jueces. Con el árbitro de emergencia se supera este obstáculo y, además, se permite garantizar una tutela arbitral completa, reduciendo, de ese modo, de manera eficaz la tutela judicial a vía subsidiaria exclusivamente cuando sea necesaria, cumpliendo la voluntad de las partes que, en su momento, decidieron optar por esta vía de tutela (arbitral).

REFERENCIAS

Alnaber, R. (2019). Emergency Arbitration: Mere Innovation or Vast Improvement. *Arbitration International*, (35), 441–472. http://doi.org/10.1093/arbint/aiz021

Amprimo-Plá, N. J. C. (2013). La tutela cautelar arbitral. *Ius Et Praxis*, (44), 59-79. http://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.75il

Barona Vilar, S. (2011). Comentario al artículo 23. En S. Barona Vilar (Ed.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Editorial Civitas.

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2019). *Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR Task Force on Emergency Arbitrator ('EA') Proceedings*. https://iccwbo.org/publication/emergency-arbitrator-proceedings-icc-arbitration-and-adr-commission-report/

Derains, Y., & Schwartz, E. A. (2011). *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Editorial Universidad del Rosario.

Fernández Ballesteros, M. A. (2011). Artículo 8. Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje. En González Soria, J. (Ed.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* (pp. 111–126). Aranzadi Thomson Reuters.

Fernández Masiá, E. (2017). La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, *9*(1). http://doi.org/10.20318/cdt.2017.3614

Gascón Inchausti, F. (1999). *La adopción de medida cautelares con carácter previo a la demanda*. Cedecs.

Gerbay, R., Richman, L., & Scherer, M. (2015). *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*. Kluwer Law International.

Goldstein, M. J. (2017). A Glance into History for the Emergency Arbitrator. *Fordham International Law Journal, 40*(3), 780-797. https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol40/iss3/3

Hanessian, G., & Dosman, A. (2016). Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration. *American Review International Arbitration,* (27), 215-237. https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/aria_-_songs_of_access.pdf

International Council for Commercial Arbitration [ICCA] (2018). *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*. https://www.arbitration-icca.org/media/10/40280243154551/icca_reports_4_tpf_final_for_print_5_april.pdf

Kimmelman, L., & Marquez, S. (2015). The Impact of the UNCITRAL Arbitration Rules. En Ziyaeva, D. (Ed.). *Interim and Emergency Relief in International Arbitration* (pp. 27-48). Jurisnet.

Munné Catarina, F. (2000). La tasación de las costas del proceso arbitral. *Revista jurídica de Catalunya*, *106*(2), 453-476.

Muñoz, E. (2015). How Urgent Shall An Emergency Be. The Standards Required To Grant Urgent Relief By Emergency Arbitrators. En Roth, M., & Geistlinger, M. (Eds.). *Yearbook on International Arbitration (*Vol. IV, pp. 44-67). Intersentia.

Rodríguez Mejía, M. (2014). *Medidas cautelares en el proceso arbitral.* Universidad Externado de Colombia.

Sánchez Pos, M. V. (2018a). 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, *XI*(2), 403-442. DOI 10.19194arbitrajeraci.11.02.02 (2018b). Las medidas cautelares inaudita parte en el sistema arbitral español. *Anales De Derecho*, *36*(1), 1-29. https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/313701

Santacroce, F. (2015). The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? *Arbitration International*, *31*(2), 283-312. http://doi.org/10.1093/arbint/aiv012

Smit, H. (1990). Provisional Relief in International Arbitration: The ICC and Other Proposed Rules. *American Review International Arbitration, 1*(3), 388-416. https://arbitrationlaw.com/library/provisional-relief-international-arbitration-new-institutional-rules-aria-vol-1-no-3-1990

Vega Espinoza, D. C. (2017). La Incorporación del Árbitro de Emergencia en nuestro Ordenamiento. *Arbitraje PUCP*, (7), 35-41. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/18068

Yesilirmak, A. (2005). *Provisional measures in international commercial arbitration.* Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI], Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).

Ley 60/2003, Ley de arbitraje, Diario Oficial *Boletín Oficial del Estado,* 26 de diciembre de 2003 (Esp.).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], 1 de marzo de 2017. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf

Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo [SCC], 1 de enero de 2017. https://sccinstitute.com/media/1407450/arbitrationrules_spanish_2020.pdf

Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres [LCIA], 1 de octubre de 2014. https://www.lcia.org//Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Translations

Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], 1 de enero de 1990. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/rules/

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas [SCAI], 1 de junio de 2012. https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_spanish_2012.pdf

Reglas de Arbitraje Comercial de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial [JCAA], 1 de febrero de 2019. https://www.jcaa.or.jp/en/common/pdf/arbitration/Commercial_Arbitoration_Rules2019_en.pdf

Reglas del Arbitraje Administrado del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong [HKIAC], 1 de noviembre de 2018. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf

Tribunal Constitucional [T.C.], 23 de noviembre de 1995, S.T.C. 174/1995 (Esp.).

AMPRIMO, FLURY, BARBOZA & RODRIGUEZ ABOGADOS

(+51) 1-208-0130
administracion@amprimoabogados.com
www.amprimoabogados.com

Circunvalación del Golf Los Incas Nº 134
Centro E. Panorama – Torre I, Oficina 1405
Santiago de Surco, Lima

10.18800/themis.202001.015

"NO UTILIZAR EN CASO DE EMERGENCIA": 5 PATOLOGÍAS LATENTES EN EL PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA PERUANO

"DO NOT USE IN CASE OF EMERGENCY": 5 LATENT PATHOLOGIES IN PERUVIAN EMERGENCY ARBITRATOR PROCEEDING

Christian M. Collantes Rojas*
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados

The emergency arbitrator proceeding has managed to enhance and provide efficiency and celerity to the system of precautionary measures, for the benefit of effective jurisdictional protection prior to the constitution of the arbitral tribunal. However, such proceeding could be undermined, and the interim relief granted be frustrated, due to bad practices.

In this paper, the author analyses the existence of pathological scenarios in the Peruvian emergency arbitration proceeding, which may undermine its purpose. Some of these pathological scenarios refer to guerrilla tactics used by the party affected with the precautionary measure, others are covered by regulatory gaps and some of them are based on the procedure's own regulations, by defrauding it through the irregular exercise of a right.

Keywords: Emergency arbitrator proceedings; precautionary measures; effective jurisdictional protection; pathologies.

El procedimiento de arbitraje de emergencia, qué duda cabe, ha logrado dinamizar y dotar de eficiencia y celeridad al sistema peruano de otorgamiento de medidas precautorias en beneficio de una tutela jurisdiccional efectiva antes de la constitución de un tribunal arbitral. Sin embargo, dicho procedimiento podría ser minado, y la tutela cautelar concedida frustrarse, en determinadas situaciones, debido a la mala praxis de alguna de las partes.

En el presente trabajo, el autor analiza la existencia de escenarios patológicos en el procedimiento de arbitraje de emergencia peruano, los cuales pueden socavar su finalidad. Algunos de estos escenarios se corresponden con tácticas de guerrilla utilizadas por la parte afectada con la medida precautoria. Otros se amparan en vacíos normativos y algunos otros, inclusive, se basan en la propia regulación del procedimiento, defraudándolo a través del ejercicio irregular de un derecho.

Palabras clave: Árbitro de emergencia; medidas cautelares; tutela jurisdiccional efectiva; patologías.

* Abogado. Postgrado en Arbitraje Comercial Internacional y Arbitraje de Inversión por la American University Washington College of Law. Asociado en Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados (Lima, Perú). Contacto: ccollantes@npg.pe

La responsabilidad por lo que se afirme en el presente trabajo pertenece exclusivamente al autor y no compromete ni adelanta en modo alguno la opinión de la entidad privada para la cual presta sus servicios profesionales.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 7 de julio de 2020.

I. GENERALIDADES

"La justicia que llega tarde no es justicia" es una buena frase para ilustrar la necesidad particular de tutela cautelar, sea ante la justicia ordinaria o la arbitral.

Es harto conocida la demora que, normalmente, existe en la justicia ordinaria peruana para conseguir una medida cautelar fuera del proceso. Una decisión del juez cautelar puede demorar desde algunas semanas hasta un par de meses o quizás más[1]. Ello, sin dejar pasar la escasa predictibilidad producto de fallos contradictorios emitidos por las Salas Comerciales, así como la falta de especialización en controversias sobre determinados sectores: energía, hidrocarburos, construcción, entre otros.

Por otro lado, la constitución de un tribunal arbitral puede tomar algún tiempo y durante este periodo el estado de las cosas puede modificarse en forma sustancial. Como desarrollaremos más adelante, no existen mecanismos dentro de nuestro ordenamiento jurídico que permitan garantizar la celeridad de la constitución del tribunal arbitral o árbitro único, a efectos de peticionar ante estos una medida precautoria. Ello pone en riesgo la seguridad jurídica del peticionante en el sentido de que no puede darse por sentado que los activos en disputa no desaparecerán hasta la constitución del tribunal arbitral.

Hasta hace poco en Perú, una parte que buscaba auxilio en caso de emergencia previamente a la constitución de un tribunal arbitral no tenía más remedio que recurrir a la justicia ordinaria. Sin embargo, la realidad de los hechos nos muestra que, cuando la controversia surge, la etapa más temprana de la disputa es, muy a menudo, la fase temporal en donde una medida de urgencia más se puede necesitar (Born, 2009, p. 1943). Así, presentar una solicitud cautelar ante la justicia ordinaria suele ser poco atractivo e ineficiente, básicamente, por las mismas razones por las cuales las partes eligieron el arbitraje en primera instancia.

Frente a ello, surge la figura del árbitro de emergencia, institución que ha recibido una exitosa acogida en las diferentes instituciones arbitrales a nivel mundial mediante su incorporación expresa en sus reglamentos desde hace casi quince años.

El primer centro de arbitraje en adoptar reglas sobre el arbitraje de emergencia fue el Centro Internacional de Resolución de Disputas (en adelante, ICDR) en el 2006, seguido, en el 2010 por el Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (en adelante, SCC) y el Singapore International Arbitration Centre (en adelante, SIAC). Por su parte, en el 2012 lo hizo la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI); en el 2013, el Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante, HKIAC); y, la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA) en el 2014.

El Perú no ha sido ajeno a acoger dicho procedimiento. Los centros de arbitraje más reconocidos del país han incluido en sus reglamentos el procedimiento de árbitro de emergencia. Así tenemos al Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017) y al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017) y su Directiva (2019).

Adicionalmente, cabe resaltar el reconocimiento del procedimiento de arbitraje de emergencia por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) a través de su Directiva 004-2020-OSCE/CD, Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.

Bajo este contexto, analizaremos brevemente cómo es entendida o debe entenderse la tutela cautelar en sede arbitral.

II. MEDIDAS PRECAUTORIAS EN SEDE ARBITRAL

Las medidas precautorias son un instrumento de eficacia de todo proceso y el arbitral no es la excepción. Los procesos arbitrales caracterizados por su flexibilidad y la posibilidad de adecuar el proceso a las necesidades particulares de las partes en un litigio usualmente establecen que los árbitros pueden dictar medidas cautelares para evitar la frustración de la decisión que lo resuelve. Sobre las funciones principales de la tutela cautelar, Fernández Rozas señala que

> [l]a justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutoriedad de la decisión final. […]. Las medidas cautelares son las encargadas de evitar el fallo frustrado y los daños inminentes, o ya iniciados, durante la tramitación del juicio,

[1] Sencillamente, los plazos establecidos en el Código Procesal Civil peruano no se respetan.

> en cualquiera de las materias sometidas a proceso. Así pues, la tutela judicial no es tal, sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva recaída en la controversia judicial. Puede afirmarse que su adopción constituye un verdadero derecho fundamental del justiciable tanto en el proceso judicial como en el arbitral (2007, p. 24).

En lo que en sentido general atañe, la doctrina internacional define a las medidas precautorias como laudos u órdenes dictados con el propósito de proteger a una de las partes en el procedimiento, o a ambas, del daño que pudieran sufrir en el curso del procedimiento arbitral, y se proponen preservar una situación jurídica o de hecho y pueden extenderse más allá de la mera conservación del *status quo* para requerir el restablecimiento de una situación previamente existente en el asunto o la realización de ciertos actos (Born, 2009, p. 1943). Encontraremos definiciones similares en Fouchard, Gaillard y Goldman (1999, pp. 709-734), así como en Craig, Park y Paulsson (2000, pp. 460-469).

Por su parte, la práctica en arbitraje comercial internacional ha venido demostrando que el árbitro tiene el poder inherente de emitir cualquier tipo de orden que estime conveniente para preservar los derechos de las partes y asegurar la efectividad de la jurisdicción y autoridad del tribunal arbitral. Así lo entendió el árbitro único en el Caso CCI 10681 de la Cámara de Comercio Internacional de París cuando afirmó lo siguiente:

> Furthermore, international commercial arbitration practice shows that arbitration tribunals have inherent power to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the parties and to ensure that the tribunal jurisdiction and authority are made fully effective (2011)[2].

Estas medidas de aseguramiento de la eficacia del laudo pueden consistir en acciones orientadas a mantener o reestablecer el *statu quo* durante la tramitación del procedimiento arbitral e impedir que se agrave la disputa hasta la emisión del laudo, por ejemplo, evitar la ejecución de cartas fianza o solicitar su reducción, evitar la aplicación de penalidades contractuales, evitar la aplicación de cláusulas de *backcharge* o contracargo (ejecución de la prestación incumplida a través de tercero), mantener el estado de suspensión de un proyecto de infraestructura, entre otros.

Este tipo de medidas, conocidas como medidas de no innovar, son frecuentemente solicitadas y concedidas en arbitrajes internacionales desde ya hace bastante tiempo[3]. A modo de ejemplo, Stephen R. Bond afirma lo siguiente:

> [...] Secondly, there may be a need, in the course of the arbitral proceedings, for the parties to do or abstain from doing certain acts. An example would be an order or recommendation that a party suspend the calling under a bank guarantee, so that the status quo between the parties may be preserved until a final decision on the merits of the dispute (1993, p.4) [4].

De igual manera, estas medidas pueden consistir también en medidas orientadas a modificar u ordenar el cese de una acción a efectos de impedir algún daño actual o inminente o menoscabo del arbitraje. Tradicionalmente se conocen como medidas innovativas.

En el Perú, el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, DLA), establece el marco legal para que los árbitros adopten las medidas cautelares necesarias para garantizar la eficacia del laudo, a petición de cualquiera de las partes, conforme se aprecia a continuación:

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

[2] "Adicionalmente, la práctica en el arbitraje comercial internacional demuestra que los tribunales arbitrales tienen la facultad inherente de emitir las órdenes que sean necesarias para conservar los derechos de las partes y garantizar que la jurisdicción y autoridad del tribunal sean plenamente efectivas" [traducción libre].

[3] A título de ejemplo, según recoge la doctrina, medidas similares dictadas en sede arbitral fueron adoptadas en los casos *Framatome S.A. c. Organización de Energía Atómica de Irán* (1982) (González de Cossío, 2013, p. 45) y el Caso CCI No. 5887 (1991) (Yesilirma, 2005, p. 258).

[4] "[…] puede darse la necesidad, en el curso del procedimiento arbitral, de que las partes realicen o se abstengan de realizar determinadas actuaciones. Un ejemplo sería la orden o recomendación de que una parte se abstenga de ejecutar una garantía bancaria, de modo que el statu quo entre las partes pueda preservarse hasta que se emita una decisión final sobre el fondo de la disputa" [traducción libre].

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

    a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
    b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
    c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
    d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (2008).

Ahora bien, a pesar de que los ordenamientos jurídicos nacionales, como en el caso peruano, establecen la posibilidad de que los árbitros concedan medidas cautelares durante el arbitraje a efectos de preservar la eficacia del laudo final que ponga fin a la controversia, lo cierto es que dicha posibilidad nace a partir de la constitución del tribunal arbitral, dejando a las partes desprotegidas o a merced de la justicia cautelar ordinaria durante todo el período que sea necesario hasta que el tribunal arbitral se constituya.

La inclusión de la figura del árbitro de emergencia, a nivel internacional desde hace casi quince años y desde el 2017 a nivel local, pretende solucionar ese problema. La oferta de árbitros nacionales e internacionales que ofrecen los centros arbitrales en nuestro país es muy amplia y los procedimientos de arbitraje de emergencia siguen la influencia de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional.

La urgencia de tutela cautelar previa a la constitución de un tribunal arbitral se ve mejor cubierta con la oferta del mercado privado que con la siempre limitada oferta judicial del Estado, monopólica y, por tanto, con escaso o nulo incentivo de mejorarse y adaptarse en beneficio de los usuarios. Pero, ¿qué tan importante ha sido el desarrollo del procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional? Y más importante aún, luego de tres años desde su inclusión en nuestro país ¿funciona bien en nuestro sistema jurídico? ¿qué problemas se han presentado? ¿o es que acaso se trata de un procedimiento inmaculado frente al siempre criticado proceso judicial cautelar?

Antes de analizar estas cuestiones, consideramos relevante contextualizar al procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional, esto es, en el arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión.

III. PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

El procedimiento de árbitro de emergencia ha tenido una especial relevancia en el arbitraje internacional, principalmente en el arbitraje comercial internacional. En principio, porque las partes muy a menudo y generalizadamente, desconfían de las cortes nacionales, más aún si se trata de jurisdicciones extranjeras. Es usual que las partes duden o tengas cierto recelo respecto de la imparcialidad de un tribunal nacional en particular.

Por otro lado, al igual de lo que sucede con el arbitraje frente a la justicia ordinaria, las partes prefieren acudir por tutela cautelar ante un árbitro de emergencia, pues así mantienen la confidencialidad de los procedimientos. Pero, además, no son pocas las jurisdicciones extranjeras que, por el formalismo propio de su jurisdicción, prohíben que un abogado extranjero litigue ante sus cortes. A diferencia de lo que ocurriría ante un juez, al someterse ante un árbitro de emergencia, la parte solicitante no necesitará del apoyo adicional de un abogado local del país de la sede de la controversia para que se encargue de la solicitud judicial auxiliar.

Así también, de cara al tribunal arbitral que decidirá sobre el fondo de la controversia, se elimina el riesgo latente de un eventual prejuicio o sesgo de los méritos que usualmente se asocia con la búsqueda de medidas provisionales.

En lo que al uso del procedimiento de árbitro de emergencia en el arbitraje de inversión se refiere, es claro que el mismo no se ha implementado con la misma frecuencia que en el arbitraje comercial (Swee, 2016, p. 534). De hecho, el procedimiento de arbitraje de emergencia no está contemplado en las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) o las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (en adelante, UNCITRAL), las cuales representan el grueso de los arbitrajes sobre controversias de tratados de inversión.

Tres cuerpos normativos sobre el particular se han dedicado sobre el procedimiento de árbitro de emergencia para controversias de inversión: las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (en adelante, Reglas SCC), las Reglas de Arbitraje de Inversión del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (en adelante, Reglas SIAC) y las Reglas de Arbitraje de Inversión Internacional de la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (en adelante, CIETAC). Según un informe de la Cámara de Comercio Internacional (CCI, 2014, p. 2), 18% de los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) hacen referencia a las reglas de arbitraje de la CCI, mientras que las Reglas SCC están disponibles bajo sesenta (60) BIT y el Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, ECT).

De la información que se ha podido recabar a la fecha, se han identificado ocho (8) casos conocidos en los que se invocó el procedimiento de árbitro de emergencia respecto de disputas sobre tratados de inversión (Chatzipavlou, 2017, p. 11; Dahlquist, 2016, pp. 261-271). Todos estos se condujeron bajo los auspicios de las Reglas SCC, excepto dos casos de ECT:

- *Evrobalt LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Griffin Group c. Polonia* (TBI Luxemburgo-Polonia).
- *JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. y Poltava Petroleum Company JV c. Ucrania* (TCE y TBI Reino Unido - Ucrania).
- *Kompozit LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Puma Energy Holdings (Luxemburgo) SARL c. Benin* (TBI Bélgica /Luxemburgo-Benin).
- *TSIKinvest LLC c. Moldova* (TBI Rusia-Moldavia).
- *Mohammed Munshi c. Mongolia* (Tratado de la Carta de la Energía-TEC).
- *Okuashvili c. Georgia* (TBI Reino Unido-Georgia).

En los TBI suscritos por Perú no se han identificado casos en los que se haya hecho referencia a alguno de los cuerpos normativos descritos y, en consecuencia, a su acceso a las reglas de árbitro de emergencia.

Pues bien, tal como sugiere el título de este trabajo y las interrogantes planteadas anteriormente, consideramos que a pesar del buen funcionamiento del procedimiento de arbitraje de emergencia a nivel internacional y sus ventajas manifiestas, su aplicación dentro del sistema jurídico peruano aún presenta ciertos inconvenientes, algunos de ellos, críticos, no sin advertir de su amplio margen de beneficio y eficiencia respecto del proceso judicial cautelar peruano.

En esta ocasión no ahondaremos en tópicos que ya han sido abordados ampliamente en nuestro medio. Los mencionamos brevemente:

- La experiencia y disponibilidad para asumir el encargo de árbitro de emergencia: en este procedimiento es insuficiente el tiempo como para permitir al árbitro una curva de aprendizaje. Bien se ha señalado que existe una

  > presión a la institución arbitral para poder identificar y designar a la persona adecuada y que tenga una disponibilidad inmediata y a tiempo completo en las siguientes, más o menos, dos semanas que se tienen para poder tramitar el procedimiento y adoptar una decisión (Fernández Masiá, 2017, p. 90).

- *Conflict check*: el árbitro de emergencia dispone de muy poco tiempo para evaluar conflictos de interés con las partes y sus representantes. De hecho, desde su designación hasta su aceptación, dispone de horas para determinar si su relación con las partes o sus representantes afecta su imparcialidad o independencia.

- Si debe ser o no *inaudita pars*[5]: la regla debería ser la del respeto del contradictorio y trato igualitario a las partes y la excepción, la decisión del pedido sin conocimiento de la contraparte, siempre y cuando justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre.

- Necesidad de emitir una orden temporal por el árbitro de emergencia destinado a mantener el estado de las cosas hasta la emisión

[5] Al respecto el numeral 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), acerca de las medidas cautelares, establece que

> 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

de la orden cautelar definitiva: ello, a efectos de evitar una afectación al derecho del peticionante hasta la emisión de la decisión cautelar.

Como ya hemos adelantado, a continuación, presentaremos cinco escenarios patológicos que hemos advertido en el quehacer diario del procedimiento de arbitraje de emergencia peruano, así como algunas propuestas prácticas para corregirlos a partir de la experiencia local e internacional sobre la materia. Esto, sin perjuicio, claro está, de que existan o puedan presentarse otros escenarios patológicos, además de los descritos.

Así las cosas, hemos identificado las siguientes patologías:

a) Errada importación de prácticas y requisitos propios del proceso cautelar ordinario, inaplicables al arbitraje en general, y al proceso de árbitro de emergencia en particular.
b) Restricción injustificada en el derecho de acción cautelar y, en consecuencia, en el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva.
c) Utilización de tácticas de guerrilla, a efectos de conseguir que la medida precautoria caduque.
d) Interposición injustificada de recursos impugnativos contra la orden emitida por un árbitro de emergencia, como si se tratara de un proceso ordinario.
e) Trabas a la ejecutoriedad de las decisiones del árbitro de emergencia.

En los siguientes acápites, desarrollamos cada una de ellas.

IV. PRIMERA PATOLOGÍA: LAS NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL NO RESULTAN APLICABLES AL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE DE EMERGENCIA NI AL ARBITRAJE EN GENERAL, NI SIQUIERA DE MANERA SUPLETORIA

Es una mala práctica forzar la aplicación del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) para aplicarlo a medidas cautelares dentro de un arbitraje o en un arbitraje de emergencia, cuando estas últimas tienen un tratamiento y naturaleza distinta, diferente a las de un proceso judicial cautelar.

El propio DLA excluye de su marco normativo al CPC. Así lo hace el artículo 34 del DLA cuando señala que son de aplicación supletoria a esta norma (i) los principios arbitrales; y, (ii) los usos y costumbres en materia arbitral, conforme se aprecia a continuación:

> Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones:
> 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. **A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas** teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
> 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
> 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, **se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral**.
> 4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos (2008) [el énfasis es nuestro].

Si ello no fuera suficiente, la Décima Disposición Complementaria del DLA refuerza que sus disposiciones, incluyendo el artículo 34 precitado, prevalecen sobre las normas del CPC: "[l]as disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil" (2008).

Además, la propia exposición de motivos del DLA termina por aclarar cualquier duda sobre el particular al precisar lo siguiente:

> **Artículos 47 y 48:**
> Los artículos 47 y 48 regulan con precisión y de manera comprehensiva las funciones tanto de tribunales judiciales como de tribunales arbitrales en la adopción y ejecución de medidas cautelares. En esa línea **se establecen principios distintos a los contemplados en la regulación procesal civil**, como el que las medidas cautelares se dictan sin oír a la otra parte. La norma propone que la regla sea la notificación a la otra parte, salvo que ello pueda frustrar la eficacia de la medida (2008) [el énfasis es nuestro].

En el mismo sentido, dentro de la doctrina nacional más especializada en la materia, Santistevan de Noriega señala que

> **[e]l DL N° 1071 excluye al Código procesal Civil como fuente supletoria del arbitraje** ya que, según postula, las partes pueden determinar

> **libremente** las reglas a las que se sujetara el tribunal en las actuaciones arbitrales y, a falta de acuerdo, queda dentro de la discrecionalidad del tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso (2008, pp. 91-92) [el énfasis es nuestro].

A pesar de la claridad de la norma, se cree y postula en la práctica que las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, incluidas las otorgadas por un árbitro de emergencia, deben cumplir con los requisitos del CPC. Dicha afirmación, en realidad, no tiene soporte legal alguno y se trata más bien de una costumbre procesal indebidamente importada al arbitraje.

No obstante, en su momento, un sector muy autorizado de la doctrina nacional equiparó referencialmente los requisitos propios de tutela cautelar requerida en sede judicial al arbitraje:

> […] para la concesión de una medida cautelar en sede arbitral, consideramos que no es exigible algún requisito especial que las diferencia de cualquier otra medida de esta naturaleza, así los árbitros deben verificar i) la verosimilitud o apariencia del derecho invocado en la demanda, ii) el peligro en la demora […] la adecuación, que implica que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de tutela, es decir, con las pretensiones de la demanda y iv) la contracautela (Arrarte Arisnabarreta, 2008, pp. 128-129).

Respetuosamente, disentimos de la precitada posición toda vez que los requisitos de las medidas cautelares en sede judicial no deben ser considerados, ni siquiera referencialmente, en sede arbitral, conforme al propio DLA.

El DLA no establece requisitos para que se otorgue una medida cautelar, simplemente señala que dicha medida debe buscar garantizar la eficacia del laudo. Sin perjuicio de ello, los requisitos sobre los que trata la doctrina arbitral internacional (Voser y Boog, 2011, pp. 81-92; Bühler, 2011, pp. 93-98) en materia de medidas cautelares, y que sí son aplicables bajo el entendimiento del artículo 34 del DLA (los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral) son los siguientes:

A. *Prima facie case* o probabilidad de éxito

Existen posiciones de todo tipo respecto del estándar *prima facie case* como requisito para conceder una medida precautoria en el arbitraje[6]. Por ejemplo, el artículo 17A de la Ley Modelo de UNCITRAL, requiere "una posibilidad razonable de que [la] demanda sobre el fondo del litigio prospere" (2006). Sin embargo, este requisito no debe confundirse con la verosimilitud del derecho, que es un requisito propio de jurisdicciones civiles, en las que se piensa más bien en un estándar más estricto del *fumus bonis iuris* (Cameron, 2017).

En el caso del *prima facie case* no es necesario, en modo alguno, acreditar de modo fehaciente e indiscutible el derecho sobre el que se discute en el proceso. El propósito mismo de proporcionar una medida expedita y el mandato temporal de un árbitro de emergencia excluye *per se* una revisión sustantiva de los méritos de un caso. Como señala Abascal "el requisito prima facie debe permanecer como una prueba prima facie, siendo un umbral bajo solo para evitar una afirmación frívola o vejatoria que es manifiestamente sin mérito" (2006, p. 764).

B. Peligro de daño inminente por la demora del arbitraje

Como ha señalado la doctrina internacional, en algunas ocasiones, se hace necesario que se tomen medidas urgentes para mantener el statu quo o para prevenir un daño irreparable (Fouchard *et al*., 1999, p. 721). Es decir, que el retardo en la emisión del laudo originará un daño y se corre el riesgo de que este se ejecute sin eficacia práctica alguna.

A diferencia de lo que ocurre en sede judicial, en arbitraje comercial internacional, el daño irreparable equivale a la acusación de un **daño sustancial**. Si este requisito se interpretara en sentido estricto, el estándar para la concesión de tutela cautelar en un arbitraje sería prácticamente inalcanzable, dado que la mayoría de las medidas cautelares solicitadas en el marco de relaciones comerciales nacionales e internacionales van dirigidas a evitar la ocurrencia de un daño económico o comercial, que casi siempre podrá ser reparado mediante condena al pago de la apropiada indemnización por daños y perjuicios en el laudo final.

Así lo entiende, por ejemplo, Gary Born cuando señala lo siguiente:

> Obviously, it is difficult (and not infrequently impossible) in commercial cases to demonstrate truly 'irreparable' harm that cannot be compensated by money damages in a final award; a literal 'irreparable harm' requirement would

[6] Un informe sobre las decisiones de los árbitros de emergencia en 2015–2016 emitido por la SCC revela interpretaciones mixtas sobre el estándar de méritos y puede dar mejores luces sobre el particular (Havedal, 2017).

> limit provisional measures principally to cases where one party was effectively insolvent or where enforcement of a final award would be impossible. In reality, however, most decisions which state that damage must be 'irreparable' do not appear to apply this formula, but instead require that there be a material risk of serious damage to the plaintiff (2014, p. 2471)[7].

C. Razonabilidad

La medida precautoria debe ser idónea para poder garantizar la eficacia del laudo que ampare determinada pretensión. La relación entre medida cautelar y pretensión es de idoneidad y proporcionalidad, y a ello se refiere la razonabilidad, como presupuesto de las medidas cautelares.

Como se indicó al inicio del presente trabajo, el tribunal arbitral cuenta con un poder general de cautela amplio para conceder la medida que considere más apropiada a los hechos descritos y prueba aportada, en función a los presupuestos de verosimilitud y peligro en la demora debidamente acreditados. Dicho esto, se debe fomentar desde todos los frentes la erradicación en la práctica arbitral de toda connotación, ritualismos y formalidades de corte procesal. Sobre el particular, Bullard González apunta lo siguiente:

> […] cuando los abogados procesalistas o mejor dicho "procesaloides" (muchas veces disfrazados de "expertos" con "vocación" arbitral) se ven en la incapacidad de combatir la competencia con armas propias, recurren a la competencia desleal de manipular las normas y los conceptos arbitrales. Pretenden que las leyes sigan su lógica y sus principios alejan al arbitraje de su verdadero propósito, neutralizando sus ventajas. Y los reconoceremos porque el lenguaje y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar.
>
> Para ello utilizan justamente un lenguaje propio de los sistemas legales formales. Se amparan en un derecho de defensa entendido en su concepción excesivamente formalista (en la que es la forma y no la garantía real de un trato equitativo sustantivo) y en la necesidad del cumplimiento de una "función nomofiláctica" que en el arbitraje no es necesario porque como vimos, la naturaleza competitiva del mismo cumple dicho rol (2012, p. 59)[8].

Por lo expuesto, respecto de este primer escenario patológico, consideramos que, bajo ningún concepto, para evaluar el otorgamiento de una medida precautoria en el arbitraje en general, y, específicamente en el procedimiento de arbitraje de emergencia, debe tomarse en cuenta, ni supletoria ni referencialmente, los requisitos contenidos en el CPC.

V. SEGUNDA PATOLOGÍA: EL REQUISITO DE CONTRACAUTELA NO DEBE SER EXIGIBLE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN LOS QUE EL ESTADO ES PARTE

A través del Decreto de Urgencia 020-2020, el Gobierno peruano ha incorporado un segundo párrafo al artículo 8.2 del DLA que señala que cuando el Estado sea la parte afectada con una medida cautelar se exigirá como contracautela una fianza bancaria no menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento establecida en el contrato, conforme se aprecia a continuación:

> Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial:
>
> 1. **Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.** Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
>
> 2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
>
> **En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la**

[7] "Obviamente, es difícil (y no pocas veces imposible) en los casos comerciales demostrar un daño verdaderamente 'irreparable' que no pueda ser compensado como una indemnización monetaria en un lado; el requisito literal de un 'daño irreparable' limitaría las medidas precautorias principalmente a los casos donde una de las partes fuera efectivamente insolvente o en los que la ejecución de un laudo fuera imposible. Sin embargo, en realidad, la mayoría de las decisiones que prevén dicho requisito no parecen aplicar la fórmula comentada, sino que, por el contrario, exigente que exista un riesgo material de daño grave para el demandante" [traducción libre].

[8] Véase también Bullard González (2007).

> **presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral**. El monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda (2020) [el énfasis es nuestro].

Dicha modificación, en principio, evidencia una diferencia injustificada a favor del Estado en cuanto establece una carga adicional para que el contratista pueda accionar su derecho a obtener una medida cautelar.

Por otro lado, la modificación se ha hecho dentro del artículo 8 referido, como lo señala su título, a la "competencia en la colaboración y control judicial". Además, se ha modificado específicamente el numeral 2 de dicho artículo, que inicia su redacción con la expresión "**para la adopción judicial** de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial" (2020) [el énfasis es nuestro]. Si bien es cierto que el nuevo párrafo incorporado menciona que "el monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar" (2020), lo cierto es que el artículo 8.2 se refiere a las medidas cautelares solicitadas en sede judicial.

Así las cosas, si consideramos la redacción inicial del inciso 2, podría interpretarse que la contracautela solo aplica si la medida cautelar se solicita judicialmente, pero no aplica cuando se pide y adopta en sede arbitral. Inclusive, en el supuesto negado de incluir a las medidas cautelares adoptadas por un tribunal arbitral dentro del alcance de la modificación, la *fattispecie* de la norma no hace alusión alguna al procedimiento de árbitro de emergencia.

El otorgamiento de una medida cautelar en sede arbitral en Perú tiene su propia regulación y está establecida en un artículo distinto del DLA, esto es el artículo 47 que, vale la pena señalar, no ha sido modificado. Además, este artículo establece el poder de los árbitros de modificar los términos de cualquier medida cautelar emitida en sede judicial, por lo cual podría pensarse que hasta podrían eliminar cualquier contracautela impuesta por el Poder Judicial, toda vez que el artículo 47 no la exige.

Por otro lado, desde una perspectiva constitucional, queda la duda sobre la constitucionalidad de la norma, pues el contratista se encuentra frente a una barrera injustificada y desproporcionada para el ejercicio de la tutela cautelar. ¿En tal sentido, sería factible la aplicación de control difuso por parte de los árbitros? Nuestra respuesta es afirmativa.

Es factible postular la aplicación de un control difuso arbitral amparándonos en el artículo 138 de la Constitución[9] y los precedentes pertinentes del Tribunal Constitucional:

> 24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; «por el contrario a dicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51. o [...] más aún si ella misma artículo 38.°) impone a todos -y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla» (Expediente 142-2011-PA/TC, 2011).

¿Pero cuáles serían los derechos vulnerados por esta modificación? Consideramos que, al incluir una carga adicional injustificada, para que un contratista pueda accionar su derecho a obtener una medida cautelar, se estaría vulnerando, principalmente, el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva del accionante.

En cualquier caso, creemos que esta modificación es inaplicable al procedimiento de árbitro de emergencia, y está motivada en la errada creencia de que los resultados desfavorables al Estado en los arbitrajes obedecen exclusivamente al sistema arbitral. Un análisis más minucioso del problema hace notar que las fuentes de estas deficiencias se advierten desde la etapa de planeamiento, a través de expedientes técnicos errados, deficientes consultas u observaciones por los participantes de la licitación, inexperiencia en la gestión contractual por el personal de la entidad contratante, fallas de coordinación interna entre las dependencias de la entidad, entre otros.

[9] "[…] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior" (Const. 1993, art. 138).

Finalmente, si bien es cierto que el Decreto de Urgencia 020-2020 no establece la fecha de su entrada en vigor, de conformidad con el artículo 109 de la Constitución Política del Perú[10], el decreto es obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano. Por lo tanto, no es posible su aplicación retroactiva como se ha identificado que se ha planteado en sendos casos arbitrales.

VI. TERCERA PATOLOGÍA: USO DE TÁCTICAS DE GUERRILLA PARA EVITAR LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LA MEDIDA PRECAUTORIA QUEDE SIN EFECTOS

En este escenario nos encontramos ante un claro supuesto de fraude a la ley, pues a través del uso de las normas del DLA se busca dejar sin efecto las medidas cautelares concedidas por el árbitro de emergencia. Nos explicamos.

El artículo 47 del DLA establece que, luego de ejecutada la medida cautelar, el demandante debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes y, además, que el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia se constituya **dentro de los noventa días de dictada la medida**, bajo apercibimiento de que caduque (2008).

> Artículo 47.- Medidas cautelares
> […]
> 1. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. **Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho** (2008) [el énfasis es nuestro].

El problema surge cuando la parte afectada con la medida cautelar, de mala fe, usa todos los medios –legales– para evitar la constitución del tribunal arbitral, o cuando menos, para postergar su constitución a fin de que venza el plazo para que la medida caduque de pleno derecho, evidenciando un ejercicio irregular y abusivo de su derecho. Es decir, la parte perjudicada por la medida precautoria otorgada usa indebidamente las reglas previstas en los reglamentos, directivas y el DLA para obtener un beneficio indebido: la caducidad de la medida cautelar concedida. Sobre el particular, respecto del ejercicio irregular del derecho de defensa, se ha referido que

> […] el abuso del derecho de defensa se presentará en todos aquellos casos en los que el titular de dicho derecho utilice los medios de defensa que le confiere el ordenamiento jurídico para conseguir intencionalmente, fines u objetivos distintos a aquellos previstos legalmente para casa medio de defensa, generando un daño ilícito a su contraparte (Priori Posada, 2008, p. 331).

Dentro del elenco de tácticas de guerrilla reconocidos por la doctrina internacional (Horvath & Neil, 2017, p. 133) y ejercicio abusivo del derecho, a efectos de evitar o retrasar la constitución del tribunal arbitral, tenemos:

- Consultas reiterativas impertinentes a los miembros del tribunal arbitral.
- Pedidos de separación o inhibición sin fundamento de los miembros del tribunal arbitral.
- Recusaciones de mala fe al árbitro de la contraparte, al propio árbitro designado por la parte recusante o contra todo el colegiado.
- Cuestionamientos de mala fe a la experiencia profesional de los árbitros. Por ejemplo, la exigencia de acreditación de capacitaciones sobre materias relacionadas al fondo de la controversia, cuando el árbitro de emergencia solo debe realizar un análisis *prima facie case*.
- Solicitud de desistimiento y posterior solicitud de que se deje sin efecto la solicitud desistimiento.

Estas prácticas ya están identificadas por la doctrina más autorizada del arbitraje y las han catalogado como tácticas de guerrilla, pues ponen en peligro la correcta realización del proceso, a saber:

> […] **Las tácticas dilatorias utilizadas con relativa frecuencia en los procedimientos de arbitraje constituyen hoy su verdadero cáncer, ante el que los árbitros deben reaccionar de forma clara y rotunda.** De entre los diferentes protagonistas que intervienen en el arbitraje, la figura del árbitro, y sobre todo la del presidente del Tribunal Arbitral, tiene la máxima relevancia en la prevención y lucha contra las

[10] "Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (Const. 1993, art. 47.4).

> tácticas dilatorias. El reticente a participar en un procedimiento de arbitraje efectúa a veces diferentes intentos que, si tiene éxito por la debilidad del árbitro, pueden llevar a naufragar el procedimiento arbitral. Por el contrario, cuando las partes ven que el tribunal, garantizándoles sus derechos de defensa, no permite abusos dilatorios, se convierten en más razonables y meditan mucho más de sus peticiones (Cremades Sanz-Pastor, 1998, p. 5) [el énfasis es nuestro].

Estas tácticas de guerrilla tendrían como principales rasgos característicos (Halprin, 2019, p. 88):

- Violación o abuso no ético de la ley o reglas de procedimiento (invocar la ley o las reglas para fines distintos de los originalmente previstos).
- El objetivo previsto es obstruir, retrasar, descarrilar y/o sabotear el arbitraje.
- La ejecución es deliberada, es decir, una decisión táctica consciente.

Como ha señalado Sussman, "the use of guerrilla tactics, those intended to obstruct, delay or derail an arbitration" (2013, p. 48)[11]. Y así es. Este tipo de conductas vulneran la buena fe arbitral que deben observar las partes en el arbitraje, el cual se encuentra normado en el artículo 38° del DLA: "[l]as partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje" (2008).

¿Cómo frenar estas estrategias procesales de mala fe? La práctica internacional ha sugerido de manera unánime condenar estas conductas desleales a través de la condena de gastos arbitrales que el tribunal del fondo de la controversia efectuará al laudar. Sin embargo, consideramos que esta solución no abarca a las medidas precautorias emitidas por el árbitro de emergencia.

Una posible solución sería la de evaluar la inclusión de pretensiones cautelares ante el árbitro de emergencia orientadas a que la contraparte, por ejemplo:

- Se abstenga de realizar cualquier acto que ponga en peligro la ejecución de la medida cautelar.
- De ser el caso, se ordene el cese de toda actividad contraria a derecho.
- De ser el caso, que se retrotraigan las actuaciones realizadas al momento anterior a la afectación, sin perjuicio del resarcimiento por los daños causados.

Por supuesto que no se trata de una solución definitiva del problema, sin embargo, debe considerarse toda medida destinada a mitigar lo más que se pueda un eventual daño, más aún si tenemos en cuenta el estándar de dificultad de superar un presunto fraude a la ley.

Finalmente, es de precisar que, en casos especiales, como el de la Directiva para el Servicio de Arbitro de Emergencia del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, solo se establece un plazo de quince días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje, bajo apercibimiento de que la medida cautelar caduque. De similar manera, el Apéndice I: Reglas del Árbitro de Emergencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establece un plazo de diez días hábiles desde emitida la orden que contiene la medida de emergencia para que el solicitante presente su solicitud de arbitraje (2017).

Conforme se aprecia de ambos casos, nada se dice sobre un plazo para la constitución del tribunal arbitral. Por lo tanto, somos de la opinión de que la pretendida aplicación supletoria del plazo de 90 días para la constitución del tribunal arbitral, bajo apercibimiento de que la medida cautelar quede sin efectos es, en realidad, inaplicable para los procedimientos de arbitraje de emergencia y, por tanto, debe erradicarse.

VII. CUARTA PATOLOGÍA: NO CORRESPONDE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO CONTRA LA DECISIÓN U ORDEN EMITIDA POR UN ÁRBITRO DE EMERGENCIA

El problema aquí está referido a una malentendida doble instancia arbitral en el procedimiento de arbitraje de emergencia, como si se trata de un proceso judicial. No existe una doble instancia en el arbitraje en general y mucho menos en el procedimiento de arbitraje de emergencia. Sucede que la parte afectada con la medida cautelar contenida en la orden del árbitro de emergencia, interpone recurso de anulación de laudo, e, inclusive, solicitudes de rectificación, aclaración, interpretación y exclusión. Ello no es correcto.

[11] "El uso de tácticas de guerrilla, aquellas destinadas a obstruir, retrasar o descarrillar un arbitraje" [traducción libre].

Se han identificado casos privados en los que la parte afectada con la medida, inclusive, exige la celebración de audiencias presenciales como condición para la emisión de una decisión final del árbitro de emergencia y, ante la negativa, se reserva su derecho de interponer recurso de anulación contra la decisión final. Consideramos que tal posición socava la naturaleza misma del arbitraje. Nos explicamos.

El arbitraje es consecuencia directa de la libre elección de las partes a través del convenio arbitral, en el cual establecen que prefieren resolver su controversia a través de este y, de conformidad con los efectos negativos del convenio, excluyen a la jurisdicción de los tribunales de justicia ordinarios. Así, es a través de la autonomía privada de las partes que se impone el mecanismo a través del cual la controversia va a dirimirse[12].

Justamente como el arbitraje es un mecanismo flexible, es dentro del mismo arbitraje donde se pueden encontrar las respuestas. Bien se ha dicho que no se debe burocratizar un procedimiento que, por su propia naturaleza, está llamado a ser ágil y presto (Cremades Sanz-Pastor, 2012, p. 1). En el mismo sentido, Paulsson se muestra adverso a la opción de una segunda instancia arbitral, relacionada con una percepción de legitimidad que puede sanar los errores observados a lo largo del arbitraje (2013, p. 292).

Este escenario se ha presentado ya en arbitrajes comerciales internacionales en los que existían decisiones previas de árbitros de emergencia, con resultados disímiles. En el caso *Yahoo! Inc. c. Microsoft Corp. (2013)*, el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York desestimó el pedido de anulación de la decisión de un árbitro de emergencia interpuesto por Yahoo, bajo el argumento de que la decisión del árbitro de emergencia fue esencialmente definitiva y, por lo tanto, la confirmó a los fines del reconocimiento y la ejecución. Así, en este caso se advierte que el Tribunal siguió el criterio de que la decisión del árbitro de emergencia, aunque provisional, tenía el carácter de definitiva para la controversia cautelar.

Por su parte, en *Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc.* (2010), el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California se negó a anular un laudo emitido por un árbitro de emergencia sobre la base de que el laudo no fue definitivo en tanto podía ser revisado por el tribunal arbitral bajo las Reglas del ICDR del 2011. Este laudo, además, no era vinculante para los fines de la Convención de Nueva York.

Como quiera que no se ha podido identificar jurisprudencia local que nos ayude en nuestro cometido, nuestra posición es que, si el procedimiento de arbitraje de emergencia es la expresión de la voluntad de las partes, la orden o decisión del árbitro significa la consecución del fin perseguido por estas en su programación de intereses, o mejor dicho, en su pacto, en ejercicio de su autonomía privada y libertad contractual.

En ese sentido, las decisiones de los árbitros, en general, y del árbitro de emergencia, en particular, están exentas de posterior censura en lo referido a su manera de valorar los hechos o pruebas, a la interpretación del derecho material y, esencialmente, de su decisión. Como señala Schmitthoff

> [e]s cierto que, al igual que los jueces, los árbitros pueden errar en su decisión, pero los usuarios del arbitraje, al elegir este mecanismo de resolución de controversias, prescinden conscientemente de los procedimientos de apelación inherentes al proceso jurisdiccional (1987, p. 230).

En ese sentido, la corte que conoce de los recursos de anulación de laudos (en nuestro caso, las cortes superiores comerciales), entiende que su labor debe limitarse a la verificación del cumplimiento de ciertas causales establecidas de manera taxativa por las leyes arbitrales de la sede (en el caso peruano, por el DLA) y están específicamente vinculadas a la comisión de irregularidades procesales que causan afectación a determinados derechos de las partes, o que atañen a la vulneración del orden público. Es decir, el examen de las Cortes sobre la protección de la tutela judicial efectiva está enmarcada en motivos formales, pero nunca de fondo.

Si bien es cierto, que la experiencia internacional nos revela que las cortes cuentan con ciertas facultades revisoras[13], consideramos que no son compatibles con la naturaleza apremiante de un procedimiento de emergencia.

---

12 Sobre la autonomía privada en sede arbitral, véase Livingstone (2008).

13 En el caso de la Cámara de Comercio Internacional, está previsto un mecanismo de vigilancia de los laudos emitidos por los árbitros, a cargo de la Corte, con la posibilidad de llamar la atención sobre cuestiones de forma y sobre cuestiones relacionadas con el fondo del caso. Se trata de un criterio revisor previo del laudo hasta el punto de que, actualmente, un tribunal arbitral no puede comunicar un laudo a las partes sin la aprobación previa de la Corte de Arbitraje. Esta facultad busca garantizar la calidad de los laudos y reducir el riesgo de que sean anulados por tribunales nacionales.

Aterrizando estas reflexiones a nuestro ordenamiento jurídico, podemos apreciar que las primeras luces sobre cómo afrontar este problema lo encontramos en el DLA. Para el caso de una medida cautelar concedida por un tribunal arbitral, la impugnación será bajo los términos de una reconsideración, marcando distancia con la posición que equipará a la decisión cautelar con un laudo, y su posible recurso de anulación. Así se aprecia del artículo 47 del DLA:

> 5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar (2008) [el énfasis es nuestro].

Una primera cuestión a mencionar sobre este escenario, es la forma de la decisión otorgada por un árbitro de emergencia, la cual varía según las instituciones arbitrales: Algunas requieren medidas provisionales bajo la forma de órdenes (por ejemplo, el artículo 29 (2) de las Reglas de la CCI), mientras que otras lo han establecido bajo la forma de laudos provisionales (por ejemplo, el Anexo 1(6) de las Reglas SIAC y el artículo 32(3) de las Reglas SCC).

Para el caso del procedimiento de árbitro de emergencia peruano, los reglamentos y directivas establecen que la decisión cautelar reviste la forma de una orden. En dicha orden el árbitro decidirá si la solicitud cautelar es admisible y si tiene competencia para ordenarla. Las partes están obligadas a cumplir con la orden dictada. Una vez notificada la orden, cualquiera de las partes puede solicitar al árbitro de emergencia que se modifique o deje sin efecto, sin perjuicio de que se haya presentado la solicitud de arbitraje y que el tribunal arbitral no se haya constituido aún.

Ahora bien, no se ha previsto ningún plazo para que la parte afectada con la decisión cautelar la impugne, siendo el único límite la constitución del tribunal arbitral a cargo de resolver la controversia. Es decir, cualquiera de las partes podrá solicitar la modificación u objeción a la orden hasta que el tribunal arbitral del fondo de la controversia se constituya.

Esto ha sido claramente establecido por los reglamentos y directivas sobre árbitro de emergencia, pues expresamente establecen que la competencia del árbitro de emergencia termina con la constitución del tribunal arbitral o árbitro único. Es aquí donde se puede pedir la revocación de la medida precautoria, pues el tribunal arbitral o árbitro único es competente para dictar o modificar las medidas cautelares otorgadas, de conformidad con el DLA.

Sobre la base de lo expuesto, nuestra conclusión es que el competente para modificar o dejar sin efecto una medida precautoria otorgada por un árbitro de emergencia es él mismo, hasta la constitución del tribunal arbitral. Luego de ello, el competente lo será el propio tribunal arbitral, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico y del *pacta sunt servanda* sobre el convenio arbitral.

VIII. QUINTA PATOLOGÍA: LA NEGATIVA AL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y SU EJECUTORIEDAD

En Perú, el DLA establece expresamente la ejecución directa de las decisiones de los árbitros en materia cautelar, siempre que no se requiera el uso de la fuerza pública, en cuyo caso se acude al auxilio judicial. En la realidad de los hechos no siempre se le reconoció a las decisiones cautelares emitidas por los árbitros el mismo estatus, validez y ejecutoriedad que a las decisiones cautelares emitidas por los jueces. Esta situación patológica tiene mayor incidencia con las medidas cautelares conferidas por un árbitro de emergencia, toda vez que su competencia no ha sido expresamente dispuesta en el DLA.

A la fecha, por ejemplo, existen entidades bancarias y financieras que solo reconocen las medidas cautelares concedidas por un juez, en cuanto a la no ejecución, renovación y reducción de cartas fianza. No obstante, no reconocen las medidas cautelares concedidas por un tribunal arbitral y mucho menos las concedidas por un árbitro de emergencia. Se ha identificado que el problema muchas veces parte, aunque resulte inverosímil, de una patología en el pedido cautelar. Es decir, la pretensión cautelar está orientada a mantener o modificar la conducta de un tercero, un no signatario del convenio arbitral. Por ejemplo, cuando el pedido consiste en ordenar que un banco no ejecute cartas fianzas.

En estos casos la solución no es compleja, pues radica en la estructura misma de la pretensión, que debe estar orientada a obtener un comportamiento determinado de su contraparte en el contrato,

por ejemplo, y no de un tercero no signatario. Por ejemplo, cuando el pedido consiste en que la contraparte evita realizar cualquier conducta orientada, directa o indirectamente, a ejecutar cartas fianzas. Sin embargo, más allá de un problema del fraseo del pedido cautelar, lo cierto es que existen ordenamientos jurídicos en los que las decisiones cautelares de los árbitros de emergencia no siempre pueden ser ejecutadas directamente. Inclusive, a pesar de que se ha reconocido su ejecutoriedad, en la práctica ello no siempre sucede.

Ahora bien, es innegable que habrán supuestos en los que sea más conveniente acudir a la justicia cautelar ordinaria. Lo anterior, debido a que los árbitros carecen de la *coertio* y la *executio*, esto es, de la facultad de hacer uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus decisiones. Como señala Moses,

> [l]os árbitros no tienen poderes coercitivos. No tienen el poder de hacer que la parte haga algo bajo la medida de ser penalizados si no lo hacen. La justicia ordinaria, por ejemplo, puede imponer una multa por desacato si una parte no cumple con una orden judicial (2012, p. 5).

A nivel internacional este problema ha conllevado a que se modifiquen las leyes de arbitraje. Así, por ejemplo, en 2012 se modificó la International Arbitration Act de Singapur[14] para incluir dentro de la definición de tribunal arbitral al árbitro de emergencia, otorgándoles el mismo estatus y asegurando con ello que sean ejecutables. En el mismo sentido, en 2013 se enmendó el Arbitration Ordinance de Hong Kong, como respuesta a la adopción de las Reglas del HKIAC que incorporan un procedimiento de arbitraje de emergencia. Se incorporó así una definición del árbitro de emergencia y que los tribunales de Hong Kong podrán ejecutar las decisiones que adopten, sea en Hong Kong o en el extranjero. También, en 2016, se modificó el Arbitration Act de Nueva Zelanda[15] con el objeto de ampliar el alcance de la definición de "tribunal arbitral" para incluir también al árbitro de emergencia.

Nuestro DLA, como ya habíamos adelantado, no contiene una referencia expresa, ni implícita sobre el árbitro de emergencia. En tal sentido, acudir por auxilio judicial podría ser muy problemático, pues además de la demora inherente al sistema judicial peruano, se corre el riesgo de que el Juez no acoja el pedido bajo el entendimiento de que el artículo 48 del DLA solo cobertura a las medidas cautelares concedidas por tribunales arbitrales, más no cubre los supuestos de medidas cautelares concedidas por un árbitro de emergencia, conforme se aprecia a continuación:

> Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.
> 1. 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.
> 2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
> 3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.
> 4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77 […] (2008) [el énfasis es nuestro].

Desde nuestro punto de vista, no hay discusión sobre si el árbitro de emergencia es un árbitro, valga la redundancia. La naturaleza de árbitro y su competencia derivan del convenio arbitral, y ya hemos hecho referencia a la autonomía privada en el acápite anterior. El propio DLA señala lo siguiente en su Cuarta Disposición Complementaria:

> A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes (2008).

Al ser el árbitro de emergencia un árbitro se encuentra cubierto constitucionalmente. Así, el

[14] Section 2.1 de la Singapore International Arbitration Act (Cap. 143A).

[15] Section 4 de la Arbitration Amendment Act 2016.

incumplimiento de la decisión jurisdiccional de un árbitro es inconstitucional, en atención a los artículos 63 y 139 de la Constitución Política del Perú, a saber:

> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. **Pueden también someterlas a arbitraje nacional** o internacional, **en la forma en que lo disponga la ley** (art. 63, 1993) [el énfasis es nuestro].
>
> **No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción** de la militar y **la arbitral** (art. 139, 1993) [el énfasis es nuestro].

Como cuestión práctica, y ciertamente efectista, es poco probable que el tribunal arbitral que conozca el fondo de la controversia mire favorablemente a una parte que no haya cumplido la decisión emitida por un Árbitro de Emergencia. Sobre el particular, Savola indica que

> [s]ome commentators opine that one should not overstate the importance of enforceability of emergency arbitrator decisions, as parties usually comply with them voluntarily. But this is not necessarily always the case. As explained above, there may be instances where enforcement of pre-arbitral interim measures is critical so as to avoid the risk that a recalcitrant party will succeed in evading its obligations and frustrating the whole purpose of the arbitration. In such circumstances, a party may have no other choice but to resort to judicial authorities for their assistance (2015, p. 22)[16].

Como planteamos en el acápite referido a las tácticas de guerrilla, se pueden plantear pretensiones a efectos de mitigar al máximo los efectos negativos de la parte recalcitrante al cumplimiento de la medida precautoria, sin perjuicio de tomarse en consideración dicho comportamiento al evaluar la condena de gastos arbitrales.

Por otro lado, se ha dicho que las decisiones del árbitro de emergencia no son susceptibles de ejecución bajo el Convención de Nueva York. Dicho instrumento solo admite el reconocimiento o ejecución de laudos, no haciendo ninguna mención a órdenes (Voser & Boog, 2011, p. 86). Creemos que esa posición es errada, toda vez que el problema de la ejecutoriedad de una decisión u orden emitida por un árbitro de emergencia se ve cubierto, bajo una interpretación extensiva y de buena fe, por el artículo 48 del DLA, a saber:

> **Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral**.
> [...]
> 2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del **documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna**.
> **La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar**.
> [...]
> 4. **Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 77, con las siguientes particularidades:**
> a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 75 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral (2008) [el énfasis es nuestro].

Vale la pena detenerse en el inciso 3 de este artículo. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia. El competente para ello es el tribunal arbitral que conocerá el fondo de la controversia. Una interpretación contraria acarrearía situaciones francamente funestas. Nuevamente, al existir una escasez de jurisprudencia nacional con la que aclarar esta cuestión, nos remitimos al *case law* internacional a fin de tener mejores luces al respecto.

Así, es importante mencionar lo que sucedió en *Al Raha Group for Technical Services c. PKL Services (2019).* En este caso, Al Raha solicitó tutela cautelar ante un árbitro de emergencia bajo las reglas de la American Arbitration Asociation, a efectos

[16] "Algunos comentaristas opinan que no se debe exagerar la importancia de la ejecutabilidad de las decisiones de los árbitros de emergencia, ya que las partes suelen cumplirlas voluntariamente. Pero esto no es necesariamente siempre así. Como se ha explicado anteriormente, puede haber casos en que la ejecución de medidas cautelares prearbitrales es fundamental para evitar el riesgo de que una parte recalcitrante consiga eludir sus obligaciones y frustre el propósito del arbitraje. En tales circunstancias, una parte puede no tener otra opción que recurrir a las autoridades judiciales para que le presten asistencia" [traducción libre].

de evitar la rescisión del contrato. El árbitro de emergencia decidió prohibir a PKL la rescisión del contrato hasta que asuma competencia el tribunal arbitral (2018). La Corte del Distrito Norte de Georgia, sin embargo, se negó a confirmar y ejecutar la decisión del árbitro de emergencia, debido a que, a su entender, este no era un laudo final, por lo que señaló que carecía de jurisdicción sobre el tema y desestimó el caso.

Durante el iter del proceso, Al Raha afirmó que la Corte del Distrito tenía jurisdicción de conformidad con la Ley Federal de Arbitraje y la Convención de Nueva York. Entre tanto, el proceso arbitral de fondo se suspendió durante casi un año, hasta que la Corte del Distrito decidiera si debía o no ejecutar la orden del árbitro de emergencia. Sin embargo, la Corte falló hasta un año después y PKL, por supuesto, se negó en todo ese tiempo a cumplir con lo ordenado por el árbitro de emergencia. La decisión de la Corte se fundamentó en las siguientes razones:

> Although district courts have original jurisdiction over any action or proceeding falling under the [New York] Convention, they lack authority to confirm arbitral awards that are not final. […] An interim ruling from an arbitrator is not a final award if it does not purport to resolve finally the issues submitted to the arbitrators […]. An interim ruling may be considered sufficiently final if it finally and definitely disposes of a separate and independent claim even if it does not dispose of all the claims that were submitted to arbitration (*Al Raha Grp. For Tech. Servs. v. PKL Servs. Inc*., 2019, p. 3)[17].

Pero existirán casos en los que la decisión de emergencia, aunque provisional, es más que determinante. Pensemos, por ejemplo, en una disputa sobre propiedad intelectual relacionada a un acuerdo de confidencialidad respecto de una fórmula. Si lo que se pretende incumplir es una orden que declara se respete la confidencialidad, el daño puede ser irreparable, como es la divulgación de un secreto comercial, por ejemplo. En tales supuestos, reiteramos, resultará más idóneo, acudir por tutela cautelar ante las cortes ordinarias. Así, cierto sector de la doctrina ha señalado que las decisiones de los árbitros de emergencia son finales, en términos de los problemas que pretenden abordar (Yesilirmak, 2005, pp. 253-254).

Luego de expuesta la experiencia internacional, con sus vicisitudes y casuística, consideramos que, para el caso peruano, el problema de la ejecutoriedad de una decisión u orden emitida por un árbitro de emergencia se ve superado bajo una interpretación extensiva y de buena fe de nuestro propio ordenamiento jurídico, específicamente del artículo 48 del DLA. Asimismo, el incumplimiento de la decisión de un árbitro de emergencia encuentra cobertura constitucional.

IX. REFLEXIONES FINALES

El procedimiento de arbitraje de emergencia ha logrado dinamizar y dotar de eficiencia y celeridad al otorgamiento de medidas precautorias en beneficio de una tutela jurisdiccional efectiva, frente a la petición de otorgamiento de una medida cautelar ante la justicia ordinaria. Sin embargo, podría ser minado y la tutela cautelar concedida frustrarse, de mala fe, por una de las partes a través de tácticas de guerrilla, aprovechamiento de vacíos normativos e, inclusive, utilizando la propia regulación del procedimiento, defraudándolo.

Luego de analizar cinco escenarios patológicos en este trabajo, identificamos un problema más profundo, endémico, que aqueja al arbitraje en general y, por supuesto, al procedimiento de arbitraje de emergencia en particular: la existencia de una cultura "procesaloide". No procesal, resaltamos, sino "procesaloide", que aqueja a la propia justicia ordinaria, pero que ha nacido en su seno.

Todavía existen operadores en el sistema arbitral que mantienen una fuerte ideología procesal, con sesgos excesivamente formalistas y con la praxis propia del estereotipo de abogado de antaño, reactivo al cambio y dueño de su verdad. El campo jurídico local adolece de una rigidez que tiende a reforzar la apariencia de cientificidad, rigor e imparcialidad.

Dejarnos atrapar en la rigidez del derecho y sus normas implica no solamente darle la espalda a lo real, sino también ser partícipes del subdesarrollo. Es importante reforzar la idea de superación de la enseñanza dominante de memorización de leyes y códigos por uno de adaptación a nuevas prácticas y herramientas que permitan su uso eficiente.

Así, llegamos a la firme conclusión de que el problema no es el procedimiento de arbitraje de emergencia en sí mismo. Los reglamentos de las principales instituciones arbitrales sobre árbitro de

[17] "Aunque los tribunales de distrito tienen jurisdicción original sobre cualquier acción o procedimiento comprendido en la Convención [de Nueva York], estos carecen de autoridad para confirmar los laudos arbitrales que no sean definitivos. […] Un laudo provisional de un árbitro no es un laudo definitivo si no tiene por objeto resolver definitivamente las cuestiones sometidas a los árbitros […] Un laudo provisional puede considerarse suficientemente suficiente si resuelve de manera definitiva e independiente una reclamación, aunque no resuelva todas las reclamaciones objeto del arbitraje" [traducción libre].

emergencia del país se encuentran dentro del estándar internacional, sin perjuicio de que puedan ser perfectibles. Siempre será mejor, inclusive, una norma deficiente con buenos intérpretes y aplicadores que una norma perfecta con pésimos intérpretes y aplicadores.

El origen de las patologías radica, entonces, en los operadores intervinientes en el sistema arbitral. Ahí el reto a superar.

Como en muchas otras ocasiones, más allá de importar las mejores prácticas arbitrales internacionales, especializarnos en las últimas tendencias o mirar por encima del hombro a la justicia ordinaria, depende de todos y cada uno de los operadores del sistema arbitral adaptarnos a las nuevas realidades y defender la institucionalidad del arbitraje, en todos sus frentes.

REFERENCIAS

Abascal, J. M. (2007). The Art of Interim Measures. En Van den Berg, J.A. (ed.), *International Arbitration 2006: Back to the Basics?* (pp. 751-767). Kluwer Law International.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2008). Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano. *Revista Peruana de Arbitraje,* (7), 119-151.

Bühler, M. (2011). ICC Pre-Arbitral Referee and Emergency Arbitrator Proceedings Compared. *ICC Bulletin, Special Supplement,* (22), 93-98.

Bullard González, A. (2007). Comprando justicia: ¿genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles? *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 71-89. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8849

(2012). ¿Es un arbitraje un juicio? *Ita Ius Esto*, (11), 58-65. https://www.itaiusesto.com/es-un-arbitraje-un-juicio/

Bond, S. (1993). The Nature of Conservatory and Provisional Measures. ICC (ed.), *Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration*, (8).

Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration* (Vol. 2). Wolters Kluwer.

(2014). *International Commercial Arbitration* (Vol. 2). Wolters Kluwer.

Chatzipavlou, V. (2017). *The use of Emergency Arbitrator Procedure in Investment Treaty Arbitration Counterweight to States Regulatory Powers or Uneven Head-Start for Investors?* (Tesis de Master, Universidad de Amsterdam, Amsterdam, Países Bajos).

Craig, W., Park, W., & Paulsson, J. (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration* (3ra ed.). Oceana Publication, Inc.

Cremades Sanz-Pastor, B. M. (1998). Facultades del árbitro internacional en materia de prueba. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (363), 1-4.

(22 de octubre de 2012), Dudo mucho que la segunda instancia de apelación reporte beneficios al arbitraje. *Cremades*. https://www.cremades.com/es/noticias/dudo–mucho–que–la–segunda–instancia–de–apelacion–reporte–beneficios–al–arbitraje/ Consultado el 5 de junio del 2020.

Dahlquist J. (2016). The First Known Investment Treaty Emergency Arbitration. *The Journal of World Investment & Trade*, *17*(2), 261-271.

Fernández Rozas, J. C. (2007). Arbitraje y Justicia Cautelar. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, (*22*), 23-60. https://eprints.ucm.es/6579/1/ARBITRAJE_Y_JUSTICIA_CAUTELAR__RCEA_2007.pdf

Fernández Masiá, E. (2017). La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *9*(1), 82-98. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3614/2182

Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

González de Cossío, F. (2013). Medidas precautorias en el arbitraje. *Pauta: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, (*40*), pp. 27-56. https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/04ba590251e23602d4ecd49a977359610d12fc7a.pdf

Halprin, P. (2019). Resisting Guerrilla Tactics in International Arbitration. *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, *85*(1), pp. 87-97.

Havedal, A. (2017). *Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2015-2016 (SCC Practice Note)*. Arbitration Institute of the Stockholm chamber of commerce. https://sccinstitute.com/media/194250/ea-practice-note-emergency-arbitrator-decisions-rendered-2015-2016.pdf

Horvath, G., & Neil, A. (2017). *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. *Asian Dispute Review*, *19*(3), 131-137. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Asian+Dispute+Review/19.3/ADR2017025

International Chamber of Commerce (ICC) (2014). *ICC Arbitration Commission Report on Arbitration Involving States and State Entities under the ICC Rules of Arbitration*. ICC. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Arbitration-Involving-States-and-State-Entities-under-the-ICC-Rules-of-Arbitration-2012.pdf

Livingstone, M. L. (2008). Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Popular Fallacy or Proven Fact? *Journal of International Arbitration*, *25*(5), 529–536.

Miles, C. (2017). *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316410813.

Moses, M. L. (2012). *The principles and practice of International Commercial Arbitration* (2da edición). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511920073

Olivencia Ruiz, M. (2009). El laudo: naturaleza, clases y contenido. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *2*(3), 655–674.

Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press.

Priori Posada, G. (2008). El principio de la buena fe proceso, el abuso del proceso y el fraude procesal. *Derecho y Sociedad*, (*30*), 325-341.

Santistevan de Noriega, J. (2008). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana. *Revista Peruana de Arbitraje,* (*7*), 85-118. https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf

Savola, M. (3-4 de diciembre de 2015). Interim Measures and Emergency Arbitrator Proceedings [conferencia]. *23rd Croatian Arbitration Days: Access to Arbitral Justice*, Zagreb, Croacia. https://arbitration.fi/wp-content/uploads/sites/22/2016/04/23-cad-savola-interim-measures-and-emergency-arbitrator-proceedings.pdf

Schwarz, F., & Konrad, C. (2009). *The Vienna Rules, A Commentary on International Arbitration in Austria.* Kluwer Law International.

Schmitthoff, C. M. (1987). Finality of Arbitral Awards and Judicial Review. En Lew, J.D.M. (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration* (pp. 230-237). Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-017-1156-2_21.

Swee, K. (2016). The use of Emergency Arbitrators in Investment Treaty Arbitration. *ICSID Review*, *31*(3), 534–548.

Sussman, E. (2013). Can Counsel ethics beat guerrilla tactics? Background and impact of the New IBA Guidelines on party representation in international arbitration. *New York Dispute Resolution Lawyer, 6*(2), 47-50. https://sussmanadr.com/docs/IBA%20counsel%20guidelines%20NYSBA%20fall%202013.pdf

Voser, N., & Boog, C. (2011). ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview. *ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement)*, (*22*), 81-92.

Yesilirmak, A. (2005). *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Al Raha Grp. For Tech. Servs. c. PKL Servs. Inc., Caso No. 1:18-cv-04194 (N.D. Ga. Sep. 6, 2019).

Arbitration Amendment Act 2016, s 2 (N.Z.).

Arbitration Ordinance, 2011 (Cap. 609) (H.K.).

Caso No. 10681 de 2011 (ICC Int'l Ct. Arb.).

Chinmax Medical Systems Inc. c. Alere San Diego, Inc., Caso No. 10cv2467 WQH (NLS) (S.D. Cal. Dec. 8, 2010).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).

Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Decreto de Urgencia 020-2020. Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de enero de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).

Directiva 004-2020-OSCE/CD del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones con el Estado a cargo del SNA-OSCE, 16 de febrero de 2020 (Perú).

Evrobalt LLC c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2016/082, Laudo de emergencia (30 de mayo de 2016).

Framatome et al. v. Atomic Energy Organization of Iran, Caso CCI No. 3896 de 1982, Laudo de Emergencia, 111 J. du Droit Inter'l 58 (ICC Int'l Ct. Arb.).

GPF GP S.a.r.l c. República de Polonia, Caso SCC EA No. 2014/168, Laudo de emergencia (1 de enero de 2015).

International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules), del 1 de julio de 2016.

International Arbitration (Amendment) Act 2012 (Sing.)

JKX Oil & Gas plc, Poltava Gas B.V. y Poltava Petroleum Company JV c. Ucrania, Caso CPA 201511, Laudo de emergencia (14 de junio de 2015).

Kompozit LLC c. Moldova c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2016/095, Laudo de emergencia (14 de junio de 2016).

Mohammed Munshi c. Mongolia, Caso SCC EA No. 2018/007, Laudo de emergencia (5 de febrero de 2018).

Okuashvili c. Georgia, Caso SCC, Laudo de emergencia (11 de abril de 2019).

Puma Energy Holdings (Luxemburgo) SARL c. República de Benín¸ Caso SCC EA No. 2017/092, Laudo de emergencia (8 de junio de 2017).

TSIKinvest LLC c. República de Moldavia, Caso SCC EA No. 2014/053, Laudo de emergencia (29 de abril de 2014).

Reglamento de Arbitraje de la Comisión China de Arbitraje Económico y Comercial Internacional, del 5 de septiembre de 2000.

Reglamento de Arbitraje del Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, del 1 de enero de 2017.

Reglas de Arbitraje del Singapore International Arbitration Centre, del 1 de agosto de 2016.

Resolución Ministerial 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de abril de 1993 (Perú).

Yahoo! Inc. c. Microsoft Corporation, Caso No. 13-7237 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013).

10.18800/themis.202001.016

¿JUSTOS PAGAN POR PECADORES? ANALIZANDO LAS MODIFICACIONES A LAS REGLAS DEL ARBITRAJE CONTRA EL ESTADO PERUANO

THE RIGHTEOUS PAYING FOR THE SINNERS? ANALYZING THE AMENDMENTS TO THE ARBITRATION RULES AGAINST THE PERUVIAN STATE

Rodrigo Rabines Matta*
Exmiembro del Consejo Ejecutivo de THĒMIS
Cuatrecasas

In recent years, there have been many cases of corruption in arbitrations with the Peruvian state. As a result of them, the country has been forced to pay millionaire sums. In order to solve these problems, the Peruvian government issued Emergency Decree 020-2020, which modified the Legislative Decree 1071, Legislative Decree that regulates arbitration, in relation to arbitrations with the State.

In this article, the author explains the reasons why these modifications have not been effective to solve the real problem for which Decree was published: avoid corruption in arbitration with the Peruvian State.

Keywords: Arbitration with the State, corruption; arbitration rules; Peruvian State; Arbitration Law.

En los últimos años se han visto muchos casos de corrupción en los arbitrajes con el Estado peruano, a raíz de los cuales el país se ha visto obligado a pagar millonarias sumas. Con motivo de solucionar dichas prácticas, el gobierno peruano emitió el Decreto de Urgencia 020-2020, el cual modificó el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en lo relacionado a los arbitrajes con el Estado.

En el presente artículo, el autor aborda las razones por las cuáles dichas modificaciones no han resultado efectivas para combatir la verdadera razón por la cual se publicaron: evitar la corrupción en los arbitrajes con el Estado peruano.

Palabras clave: Arbitraje con el Estado; corrupción; reglas del arbitraje; Estado peruano; Ley de Arbitraje.

* Abogado. Asociado en Cuatrecasas (Lima, Perú). Contacto: rodrigo.rabines@cuatrecasas.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 15 de abril de 2020, y aceptado el mismo el 22 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El gobierno peruano, el pasado 24 de enero de 2020 publicó el Decreto de Urgencia 020-2020 (en adelante, DU 020-2020), a través del cual modificó determinados artículos del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje). Concretamente, el DU 020-2020 modificó las reglas aplicables a los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte.

De acuerdo con el discurso político que promovió la emisión del DU 020-2020, y en conformidad con la exposición de motivos de esta norma, se concluye que esta medida busca ser una respuesta al grave problema de corrupción que se vive en el Perú y que, en los últimos años, lamentablemente, se ha servido del uso indebido del arbitraje para que determinados individuos vean satisfechos sus intereses particulares en detrimento de los intereses públicos.

Respecto a la corrupción en el arbitraje, los exponentes más notorios de este tipo de casos son en aquellos arbitrajes en los que participó la empresa brasileña Odebrecht. Así pues, de acuerdo con las investigaciones en curso, Odebrecht habría pagado sobornos a funcionarios públicos, abogados e incluso árbitros para verse beneficiada indebidamente en diversos arbitrajes que inició contra el Estado peruano (IDL-Reporteros, 2019).

Esta situación ha generado una gran preocupación en el Estado, pues este quiere evitar que la corrupción siga utilizando incorrectamente el arbitraje para plantearle reclamos que terminen siendo reconocidos en su contra y se vea obligado a disponer de recursos públicos para pagarles importantes sumas de dinero a empresas privadas.

La preocupación del Estado es perfectamente entendible. Dichos recursos podrían ser correctamente utilizados en la ejecución de obras o en la prestación de servicios básicos para satisfacer las necesidades de la población peruana. De hecho, la cantidad dinero que el Estado peruano ha tenido que pagar a favor de empresas privadas en cumplimiento de laudos arbitrales emitidos en la gran mayoría de los arbitrajes domésticos en los que participó ha sido un monto bastante significativo.

Así, de acuerdo con lo mencionado en el informe "El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013", efectuado por la Contraloría General de la República del Perú (en adelante, Informe de la Contraloría), durante dicho periodo (2003-2013) el Estado peruano habría perdido el 70% de los arbitrajes en los que participó y en total se vio obligado a pagar la suma de S/.1 128 180 981 (Contraloría General de la República del Perú, 2015). Es por este motivo en particular que existe una urgente necesidad de eliminar prácticas corruptas en el arbitraje y, en ese sentido, se puede observar que en la exposición de motivos del DU 020-2020 se indica la necesidad de introducir modificaciones en la Ley de Arbitraje para evitar usos incorrectos de este mecanismo de resolución de conflictos.

Sin duda alguna, combatir la corrupción es algo que todos los ciudadanos deseamos. Sin embargo, hay que resaltar que debemos ser sumamente cuidadosos al hacerlo, pues de lo contrario podríamos terminar afectando el funcionamiento eficiente de un mecanismo de solución de controversias tan efectivo como es el arbitraje. Y, lo que es peor, es que ello puede ocurrir sin llegar a atacar verdaderamente las raíces del problema que se está tratando.

En nuestra opinión, lo anterior es lo que lamentablemente ha ocurrido con varias de las modificaciones introducidas por el DU 020-2020. Como veremos a continuación, el DU 020-2020 ha introducido un conjunto de nuevas reglas arbitrales que, en algunos casos, no solo se ve perjudicado el principio de igualdad de armas que debe regir en todo arbitraje, sino que también se puede llegar a ver comprometida la imparcialidad e independencia con que los árbitros deben ejercer sus labores. Y, lamentablemente, todo ello sin que exista garantía o prueba alguna de que esas medidas cumplan realmente con la verdadera finalidad perseguida por la nueva norma: evitar que exista más corrupción en los arbitrajes en los que el Estado es parte.

II. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: ¿EL ARBITRAJE, LA CORRUPCIÓN O ALGO MÁS?

Para poder comprender si las modificaciones introducidas a la Ley de Arbitraje por parte del DU 020-2020 son adecuadas, es necesario, en primer lugar, identificar el razonamiento que el Estado peruano siguió al momento de crear las nuevas normas aplicables a los arbitrajes en los que él mismo participa. Esto se debe a que solo conociendo los problemas que el Estado ha identificado se podrá analizar si las disposiciones normativas introducidas son adecuadas o no para resolver dichos problemas.

Un primer indicio del razonamiento del Estado se encuentra en la parte considerativa del propio DU 020-2020, en el cual se indica lo siguiente:

> Que, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las

> particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano interviene como parte, no resulta adecuada para asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país;
>
> Que, resulta urgente y necesaria la modificación del marco normativo vigente, en los procesos arbitrales en los que interviene el Estado peruano, a fin de fortalecer la institución del arbitraje y evitar la proliferación de casos en los que las malas prácticas resten eficacia al arbitraje y causen perjuicios al Estado peruano (Decreto de Urgencia 020-2020, 2020).

Tras lo expuesto en dicho apartado, se entiende que es evidente que la principal preocupación del Estado es perder recursos económicos como consecuencia del pago de montos elevados de dinero cuando los laudos arbitrales que le son desfavorables. Sin embargo, lo que no es tan evidente es cuáles son las razones que ellos identifican como el origen del problema o problemas inherentes al arbitraje y por las cuales se consideran necesaria la modificación del marco normativo vigente.

Sobre este particular, en la parte considerativa del DU 020-2020 solo se mencionan tres ideas principales: (i) que las normas del arbitraje son idóneas para arbitrajes entre particulares, pero no es el caso necesariamente para los arbitrajes en los que Estado es parte; (ii) que estas mismas normas no asegurarían la transparencia en los arbitrajes ni evitarían la corrupción en los que el Estado es parte; y (iii) que las normas arbitrales tampoco evitarían la comisión de malas prácticas que resten eficacia al arbitraje.

Si bien estos aspectos evidencian un avance, no queda claro a qué se refiere el DU 020-2020 con la falta de idoneidad del arbitraje para el Estado o, por otro lado, por qué no considera que las normas arbitrales aseguran la transparencia de los arbitrajes. Asimismo, tampoco se entiende qué es lo que identifica como "malas prácticas", puesto que no sabemos si se está refiriendo a *mala praxis* derivada de actos de corrupción o si se refiere a un manejo deficiente del arbitraje proveniente de las partes o de los propios árbitros. Por ello, es pertinente para ahondar un poco más en el análisis acudir a la exposición de motivos de dicha norma.

Así, en el documento de la exposición de motivos del DU 020-2020 se mencionan algunos de los temas que el Estado ha identificado como la causa de sus problemas. Así, podemos apreciar que este documento expresa lo siguiente:

> La imparcialidad es un valor que define, casi en términos absolutos, la idea de justicia. No es imaginable ningún sistema de justicia si la fuente de la que esta deriva obedece consignas de cualquier tipo, está subordinada a los intereses de alguna de las partes o responde a la simple arbitrariedad del juzgador. Es un principio que requiere, por lo tanto, un conjunto de condiciones materiales para su realización en la mayor medida de lo posible. **El deber de revelación es uno de los pilares para [la] conseguir la eficiencia del arbitraje, pero no es suficiente para garantizar que la imparcialidad sea efectiva y evitar así actos de corrupción**.
>
> El problema se hace mucho más evidente cuando el Estado es parte, pues debido a que subyacen el interés público y el uso de recursos públicos, las consecuencias de las malas prácticas tienen un mayor impacto, ya que repercuten en toda la sociedad. **Por ello, resulta urgente la incorporación de disposiciones especiales que regulen los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, porque entonces a la necesidad de garantizar la imparcialidad, se suma la necesidad de proteger el interés público**. Siendo este último un principio que alude al conjunto de bienes que son patrimonio de la ciudadanía y constituye una estructura muy compleja que tiene un carácter material e inmaterial, que hace posible la realización de la comunidad como tal y de los derechos de los ciudadanos que participan en ella (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, p. 2) [el énfasis es nuestro].

En este apartado apreciamos la preocupación del Estado de garantizar la imparcialidad de los árbitros. Sobre este aspecto, se reconoce que el deber de revelación es una herramienta importante para garantizar imparcialidad y eficiencia en el arbitraje, pero se indica que ello no sería suficiente para garantizar la "imparcialidad efectiva" y así evitar posibles actos de corrupción.

Ciertamente, lo que la exposición de motivos está dando a conocer es que se necesitan mecanismos que no solo aseguren teóricamente que los árbitros son imparciales, sino que lo hagan realmente en la práctica. Es por ello que se concluye en la necesidad de introducir disposiciones especiales al marco normativo vigente actualmente. Sobre este aspecto, cabe hacer mención que más adelante analizaremos si estas disposiciones especiales son efectivamente idóneas o no lo son para asegurar la imparcialidad efectiva a la que se refiere el Estado. Lo importante hasta este punto es enfatizar que al Estado peruano le preocupa la corrupción y cómo esta puede afectar la imparcialidad en los arbitrajes en los que este participa.

Ahora bien, en las siguientes páginas de la exposición de motivos se continúan abordando también otros problemas en los arbitrajes en los cuales el Estado peruano es parte. Veamos:

> Por otro lado, la normativa vigente en materia de arbitraje es idónea para arbitrajes entre particulares, pues ha sido diseñada bajo un modelo que rige el ámbito privado; sin embargo, dadas las particularidades de los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, no resulta adecuada para asegurar **la transparencia** de los procesos y evitar así **actos de corrupción** o situaciones que afectan los intereses del Estado y que generan graves consecuencias económicas para el país.
>
> En dicha línea, a manera de ejemplo, podemos mencionar la existencia de pagos de ingentes sumas de dinero (cuando aun consiguiendo anulaciones de laudos, el propio tribunal arbitral o árbitro único, **laude de la misma forma** que laudó inicialmente, ordenando pagos, muchas veces injustos), muchas veces, **conculcando normas constitucionales** y perjudicando al erario nacional en sus (03) niveles de gobierno.
>
> En efecto, se observa el **incremento del número de arbitrajes** en los que el Estado interviene como parte, registrándose un total de 1419 casos en los últimos 5 años, en 125 procuradurías a nivel nacional. En ese mismo periodo de tiempo, la información proporcionada por dichas procuradurías ha permitido verificar que el Estado ha sido condenado al pago de un total de S/.507'324,049.72. Esta información permite dimensionar el problema antes advertido y determinar cuánto del erario nacional se encuentra en juego y la urgencia de adoptar medidas que permitan evitar pérdidas por el uso incorrecto del arbitraje (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020, pp. 2-3) [el énfasis es nuestro].

En esta segunda cita podemos evidenciar, en concreto, tres clases de problemas. En primer lugar, se identifica un problema relacionado a la supuesta falta de idoneidad de las reglas arbitrales para aquellos casos en los que el Estado es parte.

Sin duda, la falta de transparencia o la comisión de malas prácticas por parte los árbitros de un proceso traen consecuencias importantes para las partes en un arbitraje. Concretamente, en el caso de los arbitrajes en los que el Estado es parte, dichas consecuencias se ven manifestadas en el tesoro público, ya que cuando los resultados dichos arbitrajes son desfavorables para el Estado y este tiene que asumir el pago de sumas de dinero, dichos recursos ya no pueden ser destinados a proyectos de construcción o a la prestación de servicios para satisfacer las necesidades de los ciudadanos del país. Eso es algo irrefutable. No obstante, a pesar de ello, no se entienden claramente las razones por las cuales el DU 020-2020 considera que los mecanismos que la Ley de Arbitraje prevé para asegurar la transparencia del proceso no son idóneos para los casos de arbitrajes en los que el Estado es parte y que por ello deben ser modificados.

Esto es llamativo pues, a diferencia de lo que ocurre con los arbitrajes entre privados en los cuales la confidencialidad se mantiene luego de emitido el laudo, en los arbitrajes en los que el Estado es parte, dicha confidencialidad concluye con la emisión del laudo[1]. Ello, evidentemente, asegura una mayor transparencia, no solo al interior del proceso (con las revelaciones efectuadas por los árbitros en favor de las partes), sino también al exterior del mismo (permitiendo que cualquier persona que tuviese interés en acceder a la información del arbitraje pueda conocer qué árbitros y en base a qué razones laudaron de determinada forma en un arbitraje en que el Estado formó parte[2]).

Pese a ello, esta observación dio lugar a la modificación del numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje, el cual será abordado con profundidad más adelante.

---

[1] En efecto, la versión del artículo 51 de la Ley de Arbitraje (anterior a la entrada en vigencia del DU 020-2020) establecía lo siguiente:

> 1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
>
> 2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
>
> 3. **En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones** (Decreto Legislativo 1071, 2008) [el énfasis es nuestro].

[2] Esto concuerda con lo establecido en el numeral 4 del artículo 17 del T.U.O. de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo 021-2019-JUS, el cual establece lo siguiente:

En segundo lugar, podemos observar otro problema, el cual esá relacionado a la reiteración del fallo por parte de los árbitros luego de que el laudo fuese anulado por el Poder Judicial. En efecto, se aprecia que el Estado considera contraproducente que un tribunal arbitral o un árbitro único lauden en un mismo sentido luego de que su decisión haya sido anulada por el Poder Judicial, presuntamente porque ello atentaría contra normas de rango constitucional, aunque no se señalan cuáles.

Como veremos posteriormente, esta segunda problemática dio lugar a la modificación del literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, permitiendo, de ese modo, la sustitución y/o recusación del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral cuyo laudo fue anulado.

Por último, el tercer problema consiste en el notable incremento de los arbitrajes iniciados contra el Estado en los últimos años y en el aumento de las sumas de dinero que el Estado ha tenido que pagar como consecuencia de los laudos que le fueron desfavorables. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no consideramos que sea apropiado calificar este hecho como un problema inherente al arbitraje.

De hecho, el Informe de la Contraloría elaborado en el año 2015, que fue utilizado como base de sustento por la exposición de motivos del DU 020-2020, explica que este notable incremento en el número de arbitrajes en el que el Estado peruano participó se debió al incremento del número de contratos celebrados por el Estado y a que el marco normativo que les era aplicable en dicho tipo de contratos establecía que se debería recurrir obligatoriamente al arbitraje como mecanismo de solución de controversias. En ese sentido, más que un problema, el aumento de arbitrajes en los que el Estado es parte es un dato estadístico que debe ser analizado objetivamente en relación con las circunstancias.

En esa misma línea, el mismo Informe de la Contraloría también analiza por qué razones el Estado perdió un alto porcentaje de arbitrajes en el que fue parte durante el periodo 2003-2013. El informe no identifica a la falta de transparencia o a la comisión de actos de corrupción como los causantes de las derrotas del Estado y, por el contrario, en él se identifican otras razones principales. Así, veamos qué dice exactamente dicho documento:

> De la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1 969) del total de laudos. Los resultados desfavorables sólo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos.

Los resultados que se muestran podrían generar diversas opiniones frente a la aplicación del arbitraje como medio de solución de controversias. Sin embargo, **no es que el sistema arbitral sea perverso o que sea el responsable de los resultados negativos que tiene el Estado en cuanto a la gestión de sus procesos arbitrales, sino que hay diversos factores que dan lugar a dicha situación** (Contraloría General de la República del Perú, 2015, pp. 74-75) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, cabe cuestionarnos ¿cuáles podrían ser esas otras razones que expliquen por qué el Estado peruano tuvo una sustancial cantidad de derrotas? Para responder dicha interrogante, el Informe de la Contraloría se basa en los trabajos realizados por la abogada Mariella Guerinoni Romero para lograr identificar como causas de las derrotas del Estado a los siguientes factores (Guerinoni, citado en Contraloría General de la República del Perú, 2015):

- Errores del área usuaria al formular sus requerimientos
- Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual
- Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección
- Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades
- Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al Procurador público
- La crisis de valores éticos de las partes involucradas en los arbitrajes.

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
[…]
4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. **Esta excepción termina al concluir el proceso** (Texto Único Ordenado de la Ley 27806, 2019) [el énfasis es nuestro].

Es sobre la base de esta información presentada que posteriormente el Informe de la Contraloría indica lo siguiente:

> **Muchos de los casos que llegan al arbitraje, llegan con problemas que son de responsabilidad de la Entidad**. Estos van desde la formulación de los requerimientos, pasando por el proceso de selección hasta llegar a la etapa de ejecución contractual. En un escenario como este es poco probable que el Estado obtenga resultados favorables, estando obligado a orientar su defensa a disminuir los alcances de las pretensiones del privado, **porque el problema no radica en el número de arbitrajes en los que el Estado esté involucrado sino en los resultados que obtiene** (Contraloría General de la República, 2017, p. 77) [el énfasis es nuestro].

En consecuencia, el mismo Estado peruano en este documento identificó que una de las principales causas de sus derrotas es su falta de capacidad para gestionar adecuadamente la ejecución de los contratos que suscribe.

Por otro lado, si bien pueden haber existido casos donde la corrupción se aprovechó del arbitraje para perjudicar los intereses del Estado, no existe evidencia estadística concreta de que dichos casos hayan sido la mayoría en los que el Estado peruano fue derrotado o que los montos perdidos como consecuencia de esos casos hayan sido relevantes en comparación con la totalidad.

Esta aclaración es relevante, pues la técnica legislativa no debe guiarse por casos aislados o por la forma en que estos son publicitados en los medios de comunicación o por la opinión pública, sino que se debe realizar una investigación correcta de la situación. En efecto, se necesita un trabajo serio que identifique correctamente las causas de los problemas y que mida adecuadamente la diversa magnitud de su impacto para, de ese modo, analizar si una nueva medida normativa es pertinente o no para solucionar los verdaderos problemas. De lo contrario, se estaría legislando por intuición. Y cuando el legislador establece normas sobre la base de anécdotas y no sobre un análisis serio y completo, lamentablemente, termina afectando el correcto funcionamiento de las instituciones haciendo que justos paguen por pecadores.

En el siguiente apartado analizaremos si es que las nuevas disposiciones normativas producidas con el DU 020-2020 son verdaderamente idóneas para cumplir con los objetivos que se han trazado.

III. MARCO GENERAL VS. MARCO ESPECIAL

Es necesario hacer referencia a que en el ordenamiento jurídico peruano existen varias disposiciones generales y especiales que regulan el arbitraje. Así, por un lado, podemos encontrar como marco general a las normas que integran el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje, las cuales son aplicables tanto para arbitrajes entre particulares como para aquellos que se llevan a cabo entre particulares y el Estado.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley de Arbitraje establece que cualquier referencia al Estado peruano comprende al Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como a las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, las empresas estatales de derecho privado, las empresas estatales de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejercen alguna función estatal por ley, delegación, concesión o autorización estatal (Decreto Legislativo 1071, 2008). Por ello, cuando nos refiramos a un arbitraje en el que el Estado es parte debemos entender que nos estamos refiriendo a cualquiera de las instituciones que forman parte de la lista mencionada anteriormente.

Ahora bien, por otro lado, existen normas especiales que también regulan –al igual que el marco normativo general– la participación del Estado en los arbitrajes. En primer lugar, se encuentran las normas que regulan los arbitrajes derivados de los contratos en el marco del T.U.O. de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 344-2018-EF (en adelante, RLCE); en segundo lugar, se encuentran aquellas normas que regulan los arbitrajes derivados de asociaciones público-privadas, las cuales se encuentran comprendidas en el Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, Ley APP) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 240-2018-EF (en adelante, Reglamento de la Ley APP); y, finalmente, se encuentran las normas que regulan los arbitrajes derivados de contratos celebrados en el marco de la Ley 29239, Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado (en adelante, Ley OXI) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 295-2018-EF (en adelante, Reglamento Ley OXI).

En ese sentido, tras conocer el marco normativo general y especial tenemos que mencionar que en el caso tengamos un arbitraje primero

debemos consultar si la materia en cuestión se encuentra regulada en estas normas especiales. Solo si en estas normas no encontrásemos una regulación específica sobre la materia analizada, corresponderá aplicar supletoriamente las normas previstas en la Ley de Arbitraje. Es en esos momentos que cobra especial relevancia la nueva regulación introducida por el DU 020-2020. Así, pasaremos a analizar a continuación qué establecen sus disposiciones.

A. Primera modificación: el uso de los arbitrajes y los arbitrajes *ad hoc*

La primera norma en ser modificada por el reciente DU 020-2020 fue el artículo 7 de la Ley de Arbitraje. Dicha norma, concretamente, regula el uso del arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional.

Así, con la entrada en vigor del DU 020-2020 se ha incorporado el numeral 5 a dicho artículo, el cual establece lo siguiente:

> 5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Como se puede apreciar, esta nueva disposición ha establecido una doble limitación para el uso del arbitraje *ad hoc* en los casos en los que el Estado sea parte. La primera de ellas se encuentra relacionada a la naturaleza del arbitraje, la cual debe ser de derecho en la mayoría de los casos, permitiéndose el uso del arbitraje de conciencia para aquellos casos en los que las controversias sean de naturaleza técnica y se deriven de contratos celebrados al amparo de la Ley APP y del Reglamento de la Ley APP.

En realidad, esta norma se encuentra en compatibilidad con lo dispuesto por el artículo 45.14[3] de la LCE, el artículo 225.1[4] de la RLCE, y el artículo 132.3[5] del Reglamento de la Ley APP, por lo que no nos encontramos ante la imposición de una nueva regla.

Por otro lado, la segunda limitación es de carácter cuantitativo. Esta norma establece, en concreto, que solo podrá llevarse a cabo un arbitraje *ad hoc* cuando el monto de la controversia no supere las 10 UIT, lo que, según el valor actual de la UIT, equivale a 43 mil soles[6].

A diferencia de la primera, esta limitación parecería entrar en conflicto con lo dispuesto en el artículo 225.3 del RLCE, puesto que dicha norma establece que las partes pueden recurrir al arbitraje cuando la controversia derive de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a 5 millones de soles.

Sin embargo, a pesar de ello, consideramos que dicho conflicto es tan solo aparente y que en realidad no existe una incompatibilidad real entre lo expuesto en el numeral 5 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y el artículo 225.1 de la RLCE, ya que esos límites aplican a conceptos distintos: uno al monto de la controversia y el otro al monto del contrato. Por ello, cuando las partes deseen acudir a un arbitraje *ad hoc* deberán observar el cumplimiento de ambos requisitos. De lo contrario, según lo menciona Horna, el laudo arbitral será nulo (2020).

Esta disposición no evitará que las partes acudan al arbitraje *ad hoc*. Sin embargo, sí limitará su uso aún más de lo que ya se encuentra. Esto responde a la intención del Estado de someter sus controversias a arbitrajes institucionales y a arbitrajes *ad hoc* pues, desde su punto de vista, existiría una relación entre los arbitrajes *ad hoc* y la cantidad de laudos que le fueron desfavorables. En efecto, en la exposición de motivos del DU 020-2020 se hace alusión a las estadísticas provistas por el Informe de la Contraloría, las cuales indican, en la misma línea

[3] Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
[…]
45.14 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros (Decreto Supremo 082-2019-EF, 2019).

[4] Artículo 225. Arbitraje
225.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho (Decreto Supremo 344-2018-EF, 2018).

[5] Artículo 132. Cláusulas arbitrales
[…]
3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo estas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente (Decreto Supremo 240-2018-EF, 2018).

[6] Según lo dispuesto en el Decreto Supremo 380-2019-EF.

con lo mencionado, que el porcentaje de laudos desfavorables para el Estado durante el periodo 2003-2013 fue del 70%, mientras que el porcentaje de arbitrajes *ad hoc* en los que este participó cmo parte durante dicho periodo fue del 64%[7].

Ciertamente, los arbitrajes institucionales proveen mayor predictibilidad y transparencia a diferencia de los arbitrajes *ad hoc*, puesto que cuentan con tarifarios, nóminas de árbitros y reglamentos y códigos de ética públicos. Sin embargo, a pesar de estos beneficios, debemos enfatizar que esto no necesariamente garantizará que el Estado reciba menos laudos desfavorables de los que recibió durante el periodo 2003-2013. Como fue indicado en el Informe de la Contraloría, existen otras causas -incluso más importantes- que influyeron en esos resultados y que, por consiguiente, ameritan ser tratadas con igual o mayor urgencia (Contraloría General de la República, 2015).

B. Segunda modificación: el monto de la contracautela al solicitar una medida cautelar

Por otro lado, el DU 020-2020 incorporó un nuevo párrafo al numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, el cual establece lo siguiente:

> En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda (Decreto Legislativo 1071, 2008).

En concreto, la norma citada establece las condiciones en las que los jueces o los árbitros deben ejecutar una medida cautelar fuera o dentro del proceso arbitral. Consideramos importante enfatizar el término "ejecución", ya que, a pesar de que en la exposición de motivos del DU 020-2020 se indica que se trata de un requisito de procedencia, ello no es correcto.

De acuerdo con Priori Posada, la tutela cautelar procede cuando se cumplen tres requisitos: (i) verosimilitud en el derecho invocado; (ii) peligro en la demora, y (iii) adecuación de la medida (2005, p. 188). Cabe señalar que la contracautela es una garantía que se analiza antes de ejecutar la medida cautelar ya concedida.

Ahora bien, sobre este último particular, la nueva norma incorporada por el DU 020-2020 indica que el monto de la contracautela lo establece el juez o el árbitro, según corresponda. Sin embargo, luego de establecer dicha disposición, establece que su monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Así, cabe cuestionarse ¿qué implica esto? En concreto, implica que en la práctica el privado que quiera solicitar una medida cautelar cuyos efectos afectarán al Estado deberá presentar dos garantías de fiel cumplimiento. La primera, la cual fue entregada al celebrar el contrato del cual se deriva la controversia y que garantiza el cumplimiento de las obligaciones previstas en él; y la segunda, garantía que será entregada para asgurar el pago que pudiese corresponderle al Estado como indemnización por los daños y perjuicios que hubiese sufrido si es que al final del arbitraje se logra determinar que la medida cautelar fue indebidamente concedida. Por ejemplo, porque el privado carecía de verosimilitud en los derechos que invocó al fundamentar su reclamo, o, en su defecto, porque el privado no adolecía de un peligro en la demora, uno de los requisitos para poder conceder una medida cautelar.

A nuestra consideración, esta norma materia de análisis establece una limitación a un derecho de rango constitucional: el derecho a la tutela cautelar. Sobre este derecho, debemos mencionar que forma parte del contenido a la tutela jurisdiccional, criterio que también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0023-2005-PI/TC.

Pero, ¿por qué sostenemos que se trata de una limitación a este derecho? En concreto, debido a que el titular del derecho no lo podrá ver satisfecho (es decir, no verá atendida su solicitud cautelar) a menos que cumpla con la presentación de una segunda garantía de fiel cumplimiento.

Siendo ello así, cabe realizar el siguiente cuestionamiento: ¿esta limitación al derecho a la tutela cautelar es legítima? Para responder esta pregunta consideramos pertinente acudir primero a lo indicado en la exposición de motivos del DU 020-2020, la cual establece lo siguiente:

[7] No obstante, cabe indicar que las estadísticas no especifican si la mayor cantidad de laudos desfavorables para el Estado se produjo en los arbitrajes *ad hoc* o si fue en los arbitrajes institucionales.

> Esta incorporación encuentra sustento en la abusiva utilización de las medidas cautelares por parte de los contratistas, cuyo otorgamiento genera consecuencias negativas para el Estado, por ejemplo, paralización de la ejecución de obras, afectación en la prestación de servicios públicos, etc.
>
> La exigencia de presentación de una carta fianza, como requisito de procedencia, permitiría garantizar el eventual resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiera causar la ejecución de una medida cautelar; asimismo, se desincentivaría el uso indebido y abusivo de las cautelares (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2020)

Según se puede apreciar, al crear esta disposición normativa el Estado peruano parte de la premisa de que existen varias empresas privadas que estarían abusando indiscriminadamente de las medidas cautelares con la finalidad de suspender la ejecución de las obras o incluso la prestación de servicios públicos. Asimismo, otros autores incluso contemplan que esta disposición se ha establecido para evitar que las empresas privadas suspendan la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento por parte del Estado mientras se resuelven los reclamos que mantienen frente a este (Purizaga Vértiz, 2020).

Si bien no dudamos de que existan casos como los identificados anteriormente, cabe preguntarse, en primer lugar, cómo es que se conceden las medidas cautelares en un proceso, ya sea judicial o arbitral. Y es que, si bien las partes de un arbitraje pueden solicitarlas, no son ellas las que finalmente determinarán si estas proceden o no, sino que esto queda en manos de un juez o de tribunal arbitral. Es decir, las empresas privadas al solicitar una medida cautelar, en tanto partes del proceso arbitral, están ejerciendo su derecho a la tutela cautelar. Por ello, no entendemos cómo solicitar una medida cautelar puede calificar como un abuso cuando la concesión de la cautelar no depende del titular del derecho que la solicitó sino de un tercero, que ejerce funciones como un órgano jurisdiccional, con las garantías fundamentales que ello amerita.

Recuérdese que aquel juez o árbitro que concederá la medida cautelar dentro de un proceso deberá verificar primero el cumplimiento de tres requisitos básicos, esto es (i) verosimilitud del derecho invocado, (ii) el peligro en la demora; y (iii) la adecuación de la medida. Lo que significa que, si la parte que solicita una medida cautelar cumple con esos requisitos, no está actuando abusivamente, sino simplemente en el legítimo ejercicio de sus derechos procesales.

Por otro lado, resulta discutible que se defina de forma prestablecida que la contracautela debe ser una fianza bancaria o patrimonial solidaria e incondicionada de un monto igual al de la garantía de fiel cumplimiento. Sobre este particular, recuérdese que la contracautela es una forma de garantizar la indemnización por los daños que se le ocasionaría a la parte afectada con una medida cautelar (en este caso, el Estado). Siendo ello así, no sería correcto establecer indiscriminadamente que tal garantía debe ser de igual valor que la garantía de fiel cumplimiento, pues pueden presentarse casos en que los reclamos de la parte solicitante de la medida cautelar y la medida cautelar en sí misma no sean de un valor equiparable a la garantía de fiel cumplimiento. En esos escenarios, es evidente que la exigencia no sería proporcional ni razonable. Por ello, coincidimos con cierto sector de la doctrina el cual afirma que lo que corresponde es que el juez o árbitro analice cada caso en particular (Soria Aguilar, 2020).

Ahora bien, también consideramos cuestionable que el Estado establezca este requisito solo para las empresas privadas. Esto, en efecto, constituye una vulneración al principio de igualdad de armas procesales, ya que coloca a su contraparte de un proceso arbitral en una situación dispar al momento de ejercer sus derechos como parte en el proceso al encarecer sus costos de acceso a la tutela cautelar.

En consecuencia, creemos de manera contundente que esta disposición normativa es ilegítima, puesto que afecta de manera sustancial y contradice los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad. Siendo ello así, al momento de conceder las medidas cautelares, los árbitros podrían inaplicar lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje por contravenir bienes jurídicos constitucionales. En definitiva, ese es su deber como órganos jurisdiccionales.

Al respecto, el artículo 138 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece lo siguiente:

> Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
>
> En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (Const., 1993, art. 138).

A esta "preferencia" se le denomina "control difuso", el cual, según lo expuesto por Urviola Hani "(…) tiene como resultado que la norma considerada inconstitucional es inaplicada al caso en concreto sin que ello signifique que la misma quede expulsada del ordenamiento jurídico con efectos generales (erga omnes)" (2013).

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la potestad de los tribunales arbitrales para realizar control difuso en los casos concretos. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente 0142-2011-AA/TC, dicho Tribunal señaló lo siguiente:

> Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad (…) pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral (…) (Expediente 0142-2011-AA/TC, 2011).

No obstante, el mismo Tribunal también ha establecido en la misma sentencia, los límites respecto de los cuáles se debe regir el control difuso de la jurisdicción arbitral. Así, en concreto, se estableció como precedente vinculante lo siguiente:

> El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y, además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto de alguna de las partes (Expediente 0142-2011-AA/TC, 2011).

En este sentido, en caso que el tribunal arbitral decida llevar a cabo un control difuso respecto del numeral 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, deberá verificar que en el caso en concreto cumpla con acreditar que: (i) la validez del laudo arbitral depende de ello; (ii) no es posible obtener una interpretación conforme a la Constitución de la norma; y, (iii) finalmente, acredite la existencia de un perjuicio claro y directo respecto de las demandantes.

Finalmente, si bien el Estado puede tener interés en no verse afectado con la ejecución de medidas cautelares que no deberían ser concedidas, no es correcto que este imponga restricciones inconstitucionales a todas las solicitudes cautelares que se presenten en su contra. Evidentemente, al Estado puede interesarle evitar medidas cautelares planteadas sin fundamento y en mala fe, pero esta situación en ningún caso justifica que para lograrlo todos los particulares que arbitren contra el Estado reciban que no es correcto que se haga pagar a justos por pecadores.

C. Tercera modificación: incompatibilidad para actuar como árbitro

El DU 020-2020 ha incorporado un segundo párrafo al artículo 21 de la Ley de Arbitraje, el cual se refiere específicamente a las incompatibilidades que aplicarían para aquellos árbitros que sean designados en aquellos arbitrajes en los que el Estado es parte, indicando lo siguiente:

> Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.
> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias (Decreto Legislativo 1071, 2008).

En realidad, no encontramos razón alguna para que el segundo párrafo del artículo 21 distinga las incompatibilidades que aplican para los arbitrajes entre privados de los arbitrajes en los que el Estado interviene como parte. Si se revisa atentamente la norma incorporada, se apreciará que esta describe aquellas relaciones que, de existir entre el árbitro y alguna de las partes, podría generar un conflicto de interés que descalificaría al primero para poder ejercer el cargo.

Pese a lo anterior, entendemos que lo que el Estado peruano pretende con la adición del segundo párrafo a la norma es enfatizar los supuestos de conflicto de interés en los cuales una persona no debe aceptar su designación como árbitro en un proceso. Sin embargo, consideramos que no era necesaria una modificación normativa para lograr este cometido, pues era más sencillo que el Estado exigiese como política nacional que en todos los arbitrajes en los que participa se apliquen los estándares más altos para la resolución de conflictos de intereses que existen en el musndo. Por ejemplo, este podría exigir que se apliquen las Directri-

ces IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2014), en lo que resulte aplicable, o que se extiende la aplicación supletoria del Código de Ética del OSCE a todos los arbitrajes en los que el Estado participa como parte.

D. Cuarta modificación: recusación contra los árbitros

Por otro lado, el DU 020-2020 dentro de sus modificaciones también incorporó un nuevo procedimiento para resolver las recusaciones en los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano. Esta norma se encuentra en el literal e) del numeral 2 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje. Veamos:

> 2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
> […]
> e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Sobre esta disposición, el primer comentario que cabría hacer es que el literal e) debería ser aplicable ante la falta de acuerdo o de reglamento aplicable. Sin embargo, dado que en su redacción se indica expresamente que es nulo todo acuerdo que vaya en contra de sus disposiciones, se debe entender entonces que esta norma es de carácter especial respecto de las demás y su naturaleza es de orden público, por lo que debería aplicarse de manera obligatoria, al ser imperativa, en todos los arbitrajes en los que el Estado interviene.

Dicho esto, queda claro que la intención del Estado peruano en esta modificación es la de apartar a los miembros del tribunal arbitral de la resolución de la recusación formulada contra algunos de sus miembros, dejándola en manos de la institución arbitral que lleva a cabo la administración del proceso o, en su defecto, de la cámara de comercio correspondiente.

Ciertamente, esto es algo que algunas instituciones arbitrales ya realizan[8], por lo que no vemos mayor novedad con respecto a la práctica. Sin embargo, es llamativo que se exija el pronunciamiento de la institución arbitral incluso cuando el árbitro recusado ha renunciado. En nuestra opinión, en dicho caso concreto ya no existe necesidad de que la institución se pronuncie, pues el interés de la parte recusante ya se vio satisfecho con el apartamiento voluntario del árbitro recusado.

E. Quinta modificación: abandono del proceso

Algo bastante relevante es que el DU 020-2020 ha incorporado una novedad al arbitraje: la figura del abandono del proceso. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 50-A de la Ley de Arbitraje, el cual establece:

> En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral.
>
> La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho (Decreto Legislativo 1071, 2008).

La justificación que la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos brinda en la exposición de motivos del DU 020-2020 para la incorporación del abandono del proceso es la siguiente: "Con esta propuesta se lograría que no exista una ligadura entre la entidad y el contratista, pudiendo liquidar el contrato e inclusive, por dicha inacción, las empresas serían sancionadas" (2020, p. 6).

Tras leer dicho argumento, lamentablemente, no queda claro a qué se refiere concretamente la exposición de motivos. Lo que sí queda claro es que esta figura es una importación de la regulación del proceso civil. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, creemos que es cuestionable su incorporación al arbitraje por diversas razones, las cuales pasaremos a exponer a continuación.

En primer lugar, consideramos que la regulación de la figura del abandono arbitral es deficiente en

[8] Este es el caso, por ejemplo, de los arbitrajes administrados por el OSCE, o los administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

comparación con la regulación del abandono procesal civil[9]. En efecto, el artículo 50-A de la Ley de Arbitraje únicamente regula diversos aspectos tales como la temporalidad del periodo sin impulso procesal, la consecuencia jurídica que se dispondrá y quién es el órgano encargado de dictarla. Empero, no regula otros supuestos relevantes que se pueden adoptar en torno al abandono, tales como (i) desde qué momento se computa el abandono, (ii) qué sucede si transcurrido el plazo del abandono el beneficiado con esta figura efectúa un acto de impulso procesal, (iii) qué actos se consideran de impulso procesal y qué actos no se encuentran comprendidos en este, etc.

Esta situación es problemática debido a que, a diferencia de lo que suele ocurrir con los procesos judiciales distintos al proceso civil, el Código Procesal Civil no es una norma que se aplica supletoriamente a la Ley de Arbitraje. En efecto, según la Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje se afirma que "Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil" (Decreto Legislativo 1071, 2008), lo que quiere dar a conocer que la Ley de Arbitraje ha limitado la aplicación supletoria de dicho cuerpo normativo únicamente para los escenarios en que se requiera el auxilio judicial (ejemplos de estas situaciones son las medidas cautelares fuera del proceso, asistencia en la actuación de pruebas, etc.). En ese sentido, quedará a discrecionalidad de las secretarías arbitrales o del tribunal arbitral, según corresponda, el determinar cómo aplicar el abandono del proceso en los casos concretos, con las consecuencias y responsabilidades que ello genere.

En segundo lugar, encontramos otro problema debido a que no se entiende por qué en los arbitrajes institucionales el abandono del proceso debe ser declarado por la secretaría general del centro que administre el arbitraje, mientras que en el caso de los arbitrajes *ad hoc* tal labor se encuentra a cargo del tribunal arbitral. El abandono se trata de una disposición que tiene un impacto en la continuidad del proceso. Ergo, se trata de una decisión jurisdiccional. Por ello, lo correcto hubiese sido regular que en cualquier escenario sea el propio tribunal arbitral el responsable de disponer la conclusión del proceso por abandono.

En tercer lugar, debe tomarse en consideración las implicancias que el abandono tendrá sobre los plazos de caducidad previstos en la LCE. Sobre este aspecto, cabe resaltar que de acuerdo con la LCE y el RLCE, determinados reclamos que las empresas privadas pueden plantear frente al Estado están sujetos a un plazo de caducidad, el cual no admite interrupción ni suspensión[10]. Siendo ese el caso, ¿qué sucederá con el plazo de caducidad si es que el proceso concluye el abandono y la empresa privada no puede volver a iniciar el arbitraje hasta después de 6 meses? Esto es algo que el DU 020-2020 no y, de ese modo, esa falta de certidumbre sin duda será utilizada por el Estado para declarar que las pretensiones de las empresas privadas son improcedentes por haber operado la caducidad.

En cuarto lugar, es cuestionable también que se haya introducido la figura del abandono con la finalidad de incentivar a las partes a mantener el impulso del proceso cuando se encuentra regulada la figura de la parte renuente en el artículo 46[11] de la Ley de Arbitraje.

Si al Estado le preocupa que la inacción de las partes dilate innecesariamente la duración de procesos de arbitraje, debe recordar que existe la figura de la parte renuente, la cual autoriza al tribunal arbitral a prescindir de la actuación pendiente y a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia con base a las pruebas disponibles. En efecto, consideramos que esto es más eficiente para ambas partes, debido a que linea los incentivos de ambas a actuar en buena fe y de forma diligente para defender sus respectivas posiciones y, asimismo, faculta al tribunal arbitral a resolver la controversia con autoridad de cosa juzgada sobre la base de lo actuado.

---

9 Artículo 346.- Abandono del proceso
Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado.
Para el cómputo del plazo de abandono se entiende iniciado el proceso con la presentación de la demanda (Resolución Ministerial 010-93-JUS, 1993).

10 Artículo 2005.- La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8 (Decreto Legislativo 295, 1984).

11 Artículo 46.- Parte renuente.
Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:
a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Por el contrario, el abandono del proceso –cuando se interprete que no afecta el cómputo del plazo de caducidad– dará lugar al inicio de un nuevo arbitraje, lo que hará que se dilate por más tiempo la resolución de la controversia y, por ende duplicará el gasto de recursos que ambas partes asumirán para su respectiva de defensa, lo cual es mucho más ineficiente.

Finalmente, debemos destacar que coincidimos con cierto sector de la doctrina, la cual opina que esta modificación es un intento de judicializar el arbitraje (Matheus López, 2020). Sin embargo, es claro que antes de pretender asimilar al arbitraje al proceso civil se debe analizar primero si es que tal asimilación es compatible, eficiente y eficaz para resolver los problemas que se considera que deben ser atendidos. De lo contrario, solo se estarán creando nuevos problemas y no necesariamente se habrán eliminados los ya existentes.

F. Sexta modificación: confidencialidad del arbitraje

El DU 020-2020 también modificó el numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje, el cual regulaba el deber de confidencialidad aplicable a los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, estableciendo con la modificatoria lo siguiente:

> 3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte (Decreto Legislativo 1071, 2008).

La versión anterior de esta norma establecía que las actuaciones de los arbitrajes en los que el Estado era parte se debían de mantener confidenciales hasta que el arbitraje concluyese, indicando que una vez ello ocurriese el laudo arbitral sería público.

Sin embargo, la nueva norma trata de dar un paso más adelante, indicando que no solo el laudo arbitral sino también las actuaciones arbitrales deben ser públicos una vez concluyese el arbitraje. Esto se encuentra en concordancia con lo previsto en el numeral 4 del artículo 17[12] del T.U.O. de la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (en adelante, Ley de Transparencia), aprobado por Decreto Supremo 021-2019-JUS, el cual establecía que los documentos y demás información preparada por los abogados y demás asesores del Estado podrían ser solicitados por los ciudadanos una vez que se haya concluido el proceso arbitral.

Esta iniciativa nos parece adecuada porque permite que la sociedad en general tenga más información sobre los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte. En efecto, el conceder un mayor acceso a la información permitirá que las personas efectúen una fiscalización más efectiva y adecuada sobre la actuación de los árbitros, las partes y sus abogados. En ese sentido, consideramos que esta modificación sí es un acierto.

G. Séptima modificación: costos del arbitraje

Asimismo, el DU 020-2020 incorporó también un segundo párrafo en el numeral 2 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje, el cual establece lo siguiente:
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73.

> En los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Lo novedoso de esta norma es que trae a colación la inmunidad del Estado frente a cualquier multa administrativa o sanción similar que pudiese serle impuesta por lo dispuesto en los reglamentos de algunas instituciones arbitrales o de los estatutos previstos por algunos tribunales *ad hoc*, los cuales suelen reprimir la infracción de alguna norma de conducta procedimental[13].

[12] Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial
El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:
(…)
4. La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso (Decreto Supremo 021-2019-JUS, 2019).

[13] Este es el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 38 del Reglamento Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017), el cual sanciona a la violación del deber de confidencialidad como una infracción del Código de Ética de dicho Centro.

Esta disposición también constituye una infracción al principio de igualdad, pues es evidente que se le está otorgando un privilegio procesal al Estado sin ninguna justificación válida.

De cualquier forma, algo que si puede ser destacable es que el DU 020-2020 no ha brindado inmunidad al Estado frente a la condena al pago de los costos del arbitraje.

H. Octava modificación: consecuencias de la anulación

Finalmente, la última modificación introducida por el DU 020-2020 al Decreto Legislativo 1071 es, en nuestra opinión, la más peligrosa de todas, ya que esta modificación desestabiliza la independencia de los árbitros. Así, el DU 020-2020 incorporó un segundo párrafo al literal b) del numeral 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje, el cual establece lo siguiente:

> 1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
> […]
> 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.
>
> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Como se puede apreciar, esta norma es aplicable en aquellos casos en que el laudo arbitral haya sido anulado por el Poder Judicial como consecuencia de una infracción al derecho de defensa de una de las partes.

De ese modo, la nueva norma dispone que, una vez anulado el laudo en vía judicial, cualquiera de las partes del arbitraje podrá solicitar (i) la sustitución del árbitro que designó, o (ii) solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado, no admitiéndose en este segundo supuesto norma o pacto en contrario.

Al analizar la exposición de motivos del DU 020-2020 encontramos que la justificación de esta disposición normativa es la que se señala a continuación:

> De este modo, **se busca evitar que, una vez anulado un laudo, sean los mismos árbitros que lo dictaron quienes retomen las actuaciones y lauden, muy probablemente, de la misma forma en la que ya lo hicieron previamente**. Esto se debería en gran medida a la tendencia que tienen los árbitros de no contrariar sus propias decisiones (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2020, p. 7) [el énfasis es nuestro].

Posteriormente, cuando se analiza el costo beneficio de esta medida en la exposición de motivos del DU 020-2020 se analiza el costo-beneficio de esta medida se indica:

> Esta modificación tiene un impacto en las partes del arbitraje, pues ellas tendrán que asumir los honorarios del nuevo árbitro. Sin embargo, a partir del contenido de la modificación, se observa que no se trata de una imposición, sino de una facultad de las entidades; por lo tanto, éstas deberán analizar caso por caso la conveniencia o no de solicitar la sustitución del árbitro que designó. La modificación está orientada a ser aplicada en casos en los que no se verifique la intención del árbitro que emitió el laudo anulado de corregir el error (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2020, p. 11) [el énfasis es nuestro].

Luego, en la siguiente página se indica:

> La participación de árbitros que no conocen la normativa aplicable a la controversia o al procedimiento, puede generar graves consecuencias, como, por ejemplo, la emisión de laudos que pueden ser anulados en vía judicial debido a la alta probabilidad de incurrir en error al resolver la controversia o, peor aún, puede provocar la emisión de un laudo que, pese a ser contrario a derecho, sea ejecutado y genere una afectación indebida a la parte que perdió el arbitraje. Contar con profesionales que no son aptos para un correcto desempeño, solo genera pérdidas de tiempo y dinero a las partes (Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, 2020, p. 12).

Así pues, lo expresado en la exposición de motivos del DU 020-2020 sobre este particular se puede resumir en cuatro ideas: (i) el propósito de la norma es evitar que los árbitros vuelvan a resolver en el mismo sentido, pues al hacerlo estarían cometiendo un error; (ii) no es una obligación sino corresponde a una facultad de las partes el sustituir o recusar a los árbitros; (iii) las partes deben

analizar la conveniencia de sustituir o recusar a los árbitros, debiendo para ello verificar si estos tienen la intención de corregir (o no) su error; y (iv) evitar que árbitros que no están capacitados para serlo vuelvan a equivocarse al laudar.

Sobre esta modificación, en concreto, tenemos algunos comentarios. En primer lugar, debemos mencionar que los laudos arbitrales no pueden ser anulados por errores de fondo o *in iudicando*. Por el contrario, los laudos arbitrales solo pueden ser anulados por vicios sustanciales del proceso específicamente tipificados en la Ley de Arbitraje.

Así, en concordancia con ello, el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece expresamente que los jueces que conocen el recurso de anulación de laudo están prohibidos de revisar el fondo de la controversia y/o el contenido de la decisión y/o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones de los árbitros (Decreto Legislativo 1071, 2008). Es por esta razón en específico que las Cortes de Justicia del Perú ya han establecido que el recurso de anulación de laudo no es un medio impugnatorio que tenga por finalidad permitir que una "segunda instancia" –el Poder Judicial– revise y, de ser necesario, modifique el sentido de la decisión del Tribunal Arbitral. Efectivamente, el objetivo del recurso de anulación es verificar que los derechos inherentes al debido proceso de las partes no se hayan visto afectados durante el arbitraje y bajo ningún caso actuar como "segunda instancia".

En ese sentido, no es adecuado ni correcto sostener que el propósito de la norma antes ciada sea evitar que los árbitros vuelvan a resolver en el mismo sentido cometiendo el mismo error. Para empezar, cabe mencionar que la sentencia judicial que anule el laudo nunca indicará que hubo un error en el laudo sino, a lo mucho, un vicio en el procedimiento. Entonces, si en ningún caso la sentencia judicial que anuló el laudo indica que hubo error, ¿cuál será el criterio para considerar errado el laudo o para identificar el error? ¿El criterio de la parte que perdió? En efecto, eso es subjetivo y sumamente peligroso para la seguridad jurídica.

Así, si la anulación del laudo se da por la vulneración del derecho de defensa de alguna de las partes (que es lo que plantea la norma bajo comentario), lo correcto es que el proceso arbitral que ya cuenta con un laudo se retrotraiga al momento anterior a tal vulneración de derechos. De esa forma se permitirá a la parte que recurrió en anulación ejercer la defensa conculcada anteriormente. Sin embargo, esto no quiere decir que necesariamente se deba afectar el resultado del proceso. Si, a pesar del ejercicio del derecho de defensa de la parte que recurrió en anulación anteriormente, el tribunal arbitral mantiene su convicción sobre el fondo de la controversia, es razonable que mantenga el sentido de su decisión.

Pese a ello, la modificación introducida por el DU 020-2020 permite a las partes que, con la finalidad de evitar que los árbitros mantengan el mismo sentido de sus decisiones, estas puedan sustituirlos o recusarlos sin fundamento alguno. Esto evidentemente altera la independencia y estabilidad de la función arbitral.

Si se nos permite la comparación, en un proceso judicial no ocurre (ni ocurriría) algo como lo que hemos dado a conocer con la modificación señalada por el DU 020-2020. En efecto, la anulación de las sentencias judiciales no genera necesariamente el cambio en el sentido de la decisión de los jueces si es que estos mantienen su opinión y sus convicciones sobre el fondo de la controversia. Y a pesar de que ello es así, no existe ninguna norma que faculte a las partes a recusar a esos jueces de forma preventiva.

Es correcto que tal disposición no exista en el proceso civil, pues consideramos que de haber una norma como esa se estaría atentando contra el principio de independencia de la función jurisdiccional.

Sobre este principio, el artículo 139 inciso 2 de la Constitución Política del Perú establece:

> Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional **ni interferir en el ejercicio de sus funciones**. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno (Const. 1993, art. 139.2).

Es claro que el principio de independencia quiere dar a conocer algo muy concreto: nadie debe interferir en el ejercicio de las funciones de un órgano jurisdiccional. Por su parte, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la independencia es definida de la siguiente forma:

> 3.3.2. En este sentido el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:
>
> a) **Independencia externa.** Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo

> de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, **ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido.** Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta […].
>
> b) **Independencia interna.** De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial (Expediente 00512-2013-PHC/TC, 2013).

Asimismo, para Espinosa-Saldaña Barrera la independencia se define de la siguiente manera (Espinoza-Saldaña, 2006):

> Dicho en lenguaje más bien cotidiano, independencia implica la posibilidad de tomar sus propias decisiones sin intervención o interferencia de nadie, sin importar que quien quiera interferir sea nuestro superior jerárquico, alguien de nuestra misma institución o entorno de trabajo, una persona natural o jurídica externa a nuestro círculo o entidad. En los supuestos anotados (superior jerárquico o alguien de nuestra entidad) se hablaría de independencia interna, y en los últimos (persona natural o jurídica externa a nuestro círculo o entidad), de independencia externa (2006).

Como se puede apreciar, de acuerdo con el principio de independencia jamás se permitiría que un juez sufra una interferencia en el ejercicio de su función. ¿Por qué esto debería ser distinto para los árbitros?

No se puede soslayar que el DU 020-2020 busca interferir en el razonamiento de los árbitros. Si no entonces ¿Cuál sería la razón por la cual se faculta a las partes a sustituirlos o recusarlos (sin causal alguna) cuando se verifique que estos tengan la intención de incurrir en el mismo "error" y laudar en el mismo sentido? Es claro, sin duda que esta es una clase de presión sobre la función jurisdiccional ejercida por los árbitros y, por consiguiente, consideramos que debería prohibirse.

Si bien somos conscientes que esta es una facultad que solo se podría ejercer en situaciones muy excepcionales cuando los laudos sean anulados -lo cual no ocurre con mucha frecuencia-, solo en aquellos escenarios en que sí se produzca la anulación del laudo sin duda la parte perdedora del arbitraje, pero victoriosa en la anulación, utilizará esta facultad para buscar que un nuevo tribunal arbitral -que por lo demás no habrá tenido la inmediación con las pruebas actuadas en el arbitraje- pueda darle la razón. Por ello, consideramos pertinente reiterar que esta disposición normativa es muy peligrosa, porque no solo altera la independencia del tribunal arbitral y hace ineficiente la solución de las controversias, sino que también altera la seguridad jurídica del sistema.

En segundo lugar, es razonable que el Estado se preocupe de que los árbitros que resuelvan las controversias en las que interviene se encuentren totalmente capacitados en las materias sobre las que versan estas. Sin embargo, el momento posterior a la anulación de un laudo no es momento adecuado por velar para que esto se cumpla. Esta situación debe verificarse desde el momento en que cada árbitro es designado. Esperar a que el laudo sea emitido en modo desfavorable al Estado para cuestionar la capacidad de los árbitros parece no estar sustentado tanto en que estos no sean capaces de resolver sus controversias, sino más bien en la necesidad del propio Estado de justificar la remoción de los árbitros que no le dieron la razón en el arbitraje.

Finalmente, no existe certidumbre respecto a la causa que justifique la sustitución o la recusación de los árbitros que laudaron en contra del Estado. Si la única justificación que encontramos es que el Estado decide realizar ello por el hecho de haber recibido un laudo desfavorable es evidente que la sustitución o recusación de los árbitros será arbitraria y, por consiguiente, inconstitucional.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de haber efectuado nuestro análisis sobre el DU 020-2020 y las modificaciones a partir de la publicación de este a la Ley de Arbitraje, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

(i) No se debe olvidar que el arbitraje es una herramienta. Sus bondades o defectos no dependen en una gran magnitud de sy diseño sino más bien, principalmente de la capacidad y de la voluntad de sus usuarios.

(ii) Si el problema que se pretende atacar es el uso incorrecto del arbitraje por agentes corruptos, se debe buscar analizar el origen de la corrupción.

(iii) Si la principal preocupación del Estado es disminuir la cantidad de laudos que le son desfavorables, este, primeramente, debe ser consciente de sus propias deficiencias en la gestión de sus contratos y preocuparse en trabajar en ellas. Así, no solo reducirá la cantidad de laudos que le son desfavorables sino incluso también la cantidad de arbitrajes que los privados inicien en su contra.

(iv) El arbitraje es una forma en la que se ejerce la función jurisdiccional. Por consiguiente, el Estado no debe ni puede emitir normas jurídicas que vayan contra los principios que rigen su ejercicio, pues en dicho caso dichas normas serán inaplicadas por los órganos jurisdiccionales por ser contrarias a la Constitución.

(v) Es evidente que el Estado debe enfocar sus esfuerzos en crear normas que sí maximicen la eficacia del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos sin afectar su eficiencia, tal como hizo al ampliar la publicidad de los arbitrajes en los que participa hacia las actuaciones arbitrales, además del laudo arbitral.

REFERENCIAS

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). Juez Independiente, Juez imparcial y algunos otros temas vinculados a estas materias en los escenarios Europeo, Interamericano y Peruano. *Derecho & Sociedad,* (27), pp. 233-246.

Contraloría General de la República del Perú (2015). *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013.* http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf

IDL-Reporteros (2019). *Cartel Lavajato: Otros arbitrajes, mismas trampas.* https://idl-reporteros.pe/arbitrajes-cartel-lava-jato/

Matheus Lopez, C. (03 de febrero de 2020). Comentarios al Decreto de Urgencia sobre la Ley de Arbitraje Peruana. *Centro Iberoamericano del Arbitraje.* https://ciarglobal.com/comentarios-al-decreto-de-urgencia-sobre-la-ley-de-arbitraje-peruana-por-carlos-matheus/

Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos (2020). "Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia 020-2020". http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2020/Enero/24/EXP-DU-020-2020.pdf

Priori Posada, G. (2005). El derecho fundamental a la tutela cautelar: fundamentos, contenido y límites. *Ius Et Veritas,* (30), pp. 171-200.

Purizaga Vertiz, L. M. (3 de febrero de 2020). Decreto de Urgencia que modifica arbitrajes con el Estado: algunas apreciaciones. *Justicia Viva.* https://idl.org.pe/decreto-de-urgencia-que-modifica-arbitrajes-con-el-estado-algunas-apreciaciones/

Uviola Hani, O. (enero de 2013). *Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad como Herramientas y Deberes del Juez en el marco del Estado Constitucional de Derecho.* Ponencia presenetada en el Primer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional en Santo Domingo, República Dominicana.

Soria Aguilar, A. (2020). Entrevista a Alfredo Soria sobre el Decreto de Urgencia 2020. *Pólemos*. https://www.youtube.com/watch?v=jCNC3Jn50WE

LEGISLACIÓN. JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial El Peruano, 25 de julio de 1984 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) Artículo 24. https://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_del_Per%C3%BA_(1993).

Decreto de Urgencia 020-2020. Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de enero de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 043-2003-PCM. Texto Único Ordenado de la Ley 27806, Ley de transparecia y acceso a la información pública. Diario Oficial *El Peruano,* 24 de abril de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 082-2019-EF. Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial *El Peruano,* 13 de marzo de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 344-2018-EF. Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial *El Peruano,* 31 de diciembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 380-2019-EF. Valor de la Unidad Impositiva Tributaria durante el año 2020. Diario Oficial *El Peruano,* 20 de diciembre de 2019 (Perú).

Resolución Ministerial 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Diario Oficial *El Peruano,* 8 de enero de 1993 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de octubre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0023-2005-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de setiembre de 2011, sentencia recaída en el Expediente 0142-2011-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de junio de 2013, sentencia recaída en el Expediente 00512-2013-PHC/TC (Perú).

10.18800/themis.202001.017

AL CALOR DE UN DISENSO

IN THE HEAT OF A DISSENT

Fernando Berckemeyer Olaechea*
Exeditor general de THĒMIS-Revista de Derecho
Universidad del Pacífico
Árbitro independiente

Dissent in arbitration is often not well-regarded. It is argued that dissenting votes debilitate the authority of the awards and thus that of arbitration since they only promote the career, or vent the ego, of the arbitrator who did not convince the majority. In this paper, the author, contrary to the prevailing opinion, defends the convenience of the dissenting vote as an element which –even when it remains as a slight possibility– serves to the proper functioning of the tribunal as a "mind-of-three".

Consequently, the paper relativizes the data generally used to argue against dissent in arbitration, assesses the different types of dissenting votes and challenges the standards by which the current state of thinking holds this mechanism should be limited and monitored. Instead, the author proposes a system in which "each dissenting vote is the best judge of itself" and where there are only ex post and market dissent controls.

Keywords: Dissent; arbitral award; majority vote; "mind-of-three"; appointment.

En el arbitraje los disensos no suelen ser bien vistos. Se sostiene que debilitan la autoridad de los laudos y, con ella la del arbitraje, sirviendo en los hechos solo para la promoción de la carrera, o el desfogue del ego, del árbitro que no logró convencer a la mayoría. En este artículo, el autor va contra la opinión preponderante y hace una defensa de la utilidad del voto disidente como un elemento que –incluso cuando permanece solo como pura posibilidad– sirve al buen funcionamiento del tribunal como "una mente de a tres".

En ese sentido, el artículo relativiza la estadística que suele usarse para argumentar contra el disenso arbitral, analiza los diferentes tipos de votos disidentes y cuestiona los estándares con los que una importante corriente doctrinaria sostiene se debería limitar y medir a la institución. En su lugar, propone un sistema en el que "cada voto disidente es el mejor juez de sí mismo" y donde los controles de los disensos sean solo ex post y de mercado.

Palabras claves: Disenso; laudo arbitral; voto en mayoría; "mente-de-a-tres"; designación.

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Harvard y Diplomado en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex director del Diario El Comercio. Ex asociado sénior del Estudio Olaechea y ex asociado internacional de Shearman & Sterling, LLP. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Árbitro independiente. Contacto: fernando@arb-berckemeyer.com.

Nota de Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 15 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las minorías opinadas a menudo no caen bien. Pero en el mundo del arbitraje les va peor que de costumbre. A diferencia de tantos otros espacios de la vida, después de todo, en el arbitraje existen buenos y específicos motivos para justificar que las minorías guarden silencio. No es por gusto que dos de los más respetados autores del campo, Redfern y Van den Berg, hayan escrito sendos y muy citados artículos exponiéndolas (Redfern, 2004, pp. 223-242; Van den Berg, 2010, pp. 821-828), siendo las opiniones del primer autor seminales en el tema, e incluso no ha faltado quien recientemente haya hablado de una "cruzada" contra las opiniones disidentes en el ámbito arbitral (Uluc & Sutton, 2018, pp. 219-274). Por así decirlo, en el arbitraje no solo es habitual mirar mal a las opiniones disidentes[1], sino que además se les puede mirar mal con el mejor respaldo doctrinario.

Naturalmente, tampoco deja de haber defensas de las opiniones disidentes. Aunque muchas de ellas las defienden solo parcialmente, es decir, como algo que debería evitarse siempre que se pueda y, en caso no pueda evitarse, limitarse a ser lo que los angloparlantes llaman *short and sweet*[2].

En ese sentido, la intención de este artículo es defender la figura de la opinión disidente libre. Cuando hablamos de una opinión disidente libre nos referimos a una que no tenga más límites que los que tiene la mayoría para expresarse en su laudo: la buena fe en base a una diligente comprensión de la ley y los hechos. Además, claro, del límite supuesto por una importante aunque poco practicada regla que –como alguna vez leí en algún lugar injustamente olvidado– debería seguir todo el que escribe: "di lo que tengas que decir y cuando hayas llegado a una oración que tenga punto final, ponlo"[3].

Más específicamente, buscamos hacer esta defensa sobre la base de considerar a la institución como útil para garantizar y/o refinar, según sea el caso, el funcionamiento de un tribunal de acuerdo con la que creemos debe ser su esencia: el ser una "mente de a tres".

Antes de desarrollar el punto, sin embargo, es necesario explicar cuál es el fundamento de los argumentos de quienes se oponen al uso –o a todo uso distinto al restringido– de esta figura. Para este objetivo nos centraremos en los antes referidos artículos de Redfern y Van den Berg, en atención a la potencia con la que expresan las ideas centrales de esta corriente de opinión (en adelante, la Corriente) y a los citados que son por ella[4].

Vayamos a ello.

II. LAS CRÍTICAS

Las críticas a la institución del disenso en el campo arbitral pueden resumirse como sigue. Debido a las particularidades propias del arbitraje, en él –a diferencia de lo que sucede en la sede judicial– ocurre que (i) no hay nada que ganar con el voto disidente; (ii) sí, hay mucho que perder; y, peor aún, (iii) hay actores con incentivos potentes para estar dispuestos a que lo mucho que se pueda perder, efectivamente se pierda.

Como consecuencia de esto, quienes sostienen estos argumentos afirman que el voto de disenso debe ser desincentivado en el arbitraje –"no hay futuro para el disenso en el arbitraje de inversión" llega a escribir Van den Berg (2010, p. 831)– permitiéndose exclusivamente en formatos o en ocasiones sumamente restringidos.

Veámoslo con más detalle.

A. Nada que ganar

Se sostiene que no hay nada que ganar ni para el proceso ni para las partes que lo contratan, que son lo importante. Como bien lo resume el siempre elocuente Redfern,

> el propósito del arbitraje es llegar a la decisión. Es la decisión la que importa […] cuando un laudo es emitido, la primera acción que las partes y sus abogados normalmente toman es ir al final del documento para ver si ganaron o no (2004, p. 236)[5].

---

1 Para fines de este artículo utilizaremos indistintamente "disenso", "voto disidente" y "opinión disidente". En todos los casos nos estaremos refiriendo a esta última, es decir, al voto disidente que es expresado por escrito en una opinión.

2 La traducción de esta expresión vendría a ser ¨corto y dulce¨, pero no la consignamos en español en el texto porque es una frase que pierde su gracia al traducirse.

3 En criollo: "no palabrees".

4 Creo no equivocarme si digo que no me he encontrado con un solo texto académico sobre el disenso que tenga algún buen nivel de difusión y que no cite ambos artículos o, en su defecto, a alguno de los otros lugares donde Redfern o Van den Berg han expresado las ideas de estos dos textos (incluyendo, en las partes en que abordan el disenso arbitral, a los manuales canónicos del arbitraje, como los de Born, Lew o González de Cossío).

5 La traducción es nuestra, como todas las demás traducciones del artículo que no sean citas sacadas de fuentes secundarias que escriben en español y que han traducido los textos que citan.

Dicho de otra forma, habida cuenta de que con los votos de la mayoría –o, cuando corresponde, del presidente– ya hay decisión en el caso, una vez producida esta, lo demás sobra. Está fuera del contrato entre las partes que dio origen y justifica al arbitraje.

Ciertamente, no se dan en el campo del arbitraje las mismas ganancias que sí produce un disenso en un proceso judicial. Ahí, cuando el voto disidente se genera en una instancia apelable, este puede servir a una garantía que es propia del proceso: la revisión por una instancia superior. Y cuando se da en última instancia, tiene también el potencial de servir a una función propia de la judicatura: ayudar a cambiar la ley. Esto, porque un disenso puede ser tomado en cuenta por otros tribunales para cambiar el precedente en el caso del *common law*, o por el legislador, tanto en el *common* como en el *civil law*.

Ninguna de estas cosas se da en un proceso arbitral, en el que lo que las partes buscan es la velocidad de la única instancia y la función del tribunal es estrictamente privada. El tribunal arbitral, a diferencia del judicial, no trabaja para la sociedad en su conjunto.

Por si esto fuera poco, en el tema específico de los arbitrajes comerciales tenemos que la gran mayoría de casos tiene como objeto principal la interpretación disímil de hechos, y sobre hechos no hay precedentes que establecer (a diferencia de cuando hablamos de interpretación del derecho). Además, en ellos prima la confidencialidad[6] [7].

Desde luego, que el arbitraje en sí no gane nada con el voto disidente no quiere decir que el árbitro en minoría no tenga algo que ganar de este. Pero eso ya no trata del arbitraje, sino de la carrera del árbitro en cuestión. Para cumplir con aquellos móviles de este árbitro que puedan ser considerados legítimos y salvaguardar, por ejemplo, su conciencia o su coherencia intelectual frente a las partes, basta lo que Redfern propone como el único disenso bueno: uno "corto, amable y controlado" (2004, p. 239)[8].

B. Mucho que perder

Ahora bien –continúa la Corriente– si no hay nada que ganar con el voto disidente en un arbitraje, sí hay mucho que perder. Se entiende, en efecto, que en el arbitraje la opinión disidente no solo sobra, sino que inclusive estorba. Al fin y al cabo, ese *extra* a lo que las partes contrataron que uno entrega con un voto disidente constituye una muestra de división en el tribunal. Y esa división golpea más a un laudo de lo que podría golpear a una sentencia judicial porque, como apunta Redfern, a diferencia de la sentencia de un juez que tiene detrás de sí la reputación de todo el sistema judicial –con su carrera profesional y sus sistemas de nombramiento, apelaciones y control– "la autoridad de un tribunal arbitral depende exclusivamente del propio tribunal" (2004, p. 233).

Peor aún, el voto disidente no solo resta peso al laudo, sino que en los casos en que cuestiona que el debido proceso haya sido respetado en el arbitraje, puede servir para anularlo[9]. Es decir, pueden llegar a suceder precisamente dos de las cosas que se buscan evitar cuando se opta por un arbitraje: que se introduzca a los jueces en el tema y que haya más que una instancia. Un peligro, vale la pena precisarlo, que solo crece cuando existen cortes que aceptan que se empuje por la puerta del debido proceso argumentos que versan sobre el fondo del asunto, como ocurre habitualmente con las anulaciones por "defecto de motivación".

Este último problema –esto es, el voto disidente como una brecha abierta al interior de la muralla del laudo para que los enemigos de este puedan penetrarlo y destruirlo– es la preocupación principal de los críticos de la figura. La otra preocupación que tampoco debe perderse de vista es la confidencialidad de las deliberaciones.

Ninguna de ellas es teórica: los dos peligros de la opinión disidente frecuentemente se concretan en la realidad y, a menudo, al mismo tiempo.

Un ejemplo muy citado es el del voto disidente de *CME Czech Republic c. República Checa* (2001),

6 Esta última característica tiende a relativizarse: el arbitraje comercial cede cada vez más a las exigencias de la publicidad. Un magnífico ejemplo es el Faro de Transparencia que, siempre preservando los nombres de las partes, inauguró en el año 2019 la Cámara de Comercio de Lima.

7 Los arbitrajes de inversión, donde los laudos son públicos, no están sujetos a la misma confidencialidad que los arbitrajes comerciales. Además, parece haber en ellos mayor espacio para el precedente pues, al estar basado el sistema internacional de protección de inversiones en tratados con contenidos a menudo estandarizados, aparecen constantemente las mismas preguntas jurídicas en los diferentes arbitrajes. Así y todo, Van der Berg anota que, como regla general, "en los arbitrajes de inversión los hechos constituyen el 80% del caso" (2010, p. 824).

8 Según el autor, este es el único tipo de voto disidente bueno.

9 Como se sabe, solo una afectación al debido proceso (entendido en el sentido arbitral) permite anular un laudo en las legislaciones pro-arbitraje, entre las que se incluye la peruana (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 63).

en el que el árbitro usó su voto de disenso para sostener que el debido proceso había sido violado en el arbitraje, pues él había sido excluido de las deliberaciones por los otros dos árbitros. La parte perdedora del arbitraje (la misma que había nombrado al árbitro que emitió el disenso) llevó el caso ante una corte de apelaciones sueca y todos los árbitros terminaron desfilando frente a ella para dar su testimonio. Al final la corte mantuvo la validez del laudo porque entendió que más que haber sido excluido de las deliberaciones, el árbitro estaba intentado prolongarlas indefinidamente. Ello, no obstante, en el camino de rechazar el pedido de anulación del laudo, se acabó con la confidencialidad de las deliberaciones del proceso.

Asimismo, otro ejemplo importante y más reciente, es el de *Vantage Deepwater c. Petrobras America* (2018), en el que James M. Gaitis –un árbitro que también fue nombrado por la parte perdedora– escribió que la forma en la que se habían llevado a cabo las etapas del arbitraje violaba el derecho del demandado al debido proceso. Así, se habría incurrido en una de las cuatro causales de anulación contempladas por la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos (Federal Arbitration Act, 1926) incluyendo las referidas a corrupción[10]. En este caso, el juez federal se negó a escuchar el testimonio de Gaitis, expresando que ello lo obligaría a también escuchar a los otros árbitros ("un descubrimiento lleva a más descubrimientos") y que esto perjudicaría la confidencialidad del proceso. El escueto disenso de Gaitis, mencionó el juez, no daba ninguna evidencia para sustentar su acusación y, sin evidencia, el juez no estaba dispuesto a levantar la confidencialidad del proceso y poner en duda el laudo (Cassady, 2018).

En el Perú hubo también un caso similar recientemente: *Blue Oil Trading Ltd c. Pure Biofuels del Perú* (2014). Este laudo conllevó el voto disidente del árbitro nombrado por la parte perdedora, Hugo Forno, quien sostuvo que se le había negado la posibilidad de participar de las deliberaciones. Aunque Pure Biofuels pidió la anulación del laudo, el Poder Judicial sostuvo que Forno había tenido suficiente oportunidad de expresar sus argumentos al Tribunal (Expediente 0244-2014, 2015)[11].

C. Un interesado en echarlo a perder

Pese a todo lo anterior, lo que causa mayor preocupación no es tanto que un proceso arbitral no tenga nada que ganar de una opinión disidente, ni que pueda ser tan frágil como para no resistirla sin perder peso –o sin seguir vivo en los casos de anulación. No. Lo que vuelve la situación verdaderamente preocupante a ojos de los exponentes de la Corriente es la presencia estructural en el arbitraje de un personaje con algo que ganar para sí de un disenso y una eventual anulación: el árbitro cuya parte perdió. Una persona que debe su nombramiento a esta parte y su empleo en general, como todo prestador de servicios, a la satisfacción de quienes lo contratan (ya sea porque vuelven a contratarlo, o por las referencias que dan de él). Alguien, esto es, con buenas razones para volverse el quintacolumnista del arbitraje y que cuenta, gracias al disenso, con un buen instrumento para serlo.

Esta persona, tal como lo afirma Van der Berg, es la "raíz del problema" del disenso en el arbitraje.

Tenemos, pues, que en el fondo el problema es el que plantea la figura del árbitro de parte en sí: el problema del juez que es nombrado por una de las partes a las que juzgará. Hay ahí una contradicción en los términos porque hay una contradicción en los intereses. De esta forma, a la frase del Talmud que afirma que "un juez que es escogido por una parte buscará argumentos para favorecerla", la Corriente añadiría "y los expresará en una opinión disidente".

Tanto Redfern como Van der Berg muestran la vigencia contemporánea del presagio del Talmud mediante la estadística arbitral de voto disidente.

Sobre la base de una charla dada en 2003, Redfern señala que en el año 2001 hubo 24 opiniones disidentes acompañando los laudos de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) de París. De esas 24 opiniones, 22 fueron emitidas por árbitros elegidos por la parte que perdió y a favor de la posición de esta (2004, p. 234).

Por su parte, Van den Berg, que escribe en el 2010, contempla los 150 laudos de arbitrajes de inversión que en ese momento figuraban en las páginas del Institute for Transnational Arbitration (ITA) y el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Había 34 votos disidentes. De esos 34, el 100% habían sido emitidos por el árbitro de la parte que perdió (2010, pp. 824, 837 y ss.).

---

10 Gaitis citó en el disenso los cuatro artículos correspondientes de la ley.

11 Cabe resaltar, que, si bien todos estos ejemplos terminaron sin anulación, otros la han conseguido. El ejemplo típico de esta especie de disensos en el arbitraje de inversión es el caso *Klöckner c. Camerún*, donde el comité *ad hoc* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones anuló el laudo basado en el disenso del árbitro de la parte que perdió.

Van den Berg también recopiló la estadística de la CCI posterior a la de Redfern. Descubrió lo mismo: del 2004 al 2008 todos los votos de disenso emitidos, con excepción de dos, fueron dados por el árbitro de la parte que perdió (2010, pp. 832-833, 837).

Las cifras analizadas con posterioridad a las investigaciones de ambos autores solo confirman sus conclusiones. Por ejemplo, en el período comprendido entre el 2009 y el 2011 hubo disensos en el 16% de los casos de la CCI. De este porcentaje, únicamente el 1% de ellos no fue producido por el árbitro nombrado por la parte que perdió (Fry *et. al.* citados por Sönderlung, 12 de marzo de 2019).

Con estas cifras, el argumento de la Corriente puede ser presentado de la siguiente manera. Si bien "el papel aguanta todo", no solo está claro desde el punto de vista teórico que no hay nada que ganar de un voto disidente en un arbitraje, sino que en los hechos se observa que los árbitros de la parte perdedora son casi los únicos que disienten. Dicha coincidencia es demasiado gruesa –o "asombrosa", como la llama Van den Berg (2010, p. 824)– como para no pensar que el punto de quiebre que lleva a un árbitro a disentir es el querer quedar bien con la parte que lo nombró (lo que puede incluir, como en los ejemplos citados, darle pie para seguir luchando por el tema en los tribunales). Si fuese cualquiera de las otras posibles causas la que detonase los disensos –el ego del árbitro cuyos argumentos no convencieron a la mayoría, por ejemplo–, tendríamos presidentes y árbitros nombrados por la parte ganadora disintiendo. Ergo, queda claro que en la práctica el disenso funciona casi exclusivamente como un instrumento de promoción en el mercado de los árbitros de parte.

D. La propuesta de los críticos

Como consecuencia de la situación así descrita, parecen quedar solo dos tipos de respuestas razonables. O, como propone Redfern, los disensos se limitan a su versión *short and sweet*; o, como propone Van den Berg, no se les pone límite de contenido, pero sí un límite de ocasiones que limite su uso exclusivamente a los casos más graves.

De hecho, Van den Berg cree que los votos disidentes solo se deberían de dar en dos situaciones específicas: o cuando "algo fue fundamentalmente mal en el proceso arbitral, por ejemplo, hubo una muy seria violación del debido proceso", o cuando "el árbitro ha sido amenazado con que, si no hay disenso, él o ella estará en grave peligro físico" (2010, p. 831)[12]. No existirían límites para un árbitro que se encuentra en uno de estos dos casos: para esas dos situaciones extremas sí parece creer no solo en el disenso, sino en el disenso libre.

Si bien no existen muchas jurisdicciones que prohíban el disenso[13], el efecto mayor de los argumentos de la Corriente está en la generación o el sostenimiento de una cierta manera de mirar el voto disidente en el arbitraje: lo que con razón se ha denominado "un estigma" (Uluc & Sutton, 2018, p. 274)[14].

III. NUESTRO ANÁLISIS

No es de sorprender que, habiendo encontrado expresión en boca de tan importantes tratadistas, los argumentos contra la opinión disidente arbitral sean potentes y parezcan cerrar de manera contundente su caso con una estadística difícil de rebatir.

Vistos con detenimiento, sin embargo, empiezan a ofrecer algunos agujeros significativos.

Veamos.

A. Los números exhibidos, siendo elocuentes, muestran menos de lo que parece

Para que las estadísticas sean efectivamente confiables en sus mensajes hay que recopilar todas aquellas que sean relevantes sobre la realidad de la que se quiere hablar. La data de un reciente estudio titulado "You only dissent Once: Reappointment and Legal Practices in Investment Arbitration", que busca sustentar estadísticamente un punto contrario al expuesto por Redfern y Van den Berg, me hizo recordar esto (Strehtnev, 2015).

¿Cuál es la tesis de este artículo? Pues que el mercado castiga a los árbitros que disienten para efectos de sus eventuales nombramientos como presidentes de tribunales arbitrales, lo que ocasiona que comparativamente existan pocos disensos en el arbitraje de inversión en comparación con las sedes judiciales.

La existencia de este castigo se deduce de la estadística que el autor da a conocer sobre disensos y redesignaciones en los tribunales del CIADI: los árbitros que disienten tienen, en promedio, tres veces menos posibilidades de ser luego nombrados como presidentes.

[12] Redfern se refiere a "otros caminos" para este tipo de "insatisfacción", como renunciar al arbitraje (2004, p. 230).

[13] Born alude a algunas jurisdicciones, pero no da los ejemplos (2014, p. 3055).

[14] También es elocuente la frase "efecto estético" que usa Arroyo (2008, p. 446).

Es cierto que los números que enseña el autor también muestran que este resultado no se da si se trata de ser luego nuevamente nombrados árbitros de parte, mas no por eso deja ser el suyo un dato nuevo que agrega información a la estadística de la Corriente.

Luego de este dato, ya no tenemos una, sino dos fuerzas simultáneas en un mismo mercado: una que incentiva a los árbitros de parte a disentir a favor de la posición de quien los nombra y otra que desincentiva a disentir a todos los que quieran ser en algún momento presidentes. Es difícil establecer qué tan grande es esta segunda fuerza pues su influencia se traduce en un no-hacer, pero no ha de ser menor si tomamos en cuenta el porcentaje de disensos que se da en los tribunales arbitrales frente a los judiciales[15].

Tendría sentido que esta fuerza anti-disenso provenga del valor que el mercado del arbitraje asigna a la colegialidad como pilar de la autoridad del laudo por razones como las que expone la Corriente. Sea como fuese, el hecho es que su sola existencia muestra que el sistema tiene más balance de lo que muchas veces se pinta. No es en vano que la mayoría abrumadora de laudos sigue sin tener votos disidentes a pesar de que en todos ellos hay un árbitro nombrado por una parte que perdió. En el procedimiento de nominación de los tribunales arbitrales –por el que cada parte nombra a un árbitro y luego los dos, en conjunto, al presidente– hay más sabiduría –más frenos y contrapesos– que lo que las críticas al mismo, como las de Redfern y Van den Berg, harían pensar.

El sistema, en realidad, hace que el voto partidista solo presente ventajas para quienes apuestan por hacer una carrera exclusivamente como árbitros de parte; a los demás puede complicarles seriamente la parte del mercado que supone el cargo de presidente del tribunal arbitral.

Todo parece apuntar, por otra parte, a que la medida en que un disenso de este tipo puede ayudar a la carrera de un árbitro de parte está condenada a ser cada vez menor. Después de todo, no siempre estuvo igualmente claro para todos hasta qué punto un árbitro nombrado por una parte tenía respecto de ella las mismas obligaciones que respecto de su contraparte.

Pensemos, a modo de ejemplo, cómo hasta el año 2004 el Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales que promulgan en común la American Arbitration Association y la American Bar Association presumía la no-neutralidad de los árbitros nombrados por las partes[16]. También cómo hasta hoy existe autorizada doctrina que sostiene que los árbitros de parte, aunque sometidos a los deberes generales de imparcialidad e independencia, tienen algunos deberes especiales para con su nominadora; principalmente, el de asegurarse que la posición de esta sea bien entendida por el resto del tribunal. Los comentadores en el arbitraje internacional muchas veces consideran esto una expresión del rol de traductor cultural que tiene el árbitro de una parte, asumiendo que sea de la misma nacionalidad de esta[17]. Una obligación resbalosa, en el mejor de los casos, si vamos a hablar de igual independencia e imparcialidad.

Resulta lógico pensar que conforme se afiance el cada vez mayor consenso sobre la posición respecto a que no deberían existir diferencias de ningún tipo entre los deberes de todos los árbitros del tribunal, tendrá menos que ganar en el mercado quien emita un voto disidente con el ojo puesto en –o más bien guiñado a– futuras posibilidades de nombramientos.

B. Sí hay algo que ganar

Más allá de todo esto, sin embargo, lo relevante no es la causa que mueve al voto disidente, sino el determinar si este no tiene nada valioso que aportar al proceso arbitral en el que se produce cuando tiene buenos argumentos (más allá de que tenga algo que aportar también al árbitro que lo emite).

Si el voto disidente aporta al proceso arbitral, la preocupación real no debiera ser cómo combatirlo, sino cómo hacer para que no exista un miedo a emitirlo. Esto es, cómo hacer para disolver el estigma.

Pues bien, ¿tiene o no el voto disidente algo que aportar al proceso en el que se emite?

Hay algo que poseen en común todas las utilidades que el voto disidente presenta en un tribunal judicial y que la Corriente señala con razón como aspectos no trasladables al arbitraje (sus usos en la apelación, en la generación de jurisprudencia y

[15] Strezhnev cita como un ejemplo el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que tiene una tasa de disensos de 62% (2015, p. 2). Esto, pese a que algunos de sus miembros que más recurrentemente firman disensos reconocen que en su institución sigue siendo verdad que la unanimidad ayuda a la autoridad de las decisiones: "Ciertamente concuerdo con que la unanimidad es importante para lograr cierta legitimidad del público" (Scalia citado por Saldaña Cuba 2012, p. 147).

[16] La presunción de neutralidad está en el Canon IXa. Según el Código de 1970 (Canon VII) como el actual (Canon X), los árbitros no neutrales pueden estar "predispuestos" a favor de las partes que los nombraron, aunque están sujetos a los mismos deberes de buena fe, integridad y justifica para llevar el proceso y decidir en él.

[17] Ver por ejemplo a Lew, Mistells & Kröll (2003, pp. 258-259).

en la inspiración de la ley futura). Todos esos aportes se dan **luego** de producida la decisión del tribunal. Es decir, los críticos del disenso arbitral no toman en cuenta, o lo hacen solo con ligereza[18], el rol que voto disidente puede jugar **antes** del momento en que se da la decisión en el arbitraje, a fin de determinar el contenido y la calidad de la misma. En otras palabras, toman en cuenta el rol del voto al **exterior** del proceso (o de la etapa judicial) del que se trate, pero no el que puede tener al **interior** del mismo.

¿Cuál es, entonces, el rol que cumple el voto disidente al interior del proceso?

Son, de hecho, dos. El que cumple cuando es efectivamente emitido y el que cumple por el solo hecho de existir como posibilidad.

El voto disidente, al fin y al cabo, se asimila a un arma y, como se sabe, las armas no necesariamente tienen que ser disparadas para lograr cambios en las conductas de las personas. A menudo basta con que se sepa que están ahí.

Más específicamente, la función del voto disidente como pura **posibilidad al interior del proceso** es la siguiente: poner presión sobre los árbitros de una eventual mayoría que no quiera prestar la debida atención a los argumentos de la minoría. La existencia del voto disidente dice a esa mayoría "esos argumentos que ustedes no quieren oír ahora sí podrán ser oídos por las partes y sus abogados". Cuanto mejores sean los argumentos del árbitro de la minoría y cuanto menor respuesta tengan en los de la mayoría, más grande es lo que se juega esta última si no quiere escuchar a aquel.

Se puede pensar que a la parte que no nombró al árbitro disidente y a sus abogados no les causará efecto alguno la posibilidad de que lo anterior suceda. Pero eso sería creer que la vida se acaba en el proceso en cuestión. Esos mismos abogados estarán en el futuro volviendo a escoger árbitros y, antes de saber si ganarán o perderán, se hallarán interesados en la pericia técnica e imparcialidad de los candidatos que considerarán.

Por otra parte, cuando hay una exclusión total de las deliberaciones en el proceso, el mensaje que la posibilidad de un voto disidente plantea también puede ser más crudo y corto: "esto se va a saber". Este es el segundo tipo de disenso: el **disenso-acusación**, usado ya no para discrepar de los argumentos sobre el fondo de la mayoría, sino para acusarla de haber violentado el debido proceso, como ocurre cuando se le niega la deliberación a un árbitro. Como hemos visto, fue para concretar esta posibilidad que los árbitros de los casos *CME Czech Republic c. República Checa* (2001) y *Blue Oil Trading Ltd c. Pure Biofuels del Perú* (2014) terminaron utilizando sus votos disidentes (hablaremos más de la pertinencia de este segundo tipo de voto disidente líneas abajo).

Nada de esto, por supuesto, faculta al árbitro a alargar eternamente las deliberaciones ¿En qué momento se considera que un árbitro que no está de acuerdo con la mayoría ha tenido una oportunidad significativa de ser escuchado? ¿cuál es la debida atención[19] que debe prestar la mayoría? No hay una fórmula exacta para contestar estas interrogantes: la única manera de responderlas es viendo en cada caso concreto si los argumentos del árbitro que afirma no haber sido escuchado están contestados o no –siquiera implícitamente– en la opinión de la mayoría. Es decir, comparando el voto de la mayoría con el voto disidente.

Ciertamente, puede que la posibilidad de un voto disidente no sea suficiente en muchos arbitrajes para lograr el efecto descrito, pero sin este instrumento un árbitro al que no se quiere escuchar "por las buenas" está absolutamente desprovisto de mecanismos para hacer valer su derecho y obligación de aportar a la deliberación[20]. Hay que tomar en cuenta, además, que conocemos los casos de opiniones emitidas por quienes denuncian no haber podido participar de las deliberaciones, o haber podido participar solo formalmente. No conocemos, en cambio, aquellos en los que la opinión disidente no tuvo que ser emitida porque su sola posibilidad alcanzó para que la deliberación se diera. Es decir, por definición, no tenemos manera de saber cuántas veces cumple su función el voto

[18] El caso de van den Berg es notable en este sentido (2010, p. 823).

[19] Born habla de "una **oportunidad significativa** de expresar sus objeciones" [el énfasis es nuestro] (2014, pp. 160-161) para decir lo que una mayoría debe al árbitro que discrepa de ella a fin de cumplir con el debido proceso.

[20] Ni el árbitro disidente de *CME Czech Republic c. República Checa* (2001) ni el de *Blue Oil Trading Ltd c. Pure Biofuels del Perú* (2014) vieron el laudo anularse, pero sí se han anulado laudos por ausencia de una deliberación real (para ejemplos de ello ver Born, 2014, p. 3247, nota 492).
Lógicamente, esto en modo alguno quiere decir que el derecho a participar significativamente de las deliberaciones pueda ser usado por un árbitro de mala fe para demorar injustificadamente el proceso o aún para ponerlo en riesgo. Hay un examen de razonabilidad a hacerse en las circunstancias de cada caso concreto y sobre la base de este, muchas cortes, incluyendo las de los dos casos antes citados, han denegado la anulación pese a la acusación del árbitro que dijo haber sido impedido de deliberar. Sobre este particular ver Born (2014, p. 3248, nota 494).

disidente entendido como pura posibilidad. Pero sí sabemos que está ahí, en el inconsciente del tribunal: en el del árbitro en minoría que quiere que se le escuche bien y en el de la mayoría que encontraría más práctico proceder sin él.

Es importante precisar aquí que aun cuando el arma del disenso se dirija contra los árbitros de la mayoría, esta actúa en realidad más que a favor del árbitro de la minoría que lo emite, a favor del proceso en sí. Ello, en la medida de que una de las principales razones para elegir a un tribunal en lugar de a un solo árbitro es aquella que está detrás de la sabiduría popular cuando sostiene que "dos mentes piensan mejor que una" (aunque se suela expresar más técnicamente[21]).

Para decirlo metafóricamente, cuando las partes constituyen un tribunal construyen un aparato-para-pensar (su caso) que tiene sus propias especificidades[22]. Concretamente, constituyen lo que, según adelantamos, podría denominarse como una "mente de a tres"[23] que, igual que cualquier "mente" colectiva, solo puede funcionar contrastando las ideas que cada una de sus partes produce, cambiándolas o dejándolas de lado según cómo unas influencien a otras, y quedándose finalmente con aquellas que sobrevivan a todo el proceso. Si las ideas de una de las tres partes no son tomadas en cuenta para ese contraste y síntesis, hay toda una perspectiva (ya sea jurídica o de índole más personal) que deja de estar presente y la máquina no funciona debidamente. No funciona, esto es, como se acordó que funcionaría al diseñarla.

Pues bien, la existencia del voto disidente como posibilidad aumenta las posibilidades de que los argumentos de todos los árbitros sean tomados en cuenta y, por lo tanto, de que la mente-de-a-tres funcione.

Ahora bien, si esta es la función del voto disidente como posibilidad, ¿cuál es su función una vez ya concretado? Pues subir la presión para que tenga lugar al aquilatamiento en serio de las opiniones de la minoría. No solo porque una vez que el disenso ya se escribió se incrementa la posibilidad de que partes y abogados conozcan los argumentos no tomados en cuenta por la mayoría; sino, más importante aún, porque el blanco y negro supone en sí un test más ácido a la hora de intentar responder estos argumentos. Con lo que, una vez escrito, el voto disidente no funciona únicamente contra la mayoría que se niega a tomar en cuenta seriamente a la minoría, sino también contra aquella mayoría que de buena fe deliberó con el árbitro en minoría sin llegar a calar bien sus argumentos. Como acertadamente ha dicho Gary Born:

> One of the reasons for requiring a written, reasoned award is precisely to force the tribunal to articulate its conclusions and reasoning in black-and-white.
> In a surprising number of cases, views that were expressed confidently in oral discussions "just won´t write": equally views that are expressed in a draft award will, in some instances, not withstand the force of a careful dissenting opinion (2014, p. 3059).

Por así decirlo, si la posibilidad del voto disidente sirve para hacer más difícil que se obstaculice el funcionamiento de la mente-de-a-tres, volviéndola una de a dos; el voto disidente, una vez expresado en blanco y negro, tiene la utilidad añadida de servir para "sacar punta" al funcionamiento de esa mente-de-a-tres. Una sacada de punta que no necesita para ser valiosa de cambiar el sentido de la decisión final que esta mente tome (aunque pueda hacerlo).

Hay muchos testimonios de cómo funciona este último efecto al interior de los tribunales, incluyendo testimonios de su valor aun en los casos en los que el voto disidente no llegó a convencer a la mayoría de cambiar el sentido de su decisión. Entre ellos podemos encontrar los de esos dos grandes rivales ideológicos al interior de la Corte Suprema estadounidense (y grandes amigos en lo personal) que fueron Ruth Ginsburg y Antonin Scalia.

Dice Ginsburg

> Mi experiencia me ha enseñado que no hay nada mejor que un buen disenso para guiar al autor de la opinión mayoritaria a refinar y clarificar su dirección inicial. [En una ocasión] fui designada para redactar la opinión de la Corte. El resultado final, presentado públicamente, fue mucho mejor que mi primer, segundo, y al menos, una docena de proyectos, gracias al persuasivo disenso del juez Scalia (Grinsburg citada por Saldaña Cuba 2012, p. 151).

Scalia escribe:

> El disenso pone a prueba mi opinión, permitiendo una confrontación directa entre los mejores argumentos de ambas partes sobre los

[21] Ver por ejemplo a Lew, Mistells & Kröll (2003, pp. 227-228).

[22] Estas, desde luego, incluyen las reglas procesales que ellas pongas y que estipulan, por ejemplo, las etapas y los tiempos en que deberá pensar esa mente.

[23] Tres, en la enorme mayoría de los casos: existen los tribunales con más árbitros, aunque no parecen muy prácticos en circunstancias normales.

> puntos controvertidos. Por irónico que parezca, pienso que un alto porcentaje de las peores opiniones de mi corte – no en lo resolutivo sino en lo argumentativo- han sido unánimes (Scalia citado por Saldaña Cuba 2012, p. 151).

Demás está decir que este test más ácido complica también las cosas para las mayorías que, sin mala fe o con ella, quieran basar sus decisiones en criterios extrajurídicos. Como lo explica Lynch para el caso de los disensos judiciales, para la mayoría el tener que contrastar lo que exponga con los argumentos de la minoría hace que disminuya la facilidad con la que el proceso puede escaparse del campo del derecho (Lynch citado por Saldaña Cuba, 2012, p. 148).

Naturalmente, para que todo esto pueda funcionar según lo descrito es importante que la escritura del voto se dé antes de la emisión del laudo, de manera que pueda producir cambios en él y, asimismo, que el voto disidente sea comunicado a las partes[24]. Si la mayoría sabe que el voto disidente no llegará a las partes, este no tiene cómo incentivarlas: se vuelve un discurso que se da en una caja cerrada.

Es evidente también que, cuánto más éxito tenga la tendencia a hacer públicos los laudos (y disensos), más "mercado" es el que podrá mirarlos y más fuerza tendrá el voto disidente para cumplir con los antes descritos objetivos.

C. Y no se pierde lo que se dice

Ahora bien, una vez visto que el voto disidente sí tiene algo –y algo grande– que aportar al proceso arbitral en el que se produce, el problema pasa por ver si no es mayor lo que pone en riesgo que lo que aporta. Y lo que se pone en riesgo, según lo que hemos visto, sería la autoridad del laudo y la confidencialidad de la deliberación.

El argumento de la autoridad del laudo, pese a lo claro que parece, oculta una gran falacia, por lo menos si lo vemos a nivel sistémico. Si todos los laudos fueran unánimes, esa unanimidad valdría poco en cada uno de ellos porque se sabría impostada. Si la unanimidad puede tener peso, si puede conllevar un mensaje, este viene precisamente de que se sepa que los disensos son posibles y que, pudiendo cualquiera de los árbitros optar por disentir sin ser considerado por ello una especie de traidor al oficio, las razones del laudo convencieron a todos. De ese modo, buscar que la unanimidad reine en el arbitraje para fortalecer su prestigio es querer que este prestigio sea como el del emperador desnudo en el cuento: un engaño que no engaña a nadie.

Por otro lado, ya al nivel de cada proceso concreto, la autoridad central del laudo tendría que venir del acuerdo entre las partes. Del acuerdo, esto es, de someterse a lo que la mayoría del tribunal decidiese según su mejor entendimiento del derecho aplicable. La unanimidad puede sumarle a esta autoridad, evidentemente (siempre y cuando todos los lados no sean unánimes en el sistema), pero esta mayoría debería de bastar. A fin de cuentas, la verdad del derecho para cada caso específico siempre pasa por una cuestión de interpretación y normalmente ofrece espacio para el debate entre posiciones razonables.

Una vez aceptada esta realidad (lo que no es fácil si se pretende que el derecho es **ciencia** en un sentido diferente al metafórico), no hay razón por la cual un buen disenso podría restar autoridad al laudo. Más bien al contrario: al menos donde hay buena fe por parte de la mayoría y la minoría, unos buenos argumentos de disenso son solo una magnífica prueba para que la mayoría –si luego de verlos opta por reafirmarse– mejore los suyos. Algo así como el fuego que prueba los metales preciosos.

Claro, si llega a suceder que la mayoría no pudo mejorar sus argumentos y los del disenso la dejan de alguna manera en evidencia (el metal no pasa la prueba del calor), entonces lo que tenemos es que las partes no eligieron bien a su tribunal. Un dato que en nada debiera restarle valor a la decisión de este: lo central, repetimos, es que ellas acordaron libremente someterse a las razones que fuese capaz de producir el tribunal que eligieron. Una vez este tribunal funcionó según lo acordado, ya solo toca recordar que, como dice Born, "las malas razones siguen siendo razones" (2014, p. 3044). Lo contrario es estar dispuesto a superponer al razonamiento de los árbitros que las partes han elegido aquello que a los jueces de anulación parezcan "buenas razones". Justamente lo que se quiso evitar al ir hacia un arbitraje: someter el fondo del asunto a la jurisdicción ordinaria.

[24] Ambas cosas fueron objeto de debate al interior de un Grupo de Trabajo que armó la CCI para el tema. Su Informe Final del año 1991 consideró que, de hecho, el disenso debería de ser enviado a los árbitros de la mayoría "antes del escrutinio de su laudo por la Corte [de la CCI]" (CCI, párr. 19, 1991) pues "esto le daría a la mayoría la posibilidad de reconsiderar su laudo antes de enviarlo a la Corte [para su escrutinio por esta]" (párr. 19, 1991).
El informe también concluyó que las opiniones disidentes debían ser enviadas a las partes junto con los laudos, salvo en los casos en que su escrutinio por la Corte determinase que ponían en riesgo la validez o ejecución del laudo (aspectos sobre los que la Corte de la CCI hace su propia revisión). Ambas políticas son las que aplica la CCI hasta hoy con sus disensos.

Cuando sucede que una de las partes intenta usar el disenso para alegar una causal de nulidad por defecto de motivación, lo que afecta la autoridad del laudo no es el disenso en sí, sino la deslealtad de la parte que, al perder, decide ignorar el pacto que firmó.

Por otro lado, cuando lo que tenemos es malos argumentos en el disenso, tampoco hay un problema con la autoridad del laudo, sino más bien una reafirmación por contraste del peso de sus razones. Acá lo que tenemos es un fuego que no quema.

Tema aparte es el segundo tipo de disenso: el que señala faltas al debido proceso y, por lo tanto, pone directa o indirectamente en duda al arbitraje en su conjunto. Aquí sí podemos hablar de un ataque directo a la autoridad del laudo y, en consecuencia, del equivalente arbitral de presionar un botón nuclear. Sin embargo, no en todos los casos aquello implicará una traición al proceso, pues se presentan dos posibilidades: que la acusación tenga razón o que no la tenga.

Si es que la tiene, la autoridad atacada es una autoridad falseada y la acusación sirve definitivamente al proceso (al que fue pactado, no al que se llevó a cabo). El árbitro que, en ese caso, disiente para hacer esta acusación, no está traicionando al arbitraje: el arbitraje ya fue traicionado y él solo está denunciando dicha traición.

Se puede pensar que hay otros caminos mejores para esa denuncia, particularmente el de una acusación ante el centro que administra el arbitraje, cuando se trata de un arbitraje institucional, o ante la autoridad encargada de velar por el ejercicio ético de la profesión (como el Colegio de Abogados) en el caso de un arbitraje *ad hoc*. No obstante, ninguno de esos caminos sirve tan directamente para lo que –siempre en el supuesto de que la denuncia tenga buena base– se debería hacer: la anulación del laudo.

Si, en cambio, este disenso-acusación se hace sin una base sólida, estamos ante un supuesto de mala fe o negligencia grave del árbitro, vuelto –ahora sí– en el quintacolumnista del arbitraje. Sin embargo, esto no se puede determinar *a priori* como para que tenga sentido limitar o cortar en general la posibilidad de otorgar este tipo de disensos. Para los abusos existen controles más lógicos, considerando la naturaleza del arbitraje, como veremos en un momento.

El otro problema es la confidencialidad. Se dice que el disenso puede violentarla, al revelar aspectos de las deliberaciones. Pero este es, nuevamente, un tema que no se puede asumir *a priori*. Habrá disensos que violen la confidencialidad y disensos que no. Más aún, igual que en el caso anterior, existirán disensos que serán saludables –que servirán al arbitraje– al violarla: aquellos que necesiten hablar sobre el contenido de las deliberaciones para probar una violación al debido proceso. La confidencialidad está ahí para proteger a los procesos válidos, no a los atentados contra estos. No es por gusto que, como hemos visto, hasta Van den Berg acepte el voto de disenso en esta situación.

A este respecto, es muy ilustrativo el antes citado caso de *Vantage Deepwater c. Petrobras America* (2018). En él, James Gaitis se quedó atrapado como árbitro en las cadenas que había planteado para el disenso como académico. Porque si el juez decidió que no había mérito suficiente para entrar a ver si efectivamente había ocurrido lo que Gaitis denunciaba en su opinión disidente (que incluía, como hemos descrito, una acusación de corrupción por parte de la mayoría) fue porque consideró que este no había mostrado ninguna evidencia en el único párrafo que componía su voto. El juez se preguntó por qué Gaitis, un experto autor de varios libros en el campo del arbitraje, no incluyó más detalles en su disenso si tenía una opinión "tan fuerte". Por su parte, Gaitis hizo un disenso de un solo párrafo porque, como dijo en el propio texto del voto, eso era lo coherente con lo que él había escrito antes sobre de los disensos arbitrales: que, cuando se dieran, debían ser "desapasionados y discretos" (en la línea de Redfern) (2018, nota 1). Demasiado corto y discreto para convencerlo de seguir mirando el asunto, le pareció al juez.

D. Entonces, ¿cómo debería verse al disenso?

En tanto que el disenso, como hemos visto, tiene aportes claves que hacer al tribunal –incluyendo el de asegurar que este funcione con todas sus partes– y en tanto que estos aportes dependen de los argumentos que se expongan, el disenso debería de ser, antes que nada, libre. Tan libre como el laudo de la mayoría que, dicen los buenos tratadistas, debería de tener como límite lo necesario para hacer su punto: las razones que la llevaron a decidir lo que decidió[25] [26].

[25] En su clásico ensayo sobre la motivación en los procesos judiciales (que en realidad contiene razones aplicables a todo proceso adjudicativo), Bingham escribe sobre el contenido de una decisión: "Ninguna carta que el juez haya considera significativa [para su decisión] debe permanecer volteada. Su decisión puede ser luego juzgada como correcta o incorrecta, pero [luego de leer su sentencia] no debe de quedar duda por qué decidió lo que decidió" (1988, pp. 141-145).

[26] Evidentemente, esto no quita que cuando escribe su disenso (igual que cuando escribe un laudo) un árbitro siga sometido a sus obligaciones de diligencia, imparcialidad (lo que le obliga a no hacer disensos motivados por el deseo de

Poner al disenso cortapisas de extensión y alcance (**restringido**) a lo Redfern, es mandarlo a cumplir su misión esposado, tal y como descubrió Gaitis a la hora de emitir su voto. Y cuidado que, si Gaitis estuvo esposado para hacer su acusación de violación del debido proceso sin poder exponer mínimamente el mérito de esta, hubiera estado absolutamente imposibilitado de moverse si lo que hubiese querido hacer en su disenso hubiera sido una argumentación sobre el fondo que discrepase de la de la mayoría.

Por su parte, las cortapisas de ocasión como las que propone Van den Berg tampoco funcionan. Quedan fuera de sus reglas todos los disensos que no contienen acusaciones de faltas al debido proceso pero que, por todo lo expuesto líneas arriba, tienen sí mucho que aportar (desde el eventual cambio de sentido hasta la mejora de calidad del laudo).

La verdad es la que escribe Domenico di Pietro: "el disenso es el mejor juez de sí mismo" (2011). A cada disenso solo se le puede medir por lo que dice y por las circunstancias –laudo de la mayoría incluido– en las que lo dice. Esta es la única y verdadera forma de saber en qué casos un disenso no tiene mejor sustento que el del exhibicionismo o el partidismo y, por tanto, no ayuda al proceso y cuándo sí lo tiene (incluidos los casos en que no por tener sustento de fondo deja de tener también exhibicionismo o partidismo: como hemos dicho, lo relevante son los argumentos y cómo funcionan frente a los de la mayoría).

¿Quién debe medir esto? Pues quien se juega más al medirlo mal: los usuarios. Los usuarios conocen mejor que nadie lo que le sirve a cada uno y lo que no, y, al menos, cuándo existe suficiente información para separar el trigo de la paja son el más efectivo regulador. Por ejemplo, un árbitro que aprieta sin causa justa el botón nuclear del disenso y ataca al proceso será un árbitro que no tendrá buena fama en un mercado (formado por árbitros y abogados arbitrales) que vive de la validez de los laudos. Frente al árbitro que aprieta el botón nuclear en vano, sí tienen sentido los estigmas.

Ciertamente, lo coherente con la naturaleza del arbitraje es dejar que sea el mercado el que decida qué le dice cada disenso sobre quien lo emite. No hay que olvidar que, si el arbitraje está construido sobre una idea de base, esa es esta: nadie mejor que las partes para saber cómo matar las pulgas de su conflicto.

En coherencia con esto, las instituciones que el propio mercado ha creado para el arbitraje transitan crecientemente hacia la transparencia. Por ejemplo, cada vez son más los centros que, inclusive en arbitrajes comerciales, permiten saber quién fue nombrado por quién y cómo laudó. Cada vez es más cierto para el campo arbitral aquello que escribió el juez Brandeis: "la luz es el mejor desinfectante".

Lo que en ningún caso se debe hacer es intentar prohibir o encadenar, sea desde la regulación o desde el estigma social en la comunidad arbitral, una libertad que es connatural a la idea de un tribunal, que tiene mucho que aportar a su buen funcionamiento y que, como toda libertad de expresión, solo puede cumplir sus fines si quien la tiene podrá decir todo lo que quiere decir.

REFERENCIAS

American Arbitration Association (2004). *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.* https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf

Arroyo, M. (2008). Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal. *ASA Bulletin*, (26), 437-466.

Bingham, T. H. (1988) Reasons and Reasons for Reasons. *Arbitration International, 4*(2), 141-145.

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da Ed.). Wolters Kluwer.

Cassady, M. (2018, 19 de diciembre). *Petrobras Can't Depose Arbitrator In $622M Award Row*. Law 360. https://www.law360.com/articles/1113051/petrobras-can-t-depose-arbitrator-in-622m-award-row

Cámara de Comercio Internacional (CCI). (1991). Final Report on Dissenting and Separate Opinions. *ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2*(1), 32. https://library.iccwbo.org/content/dr/COMMISSION_REPORTS/CR_0003.htm?l1=bul#TOC_BKL1_3

contentar a la parte que lo nombró), confidencialidad (lo que le obliga a no revelar lo que dijo cada cual en las deliberaciones), colegialidad (lo que le obliga a mantener un tono educado siempre) (Born, 2014, p. 3057). Solo cabría agregar que la diligencia lo obliga a sopesar bien la necesidad del disenso y la fortaleza de sus argumentos.

Di Pietro, D. (2011, 24 de octubre). The Controversial Role of Dissenting Opinions in International Arbitral Awards [Entrada de blog]. https://blogs.law.nyu.edu/transnational/2011/10/the-controversial-role-of-dissenting-opinions-in-international-arbitral-awards/

Lew, J. D., Mistelis, L.A., & Kröll, S. (2003). *Comparative international commercial arbitration*. Kluwer Law International BV.

Redfern, A. (2004). Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly. *Arbitration International,* (20), 223-242.

Saldaña Cuba, J. H. (2012). *Los votos Singulares en el Tribunal Constitucional del Perú* (tesis para optar el título de licenciado en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Sönderlung, C. (2019, 12 de marzo). Dissenting opinions and why they should be tolerated [Entrada de blog]. https://journal.arbitration.ru/analytics/dissenting-opinions-and-why-they-should-be-tolerated/

Strezhnev, A. (2015). You Only Dissent Once: Re-Appointment and Legal Practices in Investment Arbitration. *Scholars at Harvard.* https://scholar.harvard.edu/files/astrezhnev/files/dissent_draft_1.pdf

Uluc, I., & Sutton, K. R. (2018). "Without Silence, There is no Golden Rule; Without Dissent, There is no Progress". *Oregon Review of International Law,* (20)*,* 219-274.

Van den Berg, A. J. (2010). Dissenting Opinions by Party–Appointed Arbitrators in Investment Arbitration. En M. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane & S. Wiessner (Eds.) *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (pp. 821-843). Koninklijke Brill

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

CME Czech Republic BV c. República Checa (Neth. c. Czech.), procedimiento CNUDMI, laudo parcial, Hándl, J., disintiendo (13 Sep., 2001). https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0179.pdf

Blue Oil Trading Ltd c. Pure Biofuels del Perú, Res. 76 (CCL 2014)

Corte Superior de Justicia de Lima [Perú]. Segunda Sala Comercial. Sentencia recaída en el Expediente 0244-2014, de 17 de abril de 2015.

Decreto Legislativo 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de setiembre de 2008 (Perú).

Federal Arbitration Act [Estados Unidos]. Pub. L. No. 68-401, 43 Stat. 883 (1925).

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH c. Camerún, Caso CIADI No. ARB/81/2, Laudo, Castañeda, J, disintiendo (21 Oct. 1983) 2 ICSID Rep. 7 (1983).

Svea Court of Appeal [Suecia]. Court of Appeal. Sentencia recaída en el expediente T 8735-01, de 13 de setiembre de 2001. Recuperado de https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1242805&propId=1578.

Vantage Deepwater c. Petrobras América, Caso ICDR No. 01-15-0004-8503 (29 de julio de 2018) (Gaitis en disenso).

Vantage Deepwater c. Petrobras América __ (5th Cir 2020), http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=6337&opac_view=2

10.18800/themis.202001.018

PUBLICIDAD DE LAUDOS ARBITRALES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL: ORDENANDO LA DISCUSIÓN

PUBLICATION OF ARBITRAL AWARDS IN COMMERCIAL ARBITRATION: ORDERING THE DISCUSSION

Rodrigo Zamora Etcharren*
Galicia Abogados

Paola Aldrete Rivas**
Galicia Abogados

Santiago Oñate Yáñez***
Universidad Iberoamericana
Galicia Abogados

Adriana Lozano Cázares****
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

In recent years, the discussion regarding the publication of arbitral awards has been developing with several arguments being made for and against this type of measures. Multiple arbitration centers have adopted regulations about the subject in their latest rules. However, we still cannot determine which route commercial arbitration will follow when in regards to this matter.

In the following article, the authors evidence the multifaceted character of the discussion about the publication of arbitral awards in commercial arbitration. First, they present the regulations that the ten most relevant arbitration centers have adopted in regards to this subject. Then, they explain the characteristics of default rules and the consequences these can have depending on whether they are opt-in or opt-out. Finally, they explore the arguments in favor and in opposition to the publication of arbitral awards.

Keywords: Advertising of arbitral awards; arbitral awards; default rules; double-hatting; commercial arbitration.

En los últimos años, la discusión sobre la publicidad de los laudos arbitrales se ha venido desarrollando y múltiples centros de arbitraje han adoptado regulaciones sobre dicho aspecto en sus reglamentos más recientes. Sin embargo, todavía no se ha determinado cuál es el rumbo que tomará el arbitraje comercial con relación a este tema.

En el presente artículo, los autores evidencian el carácter polifacético de esta discusión en el arbitraje comercial. Para ello, primero exponen las regulaciones que las diez instituciones arbitrales más importantes han adoptado con relación a la publicidad de laudos. De ahí, explican las características de las reglas default y las consecuencias que estas tienen dependiendo de si son opt-in u opt-out. Finalmente, abordan los argumentos a favor y en contra de volver públicos los laudos o ciertos elementos de los mismos.

Palabras clave: Publicidad de los laudos arbitrales; laudos arbitrales; reglas default; double-hatting; arbitraje comercial.

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la New York University. Ex Presidente del Comité de Arbitraje Comercial de la Barra Mexicana y segundo vicepresidente de la Junta de Gobierno de esta institución. Socio de Galicia Abogados (Ciudad de México, México). Contacto: rzamora@galicia.com.mx.

** Abogada. Master of Laws (LL.M.) por la Georgetown University. Asociada sénior de Galicia Abogados (Ciudad de México, México). Miembro fundador de Mexico City Very Young Arbitration Practitioners (MXVYAP) y de la Georgetown Law Association of Mexicans. Contacto: paldrete@galicia.com.mx.

*** Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de la Universidad Iberoamericana. Asociado de Galicia Abogados (Ciudad de México, México). Contacto: sonate@galicia.com.mx.

**** Egresada de la Facultad de Derecho del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Asistente legal en Galicia Abogados (Ciudad de México, México). Contacto: alozano@galicia.com.mx

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado el mismo el 2 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La evolución del arbitraje comercial en los últimos años ha respondido a diversos cambios sociales, comerciales y legales, así como a distintas propuestas y facetas del gremio arbitral. Una propuesta de gran impacto, que sugiere no solo un replanteamiento de la práctica cotidiana del arbitraje sino un reentendimiento de sus alcances, es el de la publicación de los laudos arbitrales. Si bien no es una discusión estrictamente novedosa, consideramos que la misma amerita su compilación y orden.

Con este propósito, planteamos este tema de la siguiente manera. En primer lugar, se hace una exposición de las diez instituciones arbitrales más relevantes y la manera en que han decidido regular la publicidad de los laudos. En segundo lugar, para entender los efectos, naturaleza y alcance de dichas regulaciones, se presenta las características de las reglas *default* y las consecuencias de que la publicación de los laudos, en las distintas regulaciones, sea de carácter *opt-in* u *opt-out*. Subsecuentemente, se aborda diversos argumentos a favor y en contra de la publicidad de los laudos. En este sentido, nuestra propuesta y propósito es dual. Por un lado, atendemos el tema desde un punto de vista adjetivo y demostramos los alcances que tienen las reglas dispositivas (reglas *default*) como herramientas para moldear o sugerir las decisiones que tomarán las partes sobre la publicidad de los laudos. En segundo lugar, se resalta los aspectos sustantivos del tema al exponer los argumentos en contra y a favor de la publicación de los laudos arbitrales.

La intención del presente artículo es plantear que la adopción de políticas institucionales que abracen la publicidad de los laudos arbitrales o que las rechacen, no es un tema binario; sino multifacético. Con ello, se busca demostrar que una decisión al respecto primero debe contemplar el diseño de la regla *default* sobre la materia y los empujes o *nudges* que con la misma se quieran crear y, en segundo lugar, presentar los dos lados de cada postura para evidenciar la heterogénea composición del tema. En este sentido, no se defiende una postura en específico; sino que únicamente se presenta los elementos que consideramos deben tomarse en cuenta para la determinación del rumbo del arbitraje comercial, con relación a la publicidad de los laudos.

II. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LAUDOS EN DISTINTAS INSTITUCIONES Y REGIONES

La confidencialidad ha sido entendida como una de las principales ventajas para los usuarios del arbitraje. No obstante, dicha característica, en especial la confidencialidad de los laudos, ha sido objeto de críticas tanto dentro de la comunidad arbitral como fuera de la misma. Entre varias propuestas realizadas por diferentes abogados y académicos del medio, surge una que parece ser de particular interés: la publicación de laudos arbitrales comerciales. Mientras algunas instituciones arbitrales han incorporado en cierta medida las observaciones externadas en relación con este tema, otros reglamentos aún carecen de regulación particular al respecto. En este apartado se podrá encontrar de manera concisa la forma en que dicho tema se encuentra regulado en reglamentos de diversas instituciones arbitrales.

A. Cámara de Comercio Internacional

Si bien el reglamento vigente de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)[1], no contiene disposiciones en las que se regule la publicación de información o documentos relacionados con el procedimiento arbitral, la Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (en adelante, la Nota) emitida con fecha 1 de enero de 2019, sí lo hace. Es importante mencionar que desde la Nota del 30 de octubre de 2017 se preveía la publicación de información relativa a los tribunales arbitrales de los casos registrados después del 1 de enero de 2016. Sin embargo, no fue hasta la Nota del 2019 que se incluyeron las disposiciones relacionadas con la publicación de laudos.

Mediante dicha Nota, la CCI resalta que, para garantizar que el arbitraje siga siendo una herramienta de confianza para facilitar la actividad comercial, es fundamental aumentar la disponibilidad de información para las partes, la comunidad empresarial y las entidades académicas (2019, párr. 34). En este sentido, salvo acuerdo en contrario de las partes, la CCI publica en su sitio web, la siguiente información relativa a los arbitrajes registrados desde el 1 de enero de 2016: (i) los nombres de los árbitros; (ii) su nacionalidad; (iii) su posición dentro del tribunal; (iv) la forma de su designación; y, (v) si el arbitraje está pendiente de resolución o concluido. Lo anterior, sin publicar el número de referencia del arbitraje ni los nombres de las partes. Adicionalmente, dicha Nota prevé que respecto de los arbitrajes registrados desde el 1 de julio de 2019, la Corte también publicará (vi) el sector industrial relativo; y, (vii) los asesores jurídicos que representan a las partes (2019, párr. 36).

[1] El cual entró en vigor el 1 de marzo de 2017.

Por otro lado, la Sección III.D. de dicha Nota prevé que la Secretaría informará a las partes y árbitros, en el momento de notificación de cualquier laudo final dictado a partir del 1 de enero de 2019, que dicho laudo o cualquier otro laudo y opiniones divergentes o coincidentes emitidas dentro del procedimiento podrán publicarse de manera íntegra al transcurrir por lo menos dos años de la fecha de notificación. Este plazo de publicación puede modificarse por las partes. Asimismo, las partes pueden oponerse a la publicación o pedir que se anonimice el texto antes de su publicación.

B. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

El reglamento vigente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)[2] establece en su artículo 34 que un laudo podrá hacerse público solo bajo tres supuestos: (i) con el consentimiento de las partes; (ii) cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer; o, (iii) con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal o autoridad competente.

Si bien esta disposición rige los arbitrajes comerciales que se lleven a cabo conforme a este reglamento, cabe recordar que mediante Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2013, tomando en cuenta que dicho reglamento se usa ampliamente en la resolución de disputas inversionista-estado y reconociendo la necesidad de disposiciones sobre transparencia en la solución de tales controversias las cuales involucran el interés público, se aprobó la publicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.

Como su nombre lo indica, dicha convención solo es aplicable a arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado de protección de inversiones[3]. Sin embargo, resulta interesante apuntar que éste prevé la publicación de información y documentos relacionados con el procedimiento tales como: nombre de las partes, notificación de arbitraje, respuesta a la misma, memorial de demanda y de contestación, órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral, entre otros.

C. Centro Internacional para la Resolución de Disputas

De conformidad con el artículo 30 inciso 3 del reglamento vigente del Centro Internacional de Resolución de Disputas (por sus siglas en inglés, ICDR), un laudo de un procedimiento administrado bajo dichas reglas solamente podrá ser publicado con el consentimiento de todas las partes o si lo requiere la ley (2014). De acuerdo con esta misma disposición, como excepción, el administrador podrá publicar o hacer accesibles laudos, órdenes, decisiones y resoluciones que se hayan hecho públicos durante el procedimiento. Asimismo, salvo pacto en contrario de las partes, el administrador podrá publicar laudos, órdenes, decisiones y resoluciones seleccionadas que hayan sido editadas para ocultar los nombres y otros datos de las partes que permitan su identificación. Tanto el reglamento de 2005 como el de 2009 regulaban la posible publicación de laudos de la misma manera que el reglamento vigente.

D. Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong

De acuerdo con el artículo 45 del reglamento vigente del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (en adelante, por sus siglas en inglés, HKIAC), a menos que sea acordado por las partes, ninguna de ellas o sus representantes, así como el tribunal arbitral, cualquier árbitro de emergencia, perito, testigo o secretario de tribunal, podrá revelar o publicar cualquier tipo de información relacionada con el arbitraje, laudo o Decisión de Emergencia emitida en el arbitraje (2018). No obstante, en el mismo artículo se establece que el HKIAC podrá publicar cualquier laudo (completo, resumido o un extracto de) si se cumplen los siguientes aspectos: (i) se elimina toda referencia al nombre de las partes y cualquier información de identificación de las mismas; y, (ii) durante el plazo fijado por la HKIAC, ninguna de las partes objeta su publicación. En caso de existir objeción por alguna de las partes, el laudo no puede ser publicado. En particular, la página de preguntas frecuentes de la HKIAC agrega un requisito adicional: que una solicitud de publicación sea hecha a la HKIAC.

El reglamento del HKIAC de 2008 establecía los mismos requisitos para la publicación que el reglamento de 2018. No obstante, resulta importante recalcar que tanto en el reglamento del 2008 como el del 2013, se preveía como requisito adicional el que una solicitud de publicación fuera dirigida a la HKIAC. Este requisito fue eliminado en el reglamento de 2018. Sin embargo, como ya se comentó, la página de preguntas frecuentes de la HKIAC sigue mencionando dicho requisito.

[2] Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013.

[3] Conforme a su artículo 1, dicho reglamento es aplicable a arbitrajes entablados en virtud de tratados de inversiones celebrados a partir del 1 de abril de 2014.

E. Corte de Arbitraje Internacional de Londres

El artículo 30.1 del reglamento vigente de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, por sus siglas en inglés, LCIA)[4] establece como principio general que las partes se comprometen a mantener como confidenciales todos los laudos emitidos en el arbitraje; así como todos los demás materiales y documentos presentados o emitidos dentro del mismo. Adicionalmente, el artículo 30.3 recalca que la LCIA no publicará ningún laudo ni partes de un laudo sin el previo consentimiento por escrito de las partes y del tribunal arbitral.

Lo dispuesto en dichos artículos se encuentra confirmado en la sección 19 de la Nota para las Partes de la LCIA, la cual establece que la LCIA no publicará laudos o secciones de laudos, incluso si se suprime información de identificación de los mismos. Sin embargo, esta misma sección agrega que la LCIA podrá publicar extractos de decisiones tomadas por la Corte en relación con recusaciones de árbitros, así como información estadística sobre casos.

F. Centro Internacional de Arbitraje de Singapur

El reglamento vigente del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (en adelante, por sus siglas en inglés, SIAC)[5] establece de manera expresa en su artículo 39 que, salvo pacto en contrario de las partes, cualquier parte, árbitro, árbitro de emergencia, persona designada por el tribunal arbitral, incluyendo secretarios administrativos y peritos, deberán tratar todos los aspectos relacionados con el procedimiento y el laudo como confidenciales. En este sentido, si bien se prevé este principio de confidencialidad, bajo las reglas del SIAC sí se pueden publicar los laudos, siempre y cuando exista consentimiento de las partes y el tribunal arbitral.

Ahora, aunque en los reglamentos de 2007 y 2010 no se reguló respecto a la publicidad de los laudos, en el reglamento de 2013 se estableció que el SIAC podía publicar cualquier laudo suprimiendo los nombres de las partes y otra información relevante. No obstante, en el reglamento de 2016 se precisó que solo se puede realizar la publicación de laudos si se cumple con este requisito y, adicionalmente, si cuenta con el consentimiento de las partes y el tribunal arbitral (SIAC, 2016, art. 32.12).

G. Instituto de Arbitraje de las Cámaras de Suiza

Como regla general, en procedimientos sustanciados bajo el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (en adelante, por sus siglas en inglés, SRIA)[6], las partes, los árbitros, los peritos nombrados por el tribunal, el secretario del tribunal, los miembros del Consejo Directivo de la Institución de Arbitraje de las Cámaras Suizas y los miembros de la Corte y la Secretaría, se comprometen a mantener confidenciales todos los laudos y las órdenes, así como todos los documentos presentados por las partes en el marco del procedimiento.

Sin embargo, el artículo 44 inciso 3 establece que un laudo o una orden podrán ser publicados íntegramente, por extractos o de forma resumida solamente si se cumplen los siguientes aspectos: (i) una solicitud de publicación es remitida a la Secretaría; (ii) todas las referencias a los nombres de las partes son suprimidas; y, (iii) ninguna de las partes se opone a esta publicación dentro del plazo fijado por la Secretaría.

H. Cámara de Comercio de Estocolmo

Por su lado, la Cámara de Comercio de Estocolmo (por sus siglas en inglés, SCC) establece expresamente en el artículo 3 de su Reglamento[7] que, salvo acuerdo en contrario de las partes, la Cámara, el tribunal arbitral y cualquier secretario administrativo deberán mantener la confidencialidad del arbitraje y del laudo.

I. Centro de Arbitraje de México y Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México

Aunque los reglamentos de ambas instituciones arbitrales carecen de regulación específica sobre la publicidad o confidencialidad del laudo emitido en dichos procedimientos, se puede desprender que los laudos emitidos son confidenciales; puesto que el reglamento del Centro de Arbitraje de México (en adelante, CAM) establece que todos los procedimientos arbitrales administrados bajo dichas reglas cuentan con dicho carácter[8].

En este mismo sentido, la regulación establecida por el reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (en adelante, CANACO) es similar. El reglamento de la CANACO

[4] Vigente a partir del 1 de octubre de 2014.

[5] Vigente a partir del 1 de agosto de 2016.

[6] Vigente a partir del 1 junio de 2012.

[7] Vigente a partir del 1 enero de 2017.

[8] Definición de "confidencialidad" prevista en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México en vigor a partir del 1 de julio de 2009.

prevé que, salvo acuerdo en contrario de las partes, las actuaciones arbitrales serán confidenciales (2012, art. 5). Sin embargo, no reglamenta de manera particular la publicidad de los laudos.

Es importante precisar que, para efectos de este artículo, consideramos que la diferencia entre las instituciones que sí regulan el tema de la publicidad de laudos arbitrales y aquellas que no, es que las primeras incorporan explícitamente reglas de *opt-in* u *opt-out*. Es decir, establecen una regla *default* específica sobre la publicación y las condiciones para acordar la no publicación. Es en ese sentido que, si una institución no prevé presupuestos específicos sobre la publicidad de los laudos, los autores consideramos que esto último no está regulado, sin que ello sea óbice para considerar que en la práctica esta ausencia de regulación implícitamente conlleva una determinación sobre la no publicidad de los laudos arbitrales.

III. LAS REGLAS DISPOSITIVAS O *DEFAULT* Y SU NATURALEZA

La regulación antes descrita demuestra mucho más que la previsión (o falta de esta) respecto de la publicidad de laudos, por parte de las instituciones arbitrales. Es muestra de una proposición sobre el carácter que se le quiere dar a los laudos arbitrales, en específico, y al arbitraje, en general. Para ello, y sin ánimos de entrar en discusiones teóricas que escapan la materia del presente artículo, es importante entender de forma general el alcance y naturaleza de las reglas *default*. Ello porque las reglas sobre publicidad de laudos arbitrales son en esencia reglas *default* y porque la tendencia hacia una política de transparencia o de confidencialidad estará en gran medida definida por el tipo de regla *default* que adopten las instituciones arbitrales.

Las reglas dispositivas o mejor conocidas como reglas *default* son inspiradas por la teoría del contrato completo (*theory of complete contract*), la cual bajo una aproximación económica propone que estas reglas deben ser espejos de las preferencias de las partes y con ello rellenar las lagunas inevitables en el derecho contractual o en cualquier otra transacción (Bender, 2020, p. 5).

En este sentido, se ha considerado que las reglas *default* deben cumplir con dos requisitos: (i) la posibilidad formal de una exclusión voluntaria (*opt-out*), la cual conlleva una posibilidad para que las partes puedan manifestar preferencias[9]; y, (ii) el análisis de quién es el evasor de menor costo. Este último concepto si bien ha sido desarrollado principalmente en la responsabilidad extracontractual en los Estados Unidos de América, tiene aplicabilidad a un sinnúmero de situaciones sociales y jurídicas. Esencialmente, implica que se debe adjudicar la responsabilidad a quien esté en mejor posición para minimizar los costos de la decisión. Este concepto puede ser analizado o entendido desde distintos ángulos y uno de ellos podría argumentarse que está relacionado con quién tiene las mejores capacidades para establecer pautas de conductas y acciones. En el caso que nos ocupa, si la institución arbitral es quien establece la regla *default*, se entiende que son éstas las que mejor posicionadas están para minimizar los costos de la decisión.

Asimismo, las reglas *default* además de fungir como representaciones estándar de preferencias, también sirven en su diseño como mecanismos de empuje (*nudges).* De tal manera que, con su inclusión, se impulsa a las partes hacia comportamientos específicos. Dicho aspecto lo podemos ver ejemplificado con el hecho de que al incrementar los costos de la exclusión voluntaria (*opt-out*) de una regla *default*, gradualmente se puede incrementar la apariencia de las reglas *default* como reglas obligatorias (Bender, 2020, p. 21; Sunstein, 2013, p. 35). El incremento de los costos en la exclusión voluntaria se puede ver reflejado en las diversas reglas secundarias que acompañan la regla *default* (requisitos para publicar el laudo, formas de modificar la publicación, etc.). En este sentido, quien establece las reglas *default* también sienta una pauta de conducta[10].

Otro aspecto que subyace en la creación de reglas *default* es la minimización de costos transaccionales (Ayres, 2012, p. 2054). Si bien el costo transaccional de la decisión sobre publicidad de laudos pudiera parecer mínimo o inexistente, éste sí representa un elemento de cierta importancia

[9] Ello porque de no adecuarse las reglas *default* a las preferencias, las personas buscarían formas de acordarlas por fuera de sus parámetros contractuales, institucionales, reglamentarios, etc. Dicho aspecto incrementaría, de forma inevitable, los costos transaccionales.

[10] Para poder definir una regla *default*, se deben contestar las siguientes preguntas: (i) ¿debería ser cierta regla obligatoria o contratable?; (ii) si es contratable, ¿cuál debería ser el *default?*; y, (iii) si es contratable, ¿cómo se puede contratar alrededor de la regla *default*? Lo que Ayres ha denominado como *altering rules*, ya que se alteran las consecuencias legales de la regla. El proceso de *opt-out* es a la vez un proceso de *opt-in* a consecuencia que no son de *default*. Las *altering rules* pueden ser creadas de distintas formas y para distintos propósitos, por un lado, pueden dificultar la opción de contratar o acordar fuera de la regla *default* o, por otro lado, pueden llegar al punto de nulificar la posibilidad. Ambas pueden ser estrategias para disminuir ciertos errores, homologar ciertas conductas o proponer una política específica (Ayres, 2012, p. 2034).

al analizar los efectos de la regla. Ello se debe a que dicha regla le presenta a las partes una opción predeterminada, lo que disminuye los costos asociados con llegar a un acuerdo sobre una cuestión adicional al procedimiento arbitral.

Es en este contexto que tenemos que analizar las reglas de publicación expuestas en el apartado anterior. El entendimiento de la formulación de reglas de publicación debe atender a diversos elementos. En primer lugar, debemos advertir si se regula la publicidad de los laudos a través de la creación de reglas *default* o si, por el contrario, no se regula y las partes son libres de acordar lo conducente. En este último caso, no estaríamos ante el supuesto de las reglas *default*, ya que no existiría una regla preestablecida que las partes pudieran decidir acoger o rechazar, sino que ellas mismas tendrían que anticipar el tema y acordar sobre el mismo.

Ahora, en caso de ser las instituciones arbitrales quienes impongan una regla, estamos ante el fenómeno descrito de reglas *default*. Este escenario genera dos supuestos: (i) que la regla sea en el sentido de que los laudos serán publicados en tanto las partes no se manifiesten en contrario; o, (ii) que la regla sea en el sentido de que los laudos no serán publicados a menos que las partes soliciten su publicación. El primer escenario sería una regla *default opt-out* y el segundo, una regla *default opt-in*.

En el caso que nos ocupa y tomando en consideración que las reglas *default* evidencian ciertos valores que se intentan empujar, la regla *default* que establezca que los laudos serán públicos (*opt-out*) promovería valores de apertura y transparencia. En sentido contrario, una regla *default* que establezca que los laudos serán confidenciales a menos que las partes pacten lo contrario (*opt-in*) dotaría de mayor valor a principios como la voluntad de las partes y la confidencialidad en el arbitraje.

De tal manera, las condiciones o requisitos impuestos para el *opt-out* u *opt-in*, indicarán el grado de obligatoriedad aparente con la que se busca envestir a la regla y los costos de pactar fuera de ella. Así, las condiciones que acompañen esta decisión de las partes[11] pueden ser creadas de distintas formas y para distintos propósitos. Por ejemplo, supongamos que una regla *default* en un reglamento de arbitraje prevé la publicidad de los laudos y las condiciones, reglas secundarias o requisitos, únicamente contemplan el alcance de dicha publicidad (nombres de árbitros, nombres de las partes, montos, etc.). En este caso se revestiría a la regla *default* con una obligatoriedad más aparente, lo que posiblemente haría que las partes decidieran no eliminar por completo la publicidad; sino limitarse a modificar dicha regla con alguna de las opciones preestablecidas para su modulación. De tal forma, la flexibilidad de las reglas secundarias que engloben a la regla *default* también indican la firmeza del empuje o *nudge* que la institución quiere dar respecto a la publicidad.

En este sentido, el análisis y definición del tipo de regla *default* y los alcances de sus reglas secundarias nos dicen mucho sobre los efectos prácticos de su implementación.

IV. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PUBLICIDAD

En primer término, analizaremos los diversos argumentos que podrían justificar una política de transparencia o publicidad respecto a los laudos arbitrales. Los autores hemos identificado ocho argumentos al respecto, estos son los siguientes: desarrollo del Derecho (costumbre y práctica); certidumbre y seguridad jurídica; consistencia; educación y aprendizaje (creación de doctrina); calidad de laudos; desmonopolización y legitimidad; equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores recurrentes; transparencia y anti-corrupción. Los argumentos identificados no pretenden ser una lista exhaustiva, pero sí consideramos que son representativos de los principales postulados a favor de la publicación de los laudos arbitrales.

A. Desarrollo del Derecho (costumbre y práctica)

A pesar de que la costumbre y usos comerciales influyen en gran medida en la aplicación del Derecho en los procesos arbitrales, la emisión de laudos arbitrales fundados funciona dentro del concepto más general sobre la aplicación sustantiva del Derecho. De tal manera que para que el arbitraje se desarrolle de forma creativa y propositiva, por un lado, se debe garantizar su esencia de resolución de controversias y, por el otro, se debe buscar que el mismo sirva como espacio fértil para la creación y elaboración de derecho sustantivo (Carbonneau, 1985, p. 586).

La noción de un derecho común arbitral[12] se robustece con la idea de que las visiones Estado-

[11] Este aspecto se ha definido como *altering rules* por Ayres (2012, p. 2034). Para mayor información, véase el art. 5 del Reglamento de CANACO.

[12] La idea de *Common Law* del arbitraje no es exclusiva del *common law*, sino que puede ser vista como una consecuencia de la práctica arbitral internacional y la creación de cuerpos normativos de aplicación común. Al respecto, véase a Carbonneau (1985, p.586).

céntricas sobre la creación de derecho comercial internacional se ven retadas con una realidad que pone de relieve la poca inclinación y, en algunos casos, la falta de competencia de los Estados para generar un Derecho que se adecúe a las exigencias y velocidad de las transacciones comerciales y sus usos (*lex mercatoria*) (Gopalan, 2004). En este sentido, es importante precisar que la armonización del derecho comercial no conlleva la implementación de un solo conjunto normativo sino que es una forma de acomodar una serie de conceptos legales en distintas jurisdicciones (Zamora, 1995; Gopalan, 2004).

Con ello se resalta la importancia del desarrollo del derecho arbitral. Si bien es cierto que los tribunales arbitrales aplican, en la mayoría de los casos, un derecho sustantivo de un país en específico, no menos cierto es que con independencia de ese derecho sustantivo, crean un *corpus iuris* propio sobre el procedimiento y, en algunos casos, sobre la interpretación de prácticas comerciales. El arbitraje internacional comercial carece de una teoría del precedente, sin embargo, se han identificado tendencias que apuntan a que los tribunales arbitrales hacen referencia en sus laudos a otras resoluciones (Kaufmann-Kohler, 2007). De tal manera, la publicación de laudos podría contribuir al desarrollo del derecho arbitral (Zlatanska, 2015, p. 28), así como de la *lex mercatoria,* promoviendo con ello la deslocalización del arbitraje[13].

Por ende, la publicidad de los laudos ayudaría a generar una teoría del precedente sólida, que permitiera un desarrollo jurídico de la materia sobre la base de una creación constante por los tribunales arbitrales. Lo que también llevaría inevitablemente al siguiente punto, la certidumbre y seguridad jurídica.

B. Certidumbre y seguridad jurídica

Tomando en consideración la tendencia de los tribunales arbitrales descrita anteriormente por usar, citar y referirse a otros casos, la publicación de los laudos promete: primero, solidificar una teoría y práctica del precedente; y con ello, posteriormente, generar certidumbre jurídica a los usuarios del arbitraje. Esta certidumbre no debe entenderse en el sentido más tradicional del ámbito judicial, sino como una certidumbre dentro de las prácticas comerciales y su constante y evolutiva interpretación por tribunales arbitrales.

Esta certidumbre no se agota únicamente en las interpretaciones de prácticas comerciales, reglas procesales y jurisdiccionales, sino que también podría servir para generar certidumbre y seguridad jurídica respecto a las decisiones de árbitros en específico. Dicha cuestión será abordada con mayor detalle en la siguiente sección.

Ambas razones persiguen una finalidad económica; la previsibilidad de resultados. Esto es esencial en el comercio internacional, ya que de ello dependen un sinnúmero de decisiones, inclusive un análisis de costo/beneficio respecto a la iniciación de un procedimiento arbitral (Zlatanska, 2015, p. 28). De forma específica, las partes podrán identificar y valorar (con anterioridad al inicio del arbitraje) casos similares en los que se hayan analizado contratos, situaciones y pretensiones parecidas a las suyas y así determinar las probabilidades de éxito de sus reclamos (Raymond, 2005, p. 479).

Ante ello, la preparación para un potencial caso conllevaría necesariamente el análisis de casos análogos, emulando hasta cierto punto la práctica del estudio de precedentes del *common law*. Sería impensable que un abogado en los Estados Unidos de América, antes de iniciar un litigio, no tuviera conocimiento sobre todos o la mayoría de los casos similares al de su cliente. Esto no solo exige de los abogados una preparación distinta, sino que también implica que los análisis de éxito presentados a sus clientes tendrán mayor certeza, ya que serán elaborados sobre la base de casos concretos. En la actualidad, la falta de publicidad de laudos ocasiona que los abogados transfieran este tipo de información de "boca en boca", o, en algunos casos, que sean las instituciones quienes determinen de cuáles casos se publican extractos que consideren relevantes, como lo hace actualmente la CCI.

C. Consistencia

La consistencia presupone la uniformidad de ciertos elementos. En el caso del arbitraje internacional la publicidad de laudos, así como la propagación de una cultura jurídica del precedente, llevarían a que las reglas se aplicaran de una manera más uniforme. Aquí cabe precisar que el derecho aplicable al fondo de cada caso no debería verse afectado por esto, ya que las reglas de aplicabilidad de los precedentes claramente funcionarían bajo una racionalidad de derecho aplicable, así como las reglas procesales de la institución arbitral de la cual se tratase. En este sentido, se ha considerado que la

[13] También denominado arbitraje "a-nacional" o "transnacional" implica que el arbitraje debería ser regulado por normas transnacionales que no se vieran afectadas por normas aplicables a procedimientos locales. Para mayor información, véase a González de Cossío (2014, p. 159).

publicación de laudos llevaría al desarrollo y consistencia del derecho arbitral, ya que a pesar de que estos son vinculantes, únicamente entre las partes litigantes y los laudos bien razonados podrían tener un valor persuasivo que fomente una "sabiduría arbitral común", la cual iría más allá de un círculo privilegiado de abogados y firmas (Buys, 2004, p. 136) [traducción libre].

Ahora bien, es importante precisar que ya desde hace tiempo se había identificado, por ejemplo, en los laudos de la CCI, que los aspectos sustantivos de los mismos mostraban señales del inicio de la gestación de un conjunto de principios jurídicos. Estos principios se originaban de una pluralidad de fuentes y leyes comerciales locales; sin embargo, se advertía cierta consistencia o por lo menos, aspiración de consistencia (Ayres, 2012, p. 589). Esto nos indica que la consistencia es un valor que busca obtenerse mediante la adjudicación en el arbitraje internacional y que, a través de la publicación de laudos, su consecución sería no solo más palpable sino más sistemática.

D. Educación y aprendizaje (creación de doctrina)

Las tradiciones jurídicas que basan su aprendizaje en la creación casuística del derecho, dependen inevitablemente de las resoluciones que emitan sus órganos jurisdiccionales. Ello es una consecuencia natural y necesaria de un sistema de precedentes, ya que los estudiantes de derecho, así como los abogados postulantes, aprenden y se actualizan a través del análisis de las resoluciones. El arbitraje internacional, hoy en día, se acerca y asemeja en ciertos puntos a los sistemas de precedentes. Con la publicación de laudos se lograría tener un repertorio mucho más amplio y nutrido de casos que permitan observar y aprender sobre la evolución interpretativa de este mecanismo de adjudicación.

Habrá quienes opondrán que el arbitraje se encuentra enfocado en la solución de conflictos comerciales muy específicos y, por lo tanto, que su valor no es educativo sino meramente de resolución de disputas concretas. Sin embargo, al ser un mecanismo de solución de controversias y, con ello, de creación de derecho, no deja de ser un "fenómeno social" que debe ser estudiado (Smit, 2000, pp. 567 y 580).

Asimismo, la publicación de los laudos servirá para consolidar no solo la enseñanza del arbitraje, sino también la inculcación de una aproximación de "teoría del caso" a los problemas, especialmente para alumnos de tradiciones civilistas. En este mismo tenor, la enseñanza a través de los laudos serviría no solo para exponer la creación y aplicación de ciertos principios; sino también para demostrar las características de ciertas tradiciones jurídicas y sus métodos de razonamiento jurídico. Todo ello no se extingue en una finalidad puramente académica o pedagógica, sino que tendría un efecto práctico que no debe soslayarse: los abogados postulantes contarían con herramientas adicionales para argumentar y presentar sus casos.

E. Calidad de laudos

La práctica actual del arbitraje internacional respecto a la publicación de laudos se ha desarrollado en el sentido de que los nombres de los árbitros no se den a conocer. Sin embargo, bajo una política más transparente de publicidad, la revelación de nombres de árbitros llevaría probablemente a un mayor cuidado en la redacción de los laudos. Ello porque el foro para quienes escribirían dejaría de ser únicamente las partes, sino sería la comunidad arbitral y jurídica. En este sentido se ha pronunciado Smit al considerar que la publicación de los nombres de los árbitros garantizaría no solo una mayor calidad de los laudos arbitrales, sino que también estimularía o incentivaría a los árbitros a ser más creativos y novedosos en sus resoluciones (1991).

La publicación de los laudos, junto con los nombres de los árbitros, fungiría como un incentivo externo para motivar a los árbitros a desarrollar sus laudos con vistas a un público mayor. En este mismo sentido, debe resaltarse que otra consecuencia de lo anteriormente descrito, sería una nueva o regenerada valoración de los votos disidentes, ya que estos servirían también para fijar opiniones, posturas e inclusive, para nutrir el debate de ideas en el foro arbitral.

F. Desmonopolización y legitimidad

La legitimidad de las instituciones impartidoras de justicia conlleva un elemento ineludible de percepciones y justicia procesal. Desde la psicología y el análisis psicológico del Derecho, ha sido ampliamente estudiado el efecto que tienen las percepciones creadas en la sociedad en la legitimidad de las instituciones[14]. Estas percepciones se construyen de distintas formas y por una variedad de factores, siendo uno de ellos el acceso o la transpa-

[14] Existen diversos ejemplos de intentos por sistematizar la práctica arbitral. Uno de ellos siendo el de la *lex petrolea*, que desde finales de los 90s se empezó a erigir como un conjunto de reglas que gobernaban las relaciones y transacciones petroleras. Si bien este tema ha sido criticado y aproximado con escepticismo por algunos, es importante traerlos a colación. Al respecto, para mayor información, véase a Daintith (2017) y Mersadi Tabari (2016).

rencia de las actuaciones. En este sentido, la publicación de los laudos arbitrales crearía una imagen de apertura mediante la cual se daría a conocer el cómo se decide y cómo funcionan los procedimientos arbitrales.

Así, si bien muchos podrían argumentar que el arbitraje debe restringirse a la solución de controversias específicas, no menos cierto resulta que el arbitraje también es un fenómeno social y por ello, sus efectos van más allá de casos específicos (Zlatanska, 2015, p. 29; Smit, 2000, pp. 567 y 580). En este sentido, entre mayor visibilidad tenga la labor de los árbitros, más robustecida se verá la legitimidad del orden arbitral y sus procesos. Asimismo, muy probablemente una medida de este tipo tendría el efecto de ganar más adeptos para el arbitraje, ya que la visibilidad y transparencia permitiría que las personas lo entendieran y vieran como un mecanismo de solución de controversias accesible y viable, no como un sistema lejano, oscuro y confuso.

Esta transparencia también ayudaría a visibilizar ciertas prácticas que pudieran considerarse como monopólicas en el arbitraje. Contribuiría al entendimiento de cuáles personas o grupos de personas cuentan con poder e influencia dentro del sistema (*power brokers*). Un fenómeno que ha llevado a múltiples análisis sobre la configuración del arbitraje internacional, así como potenciales conflictos de interés[15]. Este es un tema sin duda controversial, pero la transparencia del arbitraje promovería, por lo menos, el análisis sobre este tipo de prácticas.

G. Equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores recurrentes

Se podría decir que una de las ventajas del arbitraje radica en la posibilidad que tienen las partes de seleccionar a sus árbitros. Ello figura no solo como una característica de adjudicación flexible sino también como emblema de la centralidad que tiene la autonomía de las partes, con la excepción de casos en donde la institución arbitral es la que elige a los árbitros. Sin embargo, ello tiende a favorecer a las partes (entiéndase también abogados de parte) que ya han tenido experiencia con el arbitraje. Ello es así porque la información sobre árbitros es relativamente escaza (Zlatanska, 2015, p. 31). Esto lleva a que la información sobre árbitros e instituciones se obtenga a través de la práctica e interacción dentro de este foro. De tal manera que los jugadores recurrentes (*vis-à-vis*) los jugadores primerizos, tengan mayor ventaja a la hora de elegir árbitros, instituciones o inclusive, abogados.

La publicación de laudos arbitrales ayudaría a nivelar el acceso al arbitraje para partes no experimentadas. Propiciaría que los árbitros creen reputaciones públicas que vayan más allá de lo conocido en el gremio y que permita a cualquier parte obtener más información sobre sus perfiles al momento de tomar una decisión sobre su elección. Asimismo, permitiría que árbitros más jóvenes, y sin tanta reputación gremial, logren hacerse de una imagen pública que les permita su inserción a mayores arbitrajes y así, se abonaría a una práctica más inclusiva y plural.

H. Transparencia y anti-corrupción

La transparencia en el arbitraje ha sido identificada bajo tres grandes rubros: (i) transparencia organizacional; (ii) transparencia legal; y, (iii) transparencia procedimental. La primera se refiere a la transparencia de las instituciones arbitrales sobre su manejo de casos y decisiones. La segunda atiene a la publicación de laudos arbitrales. La tercera versa sobre la publicidad de los procedimientos y audiencias arbitrales (Pernt, 2017). Mientras que la primera es una transparencia de aspecto más interno o que atiene más a las partes, las últimas dos son transparencias externas y que, por tanto, atienden a intereses que pudieran tener no solo las partes sino terceros.

En el ámbito de las políticas públicas y diseño institucional se ha considerado que la transparencia y los esfuerzos anticorrupción tienen una relación estrecha y, en algunos casos, incluso indisoluble. Los complementos naturales a cualquier medida punitiva en contra de la corrupción son la transparencia y la rendición de cuentas[16]. Estas conclusiones son perfectamente extraíbles del ámbito público y aplicables a escenarios como el del arbitraje internacional. El combate a la corrupción en el ámbito del arbitraje internacional tiene dos caras: el combate a la corrupción a través del arbitraje y el combate a la corrupción dentro del arbitraje. En cuanto al primero, ante la intensificación del combate a la corrupción a nivel mundial, el arbitraje ha tomado un papel importante en la adjudicación de casos de corrupción (Gaillard, 2019, p. 19). En estos casos, más allá de los efectos específicos de los laudos y sus consideraciones, la publicidad de los mismos serviría un papel social de divulgación de

[15] Si bien este tema ha sido analizado con mayor profundidad en el arbitraje de inversión, muchos de los temas tratados son aplicables a la práctica comercial por igual. Para mayor información, véase a Langford *et al.* (2017).

[16] Para mayor información, véase a Rose-Ackerman y Truex (2012).

casos de corrupción así como sus consecuencias, y pondría de relieve la capacidad de los tribunales arbitrales para garantizar y promover los valores de la comunidad internacional en los esfuerzos en contra de la corrupción (Gaillard, 2019, p. 19).

En cuanto al segundo elemento, la publicación de laudos contribuiría a la disminución de los casos de corrupción en el arbitraje. Ello porque al ser públicas las decisiones de los árbitros, el escrutinio sobre sus decisiones e inclusive, sus móviles, podrían ser evidentes. De tal modo que en potenciales casos en los que se emitieran laudos sin fundamento o con señales de clara arbitrariedad, éstos enfrentarían consecuencias más allá de las legales involucradas en juicios de nulidad, sería su reputación la que estaría en juego.

V. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PUBLICIDAD

Existen distintos contrapesos frente a los beneficios que hemos analizado que podrían resultar de la publicidad de los laudos, entre los que encontramos: (i) la vulneración de los derechos de protección de datos personales o confidenciales; (ii) el encarecimiento del procedimiento arbitral; (iii) la imposibilidad de crear una verdadera doctrina arbitral comercial; el aumento de conflictos de interés y de recusaciones de árbitros; y, (iv) el *double-hatting* frente a la publicidad de los laudos.

A. Vulneración de los derechos de protección de datos personales, confidencialidad y privacidad

Respecto de la publicidad de los laudos, como parte de las posibles afectaciones negativas, se ha identificado la vulneración de la confidencialidad, privacidad y datos personales. La confidencialidad (inherente al arbitraje) ha sido arduamente analizada en distintos foros (Berger, 1992)[17]. Tradicionalmente, el arbitraje comercial se ha catalogado como confidencial y privado, siendo dichas cualidades un atractivo para quienes desean mantener su reputación intacta e información de negocio resguardada (por ejemplo, secretos técnicos e industriales, situaciones financieras o estrategias de negocio) (Kaczmarczyk & Lam, 2019). Por ello, las partes de un acuerdo arbitral presumen y pueden tener una expectativa de confidencialidad[18] y privacidad[19] en el procedimiento.

En la última década, la protección de los datos personales[20] ha adquirido mayor relevancia a nivel internacional. La inclusión de datos personales en los laudos de arbitrajes comerciales, a diferencia de los de inversión, es común. Es entonces posible identificar a las partes y árbitros de un procedimiento arbitral mediante la lectura del laudo. Además, algunos de los datos personales incluidos en los laudos califican como sensibles y su revelación puede incluso arriesgar la integridad de su titular. Finalmente, en algunos países, los datos sobre los costos del arbitraje y honorarios de los árbitros califican como sensibles, por lo que su resguardo y tratamiento debe de ser aún mayor respecto de los datos personales no sensibles.

Durante la sustanciación del arbitraje, la revelación de datos personales y de información de carácter confidencial es común. Dada la confidencialidad y privacidad del arbitraje, la revelación entre las partes (incluyendo árbitros) no conlleva mayor problema para los usuarios del arbitraje. Sin embargo, las recientes tendencias de transparencia y publicidad amenazan con vulnerar los derechos de los titulares de esa información. En ciertos países la publicidad de datos personales sensibles (*e.g.* costos del arbitraje o honorarios de los árbitros), puede incluso poner en riesgo la integridad física de las partes o de los árbitros[21].

La disociación de la información respecto de los titulares disminuye las probabilidades de vulneración de los derechos de protección y de confidencialidad analizados. Es por ello que, como medida de mitigación, algunas las instituciones arbitrales han optado por publicar laudos en formatos de extracto, resumidos, revisados y/o anonimizados (Fernández-Rozas, 2009). Sin embargo, alcanzar el grado de desagregación suficiente para imposibilitar la identificación de las partes y controversia, resulta laborioso y costoso.

En consecuencia, la confidencialidad cede ante los recientes estándares y exigencias de transparencia y publicidad que pretenden ser aplicados en el ar-

[17] Distintos análisis sobre el alcance, límites y excepciones (*e.g.* del interés público) de la confidencialidad se han realizado a la luz de la ley del lugar del arbitraje, del reglamento de la institución arbitral aplicable, el texto de la propia cláusula arbitral, y de los acuerdos sobre confidencialidad alcanzados por las partes.

[18] No revelación de la información sobre lo que acontece en el arbitraje.

[19] La privacidad en el arbitraje se refiere a la restricción de presencia y acceso a las audiencias arbitrales.

[20] Los datos personales son aquellos que permiten la identificación de su titular (*e.g.* nombre, domicilio, origen étnico, religión, etc.).

[21] En México, la información financiera de individuos cobra una relevancia mayor para ser protegida, dada la situación inseguridad del país.

bitraje comercial. Ello ha generado la crítica principal sobre la publicidad de los laudos: que aún y cuando el arbitraje está sometido a una presunción de confidencialidad, ésta se ve superada, afectada e invalidada por la publicidad de los laudos.

B. Encarecimiento y prolongación del procedimiento arbitral

En el ámbito comercial, a diferencia del ámbito de inversión, los árbitros se enfocan en resolver los casos tomando en cuenta las herramientas proveídas por las partes y sin necesidad de preocuparse por la creación de un posible precedente (Blackaby, 2006). Es decir, los árbitros resuelven la controversia de la manera más adecuada y ajustada al caso, incluyendo, en específico, sin considerar la posibilidad de que su resolución sea citada o utilizada por otros árbitros en casos similares (2006). Actualmente, los árbitros en arbitrajes comerciales no tienen la responsabilidad ni la obligación de crear un *corpus iuris* (2006), por lo que su tarea únicamente consiste en resolver el caso en específico.

Con la publicidad del laudo, también se corre el riesgo de que éste funcione como medio para que los árbitros mejoren su reputación al lucir sus habilidades legales, pudiendo distraerse de su tarea principal: resolver imparcialmente el caso con las herramientas proveídas por las partes y conforme al derecho (2006). Lo que pudiera incrementar los tiempos de su emisión.

La publicidad de los laudos en arbitrajes comerciales, traería consigo la necesidad de que los árbitros inviertan tiempo adicional en el análisis y razonamiento de los laudos dado que deberán delimitar claramente sus aristas para evitar que los mismos sean citados incorrectamente en otros arbitrajes. Ese tiempo adicional necesariamente ocasionaría que la emisión del laudo sea retrasada, aumentando así los honorarios de los árbitros.

Adicionalmente, la tarea de disociación, resumen o extracción de información de los laudos generaría costos adicionales a las instituciones arbitrales, costos que serían trasladados a los usuarios del procedimiento. Es decir, la publicidad de los laudos causaría el aumento de los costos en el arbitraje comercial.

En conclusión, una de las razones por las cuales la publicidad de los laudos se ha visto criticada yace en el posible encarecimiento y prolongación del procedimiento arbitral como consecuencia de la necesaria inversión adicional de tiempo de los árbitros en el dictado de sus laudos y de la institución arbitral en la desagregación de información confidencial de los laudos.

C. La imposibilidad de crear una verdadera doctrina arbitral

Como crítica a los supuestos beneficios que resultarían de la publicidad de los laudos, relativos al desarrollo del Derecho, certidumbre y seguridad jurídica, y consistencia, hay quienes han señalado que dichos beneficios no tendrían el resultado alcanzado en los arbitrajes de inversión y que se pretenden alcanzar en los arbitrajes comerciales. Las razones de la postura en contra se analizan a continuación.

A diferencia del arbitraje de inversión, en el arbitraje comercial las decisiones sobre el fondo de la disputa no prometen causar un impacto importante en la comunidad arbitral, pues los árbitros (no necesariamente expertos en la ley aplicable) son quienes interpretan las circunstancias del caso considerando la ley aplicable, así como la información proporcionada por las partes y expertos. A manera de ejemplo, en el análisis y razonamiento del fondo de un caso, la interpretación de la legislación mexicana realizada por un árbitro de nacionalidad distinta no forzosamente sería seguida por un árbitro mexicano.

La crítica anterior no es aplicable respecto de cuestiones procesales (*i.e.* bifurcación del procedimiento), competencia del tribunal arbitral, *lex mercatoria,* interpretación de cláusulas patológicas, aplicación de principios generales del derecho y de derecho público (Bentolila, 2017). La interpretación de dichas cuestiones resulta más interesante y, por lo tanto, más útil, como precedente en arbitrajes comerciales (Blackaby, 2006). Algunas instituciones arbitrales (como la CCI) ya publican extractos de órdenes y resoluciones (incluyendo laudos) respecto de las cuestiones anteriores.

D. Aumento de conflictos de interés y de recusaciones de árbitros.

Incluso cuando la publicidad de los laudos promete una equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores repetidos, por las razones que a continuación se detallan, pudiera entenderse que la balanza se tildaría hacia los jugadores primerizos quienes tendrían menos riesgos de que la publicidad de los laudos aumente las causas para su recusación.

Actualmente, las partes se valen de la información proporcionada voluntariamente por los árbitros (después de realizar el análisis respectivo) y de la información que pueden obtener de "boca en boca" de otros miembros de la comunidad arbitral. Mediante la publicación de laudos arbitrales, las partes tendrían una fuente adicional de

información para cuestionar la imparcialidad de los árbitros. En principio, proveer a las partes de mayor información no aparenta un problema para el gremio arbitral. Sin embargo, una de las posibles causales para recusación es que el árbitro haya tomado una postura respecto de algún aspecto del arbitraje. Al día de hoy, la mayoría de los árbitros han sido cuidadosos en sus publicaciones. De ser publicados los laudos, existirían más herramientas para que las partes promuevan recusación.

Conforme a las Directrices del International Bar Association (por sus siglas en inglés, IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, el árbitro (dependiendo de las circunstancias del caso) deberá revelar si "ha manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma" (2014, sección 3.5.2).

Si fuera implementada la publicidad de los laudos en los arbitrajes comerciales, las posiciones de los árbitros sobre ciertos aspectos serían públicas. En ese sentido, habrá quien argumente que aumentaría el número de revelaciones que deberán realizar los árbitros a este respecto y, de suceder ello, naturalmente incrementaría el número de recusaciones de árbitros.

E. Inhibición del *double-hatting* frente a la publicidad de los laudos

En el arbitraje comercial el *double-hatting*[22] no es visto necesariamente como algo negativo. Sin embargo, si la publicación de laudos es implementada en el ámbito comercial, el *double-hatting* podría generar por lo menos dos tipos de conflictos de interés: (i) conflictos sobre aspectos/cuestiones; y, (ii) conflictos por confusión de roles[23].

Por un lado, el conflicto de aspectos ha sido definido como un sesgo respecto de la postura del árbitro sobre un tema sustantivo que le impide abordarlo o analizarlo con mente abierta e imparcial (Blackaby, 2006). Cuando el árbitro debe analizar el mismo aspecto/cuestión que, como abogado de parte ha analizado en otro caso, corre el riesgo de que resuelva de conformidad con el análisis alcanzado por éste cuando actuó como representante de parte.

Por otro lado, la confusión de roles puede incluir la tentación de emitir laudos que puedan ser citados por el propio árbitro en otro caso en el que actúe como representante de parte (Blackaby, 2006). Al margen de lo anterior, es posible que los árbitros se vean influenciados en sus decisiones de votos particulares por el hecho de que el laudo sea público; es decir, su voto se podría ver afectado por el propósito de mantener cierta imagen o postura. En ese sentido, aumentaría también el número de votos particulares y disidentes, práctica que hasta el día de hoy ha sido cuidadosamente manejada por los árbitros para fortalecer la ejecutabilidad de los laudos.

Conforme a lo anterior, la publicidad de los laudos puede conllevar el aumento de conflictos de interés sobre aspectos de fondo y por confusión de roles.

VI. CONCLUSIÓN

Este artículo pone de relieve lo multifacética que es la discusión sobre la publicidad de los laudos arbitrales. En un primer lugar, el análisis de las reglas *default* institucionales al respecto demuestra no solo lo que representan; sino lo que implican las posturas tomadas por las instituciones arbitrales, así como los valores o políticas que se intentan propulsar y, con ello, las condiciones con las que se acompañan dichas reglas. Tomando en consideración la naturaleza de las reglas *default,* así como las consecuencias de que se prevean mecanismos de *opt-in* u *opt-out*, tenemos que el gremio e instituciones arbitrales siguen siendo un cuanto reticentes a la incorporación de la publicidad de los laudos como la regla *default*.

Ello es así porque de las instituciones arbitrales mencionadas en la primera sección de este artículo, se advierte que el 70% prevé que la regla de *default* sea la no publicación y que la posibilidad de publicar laudos se atenga mediante la figura de *opt-in*, con distintas variaciones y condiciones. Por otro lado, solamente el 10% (la CCI) prevé una regla de *opt-out,* mientras que el otro 20% no regula estos aspectos. Asimismo, y sin entrar a los detalles de cada regulación en específico, en algunos casos como el del SRIA, diversas condiciones que acompañan a la regla *default*, dificultan la opción de contratar o acordar fuera de la regla *default* y se aumentan los costos transaccionales de hacerlo.

Ante ello, si del análisis de los beneficios contra los perjuicios sobre la publicidad de los laudos resultare que las ventajas son mayores y que, por lo tanto, se quisiera impulsar una política de publicación

[22] Para los abogados de arbitrajes comerciales es posible actuar como árbitro en un caso y como representante de parte en otro. Las cuestiones de hecho y derecho tienden a ser sustancialmente distintas de un caso a otro y la decisión del árbitro es usualmente privada.

[23] Dicho conflicto es conocido como *issue conflict*.

de laudos arbitrales, se tendría que comenzar por cambiar la regla *default* a una de *opt-out*, de tal manera que se disminuyan los costos transaccionales de contratar por fuera de la regla, se aumente el efecto de empuje hacia dicha conducta, y se normalice o estandarice dicha práctica. Lo cierto es que mientras las instituciones no sean quienes cambien dicha regla, será más difícil concebir o, por lo menos, más tardado lograr que las partes litigantes fueran quienes (a través de la elección de la publicación) lograran cambiar la práctica común. En este sentido, la tendencia hacia una política de transparencia o de confidencialidad, estará en gran medida definidas por el tipo de regla *default* que adopten las instituciones arbitrales.

Por otro lado, consideramos que existen diversos argumentos que justifican la publicación de los laudos arbitrales, como lo son: el desarrollo del Derecho; la certidumbre y seguridad jurídica; consistencia; educación y aprendizaje; calidad de los laudos; desmonopolización y legitimidad; equidad procesal entre jugadores primerizos y jugadores repetidos; y transparencia y anti corrupción.

Estos aspectos positivos encuentran igualmente convincentes argumentos en contra, como los siguientes: vulneración de los derechos de protección de datos personales, confidencialidad y privacidad; encarecimiento y prolongación del procedimiento arbitral; imposibilidad de crear una verdadera doctrina arbitral; aumento de conflictos de interés y recusaciones de árbitros; e inhibición del *double-hatting* frente a la publicidad de los laudos.

La presentación de ambas posturas evidencia lo polifacético que es el tema y la multiplicidad de elementos y consecuencias aparejadas con cada postura. Por ello, consideramos que debemos salir de discusiones maniqueas en las que se abraza por completo y sin reservas una política de publicidad en el arbitraje y por el otro, en las que se rechaza a ultranza cualquier propuesta en favor de la transparencia. Entre más entendamos los aspectos positivos y negativos que conlleva la publicación de laudos, así como de los elementos que configuran su diseño institucional a través de las reglas *default*, más nos acercaremos al justo medio sobre la dirección y rumbo que deberá tomar el arbitraje comercial respecto a la publicidad de los laudos.

Asimismo, advertimos y señalamos que ambas posturas están fuertemente arraigadas en un entendimiento particular de la naturaleza, ventajas y propósitos del arbitraje comercial. De tal manera, al iniciar cualquier discusión sobre el particular, recomendamos se cuestione si la postura asumida recae en un mantenimiento del *status quo*, radica en la defensa de elementos que se consideran definitorios de la institución arbitral o si bien, se plantea de forma propositiva para el mejoramiento de la misma.

REFERENCIAS

Ayres, I. (2012). Regulating Opt-Out. *The Yale Law Journal*, *121*(8), 2032-2116. https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol121/iss8/1

Bender, P.M. (febrero de 2020). *Limits of Personalization of Default Rules. Towards a Normative Theory* (working paper del Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance número 2020-02).

Bentolila, D. (2017*).* Arbitrators' Constraints in Arbitral Decision-Making. En Bentolila, D. (Ed.), *Arbitrators as Lawmakers* (Vol. 43, pp. 145–194). Kluwer Law International.

Blackaby, N. (2006). Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark). En Mistelis, L.A. & Mathew Lew, J.D. (eds). *Pervasive Problems in International Arbitration* (Vol. 15, pp. 217-233). Kluwer Law International.

Bullard González, A., & de la Jara, J. M. (2018). *Análisis psicológico del Derecho* (2da ed.). Editorial Jurídica THĒMIS.

Buys, C. (2004). The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*. American Review of International Arbitration*, *14*(121).

Carbonneau, T. E. (1985). Rendering Awards with Reasons: The Elaboration of Common Law of International Transactions*. Columbia Journal of Transnational Law*, (23), 579-614. https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1297&context=fac_works

Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (2020). HKIAC Administered Arbitration 50 Questions & Answers. https://www.hkiac.org/arbitration/why-choose-hkiac/hkiac-administered-arbitration-faqs#050

Daintith, T. (2017). Against 'lex petrolea'. *The Journal of World Energy Law & Business*, *10*(1),1-13. https://doi.org/10.1093/jwelb/jww036

Fernández-Rozas, J. C. (2009). Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, *Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación*

(CIAMEN), (2), 335–378. https://eprints.ucm.es/9258/1/TRAYECTORIA_Y_CONTORNOS_DEL_MITO_DE_LA_CONFIDENCIALIDAD.pdf

Gaillard, E. (2019). The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration. *Arbitration International*, (35), 1–19. https://doi.org/10.1093/arbint/aiz004

González de Cossío, F. (2014). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.

Gopalan, S. (2004). New Trends in the Making of International Commercial Law. Journal of Law and Commerce, (23), 117-142. https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gopalan.html

Kaczmarczyk, M. & Lam, J. (2019). Sociology of Commercial Arbitration: Tools for the New Times. J*ournal of International Arbitration, 36*(6), 693–726.

Kaufmann-Kohler, G. (2007). Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture. *Arbitration International, 23*(3), 357-378. https://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media012319143087130009500 01.pdf

Langford, M., Behn, D., & Lie, R.H. (2017). The Revolving Door in International Investment Arbitration*. Journal of International Economic Law, 20*(2), 301-332. https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018

Mersadi Tabari, N. (2016). *Lex Petrolea and International Investment Law*. Routledge.

Pernt, V. (2017, 4 de marzo). How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need? Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/04/how-much-more-transparency-does-commercial-arbitration-really-need/

Peter Berger, K. (1992). The International Arbitrators' Application of Precedents. *Journal of International Arbitration*, (9), 5–22.

Raymond, A. (2005). Confidentiality, in a Forum of Last Resort? Is the Use of Confidential Arbitration a Good Idea for Business and Society? *American Review of International Arbitration*, (16), 479.

Rose-Ackerman, S., & Truex, R. (2012). *Corruption and Policy Reform* (Yale Law & Economics Research Paper No. 444). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2007152

Smit, H. (1991). Substance and Procedure in International Arbitration: The Development of a New Legal Order. *Tulane Law Review*, (65), 1309-1322. https://www.trans-lex.org/128900/_/smit-hans-substance-and-procedure-in-international-arbitration:-the-development-of-a-new-legal-order-65-tullrev-1991-at-1309-et-seq/

(2000). Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the International Agreement. *The American Review of International Arbitration*, *11*(4).

Sunstein, C. R. (2013). Deciding by Default. *University of Pennsylvania Law Review*, *162*(1), 1-57. https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol162/iss1/1

Tyler, T. (2006). *Why people obey the law.* Princeton University Press.

Zamora, S. (1995). NAFTA and the Harmonization of Domestic Legal Systems: The Side Effects of Free Trade. *Arizona Journal of International and Comparative Law*, (12), 401-428.

Zlatanska, E. (2015). To Publish, or Not To Publish Arbitral Awards: That is the Question… *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, *81*(1), 25-37.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Cámara de Comercio Internacional [CCI], Nota a las Partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, 1 de enero de 2019. https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf

Cámara de Comercio Internacional [CCI], Reglamento de Arbitraje, 1 de marzo de 2017. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf

Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México [CANACO], Reglamento de Arbitraje, 23 de agosto de 2012 https://www.ccmexico.com.mx/documentos/legislacion/arbitraje_comercial/reglamento_arbitraje_canaco.pdf

Centro de Arbitraje de México, Reglamento de Arbitraje, 1 de julio de 2009. https://camex.com.mx/wp/wp-content/uploads/2017/11/reglas-vigentes-espanol.pdf

Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong [HKIAC], Reglamento de Arbitraje Administrado, 1 de noviembre de 2008. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/HKIAC_AAR_EC.pdf

Reglamento de Arbitraje Administrado, 1 de noviembre de 2013. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules.pdf

Reglamento de Arbitraje Administrado, 1 de noviembre de 2018. https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf

Centro Internacional de Arbitraje de Singapur [SIAC], Reglas SIAC, 1 de julio de 2007. https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2007

Reglas SIAC, 1 de julio de 2010. https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2010

Reglas SIAC, 1 de abril de 2013. https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013

Reglas SIAC, 1 de agosto de 2016. https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016

Centro Internacional para la Resolución de Disputas [ICDR], Reglamento de Arbitraje Internacional, 1 de junio de 2014. https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_Spanish_0.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [CNUDMI], Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013), U.N. Doc. A/RES/68/109 (2014).

Convención sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, U.N. Doc. A/Res/68/109 (1 de abril de 2014), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/transparency-convention-s.pdf.

Corte de Arbitraje Internacional de Londres [LCIA], Reglamento de Arbitraje, 1 de octubre de 2014. https://www.lcia.org//Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Translations

Nota para las Partes, 18 de agosto de 2017. https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx

Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo [SCC], Reglamento de Arbitraje, 1 de enero de 2017. https://sccinstitute.com/media/220137/arbitration_rules_spanish_17_web.pdf

International Bar Association [IBA], Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 23 de octubre de 2014.

Swiss Chambers Arbitration Institute [SCAI], Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, 1 junio de 2012. https://www.swissarbitration.org/files/33/Swiss-Rules/SRIA_spanish_2012.pdf

La única manera de hacer las cosas bien,
es sentir pasión por ellas.
El Derecho de la Construcción y la Resolución
de Disputas nos apasionan.

CDRConsulting | **Construction & Dispute Resolution**

in **CDR /** Construction & Dispute Resolution

WWW.**CDRCONSULTING**.PE
contacto@cdrconsulting.pe

10.18800/themis.202001.019

APUNTES RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LOS ACUERDOS PROCESALES QUE CONDICIONAN EL ACCESO A LA ANULACIÓN DE LAUDO A LA CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

NOTES ON THE VALIDITY OF THE PROCEDURAL AGREEMENTS THAT CONDITION ACCESS TO THE ANNULMENT OF THE ARBITRAL AWARD TO THE CONSTITUTION OF A GUARANTEE IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM

Héctor Campos García*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Linares Abogados

In the Peruvian legal system, the parties may conclude procedural agreements that condition the access to challenge of the arbitral award to the constitution of a guarantee. These procedural agreements do not violate legislative or constitutional provisions in force. Additionally, they have an express legislative recognition in the Peruvian Arbitration rules. However, procedural agreements have specific limits which, if violated, generate the nullity of said agreements.

In this article, the author assesses whether individuals can establish an agreement that makes access to the setting aside of the arbitral award conditional on the provision of security. In this regard he presents, in a critical manner, the main positions that have been raised for and against towards this area in order to demonstrate his initial hypothesis.

Keywords: Challenge; arbitral award; exclusion; waiver; procedural agreement.

En el ordenamiento jurídico peruano es posible que las partes celebren acuerdos procesales que condicionen el acceso a la anulación del laudo arbitral a la constitución de una garantía. Dichos acuerdos procesales no vulneran disposiciones legislativas, ni disposiciones constitucionales vigentes. Adicionalmente, poseen reconocimiento legislativo expreso en la Ley de Arbitraje peruana. Sin embargo, los acuerdos procesales tienen límites concretos, que en caso ser vulnerados generan la nulidad de estos mismos.

En el presente artículo, el autor evalúa si los particulares pueden establecer válidamente un acuerdo en el que se condicione el acceso a la anulación del laudo arbitral con la constitución de una garantía. En ese sentido, presenta, de forma crítica, las principales posiciones que se han planteado a favor y en contra de la validez del ámbito estudiado, para demostrar su hipótesis inicial.

Palabras clave: Anulación; laudo arbitral; exclusión; renuncia; acuerdo procesal.

* Abogado. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Estudios de posgrado en Contratos y Responsabilidad Civil por la Universidad de Salamanca. Integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (GADAL). Asociado de Linares Abogados (Lima, Perú). Contacto: hcampos@linaresabogados.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 8 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un medio de solución de controversias alternativo a la jurisdicción ordinaria que concluye con la emisión de un laudo. Sin embargo, en este medio "a nadie le gusta perder" (Blackaby *et al.*, 2015, p. 559), por lo que no escapa del interés de las partes el establecer si es posible cuestionar la decisión de los árbitros. En dicho contexto, también es un interés legítimo de las partes el excluir de forma previa a la emisión del laudo la posibilidad de impugnarlo o, en todo caso, de limitar o condicionar el acceso a la anulación de este mismo.

A partir del contexto presentado, el objetivo del presente trabajo consiste en determinar si los particulares pueden establecer válidamente un acuerdo en el que se condicione el acceso a la anulación del laudo arbitral con la constitución de una garantía. La doctrina y jurisprudencia peruana han abordado el problema, pero no se ha definido una posición consolidada. Por ello, a lo largo del presente artículo, se abordarán de forma crítica las principales posiciones que se han planteado a favor y en contra de la validez de estos acuerdos. En ese sentido, la hipótesis del trabajo es que en el ordenamiento peruano los acuerdos que condicionen la anulación del laudo a la constitución de una carta fianza son válidos como regla general, salvo vulneren ciertos límites a ser explorados en la parte final del artículo.

Para cumplir con tal objetivo, en primer lugar, delimitaremos el objeto de estudio a los acuerdos que condicionan –pero no eliminan– el acceso a la anulación del laudo. En segundo lugar, enfocaremos el problema materia de análisis desde la perspectiva de la autonomía de los particulares, que en el ordenamiento peruano posee un sustento constitucional. En tercer lugar, mostraremos que existe una habilitación genérica para la validez de los acuerdos procesales. En cuarto lugar, evidenciaremos que también existe una habilitación específica expresa para la validez de los acuerdos procesales en el Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje). En quinto lugar, delinearemos los límites valorativos a los acuerdos procesales, de modo que sean reconocibles los potenciales escenarios de invalidez. Finalmente, propondremos las conclusiones generales de la presente investigación.

II. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: DE LOS ACUERDOS QUE EXCLUYEN A LOS QUE CONDICIONAN EL ACCESO A LA ANULACIÓN DEL LAUDO

El tema materia de reflexión se vincula con la problemática consistente en si la renuncia a la revisión de los laudos arbitrales, establecida por los particulares, es válida en un determinado ordenamiento jurídico. De forma clara, tenemos que entender, en primer lugar, que renunciar y limitar la anulación de un laudo son dos aspectos diferentes.

En ese sentido, el análisis de las diversas situaciones que se derivan de los acuerdos abdicativos de la anulación del laudo, excede los fines del presente trabajo; sin perjuicio de lo cual conviene realizar una primera aproximación a la legislación y práctica arbitral comparada sobre el particular, con la finalidad de comprender el diverso plano en el que se desenvuelve con relación a los acuerdos limitativos de anulación del laudo. Este aspecto permitirá no incurrir en equívocos al momento de establecer los alcances de los argumentos a favor de la validez de estos últimos.

Ahora bien, la doctrina influyente en el arbitraje comercial internacional ha resaltado las particulares sensibilidades que genera un acuerdo que impida la revisión de un laudo[1], otorgando mayor énfasis a las cuestiones de jurisdicción y orden público; ya que en atención a estos parámetros, aquella práctica puede ser considerada como anómala o, inclusive, lesiva a los derechos de terceros.

No obstante lo anterior, el panorama en este tipo de arbitraje no es unánime a favor de la validez o de la nulidad de los pactos que limitan o restringen la anulación de laudo arbitral (Born, 2009, pp. 2661-2667; Blackaby *et al.*, 2015, p. 579; Fernández Pérez, 2017, pp. 39-44). Sin embargo, los principales reglamentos arbitrales internacionales admiten acuerdos que limiten la revisión del

[1] En ese sentido, Born indica lo siguiente:

> Los acuerdos que excluyen las solicitudes de anulación de laudos llaman especialmente la atención cuando se vinculan a asuntos sobre jurisdicción o política pública. En los acuerdos sobre jurisdicción, es por lo menos anómalo para un árbitro ser capaz de emitir un laudo en el que no se pueda presentar ningún tipo de impugnación, incluyendo la condición misma de árbitro. Es difícil concebir que la legislación nacional sobre arbitraje no será interpretada para permitir a las partes cuestionar la existencia de cualquier acuerdo de arbitraje (incluyendo cualquier renuncia o revisión judicial). De la misma manera, en el caso de las políticas públicas diseñadas para proteger derechos públicos o de terceros, las renuncias o solicitudes de anulación son particularmente propensas a ser declaradas como inaplicables (2009, p. 2665) [traducción libre].

laudo[2], e incluso las Directrices IBA para la redacción de cláusulas arbitrales[3] hacen lo propio sobre tal aspecto, lo cual es un indicio de la costumbre arbitral internacional en la materia.

En esa línea se ha recordado[4] que, cuando las partes son sofisticadas, no se aprecia alguna razón que impidan que estas puedan llegar a un acuerdo que impida la revisión del laudo; salvo escenarios de fraude. Dicho aspecto se incrementa cuando existen escenarios arbitrales en los que tradicionalmente dicha revisión no se ha contemplado, tal como sucede con el arbitraje *ex aequo et bono.*

Sin perjuicio de lo anterior, tal como se puede apreciar, la habilitación no es general ni abstracta. En efecto, cuando se admite la validez de este tipo de acuerdos, dicho reconocimiento no es absoluto, puesto que se reconocen excepciones. Cuando se opta por la nulidad del pacto es, precisamente, por atender a dichas situaciones excepcionales (fraude o contravención al orden público) de las que se cuidan los ordenamientos que reconocen la validez de los acuerdos.

En última instancia, el régimen dependerá de la legislación interna de cada ordenamiento, los cuales podrán optar por la validez (de forma restringida[5] o amplia[6])

---

2 Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) indica lo siguiente:

> Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente (2017, art. 35, inciso 6) [traducción libre].

Las demás regulaciones que se mencionan a continuación siguen un esquema similar; por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Londres, en su artículo 26, inciso 8, indica lo siguiente:

> Todo laudo (incluyendo a las razones para concederlo) debe ser final y vinculante para las partes. Las partes se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado solo por el Artículo 27), Las partes también renuncian irrevocablemente a su derecho a cualquier forma de apelación, revisión o cualquier otro recurso estatal bajo otra autoridad judicial, siempre que ello no esté prohibido por la ley aplicable (2014) [traducción libre].

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD), en su artículo 30, inciso 1, indica lo siguiente:

> Los laudos se dictarán por escrito por el tribunal arbitral y serán finales y vinculantes para las partes. El tribunal deberá realizar todos los esfuerzos para deliberar y preparar el arbitraje con la máxima celeridad posible tras la audiencia. Salvo exista un pacto en contrario de las partes, se especifique bajo la ley aplicable, o sea determinado por el administrador, el laudo final deberá ser emitido en un plazo que no exceda los 60 días posteriores al fin de la etapa de audiencias. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora y, salvo pacto en contrario, renuncian irrevocablemente a su derecho a cualquier forma de apelación, revisión u otro recurso ante las autoridades judiciales, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada. El tribunal deberá presentar las razones por las que se fundamenta el laudo, salvo las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón (2014) [traducción libre].

3 En concreto, las IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, con relación a los "Elementos Opcionales", formula como sétima opción (Finality of arbitration) para remarcar la finalidad del arbitraje –siempre en atención de la *lex arbitri*– y recomienda incluir en la cláusula arbitral lo siguiente:

> Todo laudo del tribunal arbitral será final y obligatorio para las partes. Las partes se comprometen a cumplir plena y rápidamente con cualquier laudo sin demora y se considerará que han renunciado a su derecho a cualquier forma de recurso en la medida en que dicha exención pueda hacerse válidamente (2010, p. 30) [traducción libre].

4 En necesario precisar lo siguiente:

> […] Sin embargo, cuando las compañías deciden libremente que desean renunciar a cualquier revisión en procedimientos de anulación, es complicado identificar por qué tal acuerdo no debería ser efectivo, salvo bajo las más extraordinarias circunstancias (por ejemplo, cuando se involucra un fraude *post hoc* o una irregularidad similar). En particular, parecen existir pocas preguntas sobre por qué las partes comerciales son –y deberían ser– libres para aceptar el arbitraje *ex aequo et bono,* que efectivamente excluye cualquier derecho a obtener una revisión judicial. Si ello se permite, entonces es difícil entender por qué las partes no podrían renunciar a apelar a obtener la decisión de un tribunal, los procedimientos u otras acciones (Born, 2009, p. 2663) [traducción libre].

5 Por ejemplo, el ordenamiento suizo regula en el artículo 192 del Código Federal sobre Derecho Internacional Privado lo siguiente:

> Si ninguna de las partes tiene un domicilio, un lugar de residencia habitual o un lugar de negocios en Suiza, pueden mediante una declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o en un posterior acuerdo escrito, excluir todas las apelaciones contra el laudo del tribunal arbitral (1987) [traducción libre].

Sobre el particular, véase para más información a Geisinger y Mazuranic (2013). Lo mismo sucede en el ordenamiento belga, en el artículo 1718 de su Código Judicial establece lo siguiente:

> Por una declaración explícita en el acuerdo de arbitraje o por un acuerdo posterior, las partes pueden excluir cualquier solicitud para la anulación de un laudo arbitral, donde ninguno de ellas es una persona natural de nacionalidad belga o una persona natural que tenga su domicilio o residencia normal en Bélgica o una persona jurídica que tenga su domicilio social, su lugar principal de negocios o una sucursal en Bélgica (2013) [traducción libre].

6 En este caso, en el ordenamiento jurídico francés, en el artículo 1522 del Código de Procedimientos Civiles, menciona lo siguiente: "Mediante un acuerdo específico, las partes pueden, en cualquier momento, renunciar expresamente a su derecho a iniciar una acción para impugnar el laudo"[traducción libre].

o la invalidez[7] de este tipo de acuerdos (Kolkey, 1988, pp. 693-715; Gharavi, 2002, pp. 23-29). En consecuencia, lo determinante es establecer si, de conformidad con la Ley de Arbitraje peruana, son admisibles o no los acuerdos que condicionan la anulación del laudo.

En el ordenamiento peruano, se ha sostenido que la anulación del laudo es irrenunciable (Hundskopf Exebio, 2006, p. 81; Avendaño Valdez, 2011, p. 718; García Calderón Moreyra, 2011, p. 726). Para ello se ha recurrido al artículo 63, numeral 8[8] de la Ley de Arbitraje, en el que se reconoce una habilitación expresa para la posibilidad de acordar la renuncia o la limitación de anular el laudo, pero únicamente en los siguientes dos supuestos: (i) cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana; y, (ii) cuando ninguna de las partes en el arbitraje tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en el territorio peruano.

Sin embargo, de la disposición normativa a la cual se ha hecho referencia, es posible desprender una norma diferente. Antes que personas con nacionalidad peruana o que tengan su domicilio en territorio peruano estén impedidas de excluir o limitar la anulación de laudo, habilita a las personas con las características indicadas en el citado numeral 8 del artículo 63 a que realicen acuerdos que tengan la finalidad de eliminar o limitar el acceso a la anulación de laudo. Con ello no habría diferencia en el régimen previsto para el arbitraje tanto nacional como internacional.

La posibilidad de seguir la interpretación esbozada se justifica desde el plano teórico en la admisibilidad del denominado *pactum de non petendo*[9] en un ordenamiento jurídico, siempre que las partes del proceso delimiten límites puntuales a su regulación (por ejemplo, en cuanto a su objeto, temporalidad o forma de ejecución).

Ciertamente, la interpretación propuesta no es cercana al significado que –conforme se ha visto– se le reconoce a dicho dispositivo en la regulación arbitral comparada, lo cual se justifica en la labor crítica que siempre se debe realizar con respecto a las importaciones normativas.

Sin embargo, sí es cercana a una regulación arbitral monista (como la peruana[10]) en que se advierta que las razones que justifican esta posibilidad en el arbitraje internacional no son excluyentes al arbitraje doméstico (Cantuarias Salaverry, 2007, pp. 52-54), en el cual es legítimo admitir que las partes quieran asumir un determinado nivel de riesgo sobre el ámbito estudiado.

De forma adicional, con la interpretación propuesta se supera el reparo realizado por parte de la doctrina con respecto a la supuesta inconstitucionalidad del numeral 8 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, ya que no estamos ante un estatuto exclusivo del arbitraje internacional, sino ante una regla general aplicable a todo tipo de arbitraje (Castillo Freyre, 2014, pp. 992-994).

Dentro de dicha temática, en atención a lo indicado por otro sector de la doctrina[11], se ha sugerido

---

7 Por ejemplo, en el artículo 829 del Código de Procedimientos Civiles italiano (Codice di Procedura Civile) se indica que la impugnación del laudo se admite "no obstante, a cualquier renuncia preventiva".

8 En la Ley de Arbitraje se indica:

> [...] 8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 63).

9 Para una primera aproximación al *pactum de non petendo* desde una perspectiva del derecho material, véase a Florensa Tomas (1987, pp. 541-628). Asimismo, desde la perspectiva procesal, véase a Cabral (2020, pp. 1-36).

10 En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071 se indica lo siguiente:

> Uno de los cambios sustanciales que se aprueban con el Decreto Legislativo es el tránsito de un sistema dual a un sistema monista de regulación del arbitraje nacional e internacional. Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que en la actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista; es decir, una legislación que establezca las mismas reglas de juego tanto para arbitrajes locales como internacionales, reservando sin embargo, para estos últimos, algunas disposiciones particulares que se requieren por su propia naturaleza (2008).

11 Sobre este ámbito, Cantuarias Salaverry y Caivano indican lo siguiente:

> Sin embargo, esa autonomía no puede ser total: algún grado de control judicial de los laudos es inevitable. La naturaleza jurisdiccional de las funciones atribuidas a los árbitros y el efecto de cosa juzgada que tienen sus decisiones, justifican que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión. Aunque ese control no debe ser invasivo de las facultades de los árbitros, no es lógico exigir al Estado que comprometa la cooperación y el auxilio de sus tribunales judiciales para ejecutar forzadamente los laudos arbitrales –que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros–, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por éstos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal (2008, p. 47).

que a través de la anulación, el Estado se reserva la potestad pública de revisar la actuación de los particulares que fijaron al arbitraje como el mecanismo para resolver sus controversias (Rivera Gamboa, 2018, pp. 106-107).

Si bien lo previamente indicado es formalmente correcto, la reserva estatal de la anulación de laudo va dirigida a que –dentro de un sistema legislativo que apunte a la efectividad del arbitraje– no se diseñe un entramado legislativo que excluya directa y previamente la posibilidad de que los particulares recurran para cuestionar los incumplimientos de las obligaciones de los árbitros o los incumplimientos de la contraparte respecto al convenio arbitral.

No obstante, ello no representa una restricción a la posibilidad de que, a través de un acuerdo, las partes renuncien voluntariamente a la revisión del laudo. Con claridad se ha recordado[12] que, entre otros supuestos como el arbitraje *ex aequo et bono*, así como las partes están facultadas para renunciar a su derecho de acceso a los tribunales desde el momento en que se admite que se pacte un convenio arbitral, no puede excluirse de plano la posibilidad de renunciar a la revisión de un laudo arbitral.

Salvo la indicación respecto de lo que sería el arbitraje de equidad –que en nuestro ordenamiento[13] no posee un estatuto particular en cuanto a su revisión judicial– lo indicado es perfectamente sostenible, más aún cuando a pesar de las críticas hay una jurisdiccionalidad (asimilada) del arbitraje peruano.

En efecto, esta particular característica para el arbitraje nacional (antes que implicar que las normas de anulación de laudo sean imperativas) permite extender el impacto de la autonomía de los particulares ante la propia jurisdicción; dado el expreso reconocimiento constitucional de la coexistencia de la jurisdicción ordinaria con la arbitral.

En esa línea no aparece algún argumento definitivo para dudar que sea válido (con carácter general pero no absoluto) un acuerdo en el que las partes renuncien a la anulación del laudo en el ordenamiento jurídico peruano. De dicho modo, se puede justificar que la legislación nacional se adscribe a aquellas que admiten una validez restringida de los acuerdos que impliquen la renuncia a la anulación del laudo.

Sin perjuicio de lo indicado, si centramos la discusión en la limitación que se pueda establecer contractualmente a la revisión de un laudo en sede judicial se debe mantener cuidado al realizar la lectura de la habilitación brindada o no para tal renuncia.

La validez de un pacto que impida dicha revisión, seguramente, permitirá inferir que la validez de un pacto que solo limite el acceso a la anulación del laudo será reconocida. En todo caso, debe anotarse que inclusive si no se admite la validez de un acuerdo que impida la revisión del laudo, ello no necesariamente conlleva la nulidad del pacto que solo limite el acceso a la anulación del laudo.

Por ello, en esta oportunidad será objeto de análisis un pacto que establezca una limitación a la posibilidad que alguna de las partes recurra al Poder Judicial peruano a solicitar la anulación del laudo arbitral a través de la constitución de una garantía.

III. LA NECESIDAD DE ENFOCAR CORRECTAMENTE EL PROBLEMA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA AUTONOMÍA DE LOS PARTICULARES

Para determinar si un negocio jurídico es válido, se tiene que establecer en primer lugar su admisibilidad en un ordenamiento jurídico. En segundo lugar, se debe determinar en qué casos es procedente alguna limitación. En otros términos, si se establece que es posible limitar el acceso a la anulación de un laudo a través de un negocio jurídico, ello no debe implicar que también se puedan identificar ciertos casos en los que dicho negocio pueda ser nulo.

En efecto, el análisis de la validez de todo negocio jurídico conlleva una reflexión con respecto a los límites de la autonomía de los particulares[14]. En el

[12] De tal forma, Born ha mencionado lo siguiente:

> Así como se permite a las partes (tras acordar someterse a un arbitraje) renunciar a sus derechos de acceder a la corte de primera instancia o a un arbitraje *ex aequo et bono* o como *amiable compositeur*, también se les permite renunciar a la revisión judicial de un acuerdo arbitral (2009, p. 2663) [traducción libre].

[13] Para mayor información sobre el arbitraje de equidad en el ordenamiento peruano, véanse a de Trazegnies Granda (1996, pp. 115-124), Sologuren Calmet y Purizaga Vértiz (2014, pp. 30-35) y Arrarte Arisnabarreta (2001, pp. 53-68).

[14] En adelante, se seguirá el esquema desarrollado por la doctrina de Schlesinger con relación a los límites a la autonomía, la cual distingue dos grandes ámbitos: (i) aquellos referidos al procedimiento de formación del acuerdo (requisitos de forma de las declaraciones de las partes, determinación de elementos y modalidades para las manifestaciones de los consentimientos o para la revocación de los mismos, factores considerados impeditivos del carácter "genuino" del acuerdo, cargas particulares de transferencia o de información); y, (ii) aquellos que conciernen al contenido del acuerdo (ilicitud del trato, contravención a las *bonos mores* o al orden público y contravención a normas específicas) (2002, pp. 106-107).

presente caso, se debe realizar lo propio con relación al negocio jurídico que condicione la anulación de laudo a la constitución de una garantía. Esta labor se ha presentado como esquiva para la jurisprudencia y algún sector de la doctrina que abordó dicha problemática.

Por un lado, a nivel jurisprudencial, se trató justificar la validez del citado negocio jurídico bajo el amparo de la libertad con la que cuentan las partes de establecer las reglas en el arbitraje expresamente prevista en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje[15]. Esta fue la posición asumida en el Pleno Jurisdiccional Regional Comercial sobre Anulación y Ejecución de Laudo Arbitrales y Embargo de Bienes Estatales, efectuado en el año 2016, (en adelante, el Pleno Comercial). Esta posición, de forma ajustada[16], se impuso a favor de la validez del negocio procesal que condiciona la anulación a la constitución de una carta fianza[17].

Por otro lado, un sector de la doctrina ha indicado lo siguiente: "[...] la autonomía privada solo tiene plena aplicación al interior de un proceso arbitral. Fuera de él, lo que prima es la aplicación de la ley; ergo, en un proceso judicial, lo que prima será la ley" (Castillo Freyre & Chipana Catalán, 2018, p. 84). Dicha afirmación, dentro de otros argumentos, se realizó para justificar la invalidez de este tipo de negocio jurídico.

Ambas perspectivas, aunque con resultados diferentes, poseen una concepción particular sobre la tensión entre la autonomía de los particulares y sus límites. La primera reconoce el valor de la autonomía privada a nivel del arbitraje y, al parecer, posee la necesidad de extender el ámbito de dicha autonomía a nivel procesal. La segunda niega de plano toda eficacia de la autonomía de los particulares en el marco de un proceso y la reserva –al parecer, de forma exclusiva– al nivel arbitral.

A continuación, respetuosamente, se expondrán los reparos que ambas aproximaciones generan.

A. La negación de la naturaleza contractual de la anulación del laudo y su afirmación como medio de impugnación procesal extraordinario

Es necesario delimitar el marco de referencia de la autonomía de los particulares en el negocio procesal que condiciona la anulación del laudo para identificar su ámbito de actuación. Ello permitirá identificar su nivel de incidencia sobre las normas imperativas que podrían limitar su funcionamiento.

En ese sentido, si bien el negocio jurídico materia de análisis despliega su eficacia una vez el arbitraje concluyó y, por ende, se enmarca dentro de la anulación de laudo propiamente dicha; lo cierto es que no se puede afirmar que exista consenso respecto de la naturaleza de la anulación de laudo.

Así, por ejemplo, en doctrina peruana se ha formulado hasta cuatro posiciones al respecto: (i) tiene naturaleza contractual (Bullard González, 2012, pp. 25-31); (ii) se le considera como un recurso procesal (Villa-García Noriega, 2009, pp. 302-303; González de Cossío, 2011, p. 728-729; Avendaño

---

15 Según la Ley de Arbitraje:

> Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 34).

16 La votación final que fue registrada en el Pleno Jurisdiccional fue de veinticuatro (24) votos a favor de la primera ponencia contra once (11) votos a favor de la segunda ponencia. La primera ponencia indicaba lo siguiente:

> El acuerdo de las partes que fija como requisito del recurso de anulación, la presentación de una carta fianza, es válido y vinculante para el órgano jurisdiccional. Por tanto, la Sala al calificar la admisión del recurso de anulación debe verificar su cumplimiento (2016, p. 5).

La segunda ponencia indicaba lo siguiente:

> El acuerdo de las partes que fija como requisito del recurso de anulación, la presentación de una carta fianza, no válido ni vinculante para el órgano jurisdiccional. Por tanto, la Sala, al calificar la admisión del recurso de anulación, no debe exigir su cumplimiento (2016, p. 6).

Sin embargo, si se revisa a detalle la votación, en realidad, fue de diecinueve (19) votos a favor de la primera ponencia, contra dieciséis (16) votos a favor de la segunda ponencia; lo cual evidencia que aún el sustento a favor de validez o de la nulidad de este tipo de pactos no se encuentra definida. Estos errores en el cómputo de los votos no son exclusivos de este tema en el Pleno Jurisdiccional. En efecto, lo mismo sucedió en el tema referido al recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación y la exigencia de reclamo previo. Sobre este último aspecto, véase a Campos García (2019, pp. 285-289).

17 De forma expresa, la fundamentación del Pleno Jurisdiccional a favor de la primera ponencia indicó lo siguiente:

> Conforme al principio de autonomía de voluntad y la libertad de autorregulación que consagra el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, si las partes acuerdan como requisito del recurso de anulación de laudo, la necesaria presentación de una carta fianza, el órgano jurisdiccional debe exigir dicha presentación (2016, p. 6).

La argumentación no se agota en este planteamiento. Los demás argumentos serán materia de análisis más adelante.

Valdez, 2011, p. 685; Diez Contreras, 2017, p. 311; Martel Chang, 2018, pp. 29-31); (iii) es un proceso autónomo de nulidad (Wong Abad, 2013, p. 83); y, (iv) se reconoce incluso posiciones mixtas (Reggiardo Saavedra, 2014, pp. 150-163; Rivera Gamboa, 2018, p. 94).

Tal como se puede advertir, la relevancia práctica de este problema es innegable; puesto que, por ejemplo, si se asume el carácter contractual de la anulación, entonces no habría ningún impedimento para la validez del negocio jurídico materia de estudio. En cambio, tal conclusión no es unánime si se asume la naturaleza procesal de la anulación, puesto que se tendrá que compatibilizar adecuadamente su regulación procesal con la autonomía de los particulares.

Sobre el particular cabe realizar tres precisiones a efectos de fijar posición. En primer lugar, la afirmación del carácter contractual de la anulación de laudo realizada por doctrina nacional es más retórica que analítica. En efecto, no se justifica y desarrolla que la anulación tenga propiamente una naturaleza contractual; sino que se sostiene que aquello que debe ser objeto de evaluación por parte de la magistratura comercial es el control del cumplimiento del convenio arbitral por parte de los árbitros.

Por ello se afirma que la finalidad de la anulación no es otra que "proteger, y ejecutar el convenio arbitral" (Bullard González, 2012, p. 25), lo cual permite afirmar que la anulación es un mecanismo garantista de control frente al abuso de los árbitros (García Calderón Moreyra, 2017, pp. 19-20). En ese sentido, dicha posición debe ser descartada dentro del análisis de la validez del negocio procesal que condiciona la anulación.

En segundo lugar, la contraposición entre recurso y proceso autónomo, usada al momento de delinear la anulación del laudo, puede ser precisada para definir el ámbito de análisis. Dichas posiciones que pueden aparecer como antagónicas en realidad tienen un punto en común: son diferentes materializaciones de los medios impugnatorios.

En efecto, como bien se ha indicado, un sistema de impugnación judicial no solo está conformado por recursos, sino también por pretensiones autónomas de impugnación (Didier & Cunha, 2013, p. 26; Cavani Brain, 2018, pp. 17-18). En consecuencia, sea que se opte por una u otra postura, lo cierto es que la anulación del laudo (y, por ende, el análisis de la validez del negocio jurídico que lo condicione) se encuadra dentro del ámbito procesal, en concreto, de la teoría impugnatoria.

Repárese en que esta afirmación no se sustenta en la aplicación de las categorías del proceso civil al arbitraje, sino en el reconocimiento de la naturaleza de la propia anulación del laudo en el ordenamiento peruano. No obstante, no se está negando que la teoría general del proceso pueda ser de ayuda para explicar algunas categorías arbitrales[18], sino que se está delimitando el alcance de la afirmación realizada.

Finalmente, es necesario delinear las características de la anulación del laudo, puesto que, con respecto de ella, opera el negocio procesal de constitución de garantía que es materia de análisis.

En primer lugar, es un medio impugnatorio e inclusive, es el único medio impugnatorio contra el laudo[19]. En segundo lugar, no es un recurso[20], sino un medio impugnatorio extraordinario[21] o impugnación a través de una pretensión impugnatoria

[18] Existe un sesgo por parte de los especialistas en arbitraje en el ordenamiento peruano al negar cualquier injerencia de la teoría general del proceso en este mecanismo alternativo de solución de controversias, lo cual es tan nocivo como pretender que las categorías de la teoría general tienen plena y automática aplicación al arbitraje. Esta problemática, de forma segura, se explica por el exceso de ritualismo y procedimentalismo con que algunos árbitros y abogados desempeñan la práctica arbitral. De ser este el caso, el problema no es de la teoría general del proceso; sino de prácticas arbitrales cuya revisión debe realizarse no solo prestando atención a los estándares internacionales, sino bajo la propia teoría general con la finalidad de dotar de cierto grado de sistematicidad a la citada práctica.

[19] Según la Ley de Arbitraje:

> 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 (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 62).

[20] A pesar de la equívoca denominación legislativa utilizada en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 62) y la variedad de acepciones del término "recurso" (Giannozzi, 1968, p. 972), desde la perspectiva de la teoría impugnatoria la anulación de laudo no califica como recurso, dado que no se desarrolla en el marco de un proceso preexistente (Cavani Brain, 2018, p. 17). En este punto debe anotarse que incluso si se predica la jurisdiccionalidad (asimilada) de la anulación del laudo, no se reviste una unidad con este. Ello debido a que la anulación no es más que una manifestación de la relación revisora, de carácter excepcional (González de Cossío, 2011, p. 873) existente entre el Poder Judicial y el arbitraje (Arrarte Arisnabarreta, 2007, p. 100).

[21] Los medios impugnatorios extraordinarios, según señala Ariano Deho, son "aquellos que presuponen el proceso terminado con una decisión firme y que ha adquirido la 'autoridad de cosa juzgada' (uso la expresión del [artículo] 123 CPC)" (2015, p. 37). Otra doctrina, con relación a la anulación, ha sostenido que mediante la anulación no se revisa una

autónoma[22], lo que coincide con la percepción existente en el arbitraje comercial internacional[23]. En tercer lugar, la anulación del laudo es una impugnación rescindente[24] y no sustitutiva. En cuarto lugar, la anulación es una impugnación no devolutiva[25]. Finalmente, la anulación no es una impugnación suspensiva[26].

Luego de haber delimitado la anulación del laudo dentro del espectro procesal, se puede advertir lo inconsistente de la posición de la jurisprudencia reseñada en el Pleno Comercial que justificaba la validez del negocio procesal de constitución de carta fianza a partir de la libertad contractual reconocida por la Ley de Arbitraje para las actuaciones arbitrales.

El artículo 34 de la citada Ley tiene plena aplicación para que las partes diseñen las actuaciones arbitrales de la mejor forma posible. Sin embargo, su invocación a nivel de la anulación es impertinente, ya que se estaría superponiendo la regulación arbitral al plano procesal sin mayor justificación.

Ahora bien, de lo indicado, no se debe deducir inmediatamente que no es viable justificar la validez del negocio procesal que condiciona la anulación del laudo. De hecho, solo se está indicando que, si se quiere justificar dicha validez, en nada abona el recurrir a la Ley de Arbitraje. En efecto, no solo su invocación es impertinente; sino que es innecesaria, tal como veremos a continuación.

B. La vigencia de la autonomía de los particulares en el ámbito procesal: de los negocios jurídicos procesales a los acuerdos procesales

Centrado el análisis en el ámbito procesal, el siguiente paso es determinar si la autonomía de los particulares tiene algún rol que desempeñar en esta sede. La reflexión no es banal, dado lo señalado al inicio de la presente sección. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina peruana aludidas niegan, de forma indirecta (cuando se recurre a la autonomía de establecer actuaciones arbitrales) o de forma directa (sometiendo la autonomía de las partes a la ley procesal) que en el proceso haya un ámbito reservado para la autonomía privada.

Dichas posiciones se enmarcan dentro de lo que se ha denominado **dogma de la irrelevancia de la voluntad**, según el cual la voluntad de las partes sería, entonces, irrelevante para la determinación de los efectos que los actos procesales producen. Los efectos de los actos procesales no serían, en otras palabras, moldeables. La única disponibilidad que las partes tendrían sería la opción de practicar o no el acto previsto en una secuencia predeterminada por el legislador (Cunha, 2015, p. 237).

Sin embargo, no se puede negar que tal perspectiva está condicionada por diversos factores.

Desde una perspectiva histórica, la limitación a la autonomía se explica en dos puntos: (i) en que el

---

decisión con la calidad de cosa juzgada, sino que la anulación impide que el laudo adquiera tal "autoridad" (Bustamante Alarcón, 2013, pp. 392-393).

22 Son manifestaciones de la impugnación extraordinaria o mediante pretensión autónoma: (i) la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta contenida en el Código Procesal Civil (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 178); (ii) la acción de revisión contenida en el Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957, 2004, art. 439); (iii) la demanda de *habeas corpus* contra resoluciones judiciales firmes contenida en el Código Procesal Constitucional (Ley 28946, 2006, art. 4); y, (iv) la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes contenida en el Código Procesal Constitucional (Ley 28946, 2006, art. 4).

23 En ese sentido, Redfern *et al.* señalan lo siguiente:

> El concepto de 'impugnación' de un laudo arbitral está bien establecido, aunque el término en sí es relativamente nuevo. En los países del *common law*, se suele hablar de la 'apelación' contra el laudo. Esto puede significar dos cosas: (i) la apelación ante el tribunal competente al que se le puede solicitar que modifique el laudo, que lo remita nuevamente a los árbitros para su reconsideración, o que disponga que sea dejado sin efecto en todo o en parte, o (ii) la apelación ante un tribunal distinto (si así estuviera previsto por las normas internas del arbitraje). En los países civilistas, el término habitual es el de 'recurrir' un laudo ante un tribunal (*le recours en nullité* del derecho francés, por ejemplo). Esta es la terminología que utiliza la Ley Modelo al definir los fundamentos para un recurso ante el tribunal competente (2006, p. 560).

24 Según la Ley de Arbitraje:

> 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 (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 62).

25 Según la Ley de Arbitraje "el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe" (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 63).

26 Según la Ley de Arbitraje:

> 1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 66).

siglo XVIII, el diseño del Estado moderno reivindicó para sí el monopolio de la legislación en materia procesal; y, (ii) que, en el siglo XIX, en Alemania, se colocó el derecho procesal civil dentro del *ius publicum* (Caponi, 2015, pp. 63-64).

Por otro lado, desde una perspectiva ideológica, las limitaciones a la autonomía se justifican en un contexto caracterizado por "la prevalencia del interés público, el publicismo del proceso, los poderes instructorios del juez, la búsqueda de la verdad y la promoción de la efectiva igualdad de las partes en el proceso" (Cunha, 2015, p. 235).

Ante tal forma de concebir la relación entre autonomía de las particulares y el derecho procesal, es posible reconocer otra en la que las partes pueden ejercer su autonomía –en su aspecto positivo y negativo[27]– dentro del proceso. Ello sobre la base de concebir que el proceso es un medio para la tutela de situaciones jurídicas materiales en el marco de un Estado Constitucional de Derecho (Marinoni, 2015a, pp. 76-85; Mitidiero, 2016, pp. 187-218; Cavani Brain, 2018, pp. 37-42; Priori Posada, 2019, pp. 44-49).

Y como consecuencia de lo anterior, se reglamenta por un lado a "la composición de las *litis*, en sus reflejos sobre el proceso civil" y, por otro lado, a "los acuerdos que, según una primera y genérica definición, inciden sobre el desarrollo del proceso civil" (Caponi, 2015, p. 62; Didier, 2015, p. 163).

Al reconocer que la autonomía de los particulares puede actuar en el desarrollo del proceso civil, se abre la posibilidad de que se desarrolle una categorización de la fenomenología de los hechos jurídicos procesales con lo que se permite la identificación de **hechos jurídicos procesales en sentido estricto**, los **actos jurídicos procesales en sentido estricto** y, de forma especial, de los **negocios jurídicos procesales** (Didier & Nogueira, 2013, pp. 54-78; Cunha, 2015, pp. 224-232)[28]. Todo este panorama, evidentemente, resulta limitado desde la perspectiva que mutila sin mayor reparo la autonomía de los particulares en sede procesal.

En este punto debemos señalar que, desde hace varios años, en los estudios realizados con respecto a nuestra normativa sí se aprecia una preocupación por valorizar la autonomía de los particulares dentro del ámbito del proceso y no solo el civil (Monroy Gálvez, 1996, pp. 152-162), hasta los más actuales (Ugaz Zegarra, 2008, pp. 1-44; Aguirre, 2014, pp. 187-202; Gutiérrez Gutiérrez, 2016, pp. 527-546; Guevara Gilarmas, 2018, pp. 81-139; Sotero Garzón, 2019, pp 592-594; Cavani Brain, 2020, pp. 249-261). Por ello, la evaluación de la validez de la reglamentación que establezcan los particulares con respecto a las situaciones jurídicas procesales no se puede realizar de espalda a estos aportes.

Para los fines del presente análisis y dentro de la perspectiva que reconoce un ámbito de actuación a la autonomía dentro del proceso, resulta importante centrarnos por un momento en la potencialidad de la noción de **negocio jurídico procesal**.

Desde una perspectiva estructural un sector de la doctrina sostuvo que es un "hecho jurídico voluntario en cuyo soporte fáctico le sea conferido al respectivo sujeto el poder de escoger la categoría jurídica o establecer, dentro de los límites fijados en el propio ordenamiento jurídico, ciertas situaciones jurídicas procesales" (Didier & Nogueira, 2013, p. 72).

En efecto, como podemos apreciar, el negocio jurídico procesal comparte con la categoría general del negocio jurídico la aptitud de regular situaciones jurídicas (Flume, 1998, pp. 35-48). En ese sentido, que la o las partes puedan reglamentar las

[27] Con relación a la autonomía contractual, parte de la doctrina indica que se manifiesta bajo un aspecto positivo y otro negativo. Desde el primer enfoque, la autonomía conlleva cinco aspectos: (i) la libertad de elección de los diversos tipos de contratos previstos por la ley; (ii) la libertad de determinar, dentro de los límites dispuestos legalmente, el contenido del contrato; (iii) la libertad de celebrar contratos atípicos ideados y practicados en el mundo de los negocios; (iv) la libertad de utilizar contratos típicos para realizar finalidades atípicas; y, (v), la libertad de combinar varias figuras contractuales, típicas o atípicas, para realizar intereses ulteriores y diversos de aquellos subyacentes a algún contrato aisladamente considerado. Desde el segundo enfoque, la autonomía implica dos aspectos: (i) que ninguno puede ser despojado de sus propios bienes; y, (ii) que ninguno puede ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros sin que se tome en consideración su voluntad (Galgano, 2002, pp. 45-47).

[28] Solo a manera de ejemplo y a título referencial, la muerte puede ser considerada como un hecho jurídico procesal en sentido estricto desde distintas disposiciones del Código Procesal Civil, ya que dicho evento genera un escenario de sucesión procesal (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 108); asimismo, el parentesco que constituye un impedimento para dirigir un proceso (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 305). Como ejemplo de acto jurídico procesal en sentido estricto, podemos mencionar a la rebeldía (Resolución Ministerial 10-93-JUS, art. 458) o al actuar de mala fe de una de las partes en el proceso (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, arts. 110 y 112) y a buena parte de las actuaciones procesales en el proceso. En cuanto a los negocios jurídicos procesales podemos mencionar, como ejemplo, a la suspensión convencional (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 319), al acuerdo sobre competencia territorial (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 25) o el desistimiento unilateral de la pretensión (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 340).

situaciones jurídicas procesales de las cuales son titulares –lo cual comprende, pero no se limita, al poder de elección de esquemas legales preestablecidos– quedará siempre dentro del margen de actuación establecido por el ordenamiento jurídico.

Es bajo este entendimiento que al haber hecho alusión a la constitución de garantía como condicionamiento de la anulación del laudo, hemos empleado la denominación de **negocio jurídico procesal**.

Sin embargo, es necesario ser más precisos con relación a este último aspecto. Siguiendo la orientación apenas delineada, los **negocios jurídicos procesales** admiten una variedad de manifestaciones[29]. Dentro de estas, en el ámbito de los **negocios jurídicos procesales bilaterales**, se ha distinguido entre **contratos** y **convenciones** (o acuerdos). Según esta posición, en los **contratos**, las voluntades se refieren a intereses contrapuestos y, en las **convenciones**, las voluntades se unen para un interés común (Didier & Nogueira, 2013, p. 75). De ahí que sea reiterada la referencia a **convenciones procesales**.

De forma particular, se debe tener en cuenta que la terminología mostrada no es uniforme a nivel de legislación comparada[30]. Incluso la doctrina que se toma como base de la distinción muestra sus dudas con relación al uso de esta diferenciación[31]. De hecho, cuando se ha abordado el alcance de la noción de **convención**, los resultados no han sido uniformes[32].

Por ello, en adelante, emplearemos la denominación de **acuerdo procesal**, la cual es lo suficientemente amplia para comprender a los **negocios procesales contractuales** como a los **no contractuales** y que, en función de la legislación civil peruana, es de uso expresamente reconocido[33].

En ese sentido, la constitución de una garantía como condicionamiento de la anulación, que conlleva una manifestación de la autonomía de los particulares realizada por lo menos de forma bilateral, en adelante, será considerada como un **acuerdo procesal**.

En conclusión, bajo la óptica expuesta que admite la autonomía de los particulares en el ámbito procesal de forma autónoma, es posible comprender por qué es completamente innecesario recurrir al reconocimiento normativo de la libertad de configuración de las actuaciones arbitrales para sustentar la validez del **acuerdo procesal** de constitución de la garantía. En la misma línea, aparece como superada la perspectiva que limita la autonomía

---

29 De manera referencial, parte de la doctrina ha clasificado a los negocios jurídicos procesales de la siguiente forma: (i) negocios unilaterales (el desistimiento y la renuncia), bilaterales (prórroga de competencia y suspensión del proceso) y plurilaterales (sucesión procesal); (ii) negocios sobre el objeto litigioso y sobre el proceso; (iii) expresos (determinación de la competencia territorial) y tácitos (renuncia al convenio arbitral); (iv) que requieren homologación (la transacción extrajudicial) y que no requieren homologación (el pacto de no recurrir); y, (v) típicos y atípicos (Didier, 2015, pp. 162-166).

30 En ese sentido, Cabral indica lo siguiente:

> En el derecho extranjero el instituto también recibe nombres distintos. En Alemania se utiliza la expresión *Prozzessverträge*, el cual se refiere a los contratos procesales. En Francia se habla de *contract de procèdure.* Ya en Italia se emplea *accordi procesual* [sic]; para abordar las convenciones sobre el proceso (2015, p. 307).

Este hecho se explica, en parte, por el diferente alcance de la propia noción de **contrato** cuando se aborda desde una perspectiva de derecho comparado. Sobre el particular, véase a Saavedra Velazco (2013, pp. 186-203); e, incluso, con la perspectiva funcional que se tenga de la propia noción de contrato, véase a Monateri (2004, pp. 37-46).

31 De tal forma, Betti *et al.* mencionan que

> para comprender bien la distinción entre contrato y acuerdo en sentido estricto es preciso tener presente la relatividad de estas clasificaciones. Contrato y acuerdo no designan categorías de negocios netamente antitéticas (lo que está ya demostrado por la simple reflexión de que el acuerdo, en su sentido más amplio, es el primero de los requisitos del contrato: [artículo] 1325, 1, Código Civil). Más bien una y otra categoría reflejan dos diferentes concepciones del negocio bilateral o plurilateral. Responde a una orientación privatista del pensamiento, que nos transmite la tradición jurídica romana, el considerar a las partes de un negocio bilateral como hallándose en conflicto de interés la una con la otra, y reconocer en el negocio concluido la lograda composición de las pretensiones en pugna. Pero en la medida en que puede advertirse una orientación publicista en la ciencia jurídica, vemos perfilarse, al contrario, la exigencia de la colaboración entre las partes del negocio bilateral o plurilateral, y este es considerado, en principio, más como instrumento de utilidad social que como medio para el arreglo de un conflicto individual (2000, pp. 259-260).

32 Desde una perspectiva técnica, se ha focalizado la atención en la ausencia de contenido patrimonial de la reglamentación de las partes y, en función a una aproximación histórica, a nivel latinoamericano, se ha equiparado con la noción de contrato. Para mayor información, véase a Messineo (1962, pp. 510-511) y a Carvajal Ramírez (2007, pp. 289-302).

33 En efecto, la noción de acuerdo no solo es la que abarca a la noción de contrato, tal como establece el artículo 1351 del Código Civil: "el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial" (1984); sino que, además, ha sido abordada por la doctrina peruana: véase a Forno Flórez (2000, pp. 9-26); Morales Hervias (2004, pp. 393-491). El uso de esta expresión tiene claros antecedentes en el ordenamiento italiano. El término **convención** es usado de forma difusa, sin ningún rastro de sistematización, en solo dieciséis (16) artículos a lo largo del Código Civil (Rescigno, 2004, pp. 162-167).

de las partes en el proceso sin razón alguna y la relega al imperio irrestricto de la ley.

IV. HABILITACIÓN GENÉRICA PARA LA VALIDEZ DEL ACUERDO PROCESAL QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTÍA COMO REQUISITO DE LA ANULACIÓN DE LAUDO

Luego de reconocer que la autonomía de los particulares puede ser ejercida sobre relaciones jurídicas procesales desde una perspectiva general, el punto de atención se centrará en determinar los límites a dicha autonomía (de forma específica) en el ordenamiento peruano.

Conviene recordar que, desde nuestro punto de vista, los límites que el ordenamiento peruano impone a la autonomía de los particulares en sede procesal no impiden que las partes puedan establecer un **acuerdo procesal** que condicione la anulación del laudo a la constitución de una garantía.

En específico, es posible delinear y reconocer tanto una habilitación genérica (inexistencia de prohibición) como una habilitación específica (existencia de disposición habilitante) en el ordenamiento peruano para este tipo de acuerdos. En la presente sección abordaremos el primer tipo de habilitación, mientras que el segundo tipo será objeto de análisis en la siguiente sección.

A. La ausencia de limitaciones legislativas del acuerdo procesal de constitución de una garantía como condición de la anulación de laudo

La habilitación genérica para la validez del **acuerdo procesal**, materia de análisis, parte de reconocer que no existen normas jurídicas que impidan su celebración. Dicha forma de razonamiento se justifica en el reconocimiento de la autonomía de los particulares con respecto a las situaciones jurídicas procesales.

En efecto, en el ordenamiento peruano, dicha autonomía no solo tiene reconocimiento legislativo[34], sino que se encuentra prevista en el numeral 14 del artículo 2[35] y el artículo 62[36] de la Constitución Política del Perú.

Si se tienen dudas sobre el sustento constitucional previamente indicado, por considerarse que alude únicamente a la libertad contractual y no a una libertad de configuración interna aplicable a todo negocio jurídico; no debe olvidarse lo dispuesto en el artículo 2 (numeral 24, literal a[37]). Esta disposición tiene el suficiente ámbito de amplitud para negar que, dentro de la actividad de los particulares, su autonomía tenga algún tipo de limitación a través de la aplicación del principio de legalidad[38] propio del Derecho Administrativo. Inclusive, se podría recurrir a la adecuación de la tutela jurisdiccional como fundamento de los negocios jurídicos procesales (Sotero Garzón, 2019, pp. 592-594).

No obstante, el panorama descrito, de forma específica, en relación al **acuerdo procesal** de constitución de una garantía como condición de la anulación, se puede pretender oponer a nivel legislativo dos disposiciones normativas que pongan en duda la validez de dicho acuerdo.

Por un lado, el artículo IX[39] del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) establece el carácter imperativo de las disposiciones procesales. Por otro lado, el artículo 3 del CPC establece de forma general

[34] Según el Código Civil "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo" (1984, art. 1354).

[35] Según la Constitución Política del Perú "toda persona tiene derecho: [...] a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público" (1993, art. 2, numeral 14).

[36] Según la Constitución Política del Perú:

> La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente (1993, art. 62).

[37] Según la Constitución Política del Perú, "toda persona tiene derecho: [...] a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia […] nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (1993, art. 2, numeral 24).

[38] Sobre la tensión entre la autonomía de los particulares y el principio de legalidad es aún de revisión, en sede nacional, véase lo trabajado por Palacios Martínez (2007, pp. 97-110).

[39] Según el Código Procesal Civil:

> Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario. Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. IX).

la inadmisibilidad de restricciones al ejercicio del derecho de acción[40]. Sin embargo, dicha oposición es más aparente que real, por lo que es necesario realizar algunas precisiones.

En primer lugar, las disposiciones normativas procesales, anteriormente aludidas, encuentran una explicación dentro de la especial concepción ideológica del CPC, la cual no es otra que la de la publicidad procesal (Ariano Deho, 2016, pp. 21-37; Cavani Brain, 2020, pp. 249-256). Por ello, su interpretación debe adecuarse a las disposiciones previstas en el texto constitucional peruano, no solo por ser una norma posterior al CPC[41], sino porque, al ser jerárquicamente superior, cuenta con previsiones (como las reseñadas líneas arribas) que apuestan por el reconocimiento de la autonomía de los particulares como un derecho fundamental.

En esa línea, la labor interpretativa de las disposiciones del CPC no se puede realizar dándole la espalda al texto constitucional, puesto que, como bien se ha indicado "se debe reconocer que el sistema normativo procesal, no está cerrado en la propia autorreferencialidad normativa, sino que está dispuesto a aprender del ambiente circundante" (Caponi, 2015, p. 82). Además, dentro de dicho ambiente circundante están, de forma clara, las disposiciones constitucionales. Disposiciones que, bajo los cánones interpretativos del texto constitucional, imponen que las disposiciones legislativas se deban leer a partir de aquel y no al revés (García Belaúnde, 2006, p. 89).

En segundo lugar, es necesario evaluar el artículo IX del CPC, puesto que este artículo contiene dos aspectos que, en esta oportunidad, deben ser resaltados. Primero, establece que todas las normas procesales del CPC tienen carácter imperativo. Segundo, prevé que las formalidades de los actos procesales previstas en el CPC gozan del mismo rasgo. Dichas previsiones no afectan la validez del **acuerdo procesal** de constitución de garantía como requisito de la anulación del laudo.

Con relación al carácter imperativo de las normas procesales, se debe ser frontal en afirmar que el reconocimiento de una norma jurídica como imperativa[42] no implica otra cosa que reconocer que "se imponen de modo absoluto y que, en todo caso, no son derogables por la voluntad de las partes" (Irti, 2003, p. 199).

En consecuencia, si bien la autonomía de las partes con respecto a sus situaciones procesales se encuentra delineada por las normas prescriptivas o prohibitivas, establecidas en el CPC; ella no conlleva un impedimento para que las partes puedan establecer negocios jurídicos procesales no previstos legislativamente[43] (negocios procesales atípicos). En otros términos, reiteramos que las normas imperativas procesales no determinan una suerte de **principio de legalidad**[44] para las partes procesales.

Por ello, reconociendo disposiciones normativas imperativas en el ámbito procesal, la autonomía de los particulares tiene un espacio de actuación dentro de las situaciones jurídicas procesales. De

---

40 Según el Código Procesal Civil:

> Los derechos de acción y contradicción en materia procesal civil no admiten limitación ni restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en este Código (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. 3).

41 Al respecto, Sotero Garzón, nos recuerda que

> mientras que el texto original del Código Procesal Civil fue promulgado el 04 de marzo de 1992 para luego modificarse en diciembre de 1992, publicándose y entrando en vigencia su Texto Único Ordenado en enero de 1993, la Constitución Política se promulgó en abril de 1993 y entró en vigencia en diciembre de 1993, aproximadamente doce meses después (2013, p. 193).

42 Con relación a las partes procesales, hay que recordar que el hecho de que una norma sea imperativa no la convierte inmediatamente en una norma de orden público, puesto que la categorización de si una norma es de orden público o no está en función del interés (público o privado) al que sirva la norma jurídica y no en función a su derogabilidad por medio de la autonomía de los particulares. En efecto, el legislador del Código Procesal Civil, al parecer, mantenía la misma posición. Por su parte, Monroy Gálvez, sostiene lo siguiente: "pero el que las normas procesales sean de Derecho Público no implica, como resulta evidente, que sean de orden público; aquel concepto tiene que ver con su ubicación, éste con su obligatoriedad" (1993, p. 46). Sin embargo, su posición no es tan precisa cuando a continuación, añade que

> esta es la razón por la que el primer párrafo de este artículo hace referencia a que las normas procesales tienen carácter imperativo como principio, salvo que las mismas normas regulen que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, son de Derecho Público, pero no necesariamente de orden público (Monroy Gálvez, 1993, p. 46).

43 Dicha postura parecer ser la posición de la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima en el Expediente 65-2014-0, de fecha 20 de enero de 2015, cuando señaló lo siguiente:

> [...] los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de anulación de laudo arbitral que se encuentran establecidos en la ley [...], se enmarcan en la relación jurídica de derecho público entre el justiciable y el sistema de justicia estatal por lo que tales disposiciones se revelan como imperativas, no sujetas a la discrecionalidad ni disposición de los sujetos, por ende, ajenas a la facultad de autorregulación de sus relaciones privadas (2015).

44 En este extremo coincidimos con lo expuesto por Cavani Brain, quien ha puesto en duda, de forma justificada, que se pueda recurrir al principio de legalidad en el ámbito de las convenciones procesales (2020, pp. 258-259).

ahí que podamos coincidir con quien señala que "la naturaleza pública de las normas procesales y su carácter imperativo explican el panorama actual, pero no constituyen obstáculos ineludibles a la decisión político-legislativa de permitir una mayor abertura para las convenciones procesales y procedimentales" (Müller, 2015, p. 195).

En consecuencia, suponiendo que el ordenamiento peruano no contempla una habilitación específica respecto del **acuerdo procesal** que condiciona la anulación del laudo, el hecho de que no haya una previsión que así lo contemple no es justificativo para negar la validez del **acuerdo** materia de análisis.

Con relación a la naturaleza imperativa de las formalidades procesales (en específico con las que se refieren a los negocios procesales); se puede afirmar que es admisible su realización a través de cualquier forma, a menos que la normativa procesal indique una formalidad en específico.

Sin embargo, aún en este caso, se le reserva al juez un poder de adecuación[45] con la finalidad de preservar la validez del negocio en atención a los logros de los fines del proceso. En efecto, tras un análisis integral, estamos ante una manifestación del principio de conservación de los negocios jurídicos únicamente aplicado al ámbito del Derecho Procesal. De hecho, el alcance de esta disposición normativa no alude al contenido de los negocios procesales, sino a la forma en la que es exteriorizada la voluntad de las partes.

En consecuencia, en relación con los **acuerdos procesales** que condicionan la anulación del laudo, no es posible reconocer alguna exigencia de formalidad específica que las partes deban respetar, razón por la cual no se ve comprometida la validez de este tipo de **acuerdos**.

Finalmente, reparemos en el artículo 3 del CPC, el cual regula el derecho de acción[46] en materia procesal civil y señala que "no admiten limitación ni restricción para su ejercicio" (1993), salvo las previsiones establecidas legislativamente[47].

La incidencia de esta disposición en el **acuerdo procesal** que condiciona la anulación del laudo se encontraría en que este negocio procesal constituye una limitación del derecho de acción de los particulares, de forma expresa, vetada por la disposición normativa antes indicada. Dicha limitación no es de recibo, aunque es claro que es necesario abordar esta problemática (Wong Abad, 2016, p. 183).

El artículo 3 del CPC, a diferencia de la segunda regla contenida en la disposición del Título Preliminar que se ha reseñado previamente, sí incide directamente en el contenido de los posibles negocios procesales que se celebren con relación al derecho de acción. Sin embargo, a pesar de la concepción que tenía el legislador del derecho de acción[48], la protección genérica y abstracta del mismo lo sitúa como si fuese un derecho que solamente encuentra limitaciones de carácter legislativo.

Dicha concepción incurre en el error de no considerar que "ningún derecho constitucional es ilimitado, [puesto que] todos, incluyendo los derechos procesales admiten límites" (Priori Posada, 2008, p. 330). Estos no se circunscriben únicamente según lo dispuesto por el legislador; sino que incluyen, por ejemplo, los límites impuestos por otros derechos fundamentales con "base al juicio de la ponderación" (Priori Posada, 2008, p. 340).

Frente a lo previamente indicado, cobra relevancia el reconocimiento constitucional de la autonomía de los particulares como un derecho fundamental que se aludió en la sección anterior y que determinaba el justificativo de los negocios jurídicos procesales. Bien se ha indicado que las instituciones procesales se deben leer desde una perspectiva constitucional que atienda al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (Sotero Garzón, 2013, p. 182).

[45] Con claridad se ha indicado que el poder de adecuación conferido al juez no podría conllevar una modificación del procedimiento previsto legalmente, puesto que ello implicaría la contravención al numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual prevé que "ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos" (Cavani Brain, 2020, p. 257).

[46] La problemática detrás de la noción de derecho de acción es densa. Para una aproximación de carácter general se puede consultar a Marinoni (2015b) y Priori Posada (2014, pp. 146-161).

[47] No lo indican, pero ello parece ser el justificativo para que parte de la doctrina haya señalado que

> [...] no se debe olvidar el principio por el cual únicamente es la norma legal la que puede establecer cuáles son los requisitos para que se admita a trámite una demanda. En nuestro caso, los requisitos para presentar una demanda y los casos en que esta es declarada improcedente se encuentran expresamente regulados en los artículos 424 y 427 del Código Procesal Civil. Así, de la lectura de dichos preceptos legales no se observa ninguno en el que pueda apreciarse algún requisito que esté reservado para lo que las partes deseen estipular (Castillo Freyre & Chipana Catalán, 2018, pp. 85-86).

[48] El legislador peruano, Monroy Gálvez, al parecer, optó por una noción acción en los siguientes términos: "derecho de acción es aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, en cuanto es expresión esencial de este, que lo faculta a exigir al Estado tutela jurisdiccional para un caso concreto" (1996, p. 225).

A su turno, al reconocer el sustento constitucional a la libertad de configuración de los reglamentos negociales procesales, se debe hacer lo propio con el artículo 3 del CPC y, en consecuencia, determinar si admitir restricciones al derecho de acción solo en función de lo previsto por el legislador constituye una limitación constitucionalmente admisible a la autonomía de los particulares.

Una interpretación que niegue de plano la relevancia de esta autonomía para decidir sobre sus situaciones procesales (incluyendo el derecho de acción) negaría su reconocimiento constitucional y, por ello, no es admisible.

Ahora bien, con lo expuesto, nuevamente no se quiere dar a entender que no haya límite alguno a la autonomía de los particulares para la regulación de situaciones jurídicas procesales, sino que dicho límite se debe encontrar dentro del propio texto constitucional del cual se pueda reconocer un fin legítimo detrás de la previsión legislativa contenida en el artículo 3 CPC.

En consecuencia, pretender alegar la sola vigencia del citado artículo para negar la validez del **acuerdo procesal** que constituye una garantía como condición de la anulación del laudo, no aparece como un argumento convincente.

B. La ausencia de limitaciones, basadas en el orden público, del acuerdo procesal que condiciona la anulación del laudo a la constitución de una garantía

La autonomía de los particulares es un derecho fundamental que admite limitaciones. Estas limitaciones, así provengan de un acto legislativo o jurisdiccional, se deben sustentar en otros derechos fundamentales o en fines legítimos constitucionalmente admisibles.

En efecto, desde un enfoque conflictivista de los derechos, ello no será suficiente, puesto que se deberá comprobar que dicha limitación (de forma adicional) sea adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto. Desde un enfoque no conflictivista deberá determinarse el contenido constitucional de los derechos fundamentales para reconocer sus limitaciones en su ejercicio.

Es por ello que aparece como insuficiente aquella aproximación realizada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la sentencia recaída en el Expediente 07532-2006-PA/TC, que justifica la validez de los **acuerdos procesales** bajo estudio en los siguientes términos:

> las normas y/o disposiciones del Reglamento eran conocidas por ambas partes antes de que estos se obligaran a este, en consecuencia, el sometimiento a dichas reglas se hizo por el solo uso del derecho de libre contratación de las partes (artículo 62 de la Constitución del Estado), siendo lo pactado "Ley entre las partes". Asimismo, se debe agregar que dicho sometimiento no ha sido negado a lo largo del proceso arbitral (2007, párr. 9).

De este modo, en el intento de no quedarse en el plano legislativo para cuestionar la validez del **acuerdo procesal** de constitución de una garantía como condición de la anulación de laudo, un sector de la jurisprudencia y de la doctrina peruana han invocado algunos derechos fundamentales de orden procesal para limitar la autonomía de los particulares.

Buscar en otros derechos fundamentales los límites de la autonomía en el plano procesal habilitan la configuración de limitaciones basadas en el orden público que justifiquen la invalidez de negocios procesales que los contravengan. No debe perderse de vista que el orden público está constituido por "los principios basilares" de nuestro ordenamiento (Ferri, 1980, p. 1038; Bianca, 1984, p. 584). Y, dentro de aquellos, sin duda se encuentran los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales que han sido invocados para negar la validez de **los acuerdos procesales** que condicionan la anulación del laudo a la constitución de una garantía han sido los siguientes: (i) el derecho de acceso a la justicia (o, en general, del derecho a la tutela jurisdiccional); y (ii) el derecho a la gratuidad de la administración de justicia. En ese sentido, se mostrarán las razones por las que ninguno de los derechos antes mencionados puede justificar la invalidez de los **acuerdos procesales** bajo estudio.

En primer lugar, con relación al derecho de acceso a la justicia, parte de la doctrina ha sostenido que la constitución de una carta fianza como una condición de la anulación del laudo constituye un caso de limitación del referido derecho (García Calderón Moreyra, 2017, p. 18; Diez Contreras, 2017, pp. 317-319).

Dicha posición ha sido desarrollada, de forma paralela, por alguna jurisprudencia. Por ejemplo, la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima en el Expediente 65-2014-0, de fecha 20 de enero de 2015, en la cual se señaló lo siguiente:

> por tanto, no corresponde a la autonomía de voluntad de las partes directamente, ni indi-

> rectamente por vía de remisión al Reglamento Arbitral, la regulación de los requisitos para acceder a sede judicial para el ejercicio de la función de control judicial por vía del recurso de anulación, pues ello entronca directamente con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de tutela jurisdiccional efectiva cuya regulación sólo puede provenir de la ley, teniendo esta incluso como límite el contenido esencial de tales derechos que no puede ser desconocido con la imposición de requisitos irrazonables. En ese sentido, es manifiestamente contrario al diseño normativo del sistema de justicia que por vía del Reglamento de un Centro de Arbitraje se imponga al órgano jurisdiccional la obligación de exigir requisitos no previstos por la ley para ejercer su función –de orden público– de control judicial requerida vía demanda de anulación[49].

Nótese que el enfoque de estas posturas es el de establecer que el derecho de acceso a la justicia sería una limitación razonable de la autonomía de los particulares. Es decir, que las partes no pueden regular su derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, no se aprecia cuáles son las razones que justifican dicha restricción más allá de la sola alegación del citado derecho y que su vulneración sería irrazonable.

Un razonamiento de este tipo no solo tiene las mismas complicaciones metodológicas que tenía la alegación de una aparente limitación legislativa; sino que, además, no repara en que la autonomía de los particulares es también un derecho fundamental, al igual que el derecho de acceso a la justicia o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. La sola invocación de un derecho en contra de otro o la sola alusión a la irrazonabilidad en su ejercicio, en efecto, en nada ayuda a definir la validez de un **acuerdo procesal**.

Ahora bien, si se aprecia con detenimiento el problema expuesto, este puede ser replanteado con la finalidad de determinar si el derecho de acceso a la justicia, en tanto la situación jurídica procesal, puede ser objeto de disposición por parte de su titular. Para determinar este último aspecto, es necesario tener en cuenta que

> desde el punto de vista del contenido, el acto de voluntad puede presentarse abstractamente según diversas tipologías, como acto de disposición en el significado de alienación de un derecho o renuncia del mismo, pero también como una pura manifestación del consentimiento a una invasión no permanente de la esfera personal sin abdicación del derecho (Nicolussi, 2011, p. 137).

Bajo dicho enfoque, cuando se discute, por ejemplo, si el derecho de acceso a la justicia puede ser objeto de la autonomía de los particulares no es porque las partes renuncien a él (lo cual ciertamente no sería admisible), sino porque se limita su ejercicio bajo circunstancias precisas y concretas.

El derecho de acceso a la justicia[50] (o de acceso a la jurisdicción), según los planteamientos de parte de la doctrina, puede ser entendido como aquel que "garantiza que todas las personas, individual o colectivamente, puedan acceder a la prestación de la tutela jurisdiccional por los órganos jurisdiccionales" (Sotero Garzón, 2013, p. 184), "para que a través del inicio de un proceso se pueda lograr una tutela a la situación jurídica de ventaja que ha sido amenazada o lesionada" (Priori Posada, 2003, p. 290).

Este es el mismo entendimiento que tiene el TC peruano, el cual podemos apreciar, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 02443-2012-PA/TC, de fecha 11 de noviembre de 2015, en la cual se indica que

> el derecho de acceso a la justicia garantiza que un particular tenga la posibilidad real y efectiva de acudir al juez, como tercero imparcial e independiente (Cfr. STC 2070-2003-AA/TC) a fin de demandar la solución de sus conflictos de la más diversa índole o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos. Empero, es un derecho de configuración legal, pues, acceder a la judicatura se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley especial de la materia (Cfr. RTC n.° 44-2012-PA/TC) (2015, párr. 3).

En consecuencia, solo si mediante un negocio jurídico se renuncia o abdica de forma general y abstracta al derecho de acceso a la justicia, en los términos en los que ha sido delineado, puede cuestionarse legítimamente el ejercicio del derecho a la autonomía de los particulares y, por lo tanto, calificar a dicho negocio jurídico como nulo por contravenir el orden público.

[49] El mismo criterio se repite, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 00135-2015-0, que fue resuelto por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima.

[50] En este ámbito aún son clásicas las reflexiones de Cappelletti y Garth (1996). Para un panorama del derecho de acceso a la justicia en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede revisar el trabajo de Bernales Rojas (2019).

Ahora, si se presta atención a que el derecho de acceso a la justicia implica, por un lado, que cualquier derecho o interés es susceptible de ser objeto de protección jurisdiccional (Priori Posada, 2019, p. 83) y, por otro lado, que "cualquier persona, grupo o entidad a la cual se le reconoce la posible titularidad de situaciones jurídicas puede acudir a un proceso a solicitar protección jurisdiccional" (Priori Posada, 2019, p. 84); entonces se podrá apreciar con mayor claridad cuándo es que este derecho se puede considerar lesionado.

En términos del TC, según lo expresado en la sentencia recaída en el Expediente 05728-2015-PA/TC, de fecha 20 de diciembre de 2017, hay que tener en consideración lo siguiente:

> [...] existirá una lesión al derecho de tutela jurisdiccional efectiva, en su manifestación de acceso a la justicia, cuando: (i) se impida o prohíba a una persona solicitar tutela en la vía jurisdiccional sin que exista una justificación constitucional válida para ello; o, (ii) se establezcan barreras, requisitos u obstáculos que, sin prohibir directamente el acceso a la jurisdicción, dificulten o restrinjan arbitrariamente la posibilidad de solicitar tutela en sede jurisdiccional (2017, párr. 16).

Entonces, bajo el esquema expuesto, se reafirma que no todo negocio jurídico que restrinja el ejercicio del derecho de acceso a la justicia deba ser considerado automáticamente como nulo; puesto que deberá establecerse si dicha limitación, según las características del caso concreto, puede ser calificada como arbitraria[51]. Es decir, injustificada, y solo en dicho escenario, de forma posterior, se podría arribar a la nulidad del negocio jurídico.

Lo mismo no se puede indicar con respecto al derecho de acceso a la justicia, sino con relación al **derecho a la impugnación**[52]. De hecho, alegar dicha garantía hubiese sido más coherente con la naturaleza impugnatoria de la anulación de laudo; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia nacionales no lo han advertido[53].

No obstante lo previamente indicado, a pesar de la mejor adecuación de este derecho con la anulación de laudo, ello tampoco impide que se celebre un negocio jurídico que lo restrinja. La validez de dicho negocio jurídico (una vez más) dependerá, en última instancia, de que la autonomía de los particulares no represente una limitación arbitraria al derecho a la impugnación.

Adicionalmente, si se comprende que

> no todos los medios impugnatorios se dirigen 'contra una decisión judicial ante un órgano superior, con la finalidad de que la controversia sea objeto de un nuevo examen', pues ello depende del tipo de impugnación, su objeto y la función que el ordenamiento procesal le asigne. [...] [y que] son estos medios de impugnación, que no son promotores de una ulterior instancia [...] [los que] son de configuración legal y que, por tanto, 'corresponde al legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir' [...] (Ariano Deho, 2015, pp. 64-65).

---

51 Un ejemplo de ello, con relación al rechazo liminar de la demanda, y estando en juego el derecho de acceso a la justicia, véase a Priori Posada (2009, pp. 104-113).

52 Desde una perspectiva terminológica, coincido con quienes prefieren el término "derecho a la impugnación" (Alfaro Valverde, 2015, pp. 393-394; Priori Posada, 2019, p. 113) y no se limitan al "derecho de acceso al recurso". Tal como se ha indicado previamente, la impugnación comprende, por lo menos, la impugnación recursal y la impugnación con pretensión autónoma. Con relación a la confusa posición del TC del "derecho a los recursos", véase a Ariano Deho (2015, pp. 59-73).

53 Inclusive, podría haberse apostado por sostener la limitación a la autonomía de los particulares en el derecho subjetivo de recurrir que, según se ha sostenido, "es un derecho de configuración legal que el legislador infraconstitucional consagra a partir de la garantía de la pluralidad de instancias" (Cavani Brain, 2018, p. 72). Sin embargo, este camino tampoco hubiese arribado a un resultado diferente. En efecto, si bien el derecho subjetivo de recurrir se relaciona con la garantía constitucional de la pluralidad de instancias, ello no aparece posible de extenderse a las impugnaciones que se articulen, por ejemplo, a través de una pretensión autónoma, tal como sucede con la anulación de laudo. Además, hay que tener en consideración que, dentro del propio alcance del derecho a la pluralidad de instancias, ello "no significa en absoluto que todo proceso tenga que pasar por más de una instancia (o sea, por el conocimiento, como se dirá luego, de más de un juez distinto), pues ello queda en la libre disposición de los justiciables" (Ariano Deho, 2015, p. 50). Ello explica que el CPC reconozca expresamente la denominada "renuncia a recurrir" en los siguientes términos:

> 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 2).
>
> Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin. Esta renuncia será admisible siempre que el derecho que sustenta la pretensión discutida sea renunciable y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa (Código Procesal Civil, art. 361).

La validez de esta disposición es reconocida en doctrina nacional (Ariano 2009, p. 50; Cavani, 2018, pp. 63-68).

Entonces, se entiende que el propio legislador ha admitido que se coloquen requisitos a la anulación del laudo que dependan de la autonomía de los particulares, tal como abordaremos en la siguiente sección.

Ahora bien, si nos centramos en el **acuerdo procesal** de constitución de una carta fianza como condición de la anulación del laudo, es posible reconocer una serie de circunstancias de carácter específico que no permiten afirmar que el ejercicio de la autonomía sea arbitrario (ni ante el derecho de acceso a la justicia, ni ante el derecho a la impugnación). En ese sentido, podemos identificar los siguientes aspectos del ámbito estudiado:

a) Las situaciones jurídicas materiales que pueden ser discutidas en el arbitraje son de **libre disposición conforme a derecho**[54] (Blackaby *et al.*, 2015, pp. 110-111; Cantuarias Salaverry, 2007, pp. 7-17). Ello implica que el ordenamiento jurídico respecto de dichas situaciones jurídicas ha reconocido un amplio nivel para el ejercicio de la autonomía de los particulares.

b) Las partes, al pactar un convenio arbitral, están manifestando expresamente su voluntad de evitar la jurisdicción estatal para la resolución de controversias, en buena cuenta, las partes han desplazado el acceso a la justicia estatal a través de un **negocio jurídico procesal** (Mazzei & Ruis Chagas, 2015, p. 652).

c) La anulación de laudo es un medio impugnatorio extraordinario que procede respecto de una decisión que ya adquirió la calidad de cosa juzgada luego de que las partes ejercieron su derecho de acceso a la "**justicia (privada)**" (Mattli, 2001, 920). Y en la que ya no se deben discutir las situaciones jurídicas materiales puestas en discusión entre las partes .

d) Las causales de anulación del laudo arbitral pueden ser renunciables[55] dentro del propio arbitraje[56] por lo que al reconocer que la renuncia es un negocio jurídico dispositivo unilateral bien puede afirmarse que, como regla general, las causales de anulación son disponibles y no comprometen el orden público.

e) La demanda de anulación de laudo se rige por el principio dispositivo[57], por lo que es la parte interesada, y solo esta, la que puede activar la jurisdicción ordinaria.

Dado el esquema de funcionamiento constitucional y legislativo del arbitraje, no cabe afirmar que es arbitrario el ejercicio de la autonomía de los particulares cuando, a través de un **acuerdo procesal***,* se condiciona la anulación del laudo mediante la constitución de una garantía.

A pesar de lo indicado, no podemos negar que la relación entre el derecho de acceso a la justicia y el propio arbitraje sí constituye un problema que amerita ser analizado. Problema que, en nuestro ordenamiento, al reconocer una jurisdiccionalidad (asimilada) al arbitraje, hubiese merecido un mayor análisis por los especialistas en arbitraje.

Por ahora, nos limitamos a anotar que dicha relación se ha establecido en el arbitraje internacional,

---

54 Según la Ley de Arbitraje:

> 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
>
> 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 2).

55 Sobre el particular, Blackaby *et al.* indican lo siguiente:

> Es poco probable que las partes tengan éxito en alguna demanda de revisión de un laudo basada en una objeción que no ha sido planteada durante el arbitraje. Esto se debe a que generalmente se considerará que han renunciado a esa objeción. La posibilidad de renuncia se establece tanto en algunas legislaciones nacionales como en las principales normas de arbitraje. Por ejemplo, consideremos un arbitraje internacional en Londres, en el cual el demandado tiene dudas sobre la validez del acuerdo de arbitraje, pero sin embargo participa en el arbitraje (2015, p. 579) [traducción libre].

56 La Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

> Si una parte que, conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 11).

57 En la Ley de Arbitraje se reconocen dos supuestos en los que la causal de anulación puede ser apreciada de oficio: (i) que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional; y, (ii) 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.

aunque no sin críticas (Kudrna, 2013, pp. 4-14); por ejemplo, aquella realizada por la Corte de Apelación de París[58] sobre la base del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[59].

En **segundo lugar**, con relación al derecho a la gratuidad de la administración de justicia, parte de la doctrina sostiene que "(...) en los hechos, exigir la presentación de una carta fianza constituiría un gasto que (de modo alguno) debería ser válido, pues con ello se estaría negando a una persona el acceso a una administración de justicia que por principio debería ser gratuita (Castillo Freyre & Chipana Catalán, 2018, p. 85). Dicha postura no ha sido invocada por la jurisprudencia para justificar la nulidad de los **acuerdos procesales** objeto de análisis y tampoco llega a ser convincente.

De la revisión del texto constitucional se aprecia (y así ha entendido de manera uniforme nuestra doctrina) que la gratuidad de la administración de justicia no es de carácter general; sino que se encuentra limitada únicamente a las "personas de escasos recursos" y a los casos que la ley señala (Ariano Deho, 2006, pp. 592-593; Galván Pareja y Álvarez Pérez, 2000, pp. 105-107; Alfaro Valverde, 2011, pp. 101-102; Zúñiga Escalante, 2015, pp. 53-57; Priori Posada, 2019, pp. 86-87). Por ello, se afirma que "si la justicia fuera pagada, entonces los menos favorecidos estarían, además, privados de ella" (Rubio Correa, 1999, p. 133).

Lo visto con anterioridad es el mismo entendimiento que ha tenido la Ley Orgánica del Poder Judicial[60] y, bajo dicha directriz, se entiende el

---

58 Así sucedió en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011 en donde se afirmó lo siguiente:

> El derecho de acceso a la justicia implica que una persona no puede ser privada de la facultad concreta para que un juez decida sus reclamos; cualquier restricción al derecho de acceso a la justicia debe ser proporcional a los requisitos de la buena administración de justicia; los tribunales arbitrales no están exentos de la aplicación de estos principios (Corte de Apelación, sentencia 09/24158, 2011) [traducción libre].

Los hechos del caso involucran a la compañía italiana Pirelli y la compañía española Licensing Project con relación a un contrato de licencia suscrito hacia el 2001. En el 2007 una corte de Barcelona declaró insolvente a Licensing Project y se inició en el 2009 el procedimiento de liquidación. También en el 2007 Pirelli inicia una reclamación arbitral bajo las Regla de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París en la cual solicitó que se reconozca la terminación del contrato de licencia, así como el pago de regalías pendientes. Por su parte, Licensing Project formuló varias contrademandas solicitando una compensación y que la terminación del contrato realizada por Pirelli fue ilegal. En el 2009, Pirelli solicitó que se fije por separado y de forma anticipada los costos del arbitraje. El Tribunal concedió la solicitud, pero Licensing Project se opuso alegando la falta de recursos financieros. Dado que Licensing Project no pudo realizar el pago sus pretensiones fueron retiradas El Tribunal, al final, solo se pronunció respecto de las pretensiones de Pirelli, pero dejó a salvo a que Licensing Project pueden presentar sus reclamaciones en otros arbitrajes. Al momento de cuestionar la validez del laudo, Licensing Project sostuvo que se había vulnerado su derecho de acceso a la justicia garantizado por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

59 La versión en inglés del Artículo 6 (Right to a fair trial) dispone lo siguiente:

> 1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. (...)"

Por su parte, la versión en castellano del citado dispositivo normativo, establece que:

> 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia (Convención Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950, art. 6).

60 La Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

> La Administración de Justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos, y para todos los casos expresamente previstos por ley. Se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales:
>
> a) Los litigantes a los que se les concede auxilio judicial.
> b) Los demandantes en los procesos sumarios por alimentos cuando la pretensión del demandante no excede de veinte (20) Unidades de Referencia Procesal.
> c) Los denunciantes en las acciones de Hábeas Corpus.
> d) Los procesos penales con excepción de las querellas.
> e) Los litigantes en las zonas geográficas de la República, en las que por efectos de las dificultades administrativas se justifique una exoneración generalizada.
> f) El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones.
> g) Las diversas entidades que conforman los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los órganos constitucionalmente autónomos, las instituciones públicas descentralizadas y los Gobiernos Regionales y Locales.

CPC[61] y el Código Procesal Constitucional[62] (Castillo-Córdova, 2005, pp. 141-142).

Sin embargo, no se ha establecido (por lo menos no con claridad) qué se entiende por "persona de escasos recursos"; ante ello se ha sugerido que una noción se puede encontrar en el artículo 179 del CPC cuando alude "a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan", lo cual debe evaluarse según cada caso en concreto (Ariano Deho, 2006, p. 592).

En esa medida, no se justifica una invocación con tan amplio alcance y de forma abstracta, como la realizada por la doctrina aludida, para atacar la validez de los **acuerdos procesales** de constitución de una garantía como requisito de la anulación de laudo.

De hecho, en el mejor de los casos, la invocación de este derecho podría justificar la nulidad de los citados **acuerdos procesales** de forma completamente residual y siempre sujeto a una evaluación concreta. Sobre este punto, y los otros límites al ámbito abordado, se volverá en la última sección de la presente reflexión.

Dicho criterio, referido al carácter limitado de la aplicación de la gratuidad de la administración de justicia solo a las personas de escasos recursos y los supuestos previstos por ley, ha sido asumido expresamente por el TC peruano en la sentencia recaída en el Expediente 1607-2002-AA/TC-LIMA, de fecha 17 de marzo de 2004, en la cual se indicó lo siguiente:

> El inciso 16 del artículo 139 de la Constitución establece que uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional es «El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala». Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza «El principio de la gratuidad de la administración de justicia […] para las personas de escasos recursos»; y, por otro, consagra» […] la gratuidad de la administración de justicia […] para todos, en los casos que la ley señala» (2004, párr. 5).

En consecuencia, se reafirma la inexistencia de limitaciones, basadas en el orden público (constitucional), que impidan la validez del **acuerdo procesal** de constitución de la garantía como requisito de la anulación de laudo, por lo que bien puede afirmarse que estamos ante una **habilitación genérica** de la validez de este tipo de negocios jurídicos.

De ahí que se pueda coincidir con quien ha indicado que como condición de la anulación de laudo "es totalmente válido y constitucional que las partes pacten en el convenio arbitral o que se incluya en algún reglamento procesal de algún Centro de Arbitraje la exigencia de constituir fianza bancaria a favor de la parte vencedora" (Villa-García Noriega, 2009, p. 308).

V. HABILITACIÓN ESPECÍFICA PARA LA VALIDEZ DEL ACUERDO PROCESAL QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTÍA COMO REQUISITO DE LA ANULACIÓN DE LAUDO

En la sección anterior hemos establecido que existe una **habilitación genérica** para la validez de los **acuerdos procesales** que son materia de estudio. Con dicho análisis bastaría para demostrar la hipótesis del presente artículo; es decir, que los **acuerdos procesales**, mediante los cuales se exige la constitución de una garantía como requisito de la anulación de laudo, son válidos.

Sin embargo, a efectos de precisar el estudio efectuado, es posible evidenciar que, además de

---

h) Los que gocen de inafectación por mandato expreso de la ley.
i) Los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en los procesos laborales y previsionales, cuyo petitorio no exceda de 70 (setenta) Unidades de Referencia Procesal, de amparo en materia laboral, o aquellos inapreciables en dinero por la naturaleza de la pretensión (Decreto Legislativo 767, 1993, art. 24).

61 El Código Procesal Civil señala:

> El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecida en este Código y disposiciones administrativas del Poder Judicial (Resolución Ministerial 10-93-JUS, 1993, art. VIII).

62 El Código Procesal Constitucional señala:

> Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales. El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código. Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código (Ley 28237, 2004, art. III).

la **habilitación genérica**, existe una **habilitación específica** para los citados **acuerdos procesales**. En otros términos, en nuestro ordenamiento jurídico existe una disposición normativa expresa que habilita a las partes a celebrar este tipo de **acuerdos procesales**: el artículo 64, numeral 2 de la Ley de Arbitraje.

En ese sentido, la presente sección se encuentra dedicada a mostrar que dicha disposición normativa constituye la **habilitación específica** mencionada, que ha sido puesta en cuestionamiento por alguna doctrina y jurisprudencia.

Para ello, en primer lugar, revisaremos las diferentes interpretaciones que se han realizado con relación al artículo 64, numeral 2 de la Ley de Arbitraje y tomaremos una posición sobre el particular. En segundo lugar, mostraremos que la base legal para los **acuerdos procesales** que están siendo analizados permite confirmar la funcionalidad ínsita a este tipo de negocios jurídicos.

A. La habilitación específica contenida en la Ley de Arbitraje: entre la garantía de cumplimiento del laudo y el requisito de anulación del laudo

El artículo 64 de la Ley de Arbitraje regula el trámite de la anulación ante la Corte Superior competente. Para los efectos del presente estudio interesa centrarnos en el numeral 2, el cual dispone lo siguiente:

> El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo (Decreto Legislativo 1071, 2008).

La parte final de esta disposición normativa indica que, "el recurso [sic] de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo" (2008, artículo 64). Tal como se indicó en la sección anterior, en el marco de una impugnación extraordinaria que se materializa a través de una pretensión autónoma, es posible que el legislador regule su acceso para las partes. En este caso, el legislador ha habilitado a que sean las partes las que puedan fijar un requisito de la anulación de laudo.

Ahora bien, con respecto a este extremo, un sector de nuestra jurisprudencia comercial ha formulado una interpretación que ha negado que uno de los requisitos de la anulación sea la constitución de una garantía. Dicho aspecto, en todo caso, en realidad, regularía la garantía de cumplimiento prevista en el artículo 66, numeral 1, de la Ley de Arbitraje, el cual dispone lo siguiente:

> La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión (2008).

En ese sentido, la Ponencia del Pleno Comercial que estaba en contra de la validez de los **acuerdos procesales** que condicionan la anulación del laudo con la constitución de una carta fianza sostenía que

> [...] el artículo 64 inciso 2) de la Ley de Arbitraje, se refiere a la carta fianza pactada por las partes 'para garantizar el cumplimiento del laudo', que es la dispuesta por el artículo 66 de la ley citada relativo al pedido de suspensión del cumplimiento del laudo, y no a la presentación misma del recurso de anulación (2016).

En ese sentido, siguiendo la doctrina (García Calderón Moreyra, 2011, p. 726; Diez Contreras, 2017, p. 320), la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima en el Expediente 65-2014-0, de fecha 20 de enero de 2015, señaló que

> en efecto, sólo una interpretación formal propia del valorismo legalista del [Decreto Legislativo] 1071, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, en el caso de autos es exigible ese "otro requisito" de presentación de la carta fianza [...], lo que no resulta plausible dadas las implicancias constitucionales del tema como quedó dicho, debiendo dicha norma del artículo 64 referido ser interpretada sistemáticamente, en el sentido que al referir a "otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo", se está refiriendo a la garantía prevista en el artículo 66° de la misma le y que aplica

> únicamente cuando se solicite la suspensión de la obligación de cumplimiento o de la ejecución del laudo, pero no para la sola interposición del recurso de anulación.

La interpretación apenas reseñada no puede ser compartida.

De hecho, más allá de que la alusión al "valorismo legalista" y las "implicancias constitucionales" sean recursos retóricos que constituyen una clara petición de principio y que no tienen mayor fundamento, como se ha demostrado en las secciones anteriores, lo cierto es que, desde el propio enfoque de la interpretación, el recurso a la técnica de **la interpretación sistemática** realizada por este sector de la jurisprudencia no se justifica.

El artículo 64, numeral 2, de la Ley de Arbitraje habilita (i) que las partes puedan pactar requisitos de la anulación; y (ii) que dicho requisito debe garantizar el cumplimiento del laudo (2008).

Sin embargo, cuando se quiere circunscribir dicha habilitación a la constitución de la garantía de cumplimiento prevista en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, se olvida que esta garantía no es un requisito de la anulación, sino una condición para solicitar la suspensión de la ejecución del laudo. Nótese bien que la consecuencia de no presentar la garantía no afecta la tramitación de la anulación, sino que determina que no se conceda la suspensión de la ejecución del laudo. Las finalidades son claramente diferentes.

Entonces, si bien la garantía del artículo 66 estructuralmente busca respaldar el cumplimiento de las obligaciones determinadas por el laudo (Mejorada Chauca, 2011, pp. 742-743) cuyo plazo de exigibilidad se ha visto diferido, no podemos perder de vista que funcionalmente constituye un mecanismo de protección de la integridad patrimonial de la parte que tiene interés en anular la decisión arbitral.

Más problemas genera el escenario en el que, tras haber previsto las partes en su convenio arbitral o en el acta de instalación –de forma expresa– que la exigencia de la garantía es una condición para anular el laudo; los jueces puedan sostener que, vía interpretación, dicho acuerdo se refiere a una garantía para suspender la ejecución del laudo. Una posición como la indicada, antes que una labor de interpretación, estaría realizando una de integración.

En efecto, aunque la jurisprudencia que defiende dicha posición no lo indica expresamente, lo que está haciendo es considerar como nulo (o quizá ineficaz) el **acuerdo procesal** que condiciona la anulación del laudo a la constitución de una garantía. De tal forma, sería un caso de nulidad (o ineficacia) parcial encubierta. Ahora, ante dicha nulidad, a continuación, la jurisprudencia está procediendo a limitar el reglamento contractual de las partes, en el extremo del **acuerdo procesal**, para darle una configuración que las partes no previeron y que, si bien está legalmente prevista, alude a otra finalidad.

Así, por ejemplo, la consecuencia de la postura de los jueces que es materia de comentario sería que se admita a trámite la demanda de anulación, pero se ordene la suspensión de la ejecución del laudo, lo cual muestra la reducción del ámbito de actuación de la autonomía de los particulares únicamente a lo legalmente previsto. Agrava la situación descrita el hecho de que dicho **acuerdo procesal** tenía como función excluir la jurisdicción ordinaria y termina siendo esta la que interviene, sin justificativo expreso, el reglamento establecido por las partes.

Tras haber descartado que se pueda reconducir la garantía de cumplimiento del laudo como requisito de anulación (artículo 64, numeral 2) a la garantía para la suspensión de la ejecución del laudo (artículo 66, numeral 1); queda por justificar que condicionar la anulación del laudo a la constitución de una garantía permite, a su vez, garantizar el cumplimiento del mismo. Particularmente, es posible afirmar ello por dos órdenes de razones.

En primer lugar, una aproximación histórica puede ayudar a comprender la relación entre la no anulación del laudo y el cumplimiento del mismo. En efecto, se nos ha recordado que

> la experiencia romana nos muestra lo que significa un arbitraje que se queda en el plano meramente negocial, esto es (usando el lenguaje de hoy), considerarlo como la mera 'ejecución de un contrato': que en caso de incumplimiento se carezcan de los mismos remedios previstos para las sentencias 'oficiales' (Ariano Deho, 2015, pp. 507-508).

En ese sentido, cuando la *sententia arbitri* se mantuvo en el plano del *compromissum*[63] no era apelable, lo que determinó la necesidad de establecer

[63] Para mayor información, véase a Daza Martínez (1990, pp. 89-134; 1991, pp. 59-102). Asimismo, para ahondar en el mismo ámbito, desde una perspectiva general, véase a Fernández Barreiro (2011, pp. 575-596) y a Fernández de Buján (2012, pp. 269-278).

que la consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto por los árbitros era el pago de una penalidad[64] (*poena ex compromissi*).

Luego de que el arbitraje transitara del Derecho Privado al Derecho Procesal, y habiendo enfrentado las diferencias entre la decisión del *arbiter* (procedía *secundum iudiciuron ordinem* y resolvía *de iurre*) y del *arbitrator* (no procedía *ordo iudiciuron* y resolvía *ex bono et aequo*), se admitió la posibilidad de apelación de la decisión de los árbitros (Piano Mortari, 1958, pp. 896-897). Sin embargo, se mantuvo la exigencia del pago de la penalidad, solo que como un requisito para impugnar con la finalidad de obligar a la parte vencida a someterse al fallo del árbitro (Ariano Deho, 2015, pp. 508-511), lo cual evidencia que no hay un condicionamiento entre el carácter privado o no del arbitraje con la exigencia de la penalidad.

A partir de lo anterior, se puede apreciar que históricamente[65] la exigencia del pago de una penalidad estuvo vinculada con la necesidad del cumplimiento del laudo. Ello es precisamente lo que sucede con el **acuerdo procesal** que supedita la anulación del laudo a la constitución de una garantía, la cual se comporta como si fuese una penalidad.

En segundo lugar, se tiene que advertir que cuando las partes supeditan la anulación del laudo a la constitución de una garantía, ello conlleva que aquellas limiten la posibilidad de atacar la validez del título de las obligaciones que podrían ser materia de ejecución (arbitral o judicial). La invalidez del título de una obligación condiciona la existencia del crédito o de la deuda que se deriva de dicho título. En otros términos, la invalidez del laudo genera un riesgo respecto de la existencia de la relación de obligación (o jurídica) establecida.

Bajo dicha premisa, el **acuerdo procesal**, que condiciona la anulación a la constitución de una garantía, reduce el riesgo de que se declare la inexistencia de la obligación. El reducir este riesgo, qué duda cabe, es un mecanismo que coadyuva a garantizar el cumplimiento del laudo, ya que en el fondo lo que se garantiza es la ejecución de la obligación contenida en el mismo. Dado que la existencia de la obligación es una condición previa a la exigibilidad, el condicionar la anulación del laudo garantiza la ejecución de la obligación.

Que las partes no se preocupen por asegurar que no se cuestione la existencia de la obligación puede condicionar la ejecución de la prestación contenida en el laudo. Al ser esto así, se reafirma que los **acuerdos procesales** materia de estudio sirven a la finalidad de garantizar el cumplimiento del laudo, cumpliéndose así lo previsto en el artículo 64 de la Ley de Arbitraje. En ese sentido, en tanto que no está de por medio la suspensión de la ejecución del laudo, esto no puede ser reconducido al artículo 66 de la citada normativa.

Tras demostrar que el artículo 64, numeral 2, no puede hacer referencia a la garantía de cumplimiento del laudo previsto en el artículo 66, numeral 1, debe ratificarse en el primero de los dispositivos legales se encuentra la habilitación normativa específica para afirmar la validez de los **acuerdos procesales** materia de estudio.

B. La funcionalidad del acuerdo procesal que establece la constitución de una garantía como requisito de la anulación de laudo

Un último punto que debe ser abordado dentro de la delimitación de la habilitación específica para la validez del **acuerdo procesal** es el referido al reconocimiento de utilidad de este tipo de negocios procesal en el estado actual del ordenamiento jurídico peruano.

Parte de la doctrina (Rivera, 2018, p. 111) y un sector de la jurisprudencia comercial han considerado que un **acuerdo procesal** que condicione la anulación del laudo a la constitución de una garantía no se justifica desde una perspectiva funcional toda vez que la anulación de laudo no suspende su ejecución.

En concreto, la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la

---

64 En el Código de Justiniano (*Codex Justinianus*) se indicaba lo siguiente:

> Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar de la sentencia del árbitro al cual se recurrió en virtud de compromiso legalmente hecho, porque tampoco se puede dar en virtud de ella la acción de cosa juzgada, y por esto se promete por ambas partes una pena, para que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido. Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido (Libro II, Título 56, 1).

65 Nuestra doctrina se ha encargado de mostrar, incluso, la evolución de la exigencia de una garantía como presupuesto de la apelación o anulación de laudo. De tal forma, Ariano Deho ha destacado los siguientes tres aspectos: (i) en el Código de Enjuiciamientos Civiles (1852) si las partes habían renunciado a recurrir era necesario pagar una multa en los casos en que el tribunal no fuese de equidad; (ii) en el Código de Procedimientos Civiles (1912) el pago de la multa para recurrir se convirtió en facultativo; y, (iii) en la Ley 26572 (1996) se fijó, nuevamente, como requisito facultativo el constituir una garantía para la admisibilidad de la apelación y la anulación del laudo (2015 pp. 518-522).

Corte Superior de Lima en el Expediente 65-2014-0, de fecha 20 de enero de 2015, señaló lo siguiente:

> [...] con la vigente Ley de Arbitraje no hay necesidad de garantizar nada ante la sola presentación del recurso de anulación, dado que de ordinario éste se tramitará sin que se suspenda la ejecución del laudo, no existiendo óbice para que –sin perjuicio del proceso de anulación– la parte vencedora en el arbitraje proceda de acuerdo al imperativo de su propio interés y demande la ejecución respectiva, que inexorablemente tendrá que encauzarse en la vía correspondiente y agotarse conforme a los términos del laudo (salvo claro está que se hubiera dispuesto la pre anotada suspensión, previa garantía, conforme al artículo 68 inciso 3 de la Ley de Arbitraje). En ese contexto, actualmente la exigencia de una carta fianza para la presentación del laudo (*rectius:* de la anulación del laudo) no sirve al propósito de asegurar el resultado del proceso de anulación ni tiene –por ende– utilidad alguna para asegurar ningún derecho de la contraparte durante la tramitación del mismo.

En efecto, la Ley de Arbitraje derogada disponía que la impugnación del laudo, a través de la anulación (y también de la apelación), tenía efectos suspensivos respecto de su ejecución (Ley 26572, artículo 84[66]). En ese contexto, en caso así las partes lo hayan acordado en el convenio arbitral o en el reglamento correspondiente, se exigía la constitución de una garantía por la cantidad en favor de la parte vencedora como requisito de admisibilidad de la anulación del laudo (Ley 26572, artículo 72[67]).

Cabe precisar que bajo estas coordenadas normativas algunos Reglamentos Arbitrales admitían la posibilidad que las partes convengan en condicionar la anulación del laudo a la constitución de una garantía. En efecto, aquello sucedía con el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (1993)[68], con el Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2007)[69] y el Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2012)[70].

Sin embargo, si se aprecia el esquema legislativo expuesto, la constitución de la garantía era facultativa para las partes y no determinaba la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, puesto que dicho

---

66 Según este texto normativo:

> El laudo se ejecutará como una sentencia, sin admitir otra oposición que la que se fundamenta acreditando documentalmente la interposición y pendencia de la apelación ante una segunda instancia arbitral o de la apelación o anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso el Juez suspenderá la ejecución. El Juez, bajo responsabilidad, sin trámite alguno, declarará improcedente de plano cualquier otra oposición, basada en razones distintas al cumplimiento (Ley 26572, 2008, art. 84).

67 Según este texto normativo:

> Son requisitos de admisibilidad del recurso de anulación: [...]
>
> 4. En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad en favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso [...] (Ley 26572, 2008, art. 72).

68 Este reglamento señala:

> El laudo es definitivo. Contra los laudos dictados en aplicación del presente reglamento no procede recurso de apelación, salvo pacto de las partes en contrario. En este caso, constituye requisito de admisibilidad del recurso de apelación: la presentación del recibo de pago o del comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o la constitución de fianza solidaria en favor de la parte vencedora, por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo. El mismo requisito de admisibilidad se exige para el recurso de anulación. Si la decisión de la autoridad competente determina que la parte interesada interpuso innecesariamente cualquiera de los recursos referidos, la contraria quedará facultada para ejecutar las garantías en su favor. El Centro no expedirá copia certificada alguna sin antes verificar el cumplimiento de este artículo (Centro de Comercio Internacional, 1993, art. 38).

69 Este reglamento señala:

> Contra los laudos arbitrales procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial, conforme a las causales taxativamente dispuestas por la Ley. La parte que desee interponer ante el Poder Judicial el recurso de anulación contra un laudo arbitral, deberá presentar a la autoridad judicial competente, como requisito de admisibilidad del recurso, de conformidad con el inciso 4) del artículo 72 de la Ley, el recibo de pago o el comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o una carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, extendida a favor de la parte vencedora, con una vigencia no menor de seis (6) meses y renovable hasta por tres (3) meses después de que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo (Cámara de Comercio de Lima, 2007, art. 63).

70 En este reglamento, se establecía lo siguiente en lo que respecta a la garantía:

> El recurso de anulación deberá estar acompañado con el documento que contiene la constitución de fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de seis (6)

efecto lo generaba la sola impugnación del laudo a través de la anulación, así se haya o no constituido la garantía.

Entonces, no se sostiene alegar la inutilidad de un **acuerdo procesal** que condiciona la anulación a la constitución de una garantía sobre la base de que la anulación ya no tiene efecto suspensivo; toda vez que, cuando lo tuvo, la constitución de la garantía no era lo que determinaba dicha suspensión de efectos.

Nuevamente, el recordar el aspecto histórico respalda nuestro parecer.

Se tiene, asimismo, que tomar en cuenta que la finalidad de la multa o penalidad que se constituía como requisito para la impugnación del laudo, históricamente, no se constituía en atención a si suspende o no los efectos del laudo; sino como una consecuencia patrimonial del incumplimiento de la obligación de no ir al arbitraje. Sea que haya anulación o apelación, se pagaba la penalidad por parte de quien iniciaba dicho proceso de control del laudo. Ahora bien, salvando las distancias legislativas, lo cierto es que tiene plena funcionalidad para la satisfacción de los intereses de las partes, claro está, propios de cada entorno cultural.

Por ello, adicionalmente, hay que considerar que el **acuerdo procesal** objeto de estudio es perfectamente útil para las partes. No solo porque permite desincentivar el cuestionamiento a la validez del laudo, con lo cual se mitiga el riesgo de la inexistencia de la obligación, sino porque, de forma adicional, refleja el interés de las partes de no incurrir en los costos de un proceso de anulación.

Este último aspecto es perfectamente legítimo y útil en atención a que la finalidad originaria de las partes fue, desde el inicio, el excluir que el Poder Judicial sea el fuero en el que se discutan sus controversias, más aún en un contexto en el que, inclusive, se ha limitado la procedencia al proceso de amparo en contra de laudos. Aquello concuerda con el pronunciamiento emitido por el TC en el Expediente 0142-2011-PA/TC, de fecha 21 de septiembre de 2011, por el precedente del caso de la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia[71].

A partir de lo anteriormente mencionado, si las partes convienen que es necesaria la constitución de una garantía para la anulación del laudo y que en buena cuenta implica la constitución de una carga procesal; entonces no debe haber problema alguno en admitir que, en ciertos casos, se podrían constituir dos cartas fianzas: una como requisito de la anulación que responde al pacto de las partes y otra si es que la parte interesada quiere detener los efectos de la anulación.

En efecto, es perfectamente admisible, puesto que supone un escenario (tal como se verá en la siguiente sección) en el cual las partes se han encontrado en un plano de igualdad (formal y material) para programar su reglamento negocial, tanto a nivel material como procesal.

El apreciar la funcionalidad de este tipo de **acuerdos procesales** permite confirmar una apreciación ulterior: este tipo de acuerdos pueden ser considerados como atípicos dentro de nuestro ordenamiento. En efecto, si es posible determinar que este acuerdo reporta una utilidad para las partes, que tenga o no previsión normativa deviene en irrelevante; puesto que al no existir impedimento (legislativo o constitucional) para su celebración, entonces los acuerdos procesales serían admisibles al ser catalogados como atípicos.

Sin embargo, el **acuerdo procesal** de constitución de garantía como condición de la anulación tiene pleno respaldo normativo en el ordenamiento jurídico peruano y, además, despliega una funcionalidad propia e independiente de toda previsión normativa, por lo que únicamente se puede concluir que esta clase **de acuerdos procesales** son válidos.

No obstante, conforme hemos indicado a lo largo del presente trabajo, estos deben reconocer límites ya que al ser una manifestación de la autonomía de los particulares con respecto a las situaciones jurídicas procesales, no son absolutas.

---

meses y renovable hasta por tres (3) meses después de que se resuelva en definitiva el recurso de anulación, bajo apercibimiento de llevarse a cabo la ejecución de laudo, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo. Si el laudo contiene en todo o en parte un extremo declarativo, que no es valorizable en dinero, o si se requiere de una liquidación especial para determinar la obligación económica a la que se encuentra obligada la parte vencida, los árbitros pueden fijar en el laudo o en su rectificación, integración o exclusión, el monto que garantice el cumplimiento (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, art. 86).

[71] En el precedente se establece que el amparo arbitral en solamente cabe en tres supuestos: (i) si el laudo desconoce un precedente vinculante del TC; (ii) si el laudo no aplica una norma por considerarla inconstitucional, pese a que el TC o el Poder Judicial ya la declararon válida; y (iii) si un tercero al convenio arbitral cuestiona el laudo por afectación directa y manifiesta a sus derechos constitucionales.

En la siguiente y última sección se desarrollarán los límites de los acuerdos procesales en el ordenamiento jurídico peruano.

VI. DELIMITACIÓN DE LA VALIDEZ DEL ACUERDO PROCESAL QUE CONDICIONA LA ANULACIÓN DEL LAUDO A LA CONSTITUCIÓN DE UNA GARANTÍA

La autonomía de los particulares no puede ser una herramienta de abuso o de desigualdad entre las partes; por ello, es una necesidad delinear los límites de aquella.

Si bien, de forma previa, se ha indicado que no hay limitaciones legislativas o constitucionales estructurales que impidan afirmar la validez de los **acuerdos procesales** que son objeto de estudio de carácter general, ello no implica que, en atención a otras situaciones concretas, se puedan configurar supuestos específicos de nulidad.

Por ello, en la primera parte de esta sección abordaremos los límites especiales y generales que tienen los **acuerdos procesales** que constituyen una garantía como condición de la anulación de laudo. En segundo lugar, abordaremos, de forma crítica, un área donde sí se ha configurado una causal de nulidad estructural para este tipo de **acuerdos procesales**: la Ley de Contrataciones con el Estado.

A. Límites especiales y generales a la validez del acuerdo procesal que establece la constitución de una garantía como requisito de la anulación de laudo

Empezaremos con lo que consideramos como límites especiales a los acuerdos procesales.

Se alude a límites especiales para aquellos casos en los que la concreta causal de anulación de laudo alegada por la parte interesada es incompatible con la plena validez y eficacia de los **acuerdos procesales** de constitución de garantía como limitación de la anulación de laudo.

Dichos límites han sido identificados por parte de la doctrina. En efecto, esta clase de **acuerdos procesales** no resultan vinculantes cuando se demande la anulación en cualquiera de las siguientes dos causales: (i) aquellas que pueden ser apreciadas de oficio; y, (ii) aquella que se funda en la nulidad del convenio arbitral (Wong Abad, 2016, pp. 184-185).

En ese sentido, en relación con el primer supuesto, las causales que pueden ser apreciadas de oficio son las siguientes: (i) en el arbitraje nacional, cuando el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje; y (ii) en el arbitraje internacional, cuando 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.

Bajo dichos supuestos se puede añadir la anulación del laudo arbitral en el arbitraje nacional por contravención al orden público (Portocarrero Lanatta, 2003, pp. 365-383; Rivas Caso, 2020, pp. 1-18), lo cual permite poner a disposición de las partes un remedio para los casos en los que se haya realizado alguna actividad fraudulenta en el arbitraje.

De forma previa se indicó que las causales de anulación, como regla general, son disponibles en el arbitraje. La excepción a dicha regla se encuentra en las causales de anulación previamente indicadas, puesto que las mismas pueden no haber sido objeto de reclamación en el arbitraje, pero aun así la parte interesada podrá invocarlas ante la jurisdicción ordinaria en el proceso de anulación.

Si bien para cuestionar el laudo por esta causa, en virtud del principio dispositivo, se requerirá que la parte formule una demanda; no se debe perder de vista que estas causales, adicionalmente, pueden ser apreciadas de oficio. En estos casos, el **acuerdo procesal** que condiciona la anulación a la constitución de una garantía no podrá ser oponible ante la magistratura, puesto que la prerrogativa respecto de la aplicación de esta causal se encuentra reconocida a favor del magistrado.

Con relación al segundo supuesto, se sugiere excluir la aplicación del **acuerdo procesal** en los casos en que la parte sustente la anulación del laudo en la nulidad del convenio arbitral, sobre la base de considerar que sería contradictorio sostener la nulidad del convenio pero la validez de uno de sus extremos (el que contiene el **acuerdo procesal**) que es el que impide cuestionar el sustento de la anulación.

Sin embargo, cabe realizar algunas precisiones en relación a lo estudiado.

En primer lugar, debemos tener en consideración que el **acuerdo procesal** se distingue del convenio arbitral, por lo que es perfectamente posible que se celebren en el mismo momento o en momentos y actos separados. En consecuencia, no siempre la nulidad del convenio conlleva la nulidad del **acuerdo procesal**.

En segundo lugar, en atención a la lógica subyacente a la nulidad parcial, debemos tener en cuenta que la causal de nulidad del convenio arbitral que se invoque debe afectar, a su vez, al **acuerdo procesal** (por ejemplo, en los casos de capacidad de

ejercicio restringida); puesto que, en caso sean separables, la suerte de uno no debe condicionar al otro, por lo que la pretensión de anulación que se formule deberá estar en capacidad de diferenciar ambos escenarios.

En ese sentido, continuaremos con los límites generales. Los límites no están en función de una causal de anulación en específico, sino que dependerá de situaciones que puedan afectar a ambas o alguna de las partes.

En primer lugar, si bien el **acuerdo procesal** no contraviene disposiciones constitucionales de orden público, sí es posible que en ciertas circunstancias se haya celebrado en circunstancias que impliquen, por ejemplo, el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de otra parte. Dicha situación de vulnerabilidad engloba a situaciones de debilidad (económica, por ejemplo) de una de las partes contractuales con relación a la otra.

En efecto, recordemos que el ordenamiento peruano solo reprime el "aprovechamiento de un estado de necesidad" a través del remedio de la rescisión[72]. Sin embargo, no se pronuncia con respecto al aprovechamiento sobre otras situaciones de vulnerabilidad, tales como la ligereza, la inexperiencia o el peligro.

A diferencia de otros ordenamientos[73] donde hay una regulación expresa para este tipo de situaciones, el vacío existente en la legislación peruana es posible que se recurra a la cláusula normativa general de la buena fe con miras a obtener una adecuación o la indemnización correspondiente o a la de buenas costumbres con la consecuente sanción de nulidad en virtud de lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil[74].

En segundo lugar, debemos destacar los casos de contratos celebrados de forma estandarizada, los cuales comprenden a los contratos con cláusulas generales de contratación (contratos por adhesión e, incluso, contratación de consumo), en los que un **acuerdo procesal** podría calificar como una cláusula vejatoria[75].

En efecto, se debe hacer énfasis en que el cuestionamiento a la validez del **acuerdo procesal** no se basa en el solo hecho de que se enmarque dentro de una contratación estandarizada, sino en que la misma se entienda como vejatoria[76].

La Ley de Arbitraje tiene una regulación especial con respecto al convenio arbitral en el marco de **relaciones jurídicas estándares**[77] y apunta, al igual que la legislación civil correctamente entendida, hacia la comunicación, el conocimiento y la diligencia (O'Neill de la Fuente, 2011, pp. 241-245) como factores para determinar su exigibilidad. Sin embargo, no anula la regulación que previene la celebración de cláusulas vejatorias en la contratación estandarizada.

---

72 El Código Civil indica lo siguiente:

> La acción rescisoria por lesión sólo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos (1984, art. 1447).

73 Por ejemplo, en el ordenamiento francés se recurre a la figura de la "violencia económica" (Cabrillac, 2016, pp. 288-297). En el ordenamiento alemán, por su parte, se regula como un supuesto de contravención a las buenas costumbres (Flume, 1998, pp. 444-445). En el ordenamiento italiano, se habla de rescisión para los casos de necesidad y peligro (Bianca, 1984, pp. 642-656). En ese sentido, para mayor información, véase a Morales Hervias (2007, pp. 141-161).

74 El Código Civil señala: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres" (1984, art. V).

75 Para apreciar criterios para determinar si una cláusula es vejatoria, véase a Albanese, (2013, pp. 669-728).

76 Con respecto de la terminología, compartimos la opinión de Espinoza Espinoza, cuando indica que, desde una perspectiva técnica, es preferible emplear "cláusulas vejatorias" a "cláusulas abusivas" dado el alcance de la noción de abuso, más ligado al abuso de derecho (2004, pp. 526-527).

77 Según la Ley de Arbitraje:

> 1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
>
> 2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
>
> a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
>
> b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
>
> c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes (Decreto Legislativo 1071, 2008, art. 15).

Finalmente, no debemos perder de vista que, a nivel del CPC[78] se ha establecido con relación a las situaciones jurídicas materiales y procesales, un deber a cargo de los jueces para velar por la proscripción de situaciones de inequidad o desigualdad. Dicho aspecto es de perfecta aplicación para evaluar los límites de la autonomía de los particulares al momento de fijar los alcances de los **acuerdos procesales** que son materia de estudio y en que resulta relevante, por ejemplo, atender a la posible vulneración del derecho a la gratuidad de administración de justicia.

Al presentarse escenarios en los que los **acuerdos procesales** no puedan considerarse como válidos, se deberá cuestionar los mismos. En este caso, el juez competente para ello sería el mismo juez que es competente para conocer de la anulación del laudo, siendo que la validez del **acuerdo procesal** constituiría una cuestión previa a ser establecida antes de ingresar a conocer el fondo del cuestionamiento del laudo.

B. Un caso de exceso de los límites a la validez de la exigencia de la constitución de una carta fianza como requisito de la anulación del laudo: la Ley de Contrataciones del Estado y la lesión de la autonomía contractual del contratista

Un ámbito en el que la discusión sobre la validez de establecer una condición para la anulación del laudo que presenta contornos álgidos y tiene un impacto práctico de gran alcance, es la lamentable regulación que recibe en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

En la Ley de Contrataciones del Estado se regularon los requisitos de la anulación del laudo a ser formulado por el contratista en los siguientes términos:

> 45.22. La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso (Ley 30225, 2019).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado[79] (en adelante, el Reglamento de la Ley de Contrataciones), precisó la legislación señalando que

> 239.1. Conforme a lo previsto en el numeral 45.22 del artículo 45 de la Ley, para la interposición del recurso de anulación del laudo, el contratista presenta una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento, con una vigencia no menor de seis (6) meses, debiendo ser renovada por todo el tiempo que dure el trámite del recurso. Dicha carta fianza se otorga a favor de la Entidad, por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de la suma que ordene pagar el laudo (Decreto Supremo 344-2018-EF, 2018).

Tal como podemos apreciar, el contratista tiene que constituir una fianza con requisitos claramente establecidos como requisito para que se pueda impugnar el laudo arbitral. La imposición establecida por el legislador no deja espacio alguno para que los contratistas se liberen de la misma. Además, dicha regulación, particular de la contratación pública, no es reciente, aunque ha presentado cambios a lo largo del tiempo.

En primer lugar, mediante la Resolución 016-2004-CONSUCODE/PRE[80], que contiene el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje, se incorporó la exigencia necesaria de la carta fianza como un requisito de la anulación de laudo sin distinguir entre el contratista y la Entidad.

En segundo lugar, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, el requisito de la carta fianza como condición de la anulación se hizo facultativo y se mantuvo que la exigencia sea tanto para la Entidad como para el contratista[81].

---

78 Según el Código Procesal Civil:

> El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso (Resolución Ministerial 010-93-JUS, 1993, art. VI).

79 El Reglamento fue modificado mediante Decreto Supremo 377-2019-EF, de fecha 14 de diciembre de 2019. Sin embargo, no cambió el régimen de impugnación del laudo arbitral.

80 El artículo 62 de dicha resolución indica lo siguiente: "Para interponer recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida" (Resolución 016-2004-CONSUCODE/PRE, 2004).

81 Se indica:

> Para interponer el recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo

La misma regulación no sufrió cambios bajo el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado[82], que ya reglamentaba la Ley de Contrataciones aprobada por Decreto Legislativo 1017[83].

En este contexto, se adecuó el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje[84], para reconocer el carácter facultativo de la carta fianza como requisito de la anulación. En la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento tampoco hubo modificaciones referidas a la carta fianza.

En tercer lugar, recién mediante el Decreto Legislativo 1341[85] que modificó la Ley 30225, se elimina el carácter facultativo de la constitución de la carta fianza como requisito de la anulación y se restringe esta exigencia, de forma exclusiva, para el contratista.

Asimismo, la regulación se precisó mediante el Decreto Supremo que modificó el Reglamento de la Ley 30225[86]. Asimismo, mediante el Decreto Legislativo 1444 se modificó la Ley de Contrataciones[87], pero en nada sustancial en lo que refiere al tema de análisis, puesto que solo se cambió la numeración del inciso que regulaba la exigencia de la carta fianza.

Tras este breve recorrido, llegamos a la legislación vigente, a la cual hicimos alusión al inicio del presente acápite y que impone al contratista (a diferencia de la entidad) a constituir una carta fianza como requisito para la anulación del laudo. Dicha regulación se ha dado en función de admitir su utilidad basada en garantizar el cobro del monto laudado y disuadir a los contratistas de cuestionar la validez de los laudos emitidos en arbitrajes de contratación pública (Diez Contreras, 2017, p. 315).

Cuando el régimen normativo cambió de ser facultativo y aplicable a la entidad (y, por ello, al contratista) para ser obligatorio y exigible solo para el contratista; se expresaron posiciones en contra de la nueva regulación sobre la base de diferentes argumentos. De tal forma, se ha indicado que el requisito es incompatible con la Ley de Arbitraje (Diez Contreras, 2017, pp. 314-315) y que la modificación restringe el derecho de acceso a la justicia (García Calderón Moreyra, 2017, p. 18; Diez Contreras, 2017, pp. 317-319).

En relación con el primer aspecto, no hay ningún impedimento en la Ley de Arbitraje para poder establecer este tipo de **acuerdos procesales**. No obstante, ello no implica que este tipo de acuerdos sean válidos en la Ley de Contrataciones vigente; sino que la razón para cuestionar su validez, no descansa en la negada contravención a la Ley de Arbitraje.

---

determine pagar a la parte vencida, siempre que esté recogido en el convenio arbitral o lo disponga el Reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia (Decreto Supremo 084-2004-PCM, 2004, art. 289).

82 Se indica:

> [...] [C]omo requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de la carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a parte vencida (Decreto Supremo 184-2008-EF, 2009, art. 231).

83 En el Decreto Supremo 138-2012-EF se repite el texto del Decreto Supremo 184-2008-EF.

84 Mediante Resolución 172-2012-OSCE/PRE se modificó el artículo 63 en los siguientes términos:

> Como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida. A falta de acuerdo de las partes al respecto, la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida, como requisito para interponer recurso de anulación contra el laudo (2012).

85 En el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado se indica que:

> 45.22 [...] La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso (Decreto Supremo 082-2019-EF, 2019, art. 45).

86 Según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

> 197-A.1. Conforme a lo previsto en el numeral 45.8 del artículo 45 de la Ley, para la interposición del recurso de anulación del laudo, el contratista debe presentar una carta fianza bancaria, solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento, con una vigencia no menor de seis (6) meses, debiendo ser renovada por todo el tiempo que dure el trámite del recurso. Dicha carta fianza debe otorgarse a favor de la Entidad, por una cantidad equivalente al veinticinco por ciento (25%) del valor de la suma que ordene pagar el laudo (Decreto Supremo 056-2017-EF, 2017, art. 197-A).

87 El numeral 45. 8 paso a ser el 45.22, pero mantuvo el mismo tenor, el cual indica lo siguiente:

> La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso (Decreto Legislativo 1444, 2018).

En lo que respecta al segundo aspecto, la vulneración del derecho de acceso a la justicia no es la causa de cuestionar que se haya condicionado legislativamente la anulación del laudo a la constitución de una carta fianza; sino que es la consecuencia de la lesión de otro derecho fundamental.

En efecto, así como no toda restricción al ejercicio del derecho de acceso a la justicia fijado mediante la autonomía de los particulares es ilegítima, sino solo cuando deviene en arbitrario; tampoco cualquier restricción al derecho de acceso a la justicia es legítima por el solo hecho de haberse establecido legislativamente.

La Ley de Contrataciones, al regular un tratamiento diferenciado entre el contratista y la Entidad (siendo mucho más gravoso, en términos económicos, para el primero de ellos) ha materializado un trato inequitativo[88] entre las partes del arbitraje. En ese sentido, el trato equitativo no solo tiene sustento constitucional, sino inclusive legislativo. De tal forma, el artículo 2, literal i) de la propia Ley de Contrataciones regula expresamente el principio de equidad, en virtud del que se exige "las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad" (2019).

Por ello, podemos coincidir con quien ha sostenido que en la regulación de la anulación en el arbitraje de contratación pública existe manifiestamente diferenciación o discriminación (García Calderón Moreyra, 2017, p. 18). Adicionalmente, debemos advertir la manifiesta lesión a la autonomía de los particulares, puesto que lo que justifica los **acuerdos procesales** es dicha autonomía; sin embargo, en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado dicha autonomía es inexistente, debido a que el condicionamiento al laudo se ha realizado a través de una imposición legalmente prevista.

Ante dicha problemática, se ha sugerido como una medida plausible para solucionar el problema indicado que podría realizarse el control difuso del extremo de la Ley de Contrataciones que reconoce el condicionamiento de la anulación a la constitución de una carta fianza (Diez Contreras, 2017, pp. 320-321). Dicha solución, a la cual nos adscribimos, se enmarca, dentro de lo que advertíamos en el acápite anterior, respecto al deber del juez de evitar que la desigualdad entre las personas en vista a no afectar el desarrollo o resultado del proceso.

VII. CONCLUSIONES

En función de lo expuesto a lo largo del presente artículo, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) La autonomía de los particulares tiene reconocimiento constitucional y su ámbito de actuación no solo se limita a las relaciones contractuales; sino que se admite su alcance dentro del proceso para la creación, regulación, modificación y extinción de las situaciones jurídicas procesales (a través de negocios jurídicos procesales) dentro de los cuales se ubican los acuerdos procesales.

b) Los acuerdos procesales que condicionan la anulación del laudo a la constitución de una garantía tienen una habilitación genérica para su celebración en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que no se contraviene ninguna disposición legislativa o constitucional. En específico, no se vulnera el derecho de acceso a la justicia, ni el derecho a la impugnación, ni el principio de gratuidad de la administración de justicia.

c) Los acuerdos procesales que condicionan la anulación del laudo a la constitución de una garantía tienen, de forma adicional, una habilitación específica en el artículo 64, numeral 2, de la Ley de Arbitraje. Dicha habilitación específica no es equivalente a la garantía de cumplimiento para la suspensión de la ejecución del laudo arbitral prevista en el artículo 66, numeral 1, del mismo cuerpo normativo.

d) Los acuerdos procesales que condicionan la anulación del laudo a la constitución de una garantía tienen límites que, ante su transgresión, generan la invalidez de los primeros. Hay límites especiales (causales de anulación apreciables de oficio y la de nulidad del convenio arbitral) y generales (para situaciones de aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de cláusulas vejatorias en la contratación estandarizada).

e) En la Ley de Contrataciones del Estado existe una regulación que impone a los contratistas (a diferencia de la entidad) la constitución de una carta fianza como requisito de la anulación del laudo que contraviene el principio

[88] Solo repárese en que, a diferencia de los remedios con los que cuenta la Entidad para lograr el cumplimiento de las obligaciones del contratista, la situación es completamente distinta para el contratista. Así, con relación al arbitraje de contratación pública, recurriendo a la normativa del proceso contencioso administrativo, se ha precisado que la ejecución del laudo se encuentra mediatizada por normas especiales (Wong Abad, 2016, p. 184).

de equidad previsto en las relaciones con el Estado; así como contempla una vulneración a la autonomía de los particulares, debido a que la legislación ha impuesto una regulación limitativa de la anulación de laudo arbitral.

REFERENCIAS

Aguirre Chumbimuni, J. (2014). Convenciones o estipulaciones probatorias. Su aplicación en el Perú. Un estudio dogmático – empírico. *Foro Jurídico*, (13), 187-202.

Albanese, A. (2013). Le clausole vessatorie nel Diritto europeo dei contratti. *Europa e Diritto privato,* (3), 669-728.

Alfaro Valverde, L. (2011). Ficción y realidad en torno a la garantía constitucional de impugnación. En R. Cavani Brain (Ed.), *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil* (pp. 81-103). Gaceta Jurídica.

(2015). El derecho a la impugnación desde las Altas Cortes de Justicia. En G. Priori Posada (Ed.), *Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación.* Palestra Editores.

Ariano Deho, E. (2006). Gratuidad de la administración de justicia. Comentario al artículo 139, inciso 16 de la Constitución Política del Perú. En *La Constitución Comentada*, (Tomo II, pp. 592-595). Gaceta Jurídica.

(2015). *Las impugnaciones en el arbitraje entre pasado y presente. Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada.* Instituto Pacífico.

(2016). *En los abismos de la 'cultura' del proceso autoritario. In limine litis. Estudios críticos de Derecho procesal civil.* Instituto Pacífico.

Arrarte Arisnabarreta, A. M. (2001). Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (43), 53-68. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11589

(2007). De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 91-104. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8850

Avendaño Valdez, J. L. (2011). Comentario al artículo 62. En S. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Bernales Rojas, G. (2019). El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, *25*(3), 277-306. https://doi.org/10.4067/s0718-00122019000300277

Betti, E., Martín Pérez, A., & Monereo Pérez, J. L. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada.

Bianca, M. (1984). *Diritto civile: Il contratto*. Giuffrè.

Blackaby, N., Partasides C., Redfern A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration. Student version* (6ta ed.). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199557189.001.1

Born, G. (2009). *International commercial arbitration* (Vol. II). Wolters Kluwer.

Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908/

Bullard González, A. (2012). El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho & Sociedad*, (38), 17-31. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13100

Cabral, T. N. X. (2015). Convenciones en materia procesal. En P. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales: Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (Vol. I, pp. 293-335). Raguel Ediciones.

Cabral, A. (2020). *Pactum de non petendo: a promessa de não processar no direito brasileiro*. JusPodivm.

Cabrillac, R. (2016). La violencia económica: panorama de Derecho Comparado. *Ius et Veritas*, (53), 288-297. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.017

Campos García, H. (2019). Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el ordenamiento jurídico peruano. En S. García Long (Coord.). *Derecho de arbitraje: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 259-306). Normas Jurídicas.

Cantuarias Salaverry, F. (2007). Recursos contra el laudo arbitral. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 43-55. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8847/

(2011). Comentarios al artículo 2. En S. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Cantuarias Salaverry, F., & Caivano, R. J. (2008). La nueva Ley de Arbitraje peruana: un salto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 43-85. https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf

Caponi, R. (2015). Autonomía privada y proceso civil: los acuerdos procesales. En P. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (Vol. 1, pp. 59-84). Raguel Ediciones.

Cappelletti, M., & Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos.* Fondo de Cultura Económica.

Carvajal Ramírez, P. (2007). Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. ´Contrato´ y ´convención´ como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, *34*(2), 289-302. https://doi.org/10.4067/s0718-34372007000200004

Castillo Freyre, M. (2014). *Arbitraje: Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte*. ECB Ediciones.

Castillo Freyre, M., & Chipana Catalán, J. (2018). No es necesaria la presentación de una carta fianza para interponer recurso de anulación de laudo arbitral. En J. Wong Abad, (Ed.), *Plenos Comerciales. Aspectos Objetivos* (pp. 79-89). Instituto Pacífico.

Castillo-Córdova, L. (2005). Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional. *Actualidad Jurídica*, (41), 141-146.

Cavani Brain, R. (2016). Artículo III: fines del proceso e integración de la norma procesal. En *Código Procesal Civil Comentado* (Tomo I). Gaceta Jurídica.

(2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.

(2020). Convenções processuais no direito processual civil peruano: diagnóstico e proposta. En P. Nogueira & A. Cabral (Coords.), *Negócios Processuais*. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, (Tomo II, Vol. I, pp. 247-271). JusPodivm.

Cunha, L. C. (2015). Negocios jurídicos procesales en el proceso civil brasileño. En P. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (Vol. 1, pp. 221-270). Raguel Ediciones

Daza Martínez, J. (1990). Compromissum. Su naturaleza jurídica. *Anales de la Universidad de Alicante, Facultad de Derecho*, (5), 89-134. https://doi.org/10.14198/AnDerecho.1990.5.06

(1991). Compromissum. Contenido (segunda parte). *Anales de la Universidad de Alicante, Facultad de Derecho*, (6), 59-102. https://doi.org/10.14198/AnDerecho.1991.6.05

De Trazegnies Granda, F. (1996). Arbitraje de Derecho y de consciencia. *Ius et Veritas,* (12), 115-124.

Didier, F. (2015). Cláusula general de negociación sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil brasileño. En P. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (Vol. 1, pp. 159-186). Raguel Ediciones.

Didier, F., & Cunha, L. C. (2013). *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação* às *decisões judiciais e processo nos tribunais*, (11va ed., Vol. 3). Jus Podivum.

Didier, F., & Nogueira, P. (2013). *Teoría de los hechos jurídicos procesales*. ARA Editores.

Diez Contreras, C. (2017). El nuevo requisito de admisibilidad en los recursos de anulación. A propósito de la inclusión del artículo 45.8 en la Ley de Contrataciones del Estado. *Actualidad civil,* (39), 309-321.

Espinoza Espinoza, J. (2004). Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente. En L. León Hilario (Coord.), *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (pp. 498-540). ARA Editores.

Fernández de Buján, A. (2012). Del arbitraje romano configurado «a semejanza de los juicios» «compromisso quod iudicium imitatur». *Revista de Derecho UNED*, (11), 269-278. https://doi.org/10.5944/rduned.11.2012.11133

Fernández Barreiro, A. (2011). Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en el Derecho romano. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (15), 577-598.

Fernández Pérez, A. (2017). *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial.* Bosch. https://doi.org/10.2307/j.ctvr339pw.4

Ferri, G. B. (1980). Ordine pubblico (dir. privato). En *Enciclopedia del Diritto* (Vol. XXX). Giuffrè.

Florensa Tomas, C. E. (1987). *La condonación de la deuda en el Código civil: estructura y objeto del negocio remisivo* [Tesis de Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona]. Tesis Doctorals en Xarxa. http://hdl.handle.net/10803/1602

Flume, W. (1998). *El negocio jurídico: Parte General del Derecho civil* (4ta ed., Vol. 2). Fundación Cultural del Notariado.

Forno Flórez, H. (2000). *Acerca de la noción de contrato*. Gaceta Jurídica.

Galgano, F. (2002). *Il negozio giuridico. Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (2da ed.). Giuffrè.

Galván Pareja, G., & Álvarez Pérez, V. (2000). Pobreza y administración de justicia. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, *5*(15), 101-118. https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/economia/15/pdf/pobreza_justicia.pdf

García Belaúnde, D. (2006). *La Constitución y su dinámica*. Palestra.

García Calderón Moreyra, G. (2011). Comentario al artículo 64. En S. Soto Coaguila & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

(2017). El recurso de anulación y el requisito de admisibilidad en la Ley de Contrataciones. *Arbitraje PUCP*, (7), 16-21. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/18065

Geisinger, E., & Mazuranic, A. (2013). Challenge and revision of the award. En E. Geisinger, N. Voser & A. Petti (Eds.), *International Arbitration in Switzerland. A Handbook for practitioners* (2da ed.). Kluwer Law International.

Giannozzi, G. (1968). Ricorso (Diritto processuale civile). En E. Azara, & E. Eula (Eds.), *Novissimo Digesto italiano* (Vol. 15). Utet.

Gharavi, H. (2002). *The international effectiveness of the annulment of and arbitral award*. Kluwer Law International.

González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje* (3ra ed.). Porrúa.

Guevara Gilarmas, J. (2018). *Las convenciones probatorias en el proceso penal peruano Análisis para su eficaz aplicación en el marco de la justicia penal negociada* [Tesis de Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio Institucional Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/7563

Gutiérrez Gutiérrez, C. (2016). Convenciones probatorias y la necesidad de su aplicación en la etapa de juzgamiento. Realizarlo es una buena práctica judicial. *Revista Oficial del Poder Judicial,* (10), 527-546. https://bit.ly/33WKax6

Hundskopf Exebio, O. (2006). *Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional*. Actualidad Civil.

International Bar Association (IBA) (2010). *IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses.* https://bit.ly/33XbtY5

Irti, N. (2003). *Introducción al estudio del Derecho Privado*. Grijley.

Kolkey, D. M. (1988). Attacking arbitral awards: rights of appeal and review in international arbitrations. *The International Lawyer*, *22*(3), 693-715. https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2580&context=til

Kudrna, J. (2013). Arbitration and right of access to justice: tips for a successful marriage. *New York University Journal of International Law and Politics Online Forum*. https://bit.ly/3mVbLau

Mattli, W. (2001). Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration. *International Organization*, *4*(55), 919-947. https://doi.org/10.1162/002081801317193646

Marinoni, L. G. (2015a). *Introducción al Derecho procesal civil*. Palestra.

(2015b). *El derecho de acción como derecho fundamental*. Editorial Temis.

Martel Chang, R. (2018). *La anulación de laudos arbitrales en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.

Mazzei, R., & Ruis Chagas, B. S. (2015). Breve diálogo entre los negocios jurídicos procesales y el arbitraje. En P. Nogueira & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso* (Vol. 1, pp. 641-660). Raguel Ediciones.

Mejorada Chauca, M. (2011). Comentario al artículo 66. En S. Soto Coaguila, & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*, (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Messineo, F. (1962). *Convenzione (diritto privato).* En *Enciclopedia del diritto* (Vol. 10, pp. 510-511). Giuffrè.

Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el Estado Constitucional: Diálogos para un diagnóstico.* Palestra.

Monateri, P. G. (2004). Reformulando la noción de contrato: hacia una visión antagónica del contrato. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (49), 37-46. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8567/8924

Monroy Gálvez, J. (1993). Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (25), 35-48. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11057

(1996) *Introducción al proceso civil* (Tomo I). Temis-Bogotá.

Morales Hervias, R. (2004). ¿Existen intercambios sin acuerdo contractual? A propósito de las teorías del contrato y del negocio jurídico. En L. León Hilario (Coord.), *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (pp. 341-421). ARA Editores.

(2007). Introducción al estudio del contrato con lesión enorme. *Jus, Doctrina & Práctica*, (8), 140-162.

Müller, J. G. (2015). Convenciones procesales. En P. Nogueira, & R. Cavani (Coords.), *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*, (Vol. 1, pp. 187-219). Raguel Ediciones.

Nicolussi, A. (2011). *Autonomia privata e diritti della personalità.* En *Enciclopedia del Diritto, Annali*, (Vol. 4). Giuffrè.

O'Neill de la Fuente, C. (2011). Comentario al artículo 15. En S. Soto Coaguila, & A. Bullard González (Coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje* (Tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Palacios Martínez, E. (2007). Autonomía privada, principio de legalidad y Derecho civil. *Derecho PUCP*, (60), 97-110. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2926

Piano Mortari, V. (1958). Arbitrato: b) Diritto intermedio. En *Enciclopedia del diritto* (Vol. II). Giuffrè.

Portocarrero Lanatta, R. (2003). La impugnación del laudo contrario al orden público en la ley general de arbitraje, *THĒMIS-Revista de Derecho*, (46), 365-383. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10048

Priori Posada, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, (26), 273-292. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248

(2008). El principio de la buena fe procesal, el abuso del proceso y el Fraude Procesal. *Derecho & Sociedad*, (30), 325-341. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17419

(2009) El derecho de acceso a la justicia y el rechazo liminar de la demanda, THĒMIS-Revista de Derecho, (57), 104-113. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9147

(2014). Del derecho de acción a la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos. *Ius et Veritas*, (49), 146-161.

(2019). *El proceso y la tutela de los derechos. Colección: Lo Esencial del Derecho número 42*. Fondo editorial PUCP.

Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., & Partasides, N. (2006). *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional* (4ta ed.). Aranzadi.

Reggiardo Saavedra, M. (2014). Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú. *Forseti,* (1), 145-178. http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/14_1.pdf

Rescigno, P. (2004). Contratto, accordo, convenzione, patto: La terminología legislativa italia-

na en materia de contratos. En L. León Hilario (Coord.), *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (pp. 131-151). ARA Editores.

Rivas Caso, G. (2020). *La anulación del laudo por afectación al orden público en el Perú*. [Manuscrito inédito].

Rivera Gamboa, M. (2018). La presentación de carta fianza como requisito del recurso de anulación. A propósito del Pleno Regional Comercial de Lima del año 2016. En J. Wong Abad (Ed.), *Plenos Comerciales. Aspectos Objetivos* (pp. 91-112). Instituto Pacífico.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Tomo 5). Fondo Editorial PUCP.

Saavedra Velazco, R. (2013). Una visión comparada de la definición del contrato. Notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental. *Ius et Veritas*, (46), 186-203. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11967

Schlesinger, P. (2002). La autonomía privada y sus límites. *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, (3), 103-110.

Sologuren Calmet, H., & Purizaga Vértiz, L. (2014). Arbitraje de conciencia, ¿en qué casos y para qué fines? *Ius et Ratio. Revista de Derecho, 2*(1), 30-36.

Sotero Garzón, M. (2013). La acumulación de pretensiones a la luz de la tutela jurisdiccional efectiva. Análisis de las reglas del Código Procesal Civil conforme a la Constitución de 1993. *Derecho & Sociedad*, (40), 181-194. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12799

(2019). La adecuación de la tutela jurisdiccional y su materialización legislativa, jurisprudencial y convencional en el proceso civil peruano. *Revista de Derecho Procesal*, (2), 573-594.

Ugaz Zegarra, A. (2008). *La Convención probatoria. ¿Negociando a ciegas?: La importancia del Acuerdo de Descubrimiento de pruebas, como presupuesto de las Convenciones probatorias*. https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2241_4_doc4.pdf

Villa-García Noriega, Manuel (2009). *La constitucionalidad de exigir fianza para recurrir a la anulación del laudo en Arbitraje.* Ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional de Arbitraje, Centro de Arbitraje PUCP - Embajada de Francia, Lima, Perú.

Wong Abad, J. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la Subespecialidad Comercial.* Jurista.

(2016). La Segunda Sala Comercial declara inconstitucional la exigencia pactada de acompañar carta fianza a la demanda de nulidad de laudo: algunos comentarios. *Arbitraje PUCP*, (6), 180-186. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17036

Zúñiga Escalante, J. (2015). *Defensa pública y acceso a la justicia constitucional de personas en situación de vulnerabilidad económica* (tesis de magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional). Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Cámara de Comercio de Lima [CCL]. (1993). Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional. https://bit.ly/3i0PVPd

Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2017). Reglamento de Arbitraje. https://bit.ly/3088FpT

Centro Internacional de Resolución de Disputas [CIRD]. Reglamento de Arbitraje. https://bit.ly/332P5NJ

Cód. Just. 2.56.1. (Diocleciano & Maximiano 290/293)

Codice di Procedura Civile [CPC], Diario Oficial *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 28 de octubre de 1940 (It.).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Federal sobre Derecho Internacional Privado [CPIL], Diario Oficial *Feuille Fédérale,* 18 de diciembre de 1987 (Suiza).

Código Judicial [C. Jud.], Diario Oficial *Belgisch Staatsblad,* 10 de octubre de 1967 (Belg.).

Código Procesal Civil [Cod. Proc. Civ], Resolución Ministerial 10-93-JUS, Diario Oficial *El Peruano,* 23 de abril de 1993 (Perú).

Código Procesal Constitucional [Cod. Proc. Const.], Ley 28946, Diario Oficial *El Peruano,* 31 de mayo de 2004 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993). https://bit.ly/36du8lr

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 4 de junio de 1950.

Corte Internacional de Londres [LCIA]. (2014). Reglamento de Arbitraje. https://www.international-arbitration-attorney.com/es/2014-lcia-rules-arbitration/

Cour d'appel [CA] [corte regional de apelaciones] París, 17 Nov., 2011, 09/24158.

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano,* 27 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de enero de 2017 (Perú).

Decreto Legislativo 1444, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de septiembre de 2018 (Perú).

Decreto Legislativo 957, Nuevo Código Procesal Penal, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2004 (Perú).

Decreto Supremo 017-93-JUS, Decreto Supremo que aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de junio de 1993 (Perú).

Decreto Supremo 056-2017-EF, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo 350-2015-EF, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de marzo de 2017 (Perú).

Decreto Supremo 082-2019-EF, Decreto Supremo que aprueba la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de marzo de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 084-2004-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de junio de 2004 (Perú).

Decreto Supremo 184-2008-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de febrero de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 344-2018-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30225, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de diciembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de diciembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 377-2019-EF, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley 30225, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de diciembre de 2019 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1071 (Perú). http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf

Ley 26572, Ley General de Arbitraje [Derogada], Diario Oficial *El Peruano*, 6 de enero de 2008 (Perú).

Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Diario Oficial *El Peruano,* 11 de julio de 2014 (Perú).

Organismo Superior de Contrataciones con el Estado [Perú]. Dirección de Arbitraje Administrativo Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje. Resolución 016-2004-CONSUCODE/PRE, 16 de enero de 2004. https://bit.ly/3kKM5vu

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado [Perú]. Resolución 172-2012-OSCE/PRE, 2 de julio de 2012. https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/RP172-2012.pdf

Pleno Jurisdiccional Regional Comercial sobre Anulación y Ejecución de Laudo Arbitrales y Embargo de Bienes Estatales, 30 de setiembre y 1 de octubre de 2016 (Perú). https://bit.ly/345DwVA

Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima, sentencia recaída en el Expediente 65-2014-0, 20 de enero de 2015 (Perú).

Segunda Sala Civil con Subespecialidad en lo Comercial de la Corte Superior de Lima, sentencia

recaída en el Expediente 00135-2015-0, 31 de marzo de 2016 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 17 de marzo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 1607-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 07532-2006-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de septiembre de 2011, sentencia recaída en el Expediente 0142-2011-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 11 de noviembre de 2015, sentencia recaída en el Expediente 02443-2012-PA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C], 20 de diciembre de 2017, sentencia recaída en el Expediente 05728-2015-PA/TC (Perú).

10.18800/themis.202001.020

THE CONTRIBUTION OF THE PRAGUE RULES TO PROMOTING EFFICIENCY IN INTERNATIONAL ARBITRATION

LA CONTRIBUCIÓN DE LAS REGLAS DE PRAGA A LA PROMOCIÓN DE LA EFICIENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Gisèle Stephens-Chu*
Freshfields Bruckhaus Deringer

Camille Teynier**
Freshfields Bruckhaus Deringer

Las Reglas de Praga están dedicadas a promover la eficiencia y a reducir los costos que suponen la conducción de los procedimientos arbitrales. Las Reglas se asientan sobre las tesis de que la práctica y el proceso del arbitraje internacional están fuertemente influenciados por el sistema adversarial sobre el que descansan las jurisdicciones del common law, y que las prácticas inquisitoriales de las jurisdicciones del civil law son más oportunas para un "proceso simplificado".

En este artículo, las autoras evalúan primero si esta afirmación es exacta y justa. ¿Las prácticas adversariales son la fuente de la ineficiencia en el arbitraje internacional o podemos encontrar razones en otro lado? A continuación, comparan determinadas disposiciones de las Reglas de Praga con las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba e indagan cómo se diferencian ambos conjuntos de normas. De otro lado, examinan las críticas que señalan que las Reglas de Praga puedan suponer otro caso de reglamentación estéril. De hecho, se realiza una valoración crítica de las consecuencias del rol activo del tribunal arbitral en el manejo de casos y la pertinencia del uso restringido de la producción de prueba documental, la prueba testifical (especialmente en el testimonio oral) y la designación de peritos.

Palabras clave: Reglas de Praga; Reglas de la IBA; prueba; toma de decisiones; normas procesales civiles; debido proceso.

The Prague Rules are intended to provide efficiency and reduce costs in conducting arbitration proceedings. The Rules are based on the position that the practice and procedure of international arbitration is too heavily influenced by the adversarial system found in common law jurisdictions, and that the inquisitorial judicial practices of civil law jurisdictions are more conducive to a "streamlined procedure".

In this paper, the authors first consider whether this predicate is accurate and fair. Are adversarial practices the source of inefficiency in international arbitration, or can the reasons be found elsewhere? Next, they compare certain features of the Prague Rules to the IBA Rules on the Taking of Evidence, and examine how both sets of rules differ in substance. Moreover, they address the criticisms that the Prague Rules may pose yet another case of useless rule-making. In fact, the authors critically assess the consequences of an active role of arbitral tribunals in case management and the appropriateness of a controlled use of documentary production, witness evidence (particularly in oral testimony) and appointment of experts.

Keywords: Prague Rules; IBA Rules; evidence; decision-making; civil procedure rules; due process.

* Lawyer. M.A. (Hons.), University of Cambridge. Counsel in the international arbitration group of Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, France. Solicitor, England & Wales; Avocate à la Cour, France. Email: gisele.stephens-chu@freshfields.com.

** Lawyer. J.D., American University Washington College of Law ; M.A., Université Paris Nanterre ; M.A., Université Panthéon-Sorbonne. Associate in the international arbitration group of Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, France. Avocate à la Cour, France; Attorney-at-Law, New York. Email: Camille.TEYNIER@freshfields.com.

Authors' note: The views expressed herein are the personal views of the authors and do not reflect those of their law firm. The authors gratefully acknowledge the assistance of Tutku Bektas and Marina Mayer to this article.

Editor's note: This paper was received by the Editorial Board of THĒMIS-Revista de Derecho on 12 March, 2020 and accepted by the same on 26 June, 2020.

I. INTRODUCTION

International arbitration is often criticised as costly and cumbersome, belying its original promise of efficient and flexible dispute resolution.[1] A range of initiatives have been introduced in recent years by arbitral institutions to address these concerns. For instance, expedited procedures have been introduced for cases where the amount in dispute is relatively low or where the parties agree,[2] providing for the appointment of a sole arbitrator,[3] applying reduced fees and costs of the arbitration,[4] removing certain procedural steps (such as the establishment of terms of reference),[5] shortening deadlines for the rendering of the final award,[6] and strictly limiting the number of written submissions[7] and oral hearings.[8] Summary determination procedures are also now available[9]. Finally, some institutions are targeting the often significant delays in rendering arbitral awards by inflicting costs sanctions.[10] Such initiatives are gaining even greater momentum as a result of the COVID-19 pandemic.[11]

Institutional initiatives seek to streamline the different stages in arbitral proceedings in certain cases and reduce their overall duration (and therefore cost). However, they do not focus specifically on case management and the taking of evidence, recognising that these lie within the discretion of individual arbitral tribunals. In many international arbitrations, tribunals exercise such discretion by reference to the IBA Rules on the Taking of Evidence (hereinafter the **IBA Rules**), last revised in 2010. The Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (hereinafter the **Prague Rules**), introduced in December 2018, seek to challenge this status quo.

The Prague Rules, drawn up by a Working Group, purport to encourage tribunals to take a more active role in managing arbitral proceedings, in particular with respect to the taking of evidence. Underlying the Prague Rules is the (somewhat partisan) perception that the conduct of international arbitration proceedings is influenced by common law practices, and such practices are the

---

1 Illustrating this point, 67% of respondents to the Queen Mary / White & Case 2018 International Arbitration Survey on "The Evolution of International Arbitration" highlighted cost as one of the three worst characteristics of international arbitration. Lack of speed (34%) and lack of insight into arbitrators' efficiency (30%) were also ranked among the worst (Queen Mary University & White & Case, 2018, p. 8).

2 *See* 2014 ICDR International Arbitration Rules, according to which the International Expedited Procedures apply in any case in which no disclosed claim or counterclaim exceeds US $250,000, unless the parties agree or the ICDR determines otherwise, or in other cases where the parties intend for the expedited procedure rules to apply (2014 ICDR International Arbitration Rules, Art. 1.4); 2017 ICC Arbitration Rules, the expedited procedure rules apply (i) if the amount in dispute does not exceed US $2,000,000 unless the parties have agreed to opt out of the Expedited Procedure provisions or the Court, upon the request of a party or on its own motion, determines that it is inappropriate to apply the Expedited Procedure provisions, or (ii) if the parties so agree (2017 ICC Arbitration Rules, Art. 30).

3 *See* 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 42.2(a)-(b); 2018 ICAC Rules (Ukraine), Art. 45(6); 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix VI – Expedited procedure rules, Art. 2.1; ICAC Rules (Russia), Art. 33(2); 2016 SIAC Arbitration Rules, Art. 5.2(b).

4 *See* 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix III – Arbitration Costs and Fees, Art. 2.2; 2017 SCC Expedited Arbitration Rules, Art. 49(3).

5 *See* 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix VI – Expedited procedure rules, Art. 3.1.

6 *See* 2018 DIS Arbitration Rules, Annex 4 – Expedited Proceedings, Art. 1; 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 42.2(f); 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix VI – Expedited procedure rules, Art. 4.1; 2016 SIAC Arbitration Rules, Art. 5.2(d).

7 *See* 2018 DIS Arbitration Rules, Annex 4 – Expedited Proceedings, Art. 3; 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 42.2(d); 2018 ICAC Rules (Ukraine), Art. 45(4); ICAC Rules (Russia), Art. 33(3); 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix VI – Expedited procedure rules, Art. 3.4; 2017 SCC Expedited Arbitration Rules, Art. 30(1).

8 *See* 2018 DIS Arbitration Rules, Annex 4 – Expedited Proceedings, Art. 4; 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 42.2(e); 2018 ICAC Rules (Ukraine), Art. 45(5); 2017 ICC Arbitration Rules, Appendix VI – Expedited procedure rules, Art. 3.5; ICAC Rules (Russia), Art. 33(4); 2017 SCC Expedited Arbitration Rules, Art. 33(1); and 2016 SIAC Arbitration Rules, Art. 5.2(c).

9 For example, the 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules introduce an early determination procedure allowing the arbitral tribunal, on application of one of the parties, to determine one or more points of fact or law, on the basis that it is manifestly without merit, manifestly outside the arbitral tribunal's jurisdiction, or, in circumstances where, even if such point of law or fact is correct, no award could be rendered in favour of that party (2018 HKIAC Administered Arbitration Rules, Art. 43.1).

10 For example, the ICC Court has adopted a policy allowing it to reduce arbitrators' fees in the event of unjustifiable delays in the submission of draft awards (ICC, 2019). Similarly, recent proposals for amendment of the ICSID Rules include a postponement of payment of fees to tribunal members if applicable rules concerning time limits to render orders, decisions or awards are not met (ICSID, 2020, p. 240).

11 For instance, the 2020 ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic emphasises the need for efficiency to mitigate the effects of the COVID-19 pandemic, encouraging parties and arbitral tribunals to use the procedural tools at their disposal to increase the efficiency of the proceedings (ICC, 2020).

root cause of arbitral inefficiency. Thus, the Prague Rules proffer various case management and fact-finding techniques which are said to be inspired by practices in civil law jurisdictions and purport to promote "a streamlined procedure" (Prague Rules, 2018, p. 2).[12]

This article critically assesses the contribution of the Prague Rules to case management and the taking of evidence in international arbitration.[13] It first considers whether the Prague Rules' criticisms of current practices is fair, before reviewing its provisions in more detail in the light of current practices, including the 2010 IBA Rules.

II. IS ARBITRAL INEFFICIENCY ROOTED IN CURRENT CASE MANAGEMENT AND EVIDENTIARY PRACTICES?

A. The perspective of the Prague Rules

The Prague Rules were drafted over a span of four years by a group of practitioners, predominantly from civil law countries, which grew over time and formed the official Working Group. A milestone in the Prague Rules' development was the session titled "Creeping Americanization of International Arbitration: Is it the right time to develop inquisitorial rules of evidence?", during which the participants discussed the need for an alternative set of rules on the taking of evidence (Prague Rules news, 2017). According to the Working Group, the principal causes for user dissatisfaction with the time and costs of arbitral proceedings could be found in procedures for taking evidence inspired from the common law tradition, in particular document production, as well as the use of fact and expert witnesses and their cross-examination at lengthy hearings.[14] The Working Group levelled specific criticism at the IBA Rules, taking the view that "from a civil law perspective, the IBA Rules are still closer to common law traditions, as they follow a more adversarial approach regarding document production, fact witnesses and Party-appointed experts", and "the parties' entitlement to cross-examine witnesses is almost taken for granted" (Draft Prague Rules, 2018).

The Working Group's criticisms on the IBA Rules may seem surprising, given that the IBA Rules were drafted by a group of both common law and civil law practitioners, and their stated objective was to provide an expedient process for the taking of evidence in international arbitrations between parties from different legal traditions (IBA Working Party / IBA Rules of Evidence Subcommittee, 2010, p. 1). Regarding document production specifically, the Commentary to the IBA Rules states that one of the guiding principles for the establishment of the rules on document production was to avoid "expansive American –or English– style discovery", considered "inappropriate in international arbitration" (IBA Working Party / IBA Rules of Evidence Subcommittee, 2010, p. 7). Moreover, nothing in the IBA Rules stipulates that a document production phase, or the cross-examination of witnesses, is mandatory or appropriate for every arbitral proceeding.

B. The role played by arbitral tribunals in guaranteeing procedural efficiency

What the comments of the Prague Rules Working Group reveal is that, for some civil law practitioners, certain evidentiary procedures have become entrenched and are a source of inefficiency and cost. But is it truly the procedures themselves that cause inefficiencies, or the way in which they are conducted by arbitral tribunals?

At the outset of the proceedings, arbitrators are faced with the difficulty of establishing a procedural framework on the basis of preliminary submissions and limited evidence. As a result, they have to rely on the parties to communicate what evidence will be required and available to establish the facts of the case. Unfortunately, at this stage, the parties are already at war, with each side seeking to adapt the procedure to its individual advantage. A respondent, for instance, may

[12] The Note from the Working Group states that the Prague Rules,

> initially intended to be used in disputes between companies from civil law countries, could in fact be used in any arbitration proceedings where the nature of the dispute or its amount justifies a more streamlined procedure actively driven by the tribunal. (Prague Rules, 2018, p. 2)

[13] This article does not address the provisions of the Prague Rules concerning the arbitral tribunal's role in facilitating an amicable settlement (Prague Rules, 2018, Art. 9).

[14] See the Note from the Working Group in previous drafts of the Prague Rules on 14 February, 11 March, 26 March and 11 April 2018:

> It has become almost commonplace these days that users of arbitration are dissatisfied with the time and costs involved in the proceedings. The procedures for taking evidence, particularly document production, and using multiple fact and expert witnesses and their cross-examination at lengthy hearings are, to a large extent, reasons for this dissatisfaction. (Drafts to the Prague Rules, 2018)

The last draft of 1 September 2018 mentioned the same concerns, adding "the time it may take for an award to be issued" (Draft Prague Rules, 2018).

be inclined to drag out proceedings for as long as possible, while either party may seek to use the inconvenience of certain procedural steps (memorials, document production, the hearing) as a means to leverage a settlement. Thus, parties' submissions on matters of procedure may not be driven by considerations of procedural economy and efficiency, leaving arbitrators to determine these matters without a full picture of the key issues to be determined and the available evidence. As a consequence, arbitrators may be tempted to resort to pro forma procedural orders, and to be over-inclusive when it comes to the presentation of evidence. Document production is a good example of this. Too often, it is included in the proceedings as a matter of course, without considering the specificities of the case, such as its financial magnitude, or evidence of the parties' intent with respect to the availability of discovery.

During the subsequent stages of the proceedings, arbitrators are able to learn more about the issues to be determined by reading the parties' submissions and evidence. However, arbitrators' diligence varies, and some may not study the case properly before the final hearing. In any event, even the most diligent arbitrator may have difficulty understanding key issues on the basis of the parties' written submissions, without the benefit of addressing questions to the parties. It is often only at the final hearing that certain critical issues emerge. This hampers the ability of arbitrators to take a firm position on certain issues earlier on in the proceedings, such as document production requests.

In contrast, the civil procedure rules in many jurisdictions, both common law and civil law, provide judges with the ability to identify key issues and evidence well ahead of trial, through interlocutory hearings, case management conferences and distinct evidentiary phases. To illustrate, French judges have a discretionary power to decide whether to order evidentiary measures requested by the parties, some judges being more proactive than others in this regard (Code of Civil Procedure [CPC], 2007, Art. 144). In England, judges have a duty to further the overriding objective of dealing with cases justly and at proportionate cost (Civil Procedure Act [CPR], 1997, Pt 1.1) by "actively managing cases" (CPR, 1997, Pt 1.4). To this end, they are given a range of case management powers (CPR, 1997, Pt 3.1)[15] and powers to control evidence. In this regard, the court may give directions as to the issues on which it requires factual evidence, the nature of the evidence which it requires to decide those issues, and the way in which the evidence is to be placed before the court (CPR, 1997, Pt 32.1). In addition, the court has a duty to restrict expert evidence "to that which is reasonably required to resolve the proceedings" (CPR, 1997, Pt 35.1) and no party may submit expert evidence without the court's permission (CPR, 1997, Pt 35.4). In some jurisdictions, such as Switzerland and Germany, judges even have the power to provide the parties with a preliminary assessment of the issues in the case (Code of Civil Procedure [ZPO], 2005, Section 139; Swiss Civil Procedure Code, 2008, Art. 226; Baechler & Richers, 2019, p. 4; Weibel & Walz, 2017, para. 16).[16] These rules are precisely designed to facilitate the efficient resolution of the dispute.

The legal culture of individual arbitrators may have an impact on the way in which they manage arbitral proceedings. For instance, some common law lawyers may be more inclined to order expansive document production because that is what they are used to, rather than what the case calls for. Conversely, a civil lawyer may be less directive with respect to the submission of witness testimony, or its striking out on grounds such as irrelevance or argumentation.

Finally, and most critically, so-called "due process paranoia" also impacts the efficient conduct of arbitral proceedings (Queen Mary University & White & Case, 2018, p. 24).[17] In order to protect

[15] A non-exhaustive list of these powers is set out at Pt 3.1(2) and include, inter alia, powers to decide the order in which issues are to be tried, to exclude an issue from consideration and to dismiss or give judgment on a claim after a decision on a preliminary issue.

[16] *See* Code of Civil Procedure or Zivilprozessordnung [ZPO] (2005, Section 139):

> (1)To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions […] (4) Notice by the court as provided for by this rule is to be given at the earliest possible time, and a written record is to be prepared. […]. (translation at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)

Similarly, Swiss courts may make preliminary assessments about legal and factual issues of a case during instruction hearings held to "discuss the matter in dispute with the parties, to complete the facts if needed, to attempt to reach an agreement between the parties and to prepare the main hearing" (Swiss Civil Procedure Code, 2008, Art. 226) (translation at https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html).

[17] According to users, it continues to be one of the main issues that is preventing arbitral proceedings from being more efficient (Queen Mary University & White & Case, 2018, p. 24).

their award from an action for annulment by one of the parties on grounds of lack of equal treatment or due process, arbitrators may feel compelled–sometimes under explicit threat from the parties–to grant parties' requests for extensions of deadlines, requests for late admission of evidence, unsolicited submissions or endless rights of reply, late introduction of new claims or late requests for the rescheduling of a hearing. This can cause significant delays and substantial additional cost (Berger, 2019, pp. 306-307; Berger & Jensen, 2016, p. 420). Yet, it is rare for arbitrators' decisions on such matters to rise to a breach of due process and arbitrators should feel free to exercise their discretion robustly and in a manner that promotes the efficiency of the proceedings as an overriding consideration, if need be by applying monetary sanctions for dilatory tactics, according to the opinion of some users (Queen Mary University & White & Case, 2018, p. 27).

It is arguably less the existing case management and evidentiary procedures that cause delay and inefficiency than their practical implementation by arbitrators (Mcllwrath, 2018). While the partisan criticisms of the Prague Rules' Working Group regarding the IBA Rules and adversarial procedures appear misconceived, the Prague Rules offer various innovative means to facilitate more active case management and robust decision-making by arbitral tribunals, as discussed in the next section.

III. KEY FEATURES OF THE PRAGUE RULES

A. Case management techniques

The title of Article 2, "Proactive role of the arbitral tribunal", emphasises the need for active case management by arbitrators. The first three provisions contain fairly typical rules regarding the case management conference and what it must cover (namely, the establishment of the procedural timetable and the clarification of the parties' respective factual and legal positions) (Prague Rules, 2018, Arts. 2.1 to 2.3). However, Article 2.4 is more of an innovation: it empowers the tribunal, if it deems appropriate, to provide early indications to the parties as to:

a. the facts which it considers to be undisputed between the parties and the facts which it considers to be disputed;

b. with regard to the disputed facts, the type(s) of evidence the arbitral tribunal would consider to be appropriate to prove the parties' respective positions;

c. its understanding of the legal grounds relied on by the parties;

d. the actions that could be taken by the parties and the arbitral tribunal to ascertain the factual and legal basis of the claim and the defence; and

e. its preliminary views on (i) the allocation of the burden of proof between the parties, (ii) the relief sought, (iii) the disputed issues and (iv) the weight and relevance of evidence submitted by the parties, noting that expressing such preliminary views shall not by itself be considered as evidence of the tribunal's lack of independence or impartiality and cannot constitute grounds for disqualification (Prague Rules, 2018, Art. 2.4).

Thus, the arbitral tribunal, in the context of the case management conference and throughout the proceedings, can steer the parties with respect to its understanding of the key issues in dispute and the gathering and presentation of evidence. This can be contrasted with Article 2.1 of the IBA Rules, which merely provides for the tribunal to consult with the parties and invite them to consult with each other on the appropriate process for the taking of evidence, thus leaving the initiative largely to the parties.[18]

The powers granted to arbitral tribunals by Article 2.4 of the Prague Rules have attracted criticism. Some commentators consider that, by providing early views on the disputed issues and the evidence, tribunals expose themselves or their awards to the risk of challenges (Mcllwrath, 2018; Javin-Fisher & Saluzzo, 2019, p. 2). By taking a position early on in the proceedings, tribunals may be seen as pre-judging the merits of the case, based on an incomplete understanding of the case (Henry, 2019, p. 8) and may have difficulty in changing their minds for fear of appearing weak or indecisive (Rombach & Shalbanava, 2019, p. 56). Anticipating this risk, Article 2.4.e provides that expressing preliminary views "shall not by itself be considered as evidence of the arbitral tribunal's

[18] *See* 2010 IBA Rules, Art. 2.1: "The Arbitral Tribunal shall consult the Parties at the earliest appropriate time in the proceedings and invite them to consult each other with a view to agreeing on an efficient, economical and fair process for the taking of evidence".

lack of independence or impartiality, and cannot constitute grounds for disqualification". However, some commentators are sceptical as to the effectiveness of this disclaimer: insofar as it constitutes a waiver of the right to invoke a violation of obligations of independence and impartiality it may not be valid under many arbitration rules and national laws (Khvalei et al., 2019, pp. 4-5; Henry, 2019, p. 9). Others consider that it is impractical to expect an arbitral tribunal to be in a position, at the outset of a case, to express preliminary views on the case, and that it is for the parties to determine what evidence to put forward (Berger, 2019, p. 308).

In the light of these criticisms, it is important to distinguish between the different elements of Article 2.4. Articles 2.4.a. and 2.4.c invite arbitrators to provide early indications to the parties of their understanding of the disputed issues and the legal grounds alleged. Such indications are designed to clarify the issues to be determined, by synthesising and drawing together the parties' summaries of their respective positions. They can hardly be viewed as a prejudgment of the merits of the case, and neither can indications as to the evidence that tribunals would find useful to determine the dispute, as provided in Articles 2.4.b and 2.4.d. In many arbitration proceedings, such indications are implicitly given in the context of discussions about witness or expert evidence, or through the tribunal's decisions on parties' document production requests. The objective of these indications is to ensure that parties' submissions address the key issues and evidence, and are appropriately focused. Crucially, however, none of these indications preclude parties from addressing other issues or submitting additional evidence.

Article 2.4.e. of the Prague Rules is admittedly more controversial. The tribunal's power to share preliminary views on the disputed issues and evidence submitted should be exercised with care, given the incomplete nature of the record and submissions at the outset, and the need to test evidence at the hearing. According to one commentator, Article 2.4.e should principally be used as a means of encouraging parties to abandon hopeless allegations, thus disposing of certain issues early on in the process (Henry, 2019, p. 9). However, this approach is arguably too restrictive. With the appropriate caveats, tribunals can express preliminary views in order to clarify their understanding of the case and invite submissions on certain points from the parties. This process gives parties the opportunity to explain points that have not been understood by or did not convince the tribunal, abandon hopeless arguments and limit submissions on issues that are already clear (Khvalei, 2018). Thus, rather than acting as a constraint on the parties, it gives them an opportunity to present their respective cases more effectively.

In any event, the practice of certain state courts suggests that awards are unlikely to be set aside solely on the basis that a tribunal has expressed preliminary views. For example, in the decision of *A. v. S.* (2015) in the Higher Regional Court of Munich, the Court dismissed a challenge against an arbitral tribunal on the ground of lack of impartiality or independence where the tribunal had presented its views to the parties on the factual and legal interpretation of the case, without making it explicitly clear that such views were preliminary and subject to further submissions from the parties (Wilske et al., 2016). The Court found that it could not be assumed that the tribunal had definitively decided on the disputed issues, given that the assessment had been provided at a very preliminary stage and that it was clear that there would be a discussion about the tribunal's assessment at the oral hearing. The Court pointed out that the assessment was simply meant to give the parties an opportunity to thoroughly prepare for the hearing "in order to be able to react fully to the reasoning presented by the arbitral tribunal" (Wilske et al., 2016). Along the same lines, the Swiss Supreme Court dismissed an application to set aside an arbitral award on the ground of lack of impartiality of the chairman who had given his opinion about one of the key issues to be decided by the arbitrators at the first hearing. In its decision, the Swiss Supreme Court emphasised that the opinion was only provisionally given after an analysis of the parties' first submissions, and that it was not prejudging the issue to be decided (*W. Ltd. v. D. GmbH and E. GmbH*, 2004).

While these decisions originate from jurisdictions that are familiar with the process of preliminary indications, they illustrate the practical ways in which arbitrators can provide such indications without falling foul of the requirements of independence and impartiality. More generally, the provisions of Article 2.4 are evidently inspired from the procedural tools available to judges under many rules of civil procedure, as discussed in the previous section. There is no obvious reason why arbitrators should not avail themselves of similar tools at the outset of and over the course of the proceedings, instead of leaving the detailed consideration of the parties' submissions and evidence to the final hearing.

B. Documentary evidence

Reflecting the criticisms of the Working Group, Article 4 of the Prague Rules (2018) seeks to make the document production phase an exception

rather than the general rule. Article 4.2 encourages tribunals and parties "to avoid any form of document production, including e-discovery". A party may, at the case management conference, request a document production process, but is expected to provide reasons for this. Moreover, the Prague Rules envisage requests for "specific documents" (2018, Art. 4.5) as opposed to "narrow and specific categories of documents" as under the IBA Rules (2010, Art. 3). Under the Prague Rules, the arbitral tribunal has complete discretion as to the appropriate procedure to follow (Art. 4.3) and is the direct recipient of the document production requests, in contrast with the prevailing practice where parties exchange Redfern Schedules and only approach the tribunal with objections, in accordance with Articles 3.4 et seq. of the IBA Rules.

It remains to be seen how the differences between Article 4 of the Prague Rules and Article 3 of the IBA Rules will play out in practice (Javin-Fisher & Saluzzo, 2019, p. 2). However, some commentators consider that the limits placed on document production requests are excessive. The main concern raised is with the requirement to identify specific documents, which makes it virtually impossible to access documents held by the other side (Hoder, 2019, p. 162). This could lead parties to make false statements since the probability of being forced to disclose incriminating documents decreases under the Prague Rules (Hoder, 2019, p. 162; Kocur, 2018), especially since arbitral tribunals lack coercive powers to compel a party or a third party to submit evidence. Additionally, the prospect of document production can have the effect of facilitating a settlement of the dispute in certain circumstances, as noted recently by one participant in the session "Are new rules changing arbitration and is it time to revisit the arbitral proceedings?" of the 7th Annual GAR Live Paris in 2019 (Hennessee et al., 2019).

Although the avoidance of fishing expeditions is a legitimate goal, the provisions of Article 3.3(a)(ii) of the IBA Rules, if applied properly by tribunals, provide adequate safeguards. Parties requesting documents must provide a description of a narrow and specific category of documents and an explanation as to why it believes that those documents exist and are relevant and material to the outcome of the case. This draws a clear line between legitimate and reasoned requests and fishing expeditions, and should suffice to limit the scope of the document production in order to avoid "US-style discovery".

On the other hand, there is increasing support for the view that document production should not be ordered as a matter of course. For instance, Appendix IV(d)(ii) of the ICC Rules on case management techniques recommends "avoiding requests for document production when appropriate in order to control time and cost" (2012). The Commentary to the IBA Rules themselves noted that requests for documents should be "carefully tailored to issues that are relevant and material to the determination of the case" (IBA Working Party / IBA Rules of Evidence Subcommittee, 2010, p. 7).

As explained above, all too often, tribunals allow a phase of document production without first considering whether it is a useful and proportionate means of gathering evidence in light of the issues to be determined and the overall magnitude of the case. By requiring parties to request document production and provide specific reasons for this request, the Prague Rules seek to instigate a salutary debate on the appropriateness of document production in the context of the individual case.

C. Fact witnesses and experts

In line with the Working Group's criticisms, the Prague Rules seek to ensure that arbitral tribunals exert greater control over the use of witness and expert testimony. The costs involved in submitting such evidence and examining witnesses can be very substantial indeed, depending on the magnitude and complexity of the issues addressed. Such evidence can also cause a drain on internal resources, contributing to the unpopularity of international arbitration within the relevant organisation.

It is typical for arbitral tribunals to leave it to the parties to determine which fact witnesses should be presented and called for direct or cross-examination. However, under the Prague Rules (2018), the parties are expected, when filing a statement of claim or defence (or at any other stage which the arbitral tribunal considers appropriate) not only to identify the nature and content of the witness testimony on which the party intends to rely, but also its relevance and materiality for the outcome of the case (Art. 5.1). The tribunal then decides which fact witnesses should be called for examination, after hearing the parties. Irrespective of whether a written statement has been submitted, the tribunal may decline to call a witness if it considers that witness' testimony to be "irrelevant, immaterial, unreasonably burdensome, duplicative or for any other reasons not necessary for the resolution of the dispute" (Art. 5.3). However, the parties' ability to cross-examine the other side's witnesses is to a large extent preserved: Article 5.7 provides that where a party insists on the other side's witness being called, the tribunal should call the witness unless there are "good reasons" not to do so (2018).

In sum, the Prague Rules empower the tribunal to control the submission of witness evidence, but also ensure that witnesses will generally be made available for cross-examination. This strikes an effective balance between preserving parties' rights and limiting the use of witness evidence to what is strictly necessary for the resolution of the dispute. By requiring the parties to justify the relevance and materiality of witness evidence, tribunals can ensure that duplicative or unnecessary evidence is not presented and does not lead in turn to the submission of equally dispensable witness evidence in response. If a party is unable to provide compelling reasons for the relevance and materiality of the witness evidence it presents, it is likely not to be of great assistance to the tribunal in resolving the dispute.

More controversially, the Prague Rules (2018) seek to minimise the importance of oral testimony. Thus, the fact that a witness is not called for oral testimony does not preclude a party from submitting a written statement for that witness (Art. 5.4), or from giving that statement as much evidential value as the tribunal deems appropriate (Art. 5.8). This runs counter to the general assumption in international arbitration (implicit in Article 4 of the IBA Rules)[19] that witnesses will give oral testimony at the hearing and that this is necessary for their evidence to be given any real weight.

Critics have raised concerns that the Prague Rules place excessive restrictions on the availability of cross-examination and that deciding issues based on written statements alone presents a risk for fairness and due process. They note that cross-examination is key to test the credibility of the witness and the strength of his or her testimony (Hoder, 2019, p. 169; Rombach & Shalbanava, 2019, p. 57). However, concerns about due process appear misplaced. The ability to cross-examine a witness is not an inherent feature of fairness and due process. Many legal systems do not accommodate it, nor is it a prerequisite of the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights.[20] Indeed, even the hearing can be dispensed with under many institutional rules, which allow expedited arbitration procedures with an award made on the basis of documentary evidence only and without an oral hearing –and consequently without examination of witnesses.[21] It is thus highly unlikely that a decision by an arbitral tribunal to rely on documentary or written witness evidence only could lead to the setting aside of an award, absent any evidence of actual unfairness.

With respect to expert evidence, the Prague Rules (2018) explicitly favour the use of tribunal-appointed experts. Tribunal experts can be appointed at the request of a party or on the tribunal's own initiative after having heard the parties (Art. 6.1). Articles 6.2 to 6.4 address the manner in which the tribunal expert is to be appointed and remunerated, interactions with the parties and the expert's eventual oral examination. While the parties' ability to appoint their own experts is preserved (Art. 6.5), Article 6 presents tribunal experts as the default solution. This approach contrasts with the IBA Rules, which mention party-appointed experts (2018, Art. 5) before tribunal-appointed experts (2018, Art. 6) and present the two types of experts on an equal footing. That distinction aside, both sets of rules contain broadly similar provisions, although the IBA Rules are more detailed on the content of expert evidence. Common features include the possibility for the arbitral tribunal to direct experts to meet and prepare a joint report identifying issues on which they agree and disagree (Prague Rules, 2018, Art. 6.7 and IBA Rules, 2012, Art. 5.4), a procedural mechanism that is quite often used in practice by tribunals to attempt to narrow down the issues in dispute.

The Prague Rules seek to avoid the commonly-raised concern that party-appointed experts may be like "ships passing through the night", taking fundamentally incompatible approaches to the same question or even disagreeing on the question itself

[19] *See* in particular 2010 IBA Rules, Arts. 4.7 to 4.9.

[20] All the European Court of Human Rights requires in that respect is that the proceedings are "fair" (*Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, 1993, § 31). This implies that courts must give sufficient reasons when they refuse requests to have witnesses called, instead of doing so arbitrarily, and that the refusal does not amount to a disproportionate restriction of the litigant's ability to present arguments in support of his case (*Wierzbicki v. Poland*, 2002, § 45; European Court of Human Rights Guide on Article 6, 2019, para. 346). The Court also accepts differences of treatment with respect to the hearing of the parties' witnesses provided these differences do not place a party at a substantial disadvantage vis-à-vis their opponent (*Ankerl v. Switzerland*, 1996, p. 1565, § 34; European Court of Human Rights, 2019, para. 346).

[21] For instance, 2018 HKIAC Arbitration Rules, Article 42.2(e): "The arbitral tribunal shall decide the dispute on the basis of documentary evidence only, unless it decides that it is appropriate to hold one or more hearings"; 2017 SCC Expedited Arbitration Rules, Art. 33 (1): "A hearing shall be held only at the request of a party **and** if the Arbitrator considers the reasons for the request to be compelling" (emphasis added); 2016 ACICA Expedited Arbitration Rules, Art. 13.3: "There shall be no hearing unless: (a) exceptional circumstances exist, as determined by the Arbitrator; **and** (b) either the Arbitrator or the parties require a hearing to take place" (emphasis added).

(Van Houtte, 2013, p. 84; LCIA, 2018). Tribunal-appointed experts can facilitate the handling of expert evidence, by assisting the tribunal in understanding the evidence and providing a view that is not partisan (or at least, not coloured by the instructions of the parties). However, it may be challenging to identify experts that combine the necessary independence from the parties and the requisite expertise (indeed in some fields, there may only be a limited number of recognised experts). Moreover, a tribunal may find it more difficult to disassociate itself from the opinions of a tribunal-appointed expert than from those of party-appointed experts (Van Houtte, 2013, p. 84). Even where a tribunal expert is appointed, parties that can afford to are likely to appoint their own experts in order to attempt to weigh in on the tribunal expert's views, resulting in even higher costs overall.

Therefore, in practice, the provision for tribunal-appointed experts as the default is realistic only for cases that involve relatively simple or clearly-defined technical or economic matters. In most other cases, parties will appoint their own experts, and adding a tribunal expert risks further complexity and cost. It may therefore be more efficient for the tribunal to resort to other means to bridge the gap between party-appointed experts, such as joint reports, as mentioned above, or witness conferencing (or so-called "hot tubbing"), where witnesses are questioned at the same time and in confrontation with one another (2010 IBA Rules, Art. 8.3(f)). Another technique to consider (although still rarely used) is "expert teaming", in which the tribunal appoints an "expert team", composed of experts nominated by each of the parties, that work together with the tribunal and the parties to establish a protocol, followed by a preliminary report and a final report implementing the tribunal's and the parties' comments, before being questioned at the hearing by everyone involved (Sachs, 2010, p. 11). In a similar vein, it has been suggested that the tribunal ensure at the beginning of the proceedings that party-appointed experts use the same methodology and answer the same questions, and that, after closing submissions, the tribunal and quantum experts work together on a confidential basis (Kaplan, 2019, p. 108). These various techniques all seek to facilitate a confrontation, in real time, of the experts' views, and should assist in narrowing down the key issues in dispute, as well as in assessing the credibility of the experts' respective opinions.

IV. CONCLUSION

The Prague Rules correctly identify the need for more active case management and robust decision-making by arbitrators. For arbitrations to proceed efficiently, it is critical for tribunals to seek out the information and submissions required to tailor the procedure to the individual case, and to allow them to make properly-informed procedural orders, free from excessive concerns about due process. While arbitrators already have the necessary powers and discretion under most rules, the Prague Rules present such powers in a manner that is deliberately conceived to encourage active case management and steering of the evidence by the arbitral tribunal. In so doing, the Prague Rules promote the adoption of procedures that are properly tailored to each individual case. It remains to be seen how often the Prague Rules will be adopted, given the much broader consensus achieved by the IBA Rules. At the very least, however, the Prague Rules have the merit of challenging the status quo, and may, in the longer term, bring about a change in the culture and practice of international arbitration.

REFERENCES

Baechler, R. & Richers, R., *Conducting Litigation in Switzerland*, Lexology (2019, July 25), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5b2e9830-0730-4518-b3e4-d2c2214d84c1

Berger, K. B. & Jensen, J. O. (2016). Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. *Arbitration International*, *32*(3), 415–435. https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020

Berger, K. B. (2019). Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End. *Journal of International Arbitration*, *36*(3), 295–314. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/36.3/JOIA2019014

European Court of Human Rights (2019, August 31). *European Court of Human Rights Guide on Article 6 of the European Convention on Human Right: Right to a fair trial (civil limb).* https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf

Hennessee, K., Fessas, A., Khvalei, V., & Michou, I. (2019, November 27). Are new rules changing arbitration and is it time to revisit the arbitral proceedings? [Conference session]. *7th Annual GAR Live Paris*, Paris, France. http://gar.live/paris2019

Henry, M. (2019). Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage*, 1,

315-328. https://www.praguerules.com/upload/iblock/6b6/6b62d3155c66415476fe127a2f80eab0.pdf

Hoder, L. (2019). Prague Rules vs. IBA Rules: Taking Evidence in International Arbitration. In C. Klaussegger, P. Klein, F. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, I. Welser, G. Zeiler (Eds.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2019 (pp.157-177), Manz'sche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung.

IBA Working Party / IBA Rules of Evidence Subcommittee (2010). *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence

ICC – International Chamber of Commerce (2019, January 1). *Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration*. https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf

(2020, April 9). *2020 ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic.* https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Disputes (2020). *Schedule 2: Memorandum on fees and expenses in ICSID proceedings (Working Paper 4, Volume 1)*. ICSID, World Bank Group. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_4_Vol_1_En.pdf

Javin-Fisher, R., & Saluzzo, E. (2019, January 25). Prague Rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA Rules? *Humphries Kerstetter LLP*. https://www.humphrieskerstetter.com/wp-content/uploads/2019/01/Prague_Rules_on_evidence_in_international_arbitration_25.01.19.pdf

Kaplan, N. (2019). The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Innovating in Arbitration: Options for Greater Efficiency. In C. Klaussegger, P. Klein, F. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, I. Welser, G. Zeiler (Eds.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2019 (pp. 99-110), Manz'sche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung.

Khvalei, V. (2018, November 22). The Prague Rules – dispelling misconceptions. *Global Arbitration Review*. https://globalarbitrationreview.com/article/1177181/the-prague-rules-%E2%80%93-dispelling-misconceptions

Khvalei, V., Teder, M., Andreea Nica, L. P., & Valdivia Pizarro, J. P. (2019, May 22). Compatibility, Novelty, Practical Corollary? A Collective Analysis of the Prague Rules. *Kluwer Arbitration Blog.* http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/22/compatibility-novelty-practical-corollary-a-collective-analysis-of-the-prague-rules/

Kocur, M. (2018, June 20). Why Civil Law Lawyers Do Not Need the Prague Rules [Post]. *LinkedIn*. https://www.linkedin.com/pulse/why-civil-law-lawyers-do-need-praguerules-michal-kocur/

LCIA – London Court of International Arbitration (2018, January 17). *Experts in International Arbitration*. https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx

McIlwrath, M. (2018, December 12). The Prague Rules: The Real Cultural War Isn't Over Civil vs Common Law. *Kluwer Arbitration Blog.* http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/the-prague-rules-the-real-cultural-war-isnt-over-civil-vs-common-law/

Prague Rules news (2017, April 20). *Is it time for a change?* https://praguerules.com/news/is-it-time-for-a-change-/

Queen Mary University & White & Case (2018). *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration

Rombach, A. & Shalbanava, H. (2019). The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing? *SchiedsVZ*, 17(2), pp. 53-60.

Sachs, K. (2010). Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence. In Berg, A. (Ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times* (Vol. 15, pp. 135-148). Kluwer Law International. https://www.lawlibrary.ie/rss/CPDArbitration09072011/15SachsProtocolOnExperts.pdf

Van Houtte, H. (2013). Document Production Master and Experts' Facilitator. In B. Berger & M. E. Schneider (Eds.), *Inside The Black Box: How*

Arbitral Tribunals Operate And Reach Their Decisions (pp. 83-86). Juris Publishing.

Vos, G. (Ed.) (2020). *The White Book Service 2020: Civil Procedure* (Vol 1). Sweet & Maxwell Ltd.

Weibel, T. & Walz, C. (2017, June 29). GAR know how, Switzerland. *Global Arbitration Review*. https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000228/switzerland

Wilske, S., Krapfl, C., & Lutz, G. (2016, January 19). Higher Regional Court of Munich on arbitrator challenge based on tribunal's preliminary assessment. *Practical Law.* https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-523-9833?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

STATUES, CASE LAW AND OTHER DOCUMENTS

A. v. S. Oberlandesgericht München [OLG] [Higher Regional Court of Munich] Nov. 14, 2015, 34 SchH 5/15 (Ger.).

Ankerl v. Switzerland. Reports of Judgement and Decisions 1996-V. App. no. 17748/91 (E. Ct. H. R. 1996).

Civil Procedure Act 1997 [CPR] Mar. 4, 1997 (Eng. & Wales).

Code de procédure civile [CPC] [Code of Civil Procedure] Dec. 21, 2007 (Fr.).

Code de procédure civile [CPC], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Codice di diritto processuale civile svizzero [CPC] [Swiss Civil Procedure Code] Dec. 19, 2008, SR 272 (Switz.).

Draft Prague Rules (2018, September 1). https://praguerules.com/upload/medialibrary/b2e/b2e26123ac310b644b26d4cd11dc67d8.pdf

Drafts to the Prague Rules (2018, February 14, March 11, March 26 and April 11). https://praguerules.com/prague_rules/previous_drafts/

Dombo Beheer B. V. v. the Netherlands. App. no. 14448/88. Series A, no. 274 (E. Ct. H. R. 1993).

W. Ltd. v. D. GmbH and E. GmbH. Tribunal fédéral [TF] 1re Cour civile. [Swiss Federal Supreme Court] Jan. 7, 2004, 4P.196/2003 (Switz.).

Wierzbicki v. Poland. App. no. 24541/94 (E. Ct. H. R. 2002).

Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure] Dec. 5, 2005 as amended Oct. 10, 2013 (Ger.).

IBA Rules on the Taking of Evidence (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration), adopted on 29 May 2010.

2014 International Centre for Dispute Resolution, International Arbitration Rules (International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) of the International Centre for Dispute Resolution).

2016 SIAC Arbitration Rules.

2017 ICAC Rules.

2017 ICC Arbitration Rules.

2017 SCC Expedited Arbitration Rules.

2018 DIS Arbitration Rules.

2018 HKIAC Administered Arbitration Rules.

2018 ICAC Rules (Ukraine).

2018 Prague Rules.

Lava Cavassa
ABOGADOS

* Av. La Encalada 1090 Of. 603, Santiago de Surco, Lima - Perú
* (+51) 496-6340 | (+51) 540-7786
* info@lcabogados.com.pe
* www.lcabogados.com.pe

10.18800/themis.202001.021

OPINIÓN EXPERTA EN ARBITRAJE DE CONSTRUCCIÓN: DEBERES Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS PERITOS

EXPERT OPINION IN CONSTRUCTION DISPUTES: DUTIES AND PROFESSIONAL LIABILITY OF EXPERTS

Katherine Waidhofer Ludeña*
Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados

Disputes in the construction industry usually require the participation of a variety of qualified specialists who can assist the tribunal in understanding the high complexity of contract performance. In arbitration, the expert is generally appointed by one of the parties, although his opinion is solely obliged to the tribunal. Naturally, this relationship of perceived ambivalence between the expert, the party who appoints him and the tribunal can raise questions about the impartiality and independence of his opinion.

In this article, the author analyzes the international statutes and soft law that regulate the duties and professional responsibilities of experts in construction arbitration. In particular, she evaluates the treatment of the figure under Peruvian law and sheds light on whether the regulation provided by the Civil Code is sufficient. Furthermore, the author remarks the main measures adopted by arbitration tribunals to test the objectivity of expert opinions and the applicable standard of care for determining possible non-compliance by experts in the Peruvian legal system.

Keywords: Expert; professional liability; impartiality; construction arbitration; client; arbitration tribunal.

Las controversias en la industria de la construcción usualmente requieren de la participación de una variedad de especialistas calificados que puedan asistir al tribunal a comprender la alta complejidad de la ejecución del contrato. Generalmente en el arbitraje, el perito es nombrado por una de las partes en la disputa, aunque debe el sentido de su opinión únicamente al tribunal. Por supuesto, esta relación de aparente ambivalencia puede generar dudas sobre la imparcialidad y objetividad de un experto.

En el presente artículo, la autora analiza las distintas normas e instrumentos internacionales que regulan los deberes y la responsabilidad profesional de los peritos en los arbitrajes de construcción. En concreto, evalúa el tratamiento de la figura en el derecho peruano y da luces sobre si la regulación que proporciona el Código Civil es suficiente. Asimismo, señala las principales medidas adoptadas por los tribunales arbitrales para confrontar la objetividad de las opiniones expertas, y el estándar de diligencia aplicable para determinar posibles incumplimientos por parte de los peritos en el ordenamiento peruano.

Palabras clave: Perito; responsabilidad profesional; imparcialidad; arbitraje de construcción; cliente; tribunal arbitral.

* Abogada. Master of Sciences (M.Sc.) in Construction Law and Dispute Resolution por el King's College de Londres. Profesora de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Fellow del Chartered Institute of Arbitrators (Reino Unido). Abogada principal y cojefe del área de Disputas de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados (Lima, Perú). Contacto: kwaidhofer@npg.pe.

La autora agradece la invaluable colaboración de Leandro García, abogado de Navarro Sologuren, Paredes, Gray Abogados, por su importante aporte en la investigación para la redacción del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 20 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Las disputas relacionadas a los contratos de construcción, por ser de alta complejidad técnica, requieren frecuentemente la intervención de peritos cuya opinión experta ayude a los árbitros o jueces a comprender los aspectos técnicos involucrados en la controversia. La actuación de opiniones expertas, que actualmente es ampliamente utilizada tanto a nivel nacional como internacional, en su momento planteó una serie de cuestiones que merecieron ser objeto de pronunciamiento judicial expreso. En efecto, históricamente, la tarea de administrar justicia era celosamente resguardada por los jueces, quienes decidían sin la ayuda de terceros para evitar que "interfirieran" en sus funciones.

El escenario cambió a finales del siglo XVIII con el estallido de la revolución industrial. Las opiniones expertas empezaron a ser admitidas casi por necesidad y su uso se volvió más frecuente porque ayudaban a las cortes a entender los rápidos y nuevos desarrollos en ciencia y tecnología que acontecían en dicho contexto (Rosenberg, 2015, p. 2). La evidencia experta fue admitida en los tribunales judiciales del *common law,* siendo el primer caso del que se tiene registro oficial el de *Folkes c. Chadd,* decidido por las cortes inglesas en 1782.

En *Folkes c. Chadd*, se discutía si una construcción había provocado que el puerto de Norfolk en Inglaterra comenzara a hundirse y, por consiguiente, si se debía demoler dicha estructura a fin de recuperar la estabilidad del puerto. La opinión del ingeniero John Smeaton, llamado como experto por una de las partes, fue excluida bajo el argumento que sus explicaciones teóricas eran opiniones que no podían ser tomadas como sustento de una sentencia.

En grado de apelación, Lord Mansfield, Chief Justice del Royal Court of King's Bench, declaró que la exclusión de la opinión del ingeniero Meaton fue un error y ordenó un nuevo juicio. En efecto, la Corte señaló que "in matters of science, […] the reasonings of men of science can only be answered by men of science"[1] (1782). De esta forma, *Folkes c. Chadd* sentó el principio de que la opinión de un experto puede ser admitida como evidencia porque esa información se encuentra, de forma común, fuera del conocimiento y experiencia usual de las cortes.

Se aprecia, entonces, que una cuestión tan normal y aceptada como el uso de las opiniones expertas fue, en su época, un asunto que requirió de un pronunciamiento especial por las cortes. Con el tiempo, las reglas de actuación de las opiniones de expertos se desarrollaron y regularon de manera expresa en distintos documentos, como por ejemplo, las Reglas de la International Bar Association (en adelante, IBA). Asimismo, se desarrollaron sobre la práctica de prueba en el Arbitraje Internacional, las recientemente aprobadas Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (también conocidas como Reglas de Praga) y en distintos códigos procesales y reglamentos de arbitraje que contienen regulaciones sobre la materia.

En esa línea, la cuestión que se abordará en el presente artículo es el régimen que regula los deberes y la responsabilidad profesional de los peritos en el cumplimiento de su encargo, tanto frente al tribunal arbitral como a su cliente. En efecto, se intentará responder la siguiente pregunta: ¿cuáles son los límites que debe observar un perito para cumplir con el encargo del cliente pero, a la misma vez, cumplir con los deberes impuestos por la normativa aplicable al arbitraje frente al tribunal arbitral? En ese sentido, si se demostrase que un perito ha faltado a sus deberes y obligaciones, ¿cuáles son las consecuencias?

II. DEBERES DE IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Bastante se ha escrito en relación con los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, pero ¿cuál es el escenario en el caso de los peritos? En el contexto peruano, el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en adelante, DL 1071) no establece de manera expresa ningún estándar específico que deban cumplir los peritos.

La situación es similar a nivel comparado. Por ejemplo, el artículo 32 de la Ley 60/2003 (Ley de Arbitraje española), el artículo 26 de la Ley 19.971 (sobre Arbitraje Comercial Internacional chileno), el capítulo 9 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, el artículo 31 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, y los artículos 1442 a 1443 del Código del Comercio mexicano tampoco regulan de manera expresa los deberes que deben cumplir los peritos. Una situación similar se presenta en el artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

[1] "en cuestiones de ciencia, […] los razonamientos de los hombres de ciencia solo pueden ser respondidos por hombres de ciencia" [traducción libre].

(CCL) y en el artículo 50 del Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP).

No obstante, el artículo 21.1 del Reglamento del London Court of International Arbitration (LCIA) sí establece de manera expresa que los peritos deben observar los deberes de imparcialidad e independencia. En efecto, la citada norma menciona lo siguiente:

> Artículo 21. Expert(s) to Arbitral Tribunal
>
> 21.1 The Arbitral Tibunal, after consultation with the parties, may appoint one or more experts to report in writing to the Arbitral Tribunal and the parties on specific issues in the arbitration, as identified by the Arbitral Tribunal.
>
> 21. 2 **Any such expert shall be and remain impartial and independent of the parties**; and he or she shall sign a written declaration to such effect, delivered to the Arbitral Tribunal and copied to all parties (2014) [el énfasis es nuestro][2].

En esa misma línea, las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional también regulan, de forma expresa, la obligación de independencia e imparcialidad del perito y su alcance, de la siguiente forma:

> Artículo 3. Documentos
>
> […]
>
> 8. En circunstancias excepcionales, si la pertinencia de la objeción solo pueda ser determinada mediante la revisión del Documento, el Tribunal Arbitral podrá resolver que no revisará tal Documento. **En este caso, el Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar un perito independiente e imparcial**, sujeto a confidencialidad, para que revise el Documento e informe sobre la objeción. En la medida en que el Tribunal Arbitral admita la objeción, el perito no podrá dar a conocer el contenido del Documento revisado ni al Tribunal Arbitral ni a las demás Partes.
>
> Artículo 5. Peritos Designados por las Partes
>
> […]
>
> 2. El Dictamen Pericial deberá contener:
>
> […]
>
> c. **una declaración acerca de su independencia respecto a las Partes, sus asesores legales y el Tribunal Arbitral**;
>
> […]
>
> Artículo 6. Peritos Designados por el Tribunal Arbitral
>
> 1. **El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes** para que dictamen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral […].
>
> 2. Antes de aceptar su nombramiento, el **Perito Designado por el Tribunal Arbitral deberá entregar a éste y a las Partes una descripción acerca de su cualificación y una declaración de su independencia respecto de las Partes, de sus asesores legales y del Tribunal Arbitral**. El Tribunal Arbitral decidirá sin demora si acepta o no alguna de dichas objeciones. Una vez nombrado el Perito Designado por el Tribunal Arbitral, una Parte solo podrá objetar a su cualificación o su independencia si la objeción se basa en razones de las cuales la Parte adquirió conocimiento con posterioridad a su nombramiento (2010, pp. 9-16) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, el artículo 4 del Protocol for the Use Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb Protocol) indica lo siguiente:

> Article 4 – Independence, Duty and Opinion
>
> 4.1 **An expert's opinion shall be impartial and objective.**
>
> 4.2 Payment by the appointing Party of the expert's reasonable professional fees for

[2] Artículo 21. Peritos del Tribunal Arbitral

21.1 El Tribunal Arbitral, después de haber consultado a las partes, podrá designar uno o más expertos para reportar al Tribunal Arbitral y a las partes en relación a cuestiones específicas del arbitraje, como lo indique el Tribunal Arbitral.

21.2 Tal experto deberá ser y permanecer imparcial e independiente de las partes, y él o ella deberá firmar una declaración escrita para tales efectos, entregada al Tribunal Arbitral y en copia a todas las partes [traducción libre].

the work done in giving such evidence shall not, of itself, vitiate the expert's impartiality.

4.3 An expert's duty, in giving evidence in the Arbitration, is to assist the Arbitral Tribunal to decide the issues in respect of which expert evidence is adduced.

4.4 An expert's written opinion should:

[…]

b) **state any past or present relationship with any of the Parties, the Arbitral Tribunal, counsel or other representatives of the Parties, other witnesses and any other person or entity involved in the Arbitration** […] (2007, p. 4) [el énfasis es nuestro][3].

Por su parte, la sección quinta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje describe con mayor detalle las manifestaciones y el lapso de eficacia de los deberes de independencia y objetividad del perito, de la siguiente forma:

1. Objetividad e independencia

133. **El perito deberá ser objetivo e independiente**.

134. **Las cualidades de objetividad e independencia exigen que el perito tenga voluntad y capacidad para desempeñar su función ajustándose a la verdad** y recogiendo en su informe tanto los aspectos que favorecen como aquéllos que perjudican a la parte que lo designó, y **que mantenga una distancia objetiva frente a la parte que lo designa**, la disputa y otras personas implicadas en el arbitraje.

135. **El deber de objetividad e independencia exige que el perito no tenga ningún interés económico en el resultado del arbitraje**.

136. **El deber de objetividad e independencia es continuado desde la propuesta de nombramiento como perito hasta la conclusión del procedimiento arbitral** (2019, p. 45) [el énfasis es nuestro].

Ello se encuentra vinculado con lo indicado en el Modelo de Aceptación por el Perito del documento antes mencionado, en donde se establece que el perito tendrá que efectuar su declaración en los términos siguientes: "[a]cepto mi designación como perito a propuesta de […] y **declaro que, según leal saber y entender, soy objetivo e independiente** y tengo disponibilidad suficiente para desempeñar el cargo" (2019, p. 102) [el énfasis es nuestro].

De este modo, a partir de las disposiciones citadas se aprecia que, a nivel internacional, y de manera similar que en el caso de los árbitros, los deberes de imparcialidad e independencia obligan al perito a lo siguiente:

a) Informar sobre cualquier relación que haya tenido, tenga o pudiese tener con las partes, el tribunal arbitral o cualquier agente que tenga alguna participación e interés en el proceso.

b) Mantener distancia objetiva frente a las partes y, en caso haya algún acercamiento, este deberá ser informado.

c) Tanto el deber (a) y (b) son eficaces y exigibles durante todo el arbitraje.

Como se ha visto, en el caso peruano no existe una norma que por defecto establezca expresamente los deberes de imparcialidad e independencia del perito. Ahora bien, ¿este aspecto significa que dichos deberes no son exigibles en nuestro ordenamiento jurídico? La respuesta es un rotundo no.

Conforme a lo expuesto, las referencias a los deberes de los peritos se encuentran en documentos de *soft law,* tales como protocolos o guías de buenas

[3] Artículo 4.- Opinión Experta

4.1 La opinión de un experto será imparcial y objetiva.

4.2 El pago por la Parte nominadora de los honorarios profesionales razonables del experto por el trabajo realizado en la presentación de tales pruebas no viciará, por sí mismo, la imparcialidad del experto.

4.3 El deber de un experto, al presentar las pruebas en el Arbitraje, es ayudar al Tribunal a decidir las cuestiones respecto de las cuales se presentan pruebas periciales.

4.4 La opinión de un experto debe:

[…]

b) declarar cualquier relación pasada o presente con cualquiera de las Partes, el Tribunal Arbitral, el abogado u otros representantes de las Partes, otros testigos y cualquier otra persona o entidad involucrada en el Arbitraje […] [traducción libre].

prácticas arbitrales internacionales. El artículo 34 del DL 1071 establece la posibilidad de incorporar tales prácticas a los arbitrajes llevados a cabo en el Perú. Dicha norma establece lo siguiente:

> Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones
>
> […]
>
> 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, **el tribunal podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral** (2008) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, las actuaciones arbitrales se rigen no solo por lo expresamente acordado en el convenio arbitral, el reglamento de la institución arbitral o el DL 1071, sino también por la costumbre arbitral, la cual recoge las prácticas internacionales señaladas de forma anterior. Ello, sin perjuicio que las partes expresamente acuerden la incorporación de documentos del *soft law* como parte de las reglas que regirán su arbitraje.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, también se le atribuye al perito el deber de independencia, el cual incluso debe primar frente a los deberes que el perito tiene con la parte que lo contrató. De tal forma, en el laudo parcial del 7 de agosto del 2002, expedido en el caso *Methanex Corporation* c. *Estados Unidos*, el tribunal arbitral señaló que dicha obligación anula cualquier obligación con la parte demandante como sujeto que ha contratado o paga por la participación del perito en el proceso. En otras palabras, desde la incorporación del perito al proceso arbitral se suspende la relación principal-agente hasta la culminación del proceso (2002, párr. 165)[4].

Dicha situación es concordante con la posición anglosajona. Por ejemplo, en el derecho inglés, las Civil Procedure Rules (Practice Direction 35) establecen que existe un deber del perito hacia el tribunal o los jueces, y que ese deber prima sobre los intereses de la parte que lo contrató. Por tal motivo, el perito debe entregar una declaración a la corte señalando que comprende y ha cumplido con dicho deber. En esa línea, Born señala lo siguiente:

> […] at a minimum, experts are subject to the same duties of honesty as fact witnesses and their failure to demonstrate independent professional judgment will seriously impair their credibility. The better view is that experts are required, including when they are party-appointed, to provide their genuinely-held and sincere professional opinion, and not to assume the role of advocate for a party (2014, p. 2281)[5].

Adicionalmente a lo expuesto, existe otra razón importante por la que los peritos tienen incentivos para mantenerse imparciales e independientes. Los peritos tienen interés en conservar su reputación. De lo contrario, generarían, tarde o temprano, su exclusión del mercado arbitral, siendo esta quizá su mayor sanción (Jiménez Blanco & Franco Pujol, 2016, p. 62).

En conclusión, ya sea que las partes lo hayan pactado, que esté previsto en el reglamento de la institución arbitral o que el tribunal arbitral lo incorpore a través de los usos y costumbres arbitrales, lo cierto es que los peritos sí tienen el deber de mantener la imparcialidad e independencia en su actuación durante todo el arbitraje.

III. CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDEN AFECTAR LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS PERITOS

Que un perito deba ser imparcial e independiente es fácil de entender cuando se trata de una pericia de oficio ordenada por un tribunal arbitral. Pero en el caso de una pericia de parte, el perito siempre debe guardar el balance de observar, por un lado, el deber de diligencia frente a la parte que lo contrató; y, por otro lado, el deber de mantenerse objetivo e imparcial frente al tribunal arbitral. Mantener dicho balance suena difícil, entonces, ¿cómo se puede determinar si un perito ha faltado a alguno de dichos deberes?

[4] El laudo parcial indica a la letra lo siguiente:

> (iv) an acknowledgment by the expert witness of his or her independent duty to assist the Tribunal, including attendance at an oral hearing unless otherwise ordered by the Tribunal; and that this duty overrides any obligation to Methanex as the person engaging or paying that expert witness […].

[5] [C]omo mínimo, los expertos están sujetos a los mismos deberes de honestidad que los testigos de hecho y su incapacidad para demostrar un juicio profesional independiente perjudicará gravemente su credibilidad. La mejor opinión es que se requieren expertos, incluso cuando son nombrados por una de las partes para proporcionar su opinión profesional sincera y no asuman el papel de defensor de parte [traducción libre].

Las circunstancias por las cuales se puede dudar de la objetividad de un perito son variadas y están relacionadas, por ejemplo, con las relaciones que puedan existir entre el perito designado y la parte que lo contrata, la documentación revisada, la metodología utilizada, el resultado de la opinión experta, etc. Sobre el particular, es importante precisar que la elección del perito es fundamental por dos razones.

La primera de ellas es que el perito no puede estar relacionado de manera significativa con la parte que lo contrata, debido a razones de imparcialidad. De manera similar a lo que sucede con los árbitros, el perito no puede ser empleado de la empresa que lo contrata, ser pariente cercano de sus representantes ni tener un interés en el resultado de la controversia. Es decir, lo primero que se debe tener en cuenta al momento de elegir un perito es que este no tenga una relación significa en términos económicos ni personales con la parte que lo contrata, a fin de evitar posteriores cuestionamientos. De lo contrario, estas situaciones tendrán que ser reveladas y dispensadas por la contraparte y el tribunal arbitral.

En segundo lugar, en los arbitrajes de construcción es indispensable que las partes y sus asesores identifiquen cuáles son las características en términos de especialidad y experiencia que debe reunir el perito para que su opinión experta pueda ser confiable. Por ejemplo, un ingeniero especializado en análisis forense de estructuras, en determinadas controversias, puede ser más adecuado que un ingeniero especializado en diseño. Un excelente profesional en diseño no necesariamente es un buen experto forense. El objetivo del proceso de diseño es identificar y desarrollar soluciones de ingeniería. Por otro lado, el proceso forense determina la causalidad del defecto, pues se enfoca en entender cómo se comportó una determinada estructura y las posibles causas para ello y, por lo tanto, puede resultar más adecuado para un informe pericial en determinadas materias (Brady, 2012, p. 8). Por su parte, el profesional que es propuesto debe evaluar si es apto para aceptar el cargo en razón a su especialidad y experiencia.

En este sentido, elegir a un profesional no adecuado para probar el caso y, además, que un perito acepte un encargo cuando no es especialista en el tema objeto de la controversia, puede afectar la confiabilidad de la pericia. En ese supuesto, el perito no necesariamente ha cometido una falta a sus deberes de imparcialidad e independencia; sin embargo, si su opinión es fácilmente rebatida, se generaría una apariencia de parcialidad frente al tribunal arbitral.

¿Qué otras circunstancias pueden dar lugar a que se forme la apariencia que el perito no es objetivo ni imparcial en su opinión experta? A manera de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes:

a) Que el perito prescinda de determinada información sin la debida justificación.

b) Que el perito utilice exclusivamente información que es favorable a la parte que lo contrató.

c) Que el perito no haya realizado (por sí mismo) una verificación de la información relevante para su informe y; por el contrario, haya confiado plenamente en la información entregada por los asesores de su cliente.

d) Emitir, en un primer momento, su opinión en un determinado sentido y, de forma posterior, cambiar sus conclusiones significativamente.

Con el fin de generar dudas en el tribunal arbitral sobre la confiabilidad de la opinión experta, es usual que durante la fase de *cross-examination*, los abogados cuestionen, por un lado, la relación del perito con su cliente (así como su especialidad y experiencia) y, por otro lado, la información revisada y metodología utilizada. Por ello, es muy importante que todo el proceso de elección del perito y de preparación de la opinión experta se encuentre libre de cualquier vicio que pueda afectar la imparcialidad e independencia del perito.

Algunas veces, el *cross-examination* de los abogados puede dejar en evidencia alguna falta a los deberes de imparcialidad e independencia del perito. Pero en otros casos, el tribunal arbitral no puede discernir si la opinión experta adolece de tal defecto. En casos complejos, en los que el volumen de información es considerable y muy difícil de manejar, el tribunal arbitral simplemente no puede tener la certeza, a través del *cross-examination*, si el perito ha utilizado toda la información relevante o si existe información que injustificadamente no utilizó.

Cuando se presenta esta situación, la tarea del tribunal arbitral se complica. Las opiniones expertas están dirigidas a facilitar el encargo del tribunal de resolver la controversia. Sin embargo, cuando se presenta alguna de las circunstancias descritas, el tribunal arbitral no solo no puede confiar en la pericia; sino que además debe explicar por qué no la puede utilizar para fundamentar su decisión. En estos casos, la práctica arbitral ha desarrollado algunas formas de solucionar este problema. Algunas son más o menos costosas y más o menos

convenientes para las partes. Procedemos, entonces, a desarrollarlas.

IV. MEDIDAS PARA CONFRONTAR LA OBJETIVIDAD DE LAS OPINIONES EXPERTAS

A. Pericias de oficio

Cuando la falta de objetividad de una opinión experta presentada por una parte se vuelve un problema, existen distintas soluciones que puede tomar el tribunal arbitral. La primera de ellas es simplemente no utilizar la pericia de parte y ordenar una pericia de oficio. Esta opción, que es la más sencilla y práctica desde la perspectiva del tribunal arbitral, no lo es para las partes, por las siguientes razones:

a) Es la alternativa más costosa: Las partes deben asumir no solamente los gastos de la actuación de sus propias pericias sino también de la que el tribunal arbitral ordene. Adicionalmente, lo más probable es que, a fin de evitar nuevos cuestionamientos de falta de imparcialidad e independencia, el tribunal arbitral encargue la preparación de la pericia a firmas internacionales reconocidas, las cuales son más costosas.

b) Las partes pierden control sobre la información y el nivel de coordinación con el perito: Durante la preparación de una pericia de parte, es práctica usual (y necesaria) que el perito sostenga varias reuniones con su cliente para revisar la información disponible y hacer todas las preguntas relevantes para comprenderla. Dependiendo del nivel de complejidad y volumen de la información, dichas reuniones pueden ser frecuentes o no. En cambio, en una pericia de oficio, es experiencia de la autora que los peritos suelen reducir el contacto con las partes al mínimo necesario tan solo para solicitar información y los canales de comunicación son más formales y no tan expeditivos.

Conforme a lo expuesto, las pericias de oficio no ofrecen muchos beneficios a las partes. Sin embargo, a los ojos del tribunal arbitral estas son más confiables que las pericias ofrecidas por las partes. En efecto, como indican Castillo Freyre *et al*.,

> [r]esulta claro que la valoración de la pericia de parte por los tribunales arbitrales no necesariamente va a tener la misma fuerza que la valorización de la pericia de oficio porque, al fin y al cabo, el profesional que hace la pericia de parte es de confianza de la parte que lo designa, por más que se trate de un profesional cuya idoneidad sea incuestionable (2014, p. 759).

B. *Joint Statements*

Muchas veces se piensa que, debido a que las pericias tienen un contenido eminentemente técnico, los resultados no deberían variar pues los números son una ciencia exacta. Sin embargo, no es infrecuente que, pese a que el objeto de la pericia es el mismo, dos peritos pueden obtener conclusiones diametralmente opuestas o muy distanciadas. En estos casos, el tribunal arbitral puede solicitar a los peritos designados por las partes elaborar un informe conjunto o *joint statement*.

Ahora bien, en principio, se debe reconocer que siempre existe la posibilidad de diferencias entre las opiniones expertas de los peritos sin que eso signifique necesariamente falta de imparcialidad o error (Ennis, 2012, p. 15). Que los peritos tengan criterios distintos respecto de algunos puntos es esperable. A través del *joint statement*, los peritos identifican y explican al tribunal arbitral en qué consisten esas diferencias de criterios y opiniones.

En algunos casos, luego de revisiones y discusiones conjuntas, los peritos podrán llegar a acuerdos con respecto a determinados aspectos técnicos, e informarán de dichos acuerdos al tribunal arbitral, ayudando así al tribunal a dilucidar algún punto controvertido. Probablemente, los peritos se aparten un poco de su posición inicial, pero el hecho de que lleguen a un acuerdo es un indicativo de que sus conclusiones son objetivas y, por tanto, confiables para el tribunal arbitral.

Si bien el uso de *joint statements* en países del *civil law* no es muy usual (Ennis, 2012, p. 3), cabe señalar que esta alternativa guarda varios beneficios para las partes en cualquier sistema legal. Por un lado, un *joint statement* evita los costos de una pericia de oficio. Por el otro lado, las partes no pierden el control respecto de sus pericias. A las partes no les debe preocupar que sus expertos realicen revisiones conjuntas. Toda vez que tales expertos son imparciales e independientes, los acuerdos a los que arriben (de haberlos) son los que corresponden ser reconocidos por el tribunal arbitral, pues han recibido una validación conjunta.

C. *Hot-tubbing*

El *hot-tubbing* es, básicamente, una confrontación de testigos o expertos. El Informe Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje de la CCI lo define de la siguiente manera:

> La confrontación de testigos es una técnica por la cual dos o más testigos periciales o de hechos presentados por una o más de las partes

> son interrogados conjuntamente sobre temas particulares por el tribunal arbitral y eventualmente por los representantes de las partes (CCI, 2018, p. 15).

No existe un procedimiento único que regula el *hot-tubbing*, este depende de las reglas aplicables al arbitraje o las que decidan el tribunal arbitral y las partes. A manera de ejemplo, el Technology and Construction Court (TCC) Guide del Reino Unido proporciona recomendaciones sobre cómo administrar el *hot-tubbing*, de la siguiente forma:

> […] When this method is adopted there is generally a need for experts to be cross-examined on general matters and key issues before they are invited to give evidence concurrently on particular issues. Procedures vary but, for instance, a party may ask its expert to explain his or her view on an issue, then ask the other party's expert for his or her view on that issue and then return to that party's expert for a comment on that view. Alternatively, or in addition, questions may be asked by the judge or the experts themselves may each ask the other questions (2015, p. 54)[6].

Una condición muy importante para que el *hot-tubbing* sea exitoso es que el tribunal arbitral debe prepararse con anticipación para hacer las preguntas adecuadas. Los árbitros deben llegar a la audiencia debidamente informados sobre las pericias y todos los aspectos que sean necesarios para administrar el interrogatorio. En resumen, esta medida, formalmente conocida como testimonio experto concurrente, involucra un entorno coloquial en el que varios expertos brindan su testimonio y responden las preguntas del juez, de los asesores de las partes y de ellos mismos en una sola sesión (Yarnall, 2009, p. 312).

Aunque este procedimiento parece muy atractivo, presenta ciertas desventajas. En primer lugar, el *hot-tubbing* no es muy popular entre algunos abogados, debido a la predisposición de perder el control del interrogatorio para entregárselo al tribunal arbitral (Ennis, 2012, p. 5). Inclusive, ciertos autores señalan que el uso del *hot-tubbing* no es del todo admitido en países del *common law* porque es inconsistente con el sistema adversarial que ahí se utiliza. El marcado poder del juez de hacer preguntas durante el *hot-tubbing* es más afín al sistema inquisitorial empleado en jurisdicciones del *civil law* (Rosenberg, 2015, p. 5).

En segundo lugar, la principal observación que se realiza con respecto al *hot-tubbing* es que podría favorecer al perito más articulado, asertivo y persuasivo (Ennis, 2012, p. 23), en vez del perito que cuenta con mayor solvencia técnica. De cierta forma, la mecánica del *hot-tubbing* propicia un concurso de argumentación entre los expertos. Pocos expertos se encuentran entrenados en el arte de la abogacía. Este aspecto genera el peligro de que el *hot-tubbing* se convierta en un vehículo de abogacía y no de evidencia. Además, si el perito entra al campo de la abogacía, se corre el riesgo que la evidencia que aporta se contamine de falta de independencia (Ennis, 2012, p. 5).

No obstante, este procedimiento sigue siendo preferido por sobre las pericias de oficio, en las que el control de las partes sobre el experto designado por el tribunal arbitral es casi inexistente. Asimismo, se debe recordar que el *hot-tubbing* nació (en cierta medida) por la insatisfacción del típico *cross-examination*, el cual muchas veces se centra únicamente en desacreditar al perito antes que evaluar el tema de fondo. Sobre el particular, Ennis señala que "[u]n tribunal neutral y adecuadamente preparado haciendo preguntas es una mejor manera de llegar a una visión clara que un contrainterrogatorio hostil y *ad hominem*" (2012, p. 9).

V. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS PERITOS

No se debe perder de vista que, sin perjuicio de los deberes de imparcialidad e independencia que tiene el perito frente al tribunal arbitral (que vienen impuestos por la normativa derivada de los reglamentos de arbitraje, *soft law* y usos y costumbres aplicables al caso), el perito tiene además ciertas obligaciones frente a su cliente en virtud al contrato celebrado para la elaboración de la opinión experta. Normalmente, el alcance de las obligaciones que deben ser cumplidas por un perito en un arbitraje comprende los siguientes dos aspectos: (i) la preparación de la opinión experta; y (ii) sustenta-

[6] […] cuando este método es adoptado normalmente hay una necesidad de que los expertos sean examinados en cuestiones generales y asuntos claves antes de que sean invitados a dar evidencia concurrentemente sobre determinados asuntos. Los procedimientos varían, pero, por ejemplo, una parte puede preguntar a su experto para que explique su punto de vista respecto a un punto, luego preguntar al experto de la otra parte su opinión sobre ese asunto y luego volver al experto de esa parte para un comentario respecto de esa opinión. Alternativamente, o adicionalmente, preguntas pueden ser hechas por el juez o los expertos mismos pueden hacer preguntas cada uno al otro [traducción libre].

ción en audiencia. Sobre el particular, el artículo 44 del DL 1071 establece que[7]

> 1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más **peritos para que dictaminen sobre materia concretas** […].
>
> 2. **Después de presentado el dictamen pericial**, **el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia** en que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
>
> 3. **Las partes pueden aportar dictámenes periciales** por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario (2008) [el énfasis es nuestro].

En efecto, el perito debe entregar una opinión experta. A primera vista, pareciera que se trata de un contrato de locación de servicios. Sin embargo, a diferencia de un contrato de supervisión, este contrato se caracteriza por el resultado de ese servicio; es decir, el informe pericial, y no el servicio *per se* de preparación de dicho informe. El cumplimiento de la obligación se verificará con la entrega del informe en las condiciones pactadas. Si el perito no cumple con entregar el informe, entonces ha incumplido su obligación, independientemente de si el texto del informe pericial está a punto de ser completado.

El cliente normalmente no pagará solo por avances del informe pericial, inclusive cuando ello implique que el perito efectivamente ha venido prestando sus servicios de análisis forense; sino solo con la entrega de un informe pericial que pueda utilizar en el arbitraje. En este caso, la obligación de hacer (preparación de la pericia) termina en un dar (el informe pericial). Dado que lo que interesa al cliente es el resultado, las reglas aplicables al contrato entre el perito y su cliente son las del contrato de obra (artículos 1771 a 1789 del Código Civil).

Si bien la segunda actividad (sustentar el dictamen en la audiencia) constituye un hacer, esta misma no convierte la prestación del perito en una locación de servicios, puesto que dicha obligación es complementaria a la principal: entregar el resultado (la opinión experta). En efecto, en la sustentación el perito se encuentra limitado a pronunciarse solo sobre los alcances de su dictamen.

Ya hemos determinado que nos encontramos frente a un contrato de obra. Ahora bien, ¿cómo se determina si un perito ha incumplido con alguna de sus obligaciones en este contrato? En primer lugar, se debe recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el estándar exigible por defecto es el de la diligencia ordinaria. Al respecto, el artículo 1314 del Código Civil establece que: "[q]uien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso" (1984).

No obstante, en algunos escenarios especializados, la diligencia no solo se encuentra vinculada a los mejores esfuerzos en el marco del cumplimiento de la obligación (aspecto subjetivo), sino que, además, será exigible que la conducta esté circunscrita a una *lex artis* (aspecto objetivo)[8]. Es decir, a las normas del arte que se aplican en una determinada industria. Al respecto, Castillo Freyre y Rivas Caso indican que

> […] el comportamiento del obligado se confrontará con la *lex artis*, es decir, con el conocimiento y ciencia que sean exigibles al profesional. Se añade que en ello gravitan el estado y desarrollo de los conocimientos con el propósito de responsabilizar al profesional que ignore los avances de la ciencia que se encuentren a su disposición (2014, p. 136).

La *lex artis* es aplicable a los informes periciales en arbitrajes de construcción. De tal forma, por ejemplo, si la discusión arbitral se circunscribe a la gene-

[7] Similar disposición se encuentra en el artículo 5 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el cual dispone lo siguiente:

> [E]l Perito Designado por la Parte deberá presentar un Dictamen Pericial […] Si un Perito designado por la Parte cuya comparecencia ha sido solicitada de conformidad con el artículo 8.1 **no comparece a declarar en la Audiencia Probatoria sin justificación suficiente, el Tribunal Arbitral deberá descartar cualquier Dictamen Pericial de ese Perito Designado** […] **salvo que, en circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral decida lo contrario** (2010, p. 15) [el énfasis es nuestro].

[8] Sobre el particular, Del Arco Torres y Pons González, han indicado que

> [las] reglas del arte son las normas de un oficio, arte o profesión; son los criterios generales que la técnica dicta para un determinado género de trabajo. En consecuencia, "*lex artis* de la edificación" es el conjunto de preceptos, reglas y conocimientos técnicos necesarios para el buen hacer constructivo, fiel realización de todo proyecto inmobiliario, y óptima rentabilidad de los elementos que la integran (1997, p. 132).

ración de improductivos por los incumplimientos del propietario en la entrega del terreno para construir, no bastará que el perito revise la documentación y aplique la metodología que mejor le parezca, sino que será necesario que utilice las metodologías recomendadas por la industria para analizar estos casos (por ejemplo, el método de la milla medida). Por otro lado, en discusiones arbitrales de grandes y complejos proyectos de infraestructura, las opiniones expertas normalmente no se encuentran a cargo de personas naturales sino de empresas especializadas y sofisticadas. Por lo tanto, en estos casos, como afirma Ramos Heerranz,

> [l]a diligencia a prestar por el empresario no será la de un buen padre de familia, sino la de un ordenado empresario, concretamente, la diligencia de un ordenado empresario dentro del sector concreto en el que realiza su comercio o actividad […] con el calificativo «ordenado» se está imponiendo un superior grado, por encima del grado «buen» o «bueno» […] Es decir, que habrá de poner al servicio de la prestación el cuidado, dedicación y atención adecuados para que tenga lugar el orden requerido, el orden propio de un empresario: el empresario realizará sus actividades con mayor previsión y evaluando las incidencias de su actividad, analizando los riesgos y asumiendo sólo aquellos que no pongan en peligro la solvencia de su empresa (2006, p. 205).

Lo anteriormente señalado es independiente de las reglas de la profesión que son aplicables de manera concurrente a la labor pericial. Así, por ejemplo, en el caso de los ingenieros que normalmente actúan como peritos en arbitrajes de construcción, estos deben observar los lineamientos de la Ley 16053, Ley que autoriza a los colegios de Arquitectos del Perú y al colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República y sus modificatorias.

Del mismo modo, el Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú establece que dichos profesionales (i) deberán respetar la normativa vigente relacionada a su profesión y actuarán "dentro de los más estrictos principios de honradez y moralidad en todo su proceder" (2018, art. 18); y (ii) ejecutarán "todos los actos inherentes a la profesión de acuerdo a las reglas técnicas y métodos científicos procediendo con diligencia" (2018, art. 19).

En conclusión, un perito incumplirá con su deber profesional si no atiende al deber de diligencia exigido por el Código Civil y aplicable a la industria. Para tal efecto, se debe acreditar que el perito ha actuado con la diligencia ordinaria que corresponde a los miembros de su profesión, y no solo a la del "buen padre de familia".

VI. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS PERITOS

Como se ha explicado, el régimen de responsabilidad aplicable a los peritos tiene dos dimensiones. La primera de ellas se refiere a los deberes de imparcialidad e independencia frente al tribunal arbitral establecidos por las reglas aplicables al arbitraje. La segunda se refiere a su responsabilidad como profesionales ante su cliente. Su incumplimiento acarrea consecuencias distintas, las cuales se explican a continuación.

A. Consecuencias del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia

Las normas, guías y protocolos del *soft law,* que pueden ser incorporadas por acuerdo de las partes al arbitraje, establecen que los peritos tienen un deber de imparcialidad e independencia, y que el deber de mantenerse imparcial e independiente frente al tribunal arbitral prima respecto de la relación que tiene con su cliente. Sin embargo, dichas normas no indican cuáles son las consecuencias de incumplir dichos deberes. En este caso, creemos que el resultado del incumplimiento de estos deberes se manifiesta principalmente en la valoración que pueda hacer el tribunal arbitral respecto de su dictamen pericial.

Ahora bien, cabe precisar que, según el artículo 43 del DL 1071, el tribunal tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión y valoración de los medios de prueba ofrecidos por las partes. En efecto, dicho artículo menciona lo siguiente:

> […]
>
> 1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
>
> 2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso (2008).

Encontramos una disposición similar a nivel comparado en el inciso 2 del artículo 25 de la Ley 60/2003 de Arbitraje española, el inciso 2 del artículo 19 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional chileno, el capítulo 72 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, el

artículo 30 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano y el artículo 1435 del Código del Comercio mexicano.

Asimismo, el literal b) y g) del inciso 2 del artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional señalan lo siguiente:

> Artículo 9 Admisibilidad y Valoración de la Prueba
>
> [...]
>
> 2. **El Tribunal Arbitral podrá excluir**, a instancia de parte o de oficio, **la prueba** o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:
>
> [...]
>
> (b) existencia de impedimento legal o **privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral**;
>
> [...]
>
> (g) consideraciones de economía procesal, **proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes** (2010) [el énfasis es nuestro].

Es decir, a nivel normativo existe la posibilidad que un tribunal decida no admitir, excluir o castigar la valoración que hace respecto de una opinión preparada por un perito que no ha cumplido sus deberes de imparcialidad e independencia. Sin embargo, existen opiniones divididas. Por un lado, Born señala al respecto que

> [d]espite the expert's obligations of Independence, tribunals virtually never 'disqualify' experts or exclude their testimony for lack of Independence. That is true even in cases where an expert is an employee of a party or otherwise affiliated with a party or its legal team (2014, p. 2281)[9].

En esa línea, en el caso *Helnan International Hotels A/S c. Egipto* (2008), el tribunal arbitral admitió la participación de un perito a pesar de haber trabajado anteriormente en la compañía demandante. En efecto, se estableció lo siguiente:

> 39. On 27 September 2007, **Claimant requested the Tribunal to strike Mr. Mounir Doss's [Respondent's expert witness] expert witness statement from the record and preclude him from testifying**. Claimant claimed that Mr. Mounir Doss was a former employee of HELNAN who was working for the Respondent's legal team making him unqualified to testify as an independent expert witness.
>
> 40. On 28 September 2007, the Centre, on behalf of the Tribunal, requested Respondent to provide its comments in regard to Claimant's request relative to its expert witness.
>
> 41. On 2 October 2007, the Centre communicated the Respondent's reply. Respondent stated that Mr. Mounir Doss had left HELNAN employment under favourable circumstances and contested the allegation that he now worked for Respondent.
>
> 42. On 3 October 2007, **the Tribunal stated that it would accept Mr. Mounir Doss witness statement while taking into consideration the Parties' observations** (2008, párrs. 39-42)[10] [el énfasis es nuestro].

Sin embargo, en el *common law* hay casos de arbitrajes de construcción en los que las cortes ex-

[9] [A] pesar de las obligaciones de independencia de los expertos, los tribunales prácticamente nunca "descalifican" a los expertos ni excluyen su testimonio por falta de independencia. Esto es cierto incluso en los casos en que un experto es un empleado de una parte o está estrechamente relacionado con una parte o su equipo legal [traducción libre].

[10] 39. El 27 de septiembre de 2007, la Demandante solicitó al Tribunal que elimine la declaración del testigo experto del Sr. Mounir Doss [testigo experto de la Demandada] y le impida testificar. La Demandante afirmó que el Sr. Mounir Doss era un ex empleado de HELNAN que trabajaba para el equipo legal de la Demandada, lo que lo volvía no calificado para testificar como testigo experto independiente.

40. El 28 de septiembre de 2007, el Centro, en nombre del Tribunal, solicitó a la Demandada que proporcione sus comentarios con respecto a la solicitud de la Demandante en relación con su testigo experto.

41. El 2 de octubre de 2007, el Centro comunicó la respuesta de la Demandada. La Demandada declaró que el Sr. Mounir Doss había dejado el empleo en HELNAN en circunstancias favorables y cuestionó la afirmación de que ahora trabajaba para la Demandada.

42. El 3 de octubre de 2007, el Tribunal declaró que aceptaría la declaración del testigo del Sr. Mounir Doss teniendo en cuenta las observaciones de las Partes [traducción libre].

presamente han rechazado los informes periciales sobre la base de que los peritos no cumplieron sus deberes de imparcialidad e independencia. Por ejemplo, en *Great Eastern Hotel Co Ltd c. John Laing Construction Ltd*, el juez Wilcox rechazó y criticó la opinión de un experto por falta de independencia, en los términos siguientes:

> I reject the expert evidence of Mr. C as to the performance of Laing as construction manager in relation to periods 1 and 2. He has demonstrated himself to be lacking in thoroughness in his research and unreliable by reason of his uncritical acceptance of the favourable accounts put forward by Laing. I prefer the evidence of Mr. W who was an impressive and conscientious witness who showed that he approached his role as an expert in an independent way and was prepared to make concessions when his independent view of the evidence warranted it (2005, párr. 111)[11].

En *London Underground Ltd* c. *Kenchington Ford PLC*, el juez Wilcox señaló que el perito había "ignorado su deber tanto hacia la corte como hacia sus otros colegas expertos" y que había asumido "el rol de abogado de la causa de su cliente", por lo cual concluyó que la evidencia era inválida (1998, párr. 63).

Ya sea que un tribunal arbitral decida admitir o no la opinión de un experto que no cumple los deberes de imparcialidad e independencia, lo más probable es que la valoración que realice el tribunal arbitral respecto de su dictamen no lo beneficie. Es decir, la opinión de un perito que no guarda neutralidad no puede generar convencimiento en el tribunal arbitral. Como indica Ezcurra Rivero, comentando el artículo 44 del DL 1071,

> [e]s importantísimo que el perito que propongamos sea absolutamente imparcial e independiente de la posición que sostiene la parte que lo contrató y que paga sus honorarios. Aquellos peritos que repiten al unísono (con la parte que los contrató) la misma posición, con los mismos puntos y comas, **no sirven absolutamente de nada para la tarea de persuasión** […] Es preferible que su perito dañe en parte su argumento o la posición de su cliente. Ello no sólo reflejará imparcialidad e independencia, sino que además generará confianza en el tribunal arbitral sobre la opinión técnica emitida (2011, pp. 529-530) [el énfasis es nuestro].

Por lo tanto, la principal consecuencia de que el perito falte a sus deberes de imparcialidad e independencia frente al tribunal arbitral es que la valoración de la pericia será castigada. En ese sentido, el perito logrará un resultado diametralmente opuesto al deseado. En vez de generar convencimiento al tribunal en una perspectiva favorable a su cliente, lo único que logrará es que su cliente se quede sin prueba que justifique su posición porque la pericia no será confiable.

B. Consecuencias derivadas de la responsabilidad profesional de los peritos

Ya se ha determinado (en el acápite V) el estándar de diligencia con el que establecerá si un perito ha incumplido sus obligaciones, que es aquel deber de diligencia exigible a los miembros de su profesión. Pero ahora surge la siguiente interrogante: ¿en qué tipo de situaciones se puede considerar que un perito ha incumplido sus obligaciones?

Ello se debe analizar caso por caso. Un perito incumple sus obligaciones cuando, por ejemplo, no entrega su opinión experta dentro del plazo pactado, o cuando no se pronuncia respecto de la totalidad del alcance encargado. Pero, moviéndonos a un terreno mucho más ambiguo, ¿qué pasa si el perito ha entregado una opinión deficiente?

En primer lugar, es difícil determinar que un perito ha elaborado un informe no apto para sus fines porque, normalmente, ni el cliente ni el tribunal arbitral están en condiciones de evaluar si la opinión experta es correcta o no. En el caso del cálculo de pérdida de productividad en un proyecto de construcción de gran envergadura, por ejemplo: ¿cómo podría el cliente o el tribunal arbitral verificar si los números obtenidos por el perito son correctos?

En un inicio, en el *common law* (específicamente en Inglaterra) los peritos que sustentaban en corte no tenían responsabilidad por sus afirmaciones. Ello era conocido como la doctrina de la inmunidad de los peritos. Lord Mansfield explicó dicha doctrina señalando que: "[…] neither party, witness, counsel, jury or judge can be put to answer, civilly or criminally, for words spoken in office" (*R c.*

[11] Rechazo la evidencia experta de Mr. C en relación al rendimiento de Laing como gerente de construcción en relación a los periodos 1 y 2. Él ha demostrado que no tiene rigor en su investigación y no es confiable en razón de su aceptación acrítica de las cuentas favorables presentadas por Laing. Prefiero la evidencia de Mr. W quien fue un admirable y consciente testigo quien demostró que enfocó su rol como experto de una manera independiente y se preparó para hacer concesiones cuando su opinión independiente de la evidencia lo garantizaba [traducción libre].

Skinner, 1772, p. 55)[12]. La razón de ser de esta doctrina, que estuvo vigente en Inglaterra por más de dos siglos, es que negar la inmunidad desalentaría a los peritos a dar evidencia (Jensen, 1993, p. 194). Se creía que sin inmunidad por su testimonio, se afectaría la objetividad del experto. Por lo tanto, los peritos no tenían responsabilidad por el contenido de sus opiniones.

Dicha posición, sin embargo, no fue seguida en Estados Unidos que, a diferencia de Inglaterra, sí admitió la responsabilidad por la actuación de los peritos. Cabe resaltar que la posición inglesa cambió hace algunos años con el caso *Jones c. Kaney* (2011), en el que la Corte Suprema admitió que sí se puede demandar a los peritos por negligencia profesional.

Ahora, en el caso peruano no existe la inmunidad de los peritos, y por lo tanto están sujetos a las mismas reglas que aplican a los demás profesionales en el cumplimiento de sus servicios. Se debe recordar que el artículo 1321 del Código Civil establece que: "[q]ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve" (1984).

De tal forma, digamos, por ejemplo, que se produce una negligencia por parte del perito en un caso hipotético en que no ha revisado toda la información relevante y como consecuencia de ello, el cliente obtiene una indemnización mucho menor a la que pudo haber obtenido de haber llevado a cabo el perito una revisión diligente de los documentos o de la aplicación de otra metodología más adecuada. De esta manera, teóricamente existe la posibilidad que un perito sea responsable frente a la parte que lo contrató.

Sin embargo, para obtener algún tipo de indemnización se debe probar los elementos que dan lugar a la responsabilidad: (i) el incumplimiento de sus obligaciones; (ii) la causalidad entre dicho incumplimiento y el daño que se alega; (iii) el factor de atribución, que en este caso es subjetivo y según el estándar de diligencia que se ha explicado; y (iv) la certeza del daño. Probar todos estos requisitos puede ser una tarea muy complicada por lo que, si bien en teoría los peritos están sujetos a las normas de responsabilidad profesional, en la práctica es muy difícil cumplir el estándar de probanza en estos casos.

Ello, sin perjuicio que, conforme hemos mencionado, los peritos también se encuentran sujetos simultáneamente a las normas que rigen su profesión. De esta manera, un informe deficiente ya sea por aspectos de forma o de fondo puede no solo constituir un incumplimiento contractual con su cliente, sino también a las normas específicas que aplican a su profesión. A modo de ejemplo, el Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú establece sanciones que van desde una amonestación hasta la separación definitiva por falta muy grave.

VII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo se ha analizado que, frente a la ausencia de una norma con rango de ley que establezca de manera expresa los deberes de imparcialidad e independencia de los peritos, dichos deberes son exigibles ya sea en virtud al acuerdo de las partes, el *soft law* (estándares y guías internacionales) o los usos y costumbres arbitrales aplicables al proceso en virtud del DL 1071. Adicionalmente a ello, los peritos se encuentran sometidos (al igual que resto de profesionales) a un régimen de responsabilidad civil que surge en virtud al contrato celebrado con su cliente para la preparación de su opinión experta. Si bien el Código Civil establece que el estándar que se utiliza para determinar si existe incumplimiento o no de obligaciones es la diligencia ordinaria, en el caso de los peritos, por tratarse de servicios especializados y sofisticados, la diligencia ordinaria debe entenderse como aquella que se espera de otros miembros competentes de su profesión.

Por lo tanto, queda claro que los peritos se encuentran sometidos a dos tipos de régimen de responsabilidad. Por un lado, frente al tribunal arbitral y a las partes, el perito tiene los deberes de ser imparcial e independiente; por consiguiente, su opinión experta debe ser objetiva. De otro lado, el perito tiene responsabilidad profesional frente a su cliente y, como tal, debe actuar con diligencia: la opinión experta que entregue debe ser apta para sus fines.

Los peritos cumplen una función muy importante en el arbitraje. Sin embargo, para que un peritaje sea exitoso depende de todas las partes involucradas. La parte que designa al perito debe ayudarlo a cumplir sus deberes y obligaciones, y no puede esperar un resultado que no sea acorde con las prácticas regulares de la industria, especialmente en lo que respecta a la cuantificación de daños. Finalmente, las prácticas sobre actuación de los peritajes en nuestro país serán mejoradas, siempre y cuando todas las partes involucradas conozcan los deberes y límites de la actuación de los peritos.

[12] "[…] ninguna parte, testigo, asesor, jurado o juez puede ser llamado a responder, civil o penalmente, por palabras expresadas en el oficio" [traducción libre].

REFERENCIAS

Brady, S. (2012). *The structural engineer as expert witness (working paper 2012/03).* https://www.scl.org.uk/papers/structural-engineer-expert-witness-forensics-and-design

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration: Volume II. International Arbitral Procedures* (2da ed.). Wolters Kluwer.

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2018). *Informe Control del Tiempo y Costos en el Arbitraje*. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/03/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration-spanish-version.pdf

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L., & Chipana Catalán, J. (2014). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 26. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda Parte* (pp. 751-760). ECB Ediciones.

Castillo Freyre, M., & Rivas Caso, G. (2014). La diligencia y la inejecución de las obligaciones. *Ius et Veritas*, (*48*), 130-141.

Del Arco Torres, M., & M. Pons González (1997). *Derecho de la construcción: aspectos administrativos, civiles y penale*s (3ra ed.). Editorial Comares.

Ennis, C. (2012). *The Expert Witness in International Disputes (working paper 2012/06).* https://www.scl.org.uk/papers/expert-witness-international-disputes

Ezcurra Rivero, H. (2011). Comentario al artículo 44. En C. Soto Coaguila & A. Bullard González (coords.), *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje* (Tomo II, pp. 522-530). Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones.

Jensen, E. (1993). When Hired Guns Backfire: The Witness Immunity Doctrine and the Negligent Expert Witness. *UMKC Law Review*, *62*(1), 185-208.

Jiménez Blanco, G. & Franco Pujol, O. (2016). Arbitraje y prueba pericial. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, (*13*), 33-86.

Ramos Heerranz, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. *Anuario de Derecho Civil*, *59*(1), 195-206.

Rosenberg, K. (2015). *The Use of Expert Evidence in Resolving Disputes in Common Law Jurisdictions (working paper 2015/12).* https://www.scl.org.uk/papers/use-expert-evidence-resolving-disputes-common-law-jurisdictions

Yarnall, M. (2009). Dueling Scientific Experts: Is Australia's Hot Tub Method a Viable Solution for the American Judiciary. *Oregon Law Review*, *88*(1), 311-340.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Civil Procedure Rules [CPR] (Ing.).

Código Civil [CC], *Diario Oficial El Peruano*, de 25 de julio de 1984 (Perú).

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (C.BB.PP), publicado el 16 de junio de 2019 (Esp.).

Código de Comercio [CCom], Diario Oficial de la Federación [DOF], de 13-12-1889, últimas reformas DOF 28-03-2018 (Méx.).

Código de Ética del Colegio de Ingenieros del Perú, aprobado en julio de 2018.

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, *Diario Oficial El Peruano*, de 28 de junio de 2008.

Folkes c. Chadd (1782) 99 Eng. Rep. 589, 589; 3 Doug. KB 157, 159 (Ing.).

Great Eastern Hotel Co Ltd. c. John Laing Construction Ltd. [2005] EWHC (TCC) 181, [2005] All ER 368 (Ing.).

Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, (Jul. 3, 2008), IIC 340 (2008).

Jones c. Kaney [2011] UKSC 13 (apelación proveniente de Ing.).

L. 1563, julio 2, 2012, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Ley de Arbitraje (B.O.E. 2003, 60) (Esp.).

Ley 16053, Ley del Ejercicio Profesional, Ley que autoriza a los colegios de Arquitectos del Perú y al colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República, *Diario Oficial El Peruano*, de 31 de enero de 1966 (Perú).

Ley No. 19.971, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Septiembre 29, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley No. 27449, Jul. 26, 2018, [33.919] B.O. 16 (Arg.).

London Underground Ltd c. Kenchington Ford PLC [1998] 63 ConLR 1 (Ing.).

Methanex Corporation c. Estados Unidos, UNCITRAL, Laudo Parcial (Ago. 7, 2002), IIC 166 (2002).

Protocol for the Use Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration del Chartered Institute of Arbitrators (CIArb Protocol), de septiembre de 2007.

R c. Skinner [1772] 98 Eng. Rep. 529, (1772) Lofft 54.

Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, de 29 de mayo de 2010.

Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), de 14 de diciembre de 2018.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de 1 de enero de 2017. https://apps.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamentoarbitraje2017/reglamento_ccl_2017.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de 1 de marzo de 2017.

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de 15 de junio del 2017.

Reglamento del London Court of International Arbitration [LCIA], de 1 de octubre de 2014.

The Technology and Construction Court Guide de HM Courts and Tribunals Service, de 3 de marzo de 2015 (Reino Unido).

10.18800/themis.202001.022

¿LA RAPIDEZ O FLEXIBILIDAD?: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZOS EN EL ARBITRAJE

SPEED OR FLEXIBILITY? AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE EXTENSION OF DEADLINES IN ARBITRATION

Paula Silva Longobardi*
Universidad del Pacífico

Valeria Moreno Machín**
Universidad del Pacífico

One of the great similarities between an ordinary judicial process and arbitration is that both take time. However, in arbitration, unlike in court proceedings, certain measures provided are intended to respond to an adequate use of this resource in the process. In general terms, the current legal standards for granting extensions in arbitration are the equality of arms or opportunities and the reasonableness, both duly recognized in the Peruvian Arbitration Law.

In this article, the authors review the sufficiency of this standard from the perspective of an economic analysis for each of the phases of the arbitration process and, in this way, propose its use as an approach for the evaluation of reasonableness when having to decide whether to grant an extension in an ongoing process.

Keywords: Arbitration; Law and economics; time extension; equality of arms; flexibility.

Una de las grandes similitudes entre un proceso judicial ordinario y uno arbitral es que ambos toman tiempo. No obstante, en el arbitraje se presentan medidas que, a diferencia de los procesos judiciales, tienen la finalidad de responder a un adecuado uso de este recurso en el proceso. En términos generales, los criterios legales vigentes para otorgar ampliaciones de plazo en el arbitraje son el de igualdad de armas o de oportunidades y el de la razonabilidad, recogidos en la Ley de Arbitraje peruana.

En el presente artículo, las autoras revisan la suficiencia de estos criterios desde el Análisis Económico del Derecho para cada una de las fases del proceso arbitral y, de tal forma, proponen su uso como enfoque para la evaluación de la razonabilidad al momento de tener que decidir si dar o no una prórroga en el proceso en cuestión.

Palabras clave: Arbitraje; Análisis Económico del Derecho; ampliación de plazo; igualdad de armas; flexibilidad.

* Estudiante de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Contacto: p.silvalongobardi@alum.up.edu.pe

** Estudiante de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Contacto: vc.morenom@alum.up.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 28 de marzo de 2020 y aceptado por el mismo el 21 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La lógica de la figura de "costo y beneficio" acompaña al usuario del sistema arbitral desde el inicio del proceso mismo. En efecto, la toma de decisión del demandante en relación con el inicio de un reclamo dependerá de si la expectativa de beneficio de este proceso supera a los costos en los que se tendrá que incurrir en el mismo (Posner, 2007, p. 858). De hecho, la elección del arbitraje por sobre la justicia ordinaria responde a la determinación de la opción más beneficiosa para el usuario que decide optar por tal alternativa. Si bien el pago de honorarios de los árbitros convierte al arbitraje en una vía significativamente más costosa respecto de la vía judicial, existen diversas cualidades que hacen que el arbitraje sea el mecanismo preferido para la resolución de controversias comerciales (White & Case & Queen Mary University of London, 2018, p. 5).

En relación con lo anteriormente mencionado, se considera que dos de las principales características por las cuales se prefiere la vía arbitral son evitar sistemas judiciales nacionales (60%) y la flexibilidad (40%). Asimismo, la rapidez también es una cualidad valorada por los usuarios (12%) (White & Case & Queen Mary University of London, 2018, p. 7). En ese sentido, consideramos que este último atributo cobra mayor relevancia en aquellos sistemas jurídicos que cuentan con un aparato judicial ineficiente, puesto que el tiempo que tarda la justicia ordinaria en resolver una controversia es sustancialmente mayor al que demora el arbitraje. Por ello, confirmamos la importancia de proteger su flexibilidad, la cual se encuentra estrechamente relacionada con la ampliación de plazos, sin descuidar la rapidez del mismo y sin que ello perjudique su principal objeto: la justicia.

Así, en el presente artículo realizaremos un análisis de los plazos en el arbitraje desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED), con un especial énfasis en el uso del mismo como criterio importante para decidir ampliaciones de plazo. Dicho de otro modo, el presente artículo revisará, de forma general, en qué casos se puede considerar económicamente eficiente prorrogar un plazo, buscando equilibrar dos de los principales atributos del arbitraje que podrían contraponerse en una prórroga: la flexibilidad y la rapidez.

Para este fin, seguiremos la siguiente estructura de análisis: (i) breve descripción del tratamiento legal y doctrinario que existe en torno a la flexibilidad del arbitraje y las ampliaciones de plazos en el mismo; (ii) estudio de cuándo corresponderían ampliaciones de plazo en cada fase del arbitraje, desde una visión del AED, empleando conceptos tales como la eficiencia en el sentido de Pareto, teoría de juegos, la asimetría de información, entre otros; y, finalmente, (iii) conclusiones y propuestas con respecto al análisis efectuado.

II. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA AMPLIACIÓN DE PLAZOS

La facultad que poseen los árbitros para ampliar plazos se encuentra regulada en el numeral 4 del artículo 34 del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje peruana (en adelante, LA), cuyo tenor es el siguiente:

> Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones
> […] 4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos (2008).

En ese sentido, y solo por citar algunos ejemplos, dos de los principales centros arbitrales en nuestro país también regulan esta facultad del árbitro. En efecto, el Reglamento de la Cámara de Comercio de Lima, en el inciso 1 del artículo 4 da a conocer lo siguiente:

> Artículo 4.- Plazos
> […] 1. Si las circunstancias lo justifican, el Centro y, en su caso, el Tribunal Arbitral pueden modificar los plazos previstos en este Reglamento o cualquier plazo que fije, aun cuando estuviesen vencidos (2017).

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en su artículo 38 menciona lo siguiente:

> Artículo 38.- Facultades de los árbitros
> […] Los árbitros podrán, de acuerdo a su criterio, ampliar los plazos que hayan establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos (2017).

Ahora bien, una de las principales diferencias que puede evidenciarse entre la justicia ordinaria y el arbitraje es que el segundo se desarrolla bajo la directriz de flexibilidad, la cual plantea que "las partes puedan establecer las normas que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses" (Castillo Freyre *et al*., 2016, p. 101). Dicha situación es poco recurrente en el fuero ordinario, en el cual los plazos son más rígidos y preestablecidos, de acuerdo con las normas de la materia.

Sin embargo, la propia legislación arbitral otorga ciertos límites a esta potestad, enfocados en el

principio de igualdad de armas. En ese sentido, el numeral 2 del antes mencionado artículo 34 de la LA menciona que "el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos" (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Así, el principio de igualdad de armas ha sido desarrollado por la Corte Europea de Derechos Humanos, para la cual este implica que "cada una de las partes debe tener oportunidades razonables para presentar su caso bajo condiciones que no coloquen a alguna de ellas en una desventaja respecto de su contraparte" (*Ankerl c. Suiza*, 1996). De acuerdo con la Corte de Apelaciones de París, este principio forma parte del derecho a un proceso justo (Caso 13/12002, 2016). Ahora, si bien la igualdad de armas parece ser un criterio enteramente legal, creemos que sus bases también se condicen con un análisis de eficiencia.

Desde una perspectiva económica, un método para evaluar la eficiencia es el denominado criterio de Pareto. Este nace como un método de asignación de recursos y, de ese modo, sostiene que "una transacción de recursos resulta superior en el sentido de Pareto en tanto mejore la posición de una persona sin empeorar la posición de nadie" (Posner, 2008, p. 21). Alfredo Bullard, por su parte, indica que según dicho criterio "el cambio de una situación a otra constituye una mejora en el bienestar social si no se reduce el bienestar individual y al menos mejora la situación de un individuo" (2010, p. 43).

Esta misma lógica se repite al aplicar la igualdad de armas en la prórroga, en la cual el tiempo es precisamente un recurso valioso. En efecto, aquella parte que mejoraría su situación es quien tiene más tiempo debido a la prórroga, mientras que la situación de su contraparte, gracias a la igualdad de armas (posibilidad de absolver el material presentado y una prórroga similar), en principio, no empeoraría.

Aunque teóricamente la idea anterior suene razonable, no en vano el criterio de Pareto ha sido ampliamente criticado por ser utópico y poco aplicable a la realidad puesto que, lamentablemente, no logra el equilibrio perfecto que persigue. Sobre este particular, Posner (2008, p. 21) señala que "esta es una concepción muy austera de eficiencia, con pocas aplicaciones en el mundo real […]" y que "[…] casi nunca se satisfacen en el mundo real las condiciones para la superioridad en el sentido de Pareto […]". Si aterrizamos esta crítica al caso de las ampliaciones de plazo en el arbitraje podremos observar que el problema se repite en la asignación del recurso del tiempo.

La necesidad de solicitar una prórroga supone que ambas partes tenían un plazo establecido para presentar determinado material de defensa (no necesariamente de forma paralela) y que una de ellas anuncia que no se encuentra en posibilidad de cumplir con este y solicita una ampliación. Bajo tal contexto, debemos entender que, en caso de no otorgarse el plazo adicional solicitado, una de las partes se encontraría en ventaja frente a la otra. Ello pues esta última se habría quedado sin la posibilidad de presentar su material de defensa y, por ende, perdería una oportunidad de aportar elementos de convicción al proceso.

Sin embargo, esta ventaja no debe ser entendida como una forma ilegítima. En efecto, para obtenerla, la parte debe haber incurrido en distintos costos de transacción como puede ser la búsqueda de información, entre otros. Dicha inversión en costos solo tiene sentido en tanto pueda percibir una ventaja a partir de estos. Sin embargo, la solución que otorga la igualdad de armas despoja a una de las partes de esta ventaja válidamente adquirida porque pone a su contraparte en su misma situación, a pesar de que probablemente no haya incurrido en los costos necesarios para llegar a conseguir el material de defensa a tiempo. Ello se cumple incluso si, siguiendo el principio de igualdad de armas, se le otorga el mismo plazo de extensión.

Ahora bien, de acuerdo con Mankiw la eficiencia es entendida como "la propiedad que tiene una asignación de recursos de maximizar el excedente total por todos los miembros de la sociedad" (2012, p. 145). En este caso, son el sistema arbitral y las partes del proceso los agentes a los cuales se pretende beneficiar mediante la optimización del recurso del tiempo, es decir, mediante el resultado que obtenemos a partir de la aplicación del AED. En ese orden de ideas, a modo de conclusión, la igualdad de armas es un criterio jurídicamente válido, puesto que protege el derecho de defensa de las partes. Pese a ello, resulta insuficiente en términos de eficiencia.

Este último aspecto se vio reflejado en la encuesta a usuarios del arbitraje realizada por la Asociación de Congresos y Convenciones Internacionales, la cual revela que cuanto menos un 50% de los usuarios no se siente conforme con la capacidad del tribunal arbitral de garantizar la igualdad de armas en el proceso (Lau, 2017, p. 575). De tal forma, es posible concluir que, además del análisis de eficiencia antes realizado, este criterio –en la práctica– también ha demostrado ser de difícil aplicación desde la perspectiva de los propios usuarios del sistema.

No obstante, la igualdad de armas no es el único criterio que el tribunal posee para la ampliación de

plazo en el estado en cuestión; también se exige que realice un examen de razonabilidad respecto a las oportunidades que reciben ambas partes (Waincymer, 2012, p. 419). Aquel estándar de razonabilidad implica que el tribunal deba analizar cada pedido de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (Schaefer, 2015, p. 108). Sin embargo, sobre este particular, la falta de reglas claras y la cantidad de asunciones que debe hacer el tribunal sobre la legitimidad del pedido de las partes resulta problemática (Waincymer, 2012, p. 419).

En relación con este último aspecto, el tribunal arbitral debe implementar distintos criterios que complementen a aquellos exclusivamente jurídicos para así lograr obtener una decisión que tenga sentido con el objetivo del arbitraje: la justicia eficiente. En vista de que la igualdad de armas y la razonabilidad son criterios insuficientes, es necesario dotar de contenido a este último, de modo que les permita a los tribunales arbitrales tomar una mejor decisión en relación con las solicitudes para ampliar plazos procesales. De tal forma, el criterio que proponemos para ello es el de la eficiencia. En ese sentido, a continuación desarrollaremos una propuesta de análisis de acuerdo con cada etapa del proceso arbitral, siguiendo un estándar de razonabilidad basado en el AED como metodología de estudio para las ampliaciones de plazo, con la finalidad de que le sea útil al tribunal o árbitro del proceso.

En líneas generales, como explica Bullard González (2010), el AED es un método de análisis que busca "determinar qué es más eficiente a través de un análisis costo [y] beneficio" (p. 45); bajo la consideración de que "los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia [...] tratan de maximizar beneficios y minimizar costos" (p. 41).

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS AMPLIACIONES DE PLAZO

Antes de iniciar el análisis principal del presente artículo, es importante recordar que el sistema estatal de justicia y el privado funcionan de manera distinta y, por ello, un análisis económico de estos también será distinto. En efecto, mientras que en el sistema estatal los usuarios ejercitan sus derechos y dilucidan controversias mediante el uso de recursos públicos, el sistema arbitral obliga a las partes a interiorizar estos costos mediante el pago de los honorarios arbitrales.

Dicha falta de asunción de costos tiene como efecto que, en el caso del sistema estatal, el tiempo del adjudicador sea un recurso público y limitado, compartido por la totalidad de usuarios. Es decir, el retraso o la ampliación de plazo de un solo caso genera una externalidad negativa de efecto dominó en el resto de los expedientes. Por otro lado, la interiorización de costos en el arbitraje tiene como consecuencia que las ampliaciones de plazos afecten única y exclusivamente a las partes del proceso. En otras palabras, en el caso del arbitraje, las partes interiorizan las posibles externalidades generadas. Esta diferencia es sustancial para el AED, pues excluye del examen de eficiencia a los efectos generados sobre terceros al proceso.

En la presente sección haremos una revisión de diversas posibles solicitudes de ampliaciones de plazo que se pueden presentar en un proceso arbitral, según cada una de las etapas que este posee, tomando en consideración el siguiente orden: (i) el análisis del acuerdo de voluntades en la fase previa al inicio del arbitraje; (ii) la fase inicial del proceso; (iii) la fase postulatoria y de pruebas; y, (iv) la etapa final del arbitraje en la que se incluye el laudo, las solicitudes contra el laudo y el recurso de anulación.

A. La fase previa al inicio del arbitraje: el convenio arbitral

Existen situaciones excepcionales en las cuales se realizan pactos en el convenio que limitan el desarrollo futuro del arbitraje. A continuación, analizaremos una de ellas: el convenio arbitral con plazo máximo para la duración del arbitraje.

El pacto de un plazo máximo de duración del proceso arbitral desde el convenio ha sido categorizado incluso por la doctrina como una patología, puesto que en aquellos casos en que el plazo sea muy reducido, este acuerdo podría convertirse en inejecutable. En general, una patología –como el pacto de un plazo máximo de duración del proceso– se presenta cuando

> estos acuerdos tienen disposiciones totalmente válidas pero que dependen de factores externos al convenio arbitral y la voluntad de las partes. Pueden ser el resultado de agregar características muy específicas que en el caso de no lograr cumplirse en su totalidad lo conviertan en un pacto sin patología alguna a simple vista, pero inejecutable (De Castro, 2018, p. 23).

En este caso, el plazo es pactado válidamente; no obstante, factores externos como demoras circunstanciales que naturalmente ocurren en el proceso terminan por perjudicar la ejecutabilidad del convenio. De esta manera, para este tipo de acuerdos, consideramos pertinente evaluar dos cuestiones: (i) si los árbitros pueden, a su discreción, ampliar este plazo de duración del arbitraje; y, (ii) si este pacto es eficiente.

Respecto de la primera cuestión, Santistevan de Noriega indica que, según la definición señalada en la LA, el convenio arbitral es un acuerdo, y como tal, "se le aplican al convenio arbitral los atributos propios del contrato que están contenidos en el artículo 1361 del Código Civil en cuanto se precisa que: (i) los contratos 'son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos' […]" (2009, p. 28). Por lo tanto, "lo pactado se convierte en ley entre ellas (las partes) que debe ser rigurosamente respetada (*lex inter-partes*)" (Santistevan de Noriega, 2009, p. 29).

En ese sentido, y como se indicó previamente, el convenio arbitral es "el que da vida a la competencia de los árbitros para resolver el conflicto con la calidad de la cosa juzgada" (Santistevan de Noriega, 2009, p. 22). Es decir, la propia jurisdicción del tribunal arbitral nace a partir de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral y encuentra su límite en el mismo. Por lo tanto, la ampliación del plazo por la sola voluntad de los árbitros del proceso supondría una violación al principio *pacta sunt servanda*.

En efecto, dado que este acuerdo responde a la voluntad de las partes, para poder gozar de mayor plazo se requeriría de un acuerdo entre las mismas que prorrogue el anterior. Sin embargo, en este escenario, podría ocurrir que la parte demandada se muestre renuente a celebrar dicho pacto, puesto que le resulta más conveniente que simplemente se concluya la controversia sin una decisión determinada. Lo mismo podría ocurrir para la demandante, en el caso de que, tras el curso de las actuaciones arbitrales, note que tiene altas probabilidades de obtener una decisión desfavorable. Si el laudo es emitido fuera del plazo pactado en el convenio, probablemente la parte que obtenga un fallo adverso podría plantear un recurso de anulación contra el laudo. Siendo ello así, concluimos que no se encuentra dentro de las facultades discrecionales del árbitro ampliar este plazo.

Ahora bien, con respecto a si este tipo de pactos es eficiente, concluimos de manera definitiva que no es conveniente ni para las partes, ni para el sistema arbitral en ninguno de los tres siguientes supuestos: (i) el tribunal emite el laudo fuera del plazo a pesar del pacto entre las partes; (ii) el tribunal no emite el laudo por falta de tiempo; y, (iii) el tribunal emite un laudo a pesar de no tener tiempo suficiente.

En el primer escenario, en caso este sea emitido fuera de plazo, podría ser objeto de anulación, puesto que, como señala Roger Rubio Guerrero, "el plazo para laudar, en cambio, es un plazo que no está sujeto a flexibilidad, debe respetarse de manera estricta porque su inobservancia puede acarrear la anulación del laudo" (2007, p. 20). La posibilidad de anulación en sí misma socava la eficiencia del proceso (Landbrecht & Wyatt, 2018, p. 233), ya que se traduce en un desperdicio de recursos de tiempo y dinero invertidos para las partes en cuestión. Por lo tanto, en este escenario no sería económicamente eficiente el pacto de un plazo máximo para la resolución de la controversia.

En un segundo escenario, producto de la insuficiencia o incluso irrazonabilidad del mismo, el laudo no logra emitirse. Este supondría también una ineficiencia para las partes, puesto que habrían incurrido en distintos costos directos como los de representación u otros costos de transacción, sin alcanzar finalmente una decisión. Por lo tanto, en este supuesto tampoco sería económicamente eficiente el pacto referido.

Un tercer escenario es que el tribunal arbitral resuelva dentro del plazo a pesar de no contar con el tiempo suficiente para ello. Ello implica que un pronunciamiento de este tipo se caracterice por ser, insuficiente o inconsistente. Tales aspectos serían perjudiciales incluso para el propio sistema arbitral, puesto que la existencia de laudos inconsistentes o motivados de forma insuficiente aumenta la probabilidad de que estos sean cuestionados y anulados en el fuero ordinario (ello en detrimento del prestigio y estabilidad del sistema de justicia privada).

Este escenario será plausible en tanto los árbitros de determinado proceso se conduzcan bajo incentivos pecuniarios y su principal finalidad sea culminar el arbitraje para que esto sea retribuido mediante sus honorarios. Sin embargo, ello puede no ocurrir en tanto, como señala Gary Born:

> Fundamentalmente, los incentivos de un árbitro a mediano y largo plazo son tomar decisiones objetivas y "correctas", que ganen el respeto de las partes, sus abogados, la institución arbitral y otros. [...] particularmente si resulta en un laudo que se anula o se le niega el reconocimiento en los procedimientos públicos (2014, p. 1235).

Ahora, es importante aclarar que lo mencionado se cumple únicamente cuando el plazo es insuficiente para motivar debidamente un laudo, es decir, el tercer caso presentado líneas arriba. De lo contrario, un pronunciamiento que, teniendo el tiempo suficiente, incurra en los mencionados vicios, sería atribuible única y exclusivamente a la negligencia del tribunal.

En ese sentido, luego de haber analizado la referida patología, resulta lógico concluir que el plazo

máximo de duración del proceso es ineficiente y, por lo tanto, la opción ideal sería su ampliación. Sin embargo, como hemos explicado, esta posibilidad no se encuentra dentro de la potestad del tribunal arbitral.

B. El inicio de las actuaciones arbitrales

Una vez que ha sido analizado lo referente a convenios arbitrales, nos remitiremos al inicio del arbitraje. El inicio del proceso ocurre, según el artículo 33 de la LA, en la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje (Decreto Legislativo 1071, 2008). En dicha solicitud, la parte demandante suele designar a su árbitro y la parte demandada hace lo propio en la respuesta a la solicitud. Conjuntamente a su aceptación, los árbitros designados deberán remitir información a las partes respecto de cualquier posible conflicto de intereses con las partes, sus abogados o el co-árbitro.

Tras la remisión de dicha información, se les otorga a las partes un plazo para solicitar aclaraciones a dicha revelación o, de ser el caso, recusar al árbitro en cuestión. Una vez que ambos árbitros hayan sido aceptados, entre estos designarán al presidente del tribunal, el cual estará sujeto a la misma etapa de revelación y aclaraciones. Estos intercambios entre las partes y los miembros del tribunal están sujetos a plazos que podrían ser ampliados por la secretaría arbitral, en caso de que el arbitraje sea institucional y el reglamento del centro arbitral lo permita.

En definitiva la etapa del nombramiento de árbitros es esencial para el desarrollo del arbitraje. Sobre este aspecto, Scherer, Prasad y Prokic mencionan que "la posibilidad de las partes de nombrar a su propio juez ha sido descrita como 'la verdadera esencia de la justicia arbitral'" (2018). En ese sentido, "la igualdad procesal es de importancia fundamental para esta fase del procedimiento, ya que protege la capacidad de las partes de tener 'los mismos derechos y la misma cantidad de influencia en el proceso de nominación" (Scherer *et al*., 2018).

Para aplicar correctamente este principio y complementarlo con un análisis de eficiencia, resulta esencial determinar cuáles son los supuestos en los que las partes podrían requerir de mayor plazo. En el caso de la parte demandante, es evidente que al presentar su solicitud arbitral ha gozado de tiempo suficiente para designar a un árbitro bajo su propio criterio, pues entre las facultades de la demandante se encuentra la de determinar la fecha de la presentación de su solicitud y, por ende, elegir cuándo iniciar el proceso. Por lo tanto, no será este un supuesto en el que se requiera de mayor plazo.

En el caso del demandado, este nombramiento se ajusta a los plazos del reglamento aplicable en cada caso, fijados precisamente bajo estándares de razonabilidad en los que una parte podría, sin mayores dificultades, designar un árbitro realizando una investigación diligente de este. La designación de un árbitro resulta simple en tanto esta corresponda a un solo usuario demandado; sin embargo, dejaría de serlo en caso exista pluralidad de estos.

1. La designación del árbitro cuando existe pluralidad de demandados

El numeral c del artículo 23 de la LA exige que el nombramiento del árbitro se haga de común acuerdo en caso de pluralidad de demandantes o demandados, salvo que haya un pacto distinto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable (Decreto Legislativo 1071, 2008)[1]. Asimismo, indica el numeral d del referido artículo que, en cualquiera de los supuestos, cuando el nombramiento no haya sido hecho por las partes dentro del plazo, será la Cámara de Comercio del lugar en el que se llevará a cabo el arbitraje la cual efectuará el nombramiento a solicitud de cualquiera de las partes. Es decir, ante la falta de acuerdo, es un tercero el que realiza el nombramiento.

La dificultad que implica la necesidad de consenso es evidente: las partes incurrirán en mayores costos de transacción para llegar a un acuerdo y estos costos se verán traducidos en demoras en el mismo proceso. En este contexto, cabe analizar si es económicamente eficiente ampliar el plazo en caso los demandados, lo solicitaran. Para ello resulta necesario comprender a fondo la dificultad que sufren las partes para arribar a un consenso.

Al ser demandados en un arbitraje, es lógico y bastante evidente pensar que su objetivo principal sea que se desestime la demanda. Sin embargo, dicho

[1] En la normativa de los arbitrajes institucionales, la regulación en torno al nombramiento de árbitros cuando existe pluralidad de partes es variada. El Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) contiene una regulación muy similar a la de la LA. Por su parte, el vigente Reglamento y Estatuto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) tiene una regulación bastante similar a la de la Ley, salvo que, en caso de omisión de nombramiento, el centro es quien hace lo propio con todo el tribunal arbitral, no solo con el árbitro de parte.

fin no es excluyente con que persigan estrategias distintas e incluso intereses que se contraponen a pesar de estar **del mismo lado** en el proceso. A modo de ejemplo, una de las partes podría pretender como estrategia atribuir el daño a la otra parte demandada en el proceso. Las estrategias y posiciones de las partes son sumamente relevantes para la designación de los árbitros, ya que estas realizarán la elección del árbitro buscando que el designado tenga una posición o visión similar a la suya sobre la controversia. Ello es conocido en doctrina como *outcome preference*; es decir, se busca elegir a alguien que tenga un "un juicio de valor previo de uno o más de los temas controvertidos en el proceso basados en la preferencia de una parte o una opinión legal" (Luttrell, 2009, p. 18). Se escoge, entonces, al árbitro que posea un *outcome preference* favorable a la posición de dicha parte.

Si la diferencia entre la posición de ambas partes no es realmente sustancial; entonces creemos que, frente a la opción de que el árbitro sea elegido por el centro arbitral, las partes elegirán la opción del árbitro que tenga una posición intermedia o similar al objetivo principal que persiguen en conjunto. Sin embargo, la negociación entre las demandadas con estrategias muy distintas será más complicada que en el caso anterior, y creemos que es en estas situaciones en las que las partes podrían requerir mayor plazo por no lograr ponerse de acuerdo.

La situación planteada con anterioridad puede ser analizada a través de un método de estudio que, con origen matemático, tiene aplicaciones económicas: la teoría de juegos. En efecto, de acuerdo con Picker, la teoría de juegos, es "un conjunto de herramientas y un lenguaje para predecir el comportamiento estratégico" (2002, p. 69). De hecho, "nuestras decisiones de comportamiento están interrelacionadas y necesitamos considerar ese hecho cuando buscamos predecir posibles resultados" (Picker, 2002, p. 70).

Ahora bien, para la aplicación de la teoría de juegos es importante considerar que una particularidad de este escenario es que ambos poseen información sobre la mejor opción del otro. En este juego la demandada A propondrá la elección del árbitro X y la demandada B, la elección del árbitro Y. Las partes perciben a su árbitro como aquel que le otorga mayores beneficios a cada una, pero también al árbitro de la otra demandada como un perjuicio, pues presuponen que este favorece una posición que podría ir en oposición directa a sus intereses. Mientras que, de otro lado, en un punto intermedio, se encuentra aquel árbitro cuya visión coincide con aquella de desestimar la demanda, pero no necesariamente coincide con sus estrategias; y, finalmente, del lado menos deseado para las partes, se encontraría el árbitro designado por el tercero cuya posición en este arbitraje es totalmente azarosa para las partes.

En dicho contexto, las partes podrían solicitar mayor plazo para continuar con las negociaciones. Frente a esta solicitud, consideramos que lo óptimo económicamente sería denegar dicha ampliación, puesto que el solicitar más plazo bajo la asunción de que podrían encontrar un árbitro que satisfaga las necesidades de ambos demandados presupone la existencia de un mercado de árbitros infinito y con acceso perfecto a la información. Sin embargo, la realidad del mercado de árbitros en el país dista mucho de ello. En efecto, no es posible crear árbitros de laboratorio que compartan la exacta visión que las partes demandadas decidan; e incluso si existiera dicho árbitro, la información para encontrarlo y, a su vez, predecir su comportamiento, es bastante limitada.

En las circunstancias relatadas, en el supuesto de que se les otorgase el plazo a los demandados, estos incurrirían en mayores costos de transacción durante las nuevas negociaciones y, por las condiciones del mercado previamente descritas, estas no resultarían en ser un beneficio para las partes. En efecto, la inversión en costos de transacción resultaría en una pérdida de eficiencia económica, en tanto no se traduciría en un beneficio. Por lo tanto, desde una visión del AED, la prórroga debería negarse en este tipo de casos.

2. La revelación de información de los árbitros

En un primer punto de análisis tenemos el caso del árbitro que solicita mayor plazo para la revelación y aceptación del cargo, puesto que considera que el tiempo le será insuficiente para recabar la información solicitada. En este caso consideramos que resulta más eficiente que la secretaría arbitral otorgue una prórroga a los árbitros. En efecto, de no otorgarla, se genera una ineludible incertidumbre en las partes respecto a la existencia de elementos que puedan comprometer la independencia e imparcialidad del árbitro.

Por otro lado, en caso de que el árbitro rechace el cargo debido a que –a falta del tiempo suficiente– no puede verificar la existencia de conflictos, se genera la necesidad de nombrar a uno nuevo. Dicho supuesto perjudica la eficiencia de esta designación, puesto que la parte tendría que incurrir en nuevos costos de búsqueda de un árbitro. Tendrá que incurrir, asimismo, en costos de tiempo e incluso se perjudica su percepción de beneficios de la justicia privada. Todo lo mencionado se

encuentra de acuerdo con las estadísticas elaboradas por White & Case y la Queen Mary University of London, las cuales establecen que la posibilidad de las partes de elegir a sus propios árbitros es uno de los factores con mayor afluencia para optar por el arbitraje (2018, p. 7).

Como consecuencia de este aspecto, las partes tendrían incentivos para incurrir en costos de búsqueda que les permitan acceder a la información no revelada. En efecto, no es deseable que las partes asuman estos costos de búsqueda, pues son bastante altos en comparación al costo que la misma búsqueda implica para el propio árbitro, debido a la asimetría de información existente entre los árbitros y las partes respecto a los posibles conflictos que este pudiera tener. Esta problemática de asimetría es la que busca resolver el deber de revelación (Osterling Parodi & Miró Quesada Milich, 2013, p. 7). Es decir, empujar a las partes hacia un escenario en el que se sientan persuadidos a buscar ellos mismos la información iría en contra de la finalidad del mismo procedimiento de revelación.

Esta lógica coincide completamente con los plazos otorgados en la práctica, puesto que mientras al árbitro se le otorga un plazo mayor para revelar información, a las partes se les otorga un plazo menor para cuestionar esta. Dicho aspecto se da, porque lo contrario (es decir, que las partes busquen información sobre los árbitros) no sería eficiente. Por lo tanto, consideramos que resulta poco eficiente que sean las partes del proceso las que busquen información sobre el árbitro, en virtud de la referida asimetría de información. Por ello, resulta más funcional el otorgamiento de la prórroga a solicitud del árbitro.

3. La importancia del acta de instalación

Ahora bien, esta fase inicial culmina con el acta de instalación, en la cual (en la mayoría de casos) se establecen las reglas del proceso y el cronograma a seguir en el mismo. De lo contrario, las reglas serán establecidas posteriormente mediante una orden procesal a la cual las partes podrán realizar comentarios hasta lograr que estas sean aprobadas por ellas mismas. Para el análisis de la siguiente etapa cabe mencionar que la creación de un cronograma arbitral implica costos de transacción invertidos y el incumplimiento del mismo generará en sí pérdida de eficiencia. Por lo tanto, para que una prórroga sea económicamente eficiente, el beneficio generado por ella deberá ser, en definitiva, mayor al perjuicio ocasionado por el incumplimiento del pacto traducido en el acta.

En conclusión, la razonabilidad vista desde lo eficiente implica que se amplíe el plazo, de forma única, respecto de aquellas situaciones que se desconocen al momento del establecimiento de las reglas y el cronograma. En el supuesto contrario, las partes mediante el cronograma del proceso ya habrían invertido en costos de transacción para asignar estos riesgos.

C. La fase postulatoria y de pruebas

Una vez instalado el tribunal, este toma el control de las actuaciones arbitrales. En este punto del proceso arbitral, corresponde al demandante presentar el escrito de demanda en el plazo señalado en el acta de instalación. Debe incluir, asimismo, los medios probatorios que considere pertinentes. En este punto surge una primera posibilidad de solicitud de prórroga para presentar la demanda o para recabar los medios probatorios adjuntos a ella.

En la práctica, la parte demandante cuenta con mucho más tiempo que el otorgado en el cronograma para armar su estrategia procesal, puesto que dicha parte puede preparar su escrito postulatorio incluso desde antes de la solicitud de arbitraje; y es esta quien decide cuándo presentar dicha solicitud (Waincymer, 2012, p. 418). Por ello, en la realidad, goza de todo el tiempo que transcurra desde el inicio de las actuaciones hasta el vencimiento del plazo de la interposición de la demanda. Como consecuencia de este aspecto, consideramos que en esta etapa, únicamente respecto a la presentación del escrito de demanda, no correspondería que el tribunal arbitral amplíe el plazo para el demandante.

Situación distinta ocurre en relación con la contestación de la demanda, la cual, indefectiblemente se prepara sobre la base de la demanda, por lo que tanto el plazo teórico como práctico es el mismo. Ahora bien, ello no necesariamente implica que el tribunal deba reparar ese desequilibrio, pues son las partes quienes asignan este riesgo mediante la fijación de las reglas del proceso y el cronograma arbitral, teniendo conocimiento de la posición de la demandante desde la solicitud arbitral. Ello, teniendo conocimiento de la posición de la parte demandante desde la solicitud arbitral. Por lo tanto, lo eficiente será respetar lo fijado en el cronograma, pues no existe situación imprevista alguna que haga meritoria la modificación.

Aún en el caso de que las partes hayan presentado oportunamente los escritos de demanda y contestación, resulta plausible que con posterioridad tomen conocimiento o posesión de una prueba nueva y pretendan incorporarla al proceso. En ese escenario, será el tribunal arbitral el cual deberá tomar una decisión y, para ello, proponemos al AED como una de las muchas herramientas que pueden considerarse.

Ahora bien, en relación con lo señalado por Posner, "el proceso de obtener, filtrar, reunir, presentar y (para quien establece los hechos) ponderar las pruebas confiere beneficios e incurre en costos" (2008, p. 921). En ese mismo sentido, desde la perspectiva de las partes:

> La búsqueda debiera llevarse hasta el punto en que el costo marginal se iguala al beneficio marginal. La cantidad de prueba en el punto óptimo será mayor entre mayor sea lo que está en juego en el caso, entre menor sea el costo de obtención de las pruebas, y entre mayor sea el efecto de las pruebas sobre el aumento de la probabilidad de un resultado correcto (Posner, 2008, pp. 921-922).

Si bien este es el estándar ideal de tiempo invertido en la obtención de pruebas para que esta etapa sea eficiente, resulta innegable que, de manera preliminar, los árbitros no tienen acceso a esta información para verificar que efectivamente la prórroga de plazo no haría ineficiente este proceso de búsqueda de pruebas de las partes. A pesar de ello, resulta lógico asumir que las partes seguirán ofreciendo pruebas en tanto sea eficiente hacerlo. Es decir, el árbitro podría asumir que las partes se comportan de manera económicamente razonable. Sin asumir ello, el tribunal puede utilizar el AED para la toma de esta decisión, pues es evidente que su criterio con respecto a la relevancia de las pruebas es distinto al de las partes.

En ese sentido, mientras las partes perciben el objetivo de las pruebas como un medio para generar convicción sobre su posición, el adjudicador utiliza las pruebas para minimizar la posibilidad de error en la decisión. Sobre este aspecto, según lo señalado por Posner, "la búsqueda de pruebas debe llevarse hasta el punto en que el último pequeño elemento de prueba obtenido genera una reducción de los costos del error" (2008, p. 922).

El error en el laudo no solamente es considerado como perjudicial para la finalidad de justicia que persigue el sistema; sino que es, a su vez, ineficiente de forma económica. De ese modo, el error en el laudo genera incentivos para que la parte que obtuvo un resultado adverso en el arbitraje impugne este en el fuero ordinario, solicitando su nulidad. Sin embargo, este no sería un perjuicio tan relevante, pues las partes siempre tendrán otros incentivos para impugnar, incluso si no existiera un error. El problema podría generarse cuando, existiendo un error, las probabilidades de anulación son mayores. A pesar de ello, no consideramos que sea este factor el que vuelva ineficiente el error en un laudo por falta de pruebas, puesto que la revisión del fuero ordinario es bastante limitada y no podría criticar la interpretación del tribunal frente a las pruebas (mucho menos establecer un error a partir de pruebas nuevas).

De tal forma, entendemos que la verdadera ineficiencia del error en el laudo, entonces, nace en la validación del incumplimiento del contrato y la errónea aplicación de las normas jurídicas al caso. La decisión de un juez, o en este caso del árbitro, con respecto a los incumplimientos contractuales busca tratar de llenar aquellos vacíos del contrato al interpretar la voluntad de las partes con la información que recibe (Polinsky, 2003, p. 29). En efecto, cuando los árbitros interpretan, tratan de llegar a la que hubiera sido la voluntad de las partes. Una resolución que difiera de la voluntad de las partes valida el incumplimiento del marco contractual y legal, generando costos sociales y pérdida de eficiencia por la vulneración al sistema. Este punto ha sido ejemplificado por Benetti, quien refiere que los contratos individuales son parte del conjunto de operaciones del mercado y que "si hay una ruptura en la cadena determinada por incumplimientos contractuales, el grupo (la sociedad) perderá" (2010, p. 22).

Una vez establecido que lo económicamente eficiente es que los árbitros busquen la minimización del error, cabe realizarse el siguiente cuestionamiento: ¿cómo podrían minimizar el riesgo de error? A mayor cantidad de pruebas, se reduce el riesgo a error; ello tiene un impacto positivo en el sistema y en la sociedad en su conjunto. En efecto, de acuerdo con Posner:

> Las inversiones en pruebas podrían generar beneficios que van más allá de la alteración del fallo en casos particulares. Veamos el caso simple en que el fallo de un juicio depende solo de la razón de las inversiones de cada parte. A, digamos, derrotará a B si A gasta el doble de lo que gasta B; de otro modo, ganará B. Entonces, una reducción proporcional de los gastos de cada parte no alterará el fallo. Pero sí podría reducir la cantidad de información generada para la consideración del tribunal, y de este modo podría aumentar la varianza del fallo efectivo por oposición al fallo esperado y aumentar también la probabilidad de una apelación al disminuir la confianza en la corrección del juicio (2008, pp. 923-924).

Dicha interpretación guarda sentido con la tendencia existente a nivel internacional en el arbitraje comercial con relación a la ampliación de plazos para la entrega de mayor evidencia. Sobre este aspecto, Gaillard y Savage han mencionado que:

> En el arbitraje comercial internacional, existe una tendencia de evitar tomar severas medidas para penalizar a una parte que presenta

> material probatorio o cualquier otra documentación fuera de plazo. En ausencia de un acuerdo específico entre las partes sobre el cumplimiento de los plazos, un laudo generalmente no puede ser anulado o ni su ejecución puede ser negada por haber permitido la presentación atemporal o tardía de documentación (1999, p. 695).

Por lo tanto, la doctrina internacional arbitral y nuestro análisis coinciden en que lo más eficiente en esta etapa del proceso, la fase postulatoria y de pruebas, en cuanto a la aprobación de ampliaciones de plazo, es la aplicación de un criterio amplio.

D. La fase oral: audiencias

Luego de la presentación de las pruebas y escritos postulatorios, el siguiente paso en la práctica, en la gran mayoría de casos, es la celebración de una o más audiencias (por ejemplo, de ilustración de hechos o de informes orales) antes de que se fije el inicio del plazo para laudar. Estas audiencias resultan bastante útiles e importantes, ya que no solo le permiten al tribunal tener un mayor contacto con el caso y formular preguntas directas a las partes, sino que son el espacio para actuar las pruebas que así lo requieran.

En caso de que alguna de las partes del proceso solicitara la modificación del calendario arbitral; debido a que alguna de las pruebas ofrecidas no pudiera ser actuada en dichas fechas (por ejemplo, la presentación de testigos), consideramos que debe aplicarse la misma regla empleada para la aportación de estas al proceso que hemos explicado en la sección anterior. Es decir, debe aplicarse un criterio amplio sobre este aspecto. En efecto, la actuación de una prueba resulta casi tan o más relevante como el incluirla al proceso.

E. El final del arbitraje: el laudo, las solicitudes contra el laudo y la anulación del mismo

En párrafos anteriores ya se ha indicado que el plazo para laudar no puede ser ampliado por el tribunal por un mayor tiempo al indicado, puesto que la inobservancia del plazo para laudar puede acarrear la anulación del laudo. Este no se encuentra sujeto a flexibilidad (Rubio Guerrero, 2007, p. 20). Por ello, consideramos que dicho plazo no debe formar parte de este análisis.

Una vez emitido el laudo, las partes tienen la posibilidad de interponer cuatro tipos de solicitudes contra este: (i) rectificación; (ii) integración; (iii) interpretación; y, (iv) exclusión. Estos poseen una regulación específica y, de ninguna manera, son una apelación al mismo. A modo de ejemplo, Mantilla-Serrano, refiriéndose a la interpretación, indica que esta "debe buscar la determinación del sentido y el alcance de la decisión, o la rectificación de un error, pero en ningún caso puede ser utilizada para intentar la revisión del fondo de la controversia" (2015, p. 49). En ese sentido, interpuesta la referida solicitud, se le otorga a la contraparte un tiempo pertinente para absolver y luego, al tribunal arbitral, para resolver. En estos tres hitos es posible que las partes o el Tribunal soliciten una prórroga del plazo que les compete. Corresponde entonces analizar si resulta eficiente otorgárselos.

En relación con el plazo para interponer el recurso, Segoviano sostiene que no resulta adecuado que este sea excesivamente largo, puesto que con ello podría resentirse la seguridad jurídica (citado en Castillo Freyre *et al.,* 2014, p. 919). En efecto, la seguridad jurídica podría asemejarse a lo que desde la perspectiva económica es la incertidumbre, puesto que la ausencia de la primera genera la segunda. Esta incertidumbre resulta poco eficiente en términos económicos, puesto que impide que se adopten decisiones a partir del resultado del laudo, sobre todo en agentes económicos adversos al riesgo.

Imaginemos, por ejemplo, que una parte ha recibido un laudo favorable que requiere ejecutar con rapidez. Probablemente no lo hará hasta que el plazo para plantear las solicitudes contra el laudo haya vencido o estas se hayan resuelto –lo que ocurra primero– puesto que, hasta este momento, el laudo aún podría ser objeto de modificaciones, por mínimas que estas sean.

Asimismo, por la propia naturaleza de las solicitudes contra el laudo, no resultaría razonable una ampliación de plazo, puesto que estas se justifican solo en aquellos casos en los que la observación al laudo sea evidente, tal como lo afirma Mantilla-Serrano:

> La rectificación o interpretación del laudo solo se justifica en aquellos casos en los cuales la redacción de la parte dispositiva del laudo es realmente ambigua, a tal punto que las partes pueden legítimamente dudar sobre su sentido o alcance. También resulta justificada la rectificación del laudo cuando éste contiene errores de cálculo, de copia, tipográficos, o cualquier otro error de naturaleza similar que resulte evidente con la simple lectura del laudo (2015, p. 49).

Es decir, las partes no deberían invertir tiempo en tratar de demostrar la existencia de errores o imprecisiones; sino que únicamente se pretende atender aquellas que sean evidentes.

Ahora bien, los recursos contra el laudo deben recaer sobre circunstancias evidentes; por lo cual un plazo adicional no debería ser requerido, ello aunado a la necesidad de ejecutar rápido el laudo, sin incurrir en dilaciones innecesarias. Por lo tanto, consideramos que, si bien la legislación arbitral peruana no establece un plazo para interponer las referidas solicitudes, los diferentes reglamentos de los centros arbitrales sí lo hacen de forma suficiente por lo cual, en beneficio de reducir la incertidumbre, pensamos que no resulta económicamente eficiente la posibilidad de prórroga. La misma lógica se aplica en el plazo para absolver el recurso.

Por otro lado, en lo relacionado al plazo del tribunal para resolver las solicitudes, la legislación arbitral establece que cuando el colegiado no resuelve en el plazo fijado, por acuerdo de las partes o por el reglamento aplicable, se entenderá la solicitud como denegada (Decreto Legislativo 1071, 2008) y que toda decisión notificada fuera del plazo no surtirá efectos. Entonces, cabe cuestionarnos lo siguiente: ¿el plazo inicialmente fijado se debería extender a solicitud del tribunal? A nuestro criterio la respuesta es negativa. Ello bajo el mismo razonamiento anterior: (i) la incertidumbre que se estaría generando; y (ii) que es el tribunal quien conoce mejor el laudo que emitió y los fundamentos que lo respaldan; es decir, son los árbitros quienes conocen mejor su decisión por lo cual un plazo adicional no debería resultar necesario.

Finalmente, es importante mencionar que si bien resta por revisar el recurso de anulación, no corresponde hacerlo en el presente artículo en tanto la flexibilidad del arbitraje no lo alcanza pues es una decisión que se discute en vía judicial y está sujeta a su propia normativa.

IV. CONCLUSIONES

A partir del análisis de las figuras analizadas, podemos concluir los siguientes puntos:

a) Con respecto a los plazos fijados en el convenio arbitral, consideramos que para aquellos convenios arbitrales que establecen un periodo máximo de duración del arbitraje, la fijación de plazo es ineficiente. Sin embargo, dicha situación puede ser reparada únicamente por la voluntad de las partes pues los árbitros no se encuentran facultados para modificar el pacto arbitral.

b) En relación con los plazos vinculados al inicio del arbitraje, en el caso de pluralidad de partes, específicamente, de pluralidad de demandados, consideramos eficiente que, una vez que ha vencido el plazo para el nombramiento del árbitro de común acuerdo; sea la Corte quien adopte la decisión y no se otorgue una prórroga, puesto que los costos de transacción para llegar al acuerdo podrían ser excesivos y, por ende, no generarían un beneficio. En el caso del plazo para la revelación de información a solicitud de parte, consideramos eficiente que este se prorrogue cuando el árbitro lo solicite ya que las partes incurrirían en costos de búsqueda excesivos que podrían no tener ningún beneficio. Para el caso del acta de instalación, debe mencionarse que la creación de un cronograma arbitral implica costos de transacción, por lo que para que una prórroga sea económicamente eficiente, el beneficio generado por ella deberá ser mayor al perjuicio ocasionado por el incumplimiento del pacto traducido en el acta.

c) Relacionado a los plazos vinculados a la fase postulatoria y de pruebas, en el caso del material probatorio aportado por las partes extemporáneamente, el tribunal debería tener un criterio amplio para sus prórrogas, pues ello permite la minimización de error en los árbitros y, por ello, implica mayor eficiencia.

d) Con respecto a los plazos relativos en el caso de las audiencias, consideramos pertinente aplicar el mismo criterio que mencionamos para para la etapa presentación de las pruebas, en tanto su actuación también sirve como elemento para generar convicción en los juzgadores.

e) Finalmente, con relación a los plazos vinculados al final del arbitraje, en lo referido a las solicitudes contra el laudo, no consideramos eficiente que los plazos para interponerlas, absolverlas o resolverlas sean prorrogados; pues ello genera incertidumbre en las partes del proceso, la cual limita la adopción de acciones en pro de ejecutar la decisión, finalidad por la que las partes han asumido todos los costos del proceso. Por otro lado, no corresponde emitir pronunciamiento sobre los plazos vinculados al recurso de anulación por no estar dentro de las facultades del tribunal y no estar sujetos al principio de flexibilidad del arbitraje que funda la prórroga.

REFERENCIAS

Benetti Timm, L. (2010). La función social del derecho contractual en el código civil brasileño:

justicia distributiva vs. eficiencia económica. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (52), 5-51.

Born, G. B. (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed.). Kluwer Law International.

Bullard González, A. (2010). *Derecho y economía: el análisis económico de las instituciones legales.* Palestra Editores.

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. & Chipana Catalán, J. W. (2014). *Arbitraje: comentario a la Ley de Arbitraje: segunda parte*. ECB Ediciones.

(2016). El inicio y la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales. *Lex – Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, *14*(18), 83-106. http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i18.1237

De Castro Peralvo, A. S. (2018). *Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos* (*Working paper*). http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/9482/1/UDLA-EC-TAB-2018-17.pdf

Gaillard, E., & Savage, J. (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.

Landbrecht, J., & Wyatt, J. (2018). Strict Estoppel for Complaints that the Right to be Heard has been Violated? An ICSID-Annulment Inspired Approach to Increase Efficiency of International Arbitration. *Belgian Review of Arbitration*, (2), 233-250.

Lau, C. (2017). Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – An Arbitrator's Perspective. En A. Menaker (Ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series* (Vol. 19, pp. 559-598). Kluwer Law International.

Luttrell, S. (2009). *Bias Challenges in International Arbitration: The Need for a 'Real Danger' Test*. Kluwer Law International.

Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía*. Cengage Learning.

Mantilla-Serrano, F. (2015). Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration*, (4), 37-52.

Osterling Parodi, F. & Miró Quesada Milich, G. (2013). *Conflicto de interés: el deber de revelación de los árbitros* (Working paper). http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf

Picker, C. (2002). Una introducción a la teoría de los juegos y el Derecho. En E. Posner (Comp.). *El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor a Ronald Coase*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Polinsky, A. M. (2003). *An introduction to law and economics*. Aspen Publishers.

Posner, R. (2008). *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica.

Rubio Guerrero, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 7-28. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8845

Santistevan de Noriega, J. (2009). Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje. *Revista peruana de arbitraje*, (8), 17-49.

Scherer, M., Prasad, D., & Prokic D. (2018). *The Principle of Equal Treatment in International Arbitration* (*Working paper*). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3377237

Verbist, H., Schäfer, E., & Imhoos, C. (2015). Arbitral Proceedings Under The ICC Rules of Arbitration of 2012. En H. Verbist, E. Schäfer & C. Imhoos (Eds.). *ICC Arbitration in Practice*, (2da ed., pp. 23-230). Kluwer Law International.

White & Case & Queen Mary University of London (2018). *2018 International Arbitration Survey*. https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf

Waincymer, J. (2012). Part II: The Process of an Arbitration. Establishing the Procedural Framework. En J. Waincymer (Coord.). *Procedure and Evidence in International Arbitration* (pp. 383-493). Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Ankerl c. Suiza, App. No. 17748/91, Ct. Eur. DD. HH. (1996) (Perú), http://hudoc.echr.coe.int/

app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58067&filename=001-58067.pdf

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Cour d'Appel [CA] [Corte de Apelaciones] París, Nov. 8, 2016, 13-12002 (Fr.).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2008 (Perú).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú [AmCham Perú], 1 de enero de 2013. https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2018/11/Reglamento-2013.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], 1 de marzo de 2017. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [CARC-PUCP], 15 de junio de 2017. http://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2017/07/14194418/reglamento-interno-arbitraje-2017-v01-.pdf

10.18800/themis.202001.023

LA DOBLE NACIONALIDAD DE PERSONAS NATURALES EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE VENEZUELA

DUAL NATIONALITY OF INDIVIDUALS IN VENEZUELAN INVESTMENT ARBITRATION

J. Eloy Anzola*
Árbitro independiente

An IPPA is a bilateral agreement for the promotion and protection of investments made by a person from one of the signatory states in the area of the other contracting state. Among the provisions of this treaty, compensation clauses are usually agreed upon the event that an expropriation dispute arises between an overseas investor and the host state. In this regard, it is mandatory that the investor be a natural person of one the parties to be compensated for any loss or damage suffered in relation to his covered investments.

Then, the key question remains as to whether this bilateral agreement should also protect binational investors. Moreover, it might be well asked whether the international jurisprudence is uniform when an expropriation dispute arises. In this paper, the author analyzes the enforcement of a number of IPPAs signed by Venezuela, as well as the evolution of the criteria adopted by arbitral tribunals and courts. For this purpose, he first examines three recent claims against this State to highlight how the debate on the nature of the IPPA under international law has evolved, then he assesses the alleged lack of jurisdiction of the courts to rule in this matter and, at last, the nature of the investor and his dominant nationality.

Keywords: Dual nationality; investment arbitration; international investment agreements; ICSID; Permanent Court of Arbitration

Los APPRI son acuerdos bilaterales que buscan promover y proteger las inversiones de los naturales de un Estado signatario en el territorio del otro Estado contratante. Entre sus disposiciones, suelen pactarse cláusulas de compensación frente a potenciales controversias sobre expropiación que surjan entre los inversores y los Estados receptores. De esta manera, es necesario que esta persona sea natural de uno de los Estados suscriptores para que sea compensada por cualquier pérdida o daño que sufra en relación con las inversiones protegidas.

En esa medida, la cuestión principal subyace en determinar si este tipo de acuerdo bilateral debería proteger también a los inversores binacionales. Además, es necesario cuestionarnos si el criterio jurisprudencial es uniforme frente a este tipo de controversias. En este artículo, el autor analiza la aplicación de algunos de estos tratados celebrados por Venezuela, así como la evolución de los criterios que han adoptado los tribunales arbitrales y las cortes. Con este objetivo, desarrolla el curso de tres casos relevantes contra este Estado para resaltar cómo ha evolucionado el debate sobre la posición de los APPRI dentro del Derecho Internacional, la alegada falta de jurisdicción de los tribunales para pronunciarse y la naturaleza del inversor y su nacionalidad dominante.

Palabras clave: Binacionalidad; arbitraje de inversiones; acuerdos internacionales de inversión; CIADI; Corte Permanente de Arbitraje

* Abogado. Master of Laws (LL.M) por la Universidad de Yale y *Admissible au Doctorat* en la Universidad de París. Ex profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, el Instituto de Estudios Superiores de Administración y la Universidad Metropolitana en Caracas. Ex socio de d'Empaire, Reyna, Anzola & Bermúdez y Anzola, Raffalli & Rodríguez. Árbitro independiente (Miami, Estados Unidos). Contacto: jeanzola@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de febrero de 2020, y aceptado por el mismo el 24 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

A. Los laudos de jurisdicción y las sentencias de anulación

En los últimos meses del 2019 se dictaron dos importantes laudos de jurisdicción en materia de la protección internacional de inversiones, los cuales comentaremos en estas notas. En ellos, los tribunales arbitrales que resolvieron el asunto se declararon incompetentes para conocer los casos de personas naturales con doble nacionalidad que procedían contra Venezuela. Los tribunales se constituyeron al abrigo de la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, CPA) y los procedimientos *ad hoc* se rigieron por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, el Reglamento CNUDMI)[1]. Para abreviar, utilizaremos el término "binacionales" para identificar a las personas que tengan esa condición de doble nacionalidad.

El primer laudo se dictó el 29 de octubre de 2019, en el caso *Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela* (en adelante, el **caso Heemsen**). El tribunal arbitral se activó en el marco del acuerdo para la promoción y protección de inversiones suscrito por Venezuela y Alemania (Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1996; en adelante, el **APPRI Venezuela-Alemania**). Los Heemsen, quienes poseen las nacionalidades alemana y venezolana, reclamaron a Venezuela una indemnización por la expropiación sin pago de compensación adecuada de terrenos situados en las inmediaciones de la ciudad de Puerto Cabello, el puerto más importante de Venezuela.

El segundo laudo se publicó el 13 de diciembre de 2019 en el caso *Manuel García Armas, Pedro García Armas, Sebastián García Armas, Domingo García Armas, Manuel García Piñero, Margaret García Piñero, herederos de Domingo García Cámara, Carmen García Cámara c. Venezuela* (en adelante, el **caso Manuel García y otros**), cuyo tribunal arbitral actuó en el marco del acuerdo de promoción y protección de inversiones suscrito por Venezuela y España (Tratado entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1995; en adelante, el **APPRI Venezuela-España**). Al igual que el caso anterior, los demandantes reclamaron una indemnización por la apropiación del gobierno venezolano sobre sus haberes en empresas industriales y comerciales sin pago de compensación.

En ambos casos, Venezuela opuso la falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales. Venzuela alegó que los demandantes no podían actuar contra Venezuela en la esfera internacional porque todos ellos son poseedores de la nacionalidad venezolana. De esta manera, si bien los demandantes tenían también la nacionalidad alemana (los Heemsen) y española (los demás), los APPRI Venezuela-Alemania y Venezuela-España no facultaban a los binacionales a reclamar las protecciones exigidas contra uno de los países cuya nacionalidad ostentan. Examinaremos luego los razonamientos de los tribunales arbitrales.

Estos dos laudos se apartaron de las consideraciones y conclusiones del que fuera dictado el 15 de diciembre de 2014 también por un tribunal arbitral de inversiones *ad hoc* que se constituyó al amparo de la CPA y se rigió por el Reglamento CNUDMI. Se trata del caso seguido por *Serafín García Armas y su hija Karina García Gruber c. la República Bolivariana de Venezuela* (en adelante, el **caso Serafín y Karina García**). En este laudo de jurisdicción, el tribunal arbitral se declaró competente para tramitarlo y decidirlo pese a la binacionalidad de los demandantes (española y venezolana).

Los demandantes pretendían, al igual que en los casos Heemsen y Manuel García y otros, obtener el pago de una indemnización por la confiscación de bienes de su propiedad que realizó el gobierno venezolano. Actuaron como españoles sobre la base del APPRI Venezuela-España, pese a que aquel no contiene disposición expresa sobre la doble nacionalidad. Como hemos de ver, esta decisión cuestionó las reglas que parecían establecidas, como la exclusión absoluta de demandas de binacionales o la admisión de solo las que demostraran la supremacía y eficacia de la nacionalidad con la que reclamaban.

El asunto sigue siendo motivo de debate pues el laudo sobre jurisdicción del caso Serafín y Karina García fue anulado el 3 de junio de 2020 por la Cour d'appel de París. Aunque más adelante veremos los detalles de esta nulidad, advertimos por el momento que no se produjo por la doble nacionalidad de los accionantes si no porque no pudieron demostrar que tenían la nacionalidad española cuando invirtieron en Venezuela. Como desarrollaremos, las partes disputan los efectos

[1] La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional es conocida en inglés como la United Nations Commission on International Trade Law. Dada la dificultad de pronunciar las siglas CNUDMI en español es muy frecuente utilizar las siglas UNCITRAL.

de la sentencia de anulación porque antes de esta, el tribunal arbitral dictó el laudo sobre el fondo condenando a Venezuela a pagar una suma importante.

Para entender el contexto de estas decisiones y sus resultados creemos necesario hacer una breve secuencia histórica sobre cómo nació la posición de rechazo hacia las pretensiones de los binacionales en el campo internacional cuando actúan contra uno de los países cuya nacionalidad ostentan. Veremos también cómo esa inadmisibilidad ha evolucionado.

B. De la protección diplomática al CIADI

Hasta la segunda mitad del siglo XX, si los derechos o bienes de un extranjero eran tratados indebidamente por un Estado, el recurso disponible para los afectados era acudir a los tribunales del Estado agresor[2] o solicitar protección diplomática[3].

Mediante este último, el gobierno de la nacionalidad del inversor podía sustituir a su ciudadano y reclamar al Estado infractor las indemnizaciones o reparaciones pertinentes. En muchas ocasiones la gestión amistosa no prosperaba; sin embargo, podía ocurrir que los Estados agresores –para evitar sanciones o conflictos gravosos– conviniesen en acudir a tribunales o comisiones arbitrales para resolver la disputa.

En la protección diplomática la regla tradicional indicaba que un Estado estaba impedido de proteger a una persona, sea natural o jurídica, si aquella poseía también la nacionalidad del Estado ante el cual se presentaba el reclamo (Daillier *et al*., 2009, pp. 902 y ss.; Díez de Velasco, 2008, pp. 896 y ss.).

Venezuela fue objeto de un importante número de reclamaciones diplomáticas por préstamos impagados y bienes destruidos en las guerras de independencia y civiles que ocurrieron en el siglo XIX. En 1902, los estados de Alemania, Gran Bretaña e Italia bombardearon puertos venezolanos y los mantuvieron bloqueados por un tiempo, urgiendo el pago de sus acreencias[4]. En febrero de 1903, tras la intermediación de Estados Unidos, estos estados europeos y Venezuela suscribieron los llamados Protocolos de Washington donde convinieron que los reclamos deberían ser resueltos por comisiones arbitrales mixtas.

Tales comisiones mixtas estuvieron integradas por un miembro nombrado por los países reclamantes, otro nombrado por Venezuela y un tercero (*umpire*) nombrado mediante un acuerdo entre las partes o por sugerencia de otro Estado. Así, se trataron varios casos en que los reclamantes binacionales buscaban el amparo de los estados europeos y se resolvió rechazar tales solicitudes[5].

El mismo resultado se dio en el caso Canevaro (*Italia c. Perú*, 1912), que fue un arbitraje iniciado por Italia contra Perú y resuelto por un tribunal arbitral constituido al amparo de la CPA con sede en La Haya (Daillier *et al*., 2009, p. 905; Díez de Velasco, 2009, p. 908). Raphael Canevaro reclamó una supuesta acreencia impagada a su favor buscando prevalerse de su condición de italiano y el auxilio de ese gobierno, pese a que pagos por conceptos semejantes habían sido denegados a los nacionales peruanos por una ley especial. Ocurría que Canevaro era italiano por ser ella la nacionalidad de su padre (*ius sanguinis*) y peruano por haber nacido en Perú (*ius soli*).

En este laudo no se excluyó al Estado accionante por la doble nacionalidad de Canevaro, sino porque se determinó que la nacionalidad efectiva o dominante del recurrente era la peruana. Canevaro nació en Perú, ejerció derechos políticos en Perú, sus negocios estaban en Perú; por tanto, tenía nexos estrechos con ese país que sumados hicieron que el tribunal arbitral se pronunciara a favor de atribuirle la nacionalidad peruana con preferencia a la italiana. El concepto de nacionalidad efectiva o

[2] En algunos países latinoamericanos, con oposición europea, imperó la llamada doctrina Calvo que limitaba las acciones de los inversionistas a las acciones judiciales en los tribunales de los países receptores. Ese fue el caso de Venezuela.

[3] Como regla general, en la protección diplomática un Estado no podrá presentar una reclamación internacional por un perjuicio causado a uno de sus nacionales, antes que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos (administrativos o judiciales). Hay excepciones como la ausencia de recursos, dilaciones indebidas y otros impedimentos.

[4] Al respecto, consúltese a Anzola Etchevers (2008) y Anzola Etchevers (2015).

[5] Así ocurrió en distintos casos. Véanse Edward A. Mathison (Ralston, J. & W.T. Sherman, 1904, pp. 420 y ss.); los herederos de J. P. K. Stevenson (Ralston, J. y W.T. Sherman, 1904, pp. 438 y ss.); los herederos de Thomas Massiani (Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 159 y ss.); la viuda de Sebastiano Brignone (Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 542 y ss.); y los herederos de Michele Miliani (J. Ralston & W.T. Sherman, 1904, p. 754 y ss.; Organización de las Naciones Unidas, 2006, pp. 584 y ss.). Si bien en estos casos Venezuela quedó condenada a pagar una fracción de los montos reclamados por sus acreedores, se le impuso el gravamen de destinar el 30% de los ingresos percibidos en las aduanas por derechos de importación. Venezuela terminó de pagar esas deudas en la década que comenzó en 1930.

dominante fue ganando terreno en las reclamaciones de binacionales.

Sin embargo, más avanzado el siglo XX el artículo 4 de la convención de La Haya referente a conflictos de leyes sobre nacionalidad[6] significó un retorno a la tesis tradicional, pues estableció que "un [E]stado no puede brindar protección diplomática a uno de sus nacionales que **posea a la vez** la nacionalidad del [E]stado al que se le reclama" (Convenio Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad, 1930) [el énfasis es nuestro].

En el año 2006 hubo –si se quiere expresar así– una rectificación al respecto. La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, CDI) elaboró un proyecto de Convención sobre la Protección Diplomática y retomó el concepto de nacionalidad dominante. El artículo 7 del proyecto aceptó que un Estado pueda presentar una reclamación contra un Estado para proteger a una persona con doble nacionalidad –la del Estado reclamante y la del Estado al que se le reclama– siempre que la nacionalidad del Estado que ejerce la protección sea **predominante**[7], tanto en el momento del perjuicio como en la fecha de presentación oficial de la reclamación (Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, 2007).

En 1965 se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) que derivó del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio CIADI). Se creó la jurisdicción del CIADI, el cual se constituiría como un centro de arbitraje especializado para resolver esas disputas. El Convenio CIADI fue completado por numerosos acuerdos para la promoción y protección de inversiones bilaterales y multilaterales, sean tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI) o APPRI[8]. De esta forma, surgió una acción directa por vía arbitral que había sido desconocida hasta ese momento por los inversores que fuesen perjudicados por un Estado agresor[9] lo que hizo innecesaria la intermediación y protección de un Estado.

Para ejercer la acción directa en el CIADI el inversor debe cumplir algunos requisitos. Entre ellos podemos encontrar los siguientes: (i) que la diferencia jurídica sea por el incumplimiento de las obligaciones de un APPRI; (ii) que la disputa se refiera a una inversión; y, finalmente, (iii) que el Estado demandado haya consentido la jurisdicción del CIADI incuestionablemente –sea a través de un APPRI u otras vías.

Ocurre que este nuevo camino excluyó a los binacionales. El inciso a del numeral 2 del artículo 25 del Convenio CIADI dispone que las personas naturales podrán accionar contra los Estados en la jurisdicción del CIADI, pero en ningún caso podrán hacerlo "**las personas que, en cualquiera de ambas fechas** [cuando dieron el consentimiento para acudir al CIADI y cuando se registró allí la solicitud de arbitraje], **también tenían la nacionalidad del** [**E**]**stado parte en la diferencia**" (Convenio CIADI, 1965) [el énfasis es nuestro].

Esta inadmisibilidad es absoluta. No se puede renunciar a ella y existe también para los procedimientos gobernados por las normas del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (en adelante, Mecanismo Complementario). Se trata de una opción adicional de arbitraje que no figura en el Convenio CIADI pero que fue creada para que allí puedan acudir, previo consentimiento, los inversores que actúen contra Estados y que pese a no ser parte del Convenio CIADI desean resolver sus controversias en esta sede y por arbitraje. El consentimiento de los Estados para acudir allí figura en numerosos APPRI. En todo caso, es importante tener en cuenta que los binacionales tienen cerrado el acceso al CIADI y al Mecanismo Complementario.

Es preciso destacar, además, que aunque Venezuela se hizo parte del Convenio CIADI en 1994 lo denunció y abandonó en 2012. Por tanto, en la actualidad y por hechos ocurridos luego de que esta

---

6 Esta Convención fue suscrita y ratificada por muy pocos países. Venezuela no lo hizo, pero su texto vale como expresión de principios generales.

7 Dice así:

> Un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también nacional, a menos que la nacionalidad del primer Estado sea **predominante** tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación (Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas, 2007) [el énfasis es nuestro].

8 Hay más de tres mil acuerdos de este tipo.

9 En los APPRI es común garantizar a los inversores, entre otras protecciones, plena protección y seguridad, ausencia de medidas arbitrarias o discriminatorias, trato justo y equitativo, compensación en caso de expropiación, compensación igual que a los nacionales en caso de guerras o conflictos, transferencias sin restricciones de beneficios, ventas o prestamos, un acuerdo de nación más favorecida y un foro, normalmente arbitral, para la solución de las disputas de los inversores con los países receptores.

denuncia surtiese efectos[10], solo se puede demandar a Venezuela ante el Mecanismo Complementario, y cuando ella ha convenido en ello.

A diferencia de los APPRI Venezuela-España y Venezuela-Alemania que guardan silencio sobre el tema de los binacionales, hay APPRI suscritos por Venezuela que de manera expresa excluyen a los binacionales de las protecciones acordadas. Así ocurrió en el que suscribió con Canadá el 1 de julio de 1996, en vigor desde el 28 de enero de 1998; también en el suscrito con Irán el 11 de marzo de 2005, en vigor desde 2006. Del mismo modo, figura en este grupo el suscrito por Venezuela e Italia el 14 de febrero de 2001 que no ha sido ratificado por Venezuela. Es obvio que serán improcedentes los reclamos de quienes invoquen estos tratados y tengan nacionalidad venezolana, además de la canadiense, iraní y, en su caso, la italiana.

Hay tratados multilaterales que permiten expresamente las acciones de binacionales, pero siempre que invoquen, para ejercer la acción, la nacionalidad dominante. Así, por ejemplo, lo dispone el artículo 10.28 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos cuando define el término "inversionista" aplicado a una persona natural: "Si una persona tiene doble nacionalidad, se "considerará exclusivamente […] nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva"[11]. Los binacionales que no justifiquen una nacionalidad con esas características no podrán beneficiarse de las protecciones acordadas.

C. El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En algunos APPRI los Estados, además de señalar al CIADI o su Mecanismo Complementario como la jurisdicción para la solución de disputas, escogen una alternativa adicional a ser activada si estos mecanismos de resolución no están disponibles. En efecto, existen Estados que han consentido en el arbitraje *ad hoc* regido por el Reglamento CNUDMI. Así ocurre en los APPRI Venezuela-España y Venezuela-Alemania.

Este Reglamento guarda silencio sobre los binacionales. Se plantea entonces la necesidad de determinar si los tribunales arbitrales *ad hoc* regidos por el Reglamento CNUDMI tienen o no jurisdicción para conocer las acciones iniciadas por los binacionales y, de ser el caso, qué requisitos debe satisfacer la nacionalidad que invocan.

Como ya dijimos, mediante laudo del 15 de diciembre de 2014 el tribunal del caso **Serafín y Karina García** –regido por el Reglamento CNUDMI– se declaró competente para tramitar y decidir los reclamos de estos dos binacionales, entre otras razones, debido a que no existía un impedimento que el Reglamento impusiese. Este tribunal arbitral se apartó del derecho internacional público tradicional y afirmó, como en el caso del APPRI Venezuela-España, que existía un nuevo sistema con reglas propias que permitía a los inversores binacionales reclamar a un Estado el incumplimiento de sus obligaciones. Entre estas últimas destaca la de pagar una indemnización adecuada en casos de expropiación de sus haberes.

Examinemos ahora el contenido de las decisiones que hemos enumerado en orden cronológico. Empezaremos por el laudo de jurisdicción y las decisiones de anulación sucedidas en el caso de **Serafín y Karina García.** Veremos luego el laudo de jurisdicción del **caso Heemsen** y, finalmente, el de **Manuel García y otros**.

II. EL CASO SERAFÍN Y KARINA GARCIA

En este caso, como ya dijimos, el tribunal arbitral declaró a través del laudo de 15 de diciembre de 2014 que poseía jurisdicción para conocer el caso con base en el APPRI Venezuela-España. Los demandantes, Serafín García Armas y Karina García Gruber, eran binacionales. El arbitraje fue *ad hoc*, administrado por la CPA y se rigió por el Reglamento CNUDMI.

A. La inaplicabilidad del artículo 25 del Convenio CIADI

Venezuela objetó la jurisdicción del tribunal alegando que los demandantes no estaban protegidos por el APPRI, pues su nacionalidad española era meramente formal y debía considerarse como efectiva a la venezolana.

El tribunal arbitral afirmó acertadamente que la inadmisibilidad para los binacionales establecida por el artículo 25 del Convenio CIADI y extensible al

[10] El artículo 71 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, Convenio CIADI) indica que la denuncia de este "producirá efecto seis meses después del recibo" de la notificación hecha al depositario del Convenio. Venezuela notificó la denuncia al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, depositario del Convenio el 24 de enero de 2012, por tanto ella produjo efecto el 25 de julio de 2012.

[11] Véase el caso *Michael y Lisa Ballantine c. Repúbica Dominicana* (2019).

Mecanismo Complementario no era aplicable a los arbitrajes que se rijan por el Reglamento CNUDMI. Expresó que "el Tribunal considera necesario enfatizar que la exclusión de los dobles nacionales establecida en el artículo 25(2) del Convenio CIADI no es aplicable a este procedimiento" (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párr. 193).

El tribunal arbitral señaló que Venezuela objetó inicialmente la aplicación del Reglamento CNUDMI, pero no insistió en tal objeción a partir del Acta de Constitución del procedimiento, la cual firmó espontáneamente. En consecuencia, "a juicio del Tribunal, no hay duda de que ambas Partes se sometieron *sponte sua* al Reglamento CNUDMI" (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párr. 189). Esta determinación es muy importante porque, como veremos, no ocurrió lo mismo en el caso de Manuel García y otros.

B. Un nuevo Derecho

El laudo afirmó que con los APPRI se ha puesto en vigencia un nuevo derecho sobre la protección de inversiones. Esta afirmación ha demostrado ser controversial como hemos de ver al comentar, más adelante, los otros laudos. El tribunal afirmó que el nuevo derecho se rige por los acuerdos suscritos por los Estados contratantes y no por las normas del derecho internacional consuetudinario. Los APPRI, afirmó el tribunal arbitral, son *lex specialis* y, por tanto, sus normas son de aplicación preferente en todos los asuntos que ellos regulan:

> 151. Desde entonces, como respuesta a esta nueva etapa de la economía mundial, se inició en el Derecho internacional **una nueva era en materia de protección de inversiones** […] Este nuevo ordenamiento incluiría […] la posibilidad de someter a arbitraje las diferencias entre el inversor y el [E]stado receptor de la inversión.
> […] 153. La protección de los [APPRI] pretende ser más eficaz que la derivada del [d]erecho [i]nternacional consuetudinario.
> […] 154. [Un APPRI] es un instrumento especial, vigente únicamente entre las partes que lo celebran, que no está sujeto a la aplicación del [d]erecho [i]nternacional consuetudinario. **Cada [APPRI] es un instrumento individual**, redactado según el interés de sus signatarios, como [E]stados soberanos, en el momento de su celebración.
> […] 158. Lo dicho lleva al tribunal a la conclusión de que los [APPRI] constituyen lex specialis entre las partes que los celebran y así deben considerarse cuando se interpretan sus respectivos términos y condiciones para determinar los efectos de estos instrumentos sobre sus suscriptores (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, pp. 74-78) [el énfasis es nuestro].

C. El APPRI Venezuela-España no excluye a los binacionales

El laudo afirmó, creemos con acierto, que el APPRI Venezuela-España no excluye de manera expresa a los binacionales y, por tanto, no se puede imponer un impedimento que el APPRI no contempla. El laudo afirmó que cuando Venezuela (o España) han querido excluir de la protección de un APPRI a personas binacionales lo han hecho de manera expresa. Es solo en esos APPRI en los que la doble nacionalidad sería un impedimento. Lo dijo así:

> 180. El hecho de que Venezuela haya firmado [APPRI] con ciertos [E]stados en los cuales **excluyó de su aplicación a los nacionales de ambos países signatarios** [así es en los suscritos con Italia, Irán y Canadá] y otros en los cuales no lo hizo, evidencia que la excepción a su aplicación fue siempre efectuada en forma expresa y en tanto no fuera parte de compromisos recíprocos de los signatarios de los respectivos [APPRI] (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 88) [el énfasis es nuestro].

D. Según el laudo no es preciso demostrar que la nacionalidad es efectiva

El laudo desechó el argumento de Venezuela de que los García debían demostrar que su nacionalidad española era predominante y efectiva, pues el APPRI sencillamente no exigía ello. El laudo afirmó que les bastaba demostrar que poseían la nacionalidad española:

> 200. Por consiguiente, el tribunal considera irrelevante la caracterización que efectúa Venezuela de la nacionalidad española de los demandantes como "meramente formal". **A los fines del APPRI, es suficiente con que posean la nacionalidad española**. Su texto no impone ninguna limitación a los dobles nacionales y no resulta posible privar de efectos a la nacionalidad otorgada libremente por un [E]stado y aceptada como válida por el otro (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 93) [el énfasis es nuestro].

E. Nacionalidad al momento de la inversión

Acerca de si es necesario tener la nacionalidad española para el momento en que se hizo la inversión:

> La mayoría del tribunal no considera relevante […] inquirir cuál era la nacionalidad de los demandantes en las fechas en las que efectuaron sus inversiones en Venezuela, por cuanto esas fechas no constituyen un factor determinante para decidir sobre la aplicación del [APPRI]. Efectivamente, los momentos relevantes para

> poder invocar la protección del [APPRI] son: (a) la fecha en la que ocurrió la alegada violación [del APPRI]; y (b) la fecha en la cual se inicia el procedimiento arbitral […] (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 97).

Esta opinión de la mayoría –compuesta por los árbitros Eduardo Grebler y Guido Tawil– no fue compartida por el tercer árbitro, Rodrigo Oreamuno.

El disenso de Oreamuno se fundamentó en la definición de inversores y de inversiones (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, pp. 101-103). Para él, para que haya una inversión protegida por el APPRI era preciso que la realizase un inversor español (en el caso que se analiza) y que este posea la nacionalidad española en el momento de la inversión.

A continuación, Oreamuno señaló que Serafín y Karina García tenían la nacionalidad española cuando hicieron sus inversiones o, al menos, una parte de dichas inversiones. Esta disidencia no concluyó proponiendo una decisión diferente a la de la mayoría, pero dejó marcada una precisión importante: era necesario poseer la nacionalidad española en el momento de hacer la inversión. Este último tema surgiría, de nuevo, en la acción de impugnación del laudo y sería la causa de su anulación definitiva.

F. La primera sentencia de anulación

Venezuela pidió la nulidad del laudo en la sede del arbitraje y, de esta forma, accionó ante la Cour d'appel de París[12]. Entre los motivos que invocó señaló que el tribunal arbitral no tenía competencia *rationae personae* porque los García eran binacionales y la nacionalidad venezolana era, en definitiva y para ambos, la nacionalidad efectiva.

En la sentencia del 25 de abril de 2017, esta corte de apelaciones invocó el artículo I del APPRI y las reglas de interpretación de los tratados de la Convención de Viena. Concluyó que a Serafín y Karina García les bastaba poseer la nacionalidad española, aunque poseyeran también la venezolana[13].

La sentencia afirmó también que el APPRI Venezuela-España, a diferencia de otros tratados internacionales, no establece una categoría especial para las personas con doble nacionalidad y, por tanto, no cabe hacer una distinción que los Estados no quisieron establecer[14].

La corte francesa descartó también –a nuestro juicio, con todo acierto– la nulidad del laudo pedida por Venezuela arguyendo que el APPRI Venezuela-España, al escoger el CIADI como una opción jurisdiccional, había establecido una inadmisibilidad absoluta de acciones intentadas por quienes poseyeran simultáneamente las nacionalidades española y venezolana. Así se expresó la corte de apelaciones parisina:

> Considerando la circunstancia que Venezuela y España hayan escogido el arbitraje [CIADI] –que no permite la admisión de acciones de personas físicas que posean también la nacionalidad del [E]stado demandado– como una de las modalidades para la solución de diferencias con base en el [APPRI Venezuela-España], no puede deducirse como una prohibición absoluta para los que poseen doble nacionalidad, porque también se ha previsto el arbitraje ad-hoc de acuerdo con el reglamento de la CNUDMI que no prevé esa inadmisibilidad (Sentencia 15/01040, 2017, p. 6)[15].

La sentencia terminó por anular el laudo, pero solo parcialmente. La anulación se produjo porque –de acuerdo con la sentencia– el laudo decidió que los activos litigiosos son inversiones de acuerdo con el APPRI "sin tomar en cuenta la nacionalidad de los

[12] Aunque la corte se denomine de apelación, es ante ella que se intentan los recursos de nulidad de laudos arbitrales internacionales cuando París es la sede del arbitraje.

[13] El texto en francés dice así:
> Considérant, en premier lieu, qu'il ne résulte de cette règle, ni d' aucun principe d' interprétation, qu' il conviendrait de distinguer la ou un texte ne distingue pas; que, contrairement a ce que soutient la République du Venezuela, les termes mêmes de l'article I précité du TBI ne font ressortir aucune exclusion des bi-nationaux et l'économie générale de cet instrument international ne fait pas davantage apparaitre qu'un sort particulier doive leur être réservé (2017, p. 6).

[14] El texto en francés dice así: "Le TBI hispano-vénézuélien, contrairement à d'autres instruments internationaux, ne fait pas un sort particulier aux bi-nationaux, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'ajouter au texte une distinction que les parties contractantes n' ont pas entendu y insérer" (2017, p. 6).

[15] El texto en francés dice así:
> Considérant que la circonstance que le Venezuela et l'Espagne aient fait de l' arbitrage sous l' égide du CIRDI - qui n' admet pas la recevabilité des requêtes de personnes physiques possédant également la nationalité de l'État défendeur -, l'une des modalités du règlement des différends en vertu du TBI ne saurait s'analyser comme une volonté d'exclure dans tous les cas les recours des bi-nationaux contre l'État dont ils ont la nationalité, alors qu' a été également prévu un arbitrage ad hoc suivant le règlement de la CNUDCI, qui ne prévoit pas une telle irrecevabilité.

inversores en la fecha en que procedieron a hacer sus inversiones" (2017, p. 9)[16].

Exigir que la nacionalidad española exista en el momento de hacer la inversión (y no solo al momento de la confiscación de los bienes y al momento de iniciar la acción arbitral), deriva del inciso a del numeral 1 del artículo contenido en el APPRI Venezuela-España. Aquel, al definir el término "inversores" indica que se trata de "**personas físicas que tengan la nacionalidad** de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y **realicen** [i]**nversiones** en el territorio de la otra Parte Contratante" (1995) [el énfasis es nuestro]. De allí puede deducirse que **debe tenerse la nacionalidad española cuando se realice una inversión en Venezuela**. Recuérdese que el árbitro Rodrigo Oreamuno, en el laudo de jurisdicción ya había apuntado este tema (*Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*, 2014).

G. La sentencia de casación

Pero esta sentencia de anulación fue, de seguidas, casada el 13 de febrero de 2019 por la Cour de Cassation francesa a instancias de Venezuela. No fue debido a que los García fueran binacionales: la casación se produjo porque la sentencia de la Cour d'appel no podía pronunciar una anulación parcial. En tal sentido, se dijo que la aplicación de la cláusula de arbitraje del APPRI "depende de la ocurrencia de un conjunto de condiciones sobre la nacionalidad del inversionista y la existencia de una inversión, de manera que la corte de apelación no podía proceder a una nulidad parcial" (Sentencia A-17-25.851, 2019, p. 3)[17].

Así, la Cour de Cassation anuló íntegramente la sentencia de la Cour d'appel y repuso "la causa y las partes a la situación en que se encontraban antes de la dicha sentencia y […] los [reenvió] ante la corte de apelación de Paris" (Sentencia A-17-25.851, 2019, p. 4)[18].

H. La segunda sentencia de anulación

Venezuela insistió en anular al laudo sobre jurisdicción de 2014. La Cour d'appel de París, ahora como tribunal de reenvío y con una composición distinta, conoció nuevamente el asunto[19]. La Corte dictó sentencia el 3 de junio de 2020 y, como era de esperar, siguiendo la doctrina de casación, anuló la totalidad del laudo. La sentencia se expresó así:

> Se desprende de los términos del BIT en su significado ordinario, sin necesidad de que los términos sean interpretados, que la inversión protegida por el Tratado es un activo invertido por un inversor de la otra parte contratante, de modo que la inversión que justifica la competencia *rationae materiae* del tribunal arbitral es el hecho por **un inversionista que tiene la nacionalidad de la otra parte contratante,** en virtud de su legislación, **en la fecha en que realice esa inversión** en el territorio de la otra parte (Sentencia 19/03588, 2020, párr. 51) [el énfasis es nuestro].

Al no existir evidencias de esa doble circunstancia –nacionalidad española al mismo tiempo de hacer la inversión– el laudo fue anulado totalmente. Destacamos que la doble nacionalidad no fue el motivo de la nulidad del laudo sobre jurisdicción.

I. El laudo arbitral sobre el fondo

Mientras se tramitaban la acción de nulidad y el recurso de casación, el tribunal arbitral continuó el trámite del proceso arbitral y el 26 de abril de 2019, dictó un laudo sobre el fondo. En este laudo se condenó a Venezuela a pagar a los demandantes US $ 367 millones como indemnización por las expropiaciones de sus propiedades[20].

Los abogados de Venezuela afirman que este laudo quedará sin efecto con la sentencia producida en París el 3 de junio de 2020 (Sanderson & Perry, 2020).

---

16 El texto en francés dice así:

> Considérant qu' il résulte de tout ce qui précede que la sentence doit etre annulée, mais seulement en tant qu'elle décide que les actifs litigieux sont des investissements au sens du traité, sans considération de la nationalité des investisseurs à la date ou ils ont procédé à leurs investissements.

17 El texto en francés dice así:

> Qu'en statuant ainsi, alors que l'applicabilité de la clause d'arbitrage déduite du traité bilatéral dépend de la réalisation de l'ensemble des conditions requises par ce texte sur la nationalité de l'investisseur et l'existence d'un investissement, de sorte que la cour d'appel, qui ne pouvait procéder à une annulation partielle de la sentence, n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé le texte susvisé.

18 El texto en francés dice así: "remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris".

19 Al respecto, véase Sanderson (8 de mayo de 2019).

20 Véase la nota al pie 18.

Sin embargo, los abogados de los demandantes afirman que el laudo de abril de 2019 toma en cuenta únicamente bienes que fueron adquiridos cuando los García ya tenían la nacionalidad española y que, por tanto, han de subsistir[21]. Así las cosas, el debate entre las partes persiste y el caso no parece haber concluido.

III. EL CASO HEEMSEN

El 29 de octubre de 2019, el tribunal arbitral constituido de acuerdo con el Reglamento CNUDMI y la CPA dictó su laudo de jurisdicción en el caso de *Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*. Los demandantes invocaron la aplicación del APPRI Venezuela-Alemania expresando ser binacionales alemanes y venezolanos.

El tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer de la acción intentada por los Heemsen para obtener una indemnización por la expropiación de sus terrenos, los cuales estuvieron situados en las inmediaciones de la ciudad de Puerto Cabello, el puerto más importante de Venezuela. Los Heemsen alegaron que el gobierno venezolano no les había pagado compensación alguna.

A. Falta de jurisdicción *rationae voluntatis*

Venezuela, al contestar la demanda, opuso la falta de jurisdicción del tribunal arbitral alegando –*rationae voluntatis*– que no había consentido en el arbitraje CNUDMI para resolver esa controversia. También alegó que la doble nacionalidad de los Heemsen les vedaba esa acción.

Venezuela invocó el artículo 10 del APPRI Venezuela-Alemania, completado por disposiciones de un Protocolo que se suscribió al mismo tiempo y que está inserto a seguidas del texto del APPRI. El tribunal arbitral, con la idea de hacer más manejables las normas sobre jurisdicción en el APPRI, las integró de la siguiente manera:

> Artículo 10:
> […]
> 2. Si una controversia no pudiere ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya hecho valer, será sometida, a petición del nacional o de la sociedad, **a un procedimiento arbitral**. En la medida en que las partes en la controversia no lleguen a un arreglo en otro sentido, la controversia se someterá a un procedimiento arbitral conforme al Convenio [CIADI] del **18 de marzo de 1965**.
> […]
> Protocolo
> […]
> 4) Ad artículo 10:
> (a) **Mientras la República de Venezuela no se haya hecho Parte** del Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre [E]stados y Nacionales de otros [E]stados de 18 de marzo de 1965, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral ante el [CIADI] conforme a las reglas que rigen el **Mecanismo Complementario** […], en cuanto las partes en la controversia no hayan llegado a otro arreglo.
> (b) En caso **de que no fuera posible recurrir** al procedimiento arbitral conforme a las Reglas sobre el Mecanismo Complementario, la controversia será sometida, a petición del nacional o de la sociedad, a un procedimiento arbitral ad-hoc, según la Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 18, párr. 92) [el énfasis es nuestro].

Para Venezuela, estas normas del APPRI significan que el único consentimiento incondicionado que las partes contratantes expresaron es el otorgado para que el accionante acuda al CIADI. Bajo esta postura, las otras jurisdicciones –esto es, el Mecanismo Complementario y el arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI– fueron operativas solo durante el período pre-CIADI, es decir, mientras Venezuela todavía no formaba parte del tratado CIADI (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 19, párr. 93). Si la norma aún estuviese vigente luego que Venezuela abandonara el CIADI en 2012, los demandantes podrían y deberían acudir al Mecanismo Complementario y, por tanto, no tenían derecho a acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI.

La demandante, por su parte, alegó que podía acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el reglamento CNUDMI cuando no fuera posible recurrir al Mecanismo Complementario. Precisamente esta última es la situación que aquí ocurría debido a la doble nacionalidad de los señores Heemsen, la cual les impedía acudir al Mecanismo Complementario.

El tribunal arbitral consideró muy exagerado el alcance que pretendían otorgar los demandantes al uso del término "procedimiento arbitral". Según ellos, tal postura permitiría deducir que Venezuela habría consentido someter las controversias a cualquier mecanismo de arbitraje existente sin condición ni limitación alguna (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 96, párr. 371).

[21] *Ídem*.

B. Improcedencia del arbitraje *ad hoc*

El tribunal arbitral consideró que los inversores alemanes solo pueden acudir al arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI si se dan dos condiciones concurrentes: (i) mientras la República de Venezuela no se haya hecho parte del Convenio CIADI; y, (ii) si no fuere posible recurrir al procedimiento arbitral conforme a las Reglas sobre el Mecanismo Complementario (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 96, párr. 374).

Ante la pregunta "¿cabe equiparar dicha inadmisión motivada por la doble nacionalidad de los demandantes a una imposibilidad según el artículo 10(b) del Protocolo?" el tribunal se respondió que no, "porque encuentra distinta la situación en la que no se puede recurrir a un procedimiento a aquella situación en la que se haya recurrido a un procedimiento, pero en el cual la solicitud de iniciar el arbitraje haya sido denegada" (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 100, párr. 395).

El tribunal arbitral afirmó con el mismo predicamento:

> 397. En efecto, implicaría admitir que, los [E]stados Contratantes hubiesen pactado otorgar protección a los binacionales únicamente cuando el sistema de resolución de conflictos elegido a título principal –el CIADI– no es aplicable, durante un período excepcional, que fuese solo pre-CIADI como lo entiende el tribunal o también post-CIADI, como lo han alegado los demandantes, y únicamente por la vía del último de los tres foros de resolución de controversias previstos por el Tratado.
> 398. El tribunal encuentra muy poco probable que tal haya sido la voluntad común de las Partes Contratantes.
> 399. En virtud de todo lo anterior, el tribunal considera que no se cumple ninguna de las dos condiciones cumulativas bajo las cuales la demandada ha consentido someter controversias a un procedimiento arbitral *ad hoc* según el Reglamento CNUDMI. No se cumple la condición temporal y, a mayor abundamiento, tampoco se cumple la condición de que no fuera posible recurrir al Mecanismo Complementario (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 101, párr. 399).

En nuestra opinión el tribunal arbitral yerra porque es evidente que las partes, en el artículo 10.2 arriba copiado, escogieron el arbitraje como modo de solución de controversias. El tribunal debió pronunciarse a favor de la opción que les permitía ir a arbitraje y no por aquellas que lo hacían inadmisible.

C. Falta de jurisdicción *rationae personae* y *rationae materiae*

Las consideraciones anteriores bastaban para que el tribunal arbitral declarase su falta de jurisdicción y, por tanto, no le fuese necesario pronunciarse sobre la jurisdicción *rationae personae* y *rationae materiae*. No obstante, el tribunal arbitral estimó oportuno pronunciarse, *obiter dicta*, sobre el tema de la doble nacionalidad de los reclamantes para negarles la posibilidad de invocar el APPRI Venezuela-Alemania.

El tribunal señaló que no podía ignorar el preámbulo del APPRI Venezuela-Alemania ni que existiesen diversos APPRI que se refiriesen a "una Parte Contratante" y a la "Otra Parte Contratante" para garantizar que el inversionista protegido sea un nacional extranjero y no un nacional del Estado receptor (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 105, párr. 415).

El tribunal arbitral destacó que el inciso 2 del artículo 10 establece que si la controversia no puede ser dirimida amigablemente, ella será sometida a petición del nacional a un procedimiento arbitral que, salvo acuerdo en contrario, debe ser conforme al Convenio CIADI. Ocurre que el Convenio CIADI, incorporado al APPRI Venezuela-Alemania por referencia, no permite reclamos planteados por binacionales.

Para el tribunal arbitral el concepto de **nacional** debe ser interpretado como un natural que tenga la nacionalidad de una de las partes contratantes, pero que no tenga simultáneamente la nacionalidad de la otra parte contratante. El tribunal arbitral consideró que sostener lo contrario implicaría asumir que el APPRI protege a binacionales pero que estos no pueden valerse de la cláusula de resolución de disputas. Estimó que dicha interpretación conduciría a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 105, párrs. 417-418).

Consideramos que el tribunal arbitral se equivoca. Es cierto que los binacionales no pueden acudir a las dos opciones CIADI; sin embargo, sí pueden recurrir a la tercera opción de arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI. Por tanto, no se puede concluir que los binacionales quedaron excluidos del arbitraje pues por lo menos una de las opciones les permite hacerlo.

D. La doble nacionalidad bajo los APPRI

El tribunal arbitral se preguntó cómo debía resolverse el asunto de la doble nacionalidad fuera de la protección diplomática, que era la situación

planteada por los hermanos Heemsen quienes actuaban de manera directa contra Venezuela. Reconoció que el derecho internacional había evolucionado y que los dobles nacionales podían ser protegidos cuando la nacionalidad invocada fuera predominante.

El tribunal arbitral se expresó así:

> Si el tribunal hubiese tenido que resolver la objeción *rationae personae* planteada por la demandada, hubiera constatado (i) que la elección del CIADI como foro principal es un claro indicador de que las Partes Contratantes excluyeron la protección a los dobles nacionales; (ii) que el análisis de la objeción debería realizarse de conformidad con la aplicación de los principios de derecho internacional contemporáneo sobre las cuestiones de doble nacionalidad; y (iii) que la nacionalidad venezolana es la nacionalidad dominante y efectiva de los demandantes (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 110, párr. 442).

Creemos que el tribunal arbitral rescribió el APPRI al imponer limitaciones que su texto no establece.

E. La dura condena en costas

El tribunal arbitral terminó el laudo declinando su jurisdicción y condenando a la demandante a pagar los gastos de representación y asistencia legal de Venezuela que alcanzaron a US $ 2'518,886.59, más intereses calculados desde el 29 de noviembre de 2019 hasta la fecha del pago efectivo a la tasa Libor US$ a 12 meses (*Enrique y Jorge Heemsen c. Venezuela*, 2019, p. 113, párr. 455). Sin duda, una dura condena para una situación que estaba precedida por al menos una decisión en sentido contrario.

IV. EL CASO MANUEL GARCÍA Y OTROS

El 13 de diciembre de 2019, el tribunal arbitral regido por las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y constituido bajo los auspicios de la CPA dictó el laudo sobre jurisdicción en el caso de Manuel García y otros.

Los demandantes, al igual que en el caso de Serafín y Karina García, buscaban obtener el pago de indemnizaciones por las expropiaciones de sus inversiones en diversas empresas que operaban en Venezuela.

A. La sede y las costas

El tribunal arbitral fijó como sede La Haya. Nótese que en el caso de Serafín y Karina García la sede fijada fue París, lo que nos traerá una relevante diferencia para los eventuales recursos que puedan intentarse contra el laudo. Esto debido a que mientras la legislación arbitral holandesa no contempla como causal de anulación la decisión errada del tribunal arbitral sobre su propia jurisdicción, la francesa sí lo hace (artículo 1520.1 del Código de Procedimiento Civil). Es por ello que en Francia el tribunal que conoce de la anulación tiene total libertad para revisar la motivación y la decisión del tribunal arbitral (Loquin, 2015, p. 422).

Si bien el tribunal arbitral[22] declinó su jurisdicción y declaró con lugar la oposición de Venezuela, fue más benévolo con los demandantes. Les impuso pagar los gastos comunes del arbitraje; sin embargo, a diferencia del caso Heemsen, les eximió de soportar los gastos de la representación legal de Venezuela (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 179, párr. 752).

B. El foro internacional

En su análisis el tribunal arbitral comenzó por indicar que los tribunales arbitrales de inversión, como todo tribunal internacional, son de jurisdicción limitada. Afirmó que debido a que no existe en el plano internacional un poder centralizado que someta a los Estados a un tribunal con competencia general, los Estados debían en cada caso consentir ser juzgados (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 144, párr. 629).

El tribunal también consideró que no le corresponde corregir una percibida injusticia si se "priva al inversor de su derecho a recurrir al arbitraje" o se "deja [a] los demandantes sin un foro real y efectivo en el cual presentar sus reclamos" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 145, párr. 631).

Además, se dijo que la tarea del tribunal arbitral no es otorgar un remedio ante cada injusticia alegada que se perciba, sino decidir el caso de acuerdo con el instrumento "redactado por las Partes Contratantes, aplicando las normas de interpretación de los tratados en virtud del derecho internacional" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 145, párr. 633).

[22] El tribunal arbitral estuvo integrado por José Emilio Nunes Pinto, como presidente, y, como árbitros, Enrique Gómez-Pinzón y Santiago Torres Bernárdez.

C. La interpretación del APPRI y el derecho internacional

Para la interpretación del APPRI, el tribunal arbitral destacó que ambas partes concordaron en la aplicación de las normas de la Convención de Viena (en adelante, CVDT) pese a que Venezuela no forme parte de ella (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 147, párr. 640).

El tribunal arbitral destacó que el artículo 31 de la CVDT no establece la primacía del sentido literal de los términos del APPRI como alegaron los demandantes. Se debía considerar la buena fe, el sentido corriente de sus términos, su contexto, el objeto y fin del tratado. Si la CVDT hubiese dispuesto una interpretación literal sin más, así lo habría establecido (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 147, párr. 641).

En particular, uno de los elementos sobre los cuales hubo divergencia entre las partes y los expertos legales que contrataron fue determinar cuáles son las normas del derecho internacional relevantes al interpretar el artículo I del APPRI que define el término de "inversor". El profesor Schreuer, experto propuesto por los demandantes, afirmó que es debatible que las "reglas aplicables a las personas con doble nacionalidad, desarrolladas en el contexto de la protección diplomática, representen un derecho internacional consuetudinario general relevante a los fines […] de la CVDT". Por el contrario, el profesor Pellet, experto propuesto por los demandantes, sostuvo que como "regla de derecho internacional consuetudinario, el principio de la nacionalidad efectiva y dominante forma parte de dichas normas [pertinentes]" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 149, párr. 646).

El tribunal consideró que para analizar el estado del derecho internacional relevante cuando se interpreta el artículo I del APPRI lo primero que debe hacerse es establecer el contenido y el alcance del derecho internacional alegado (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 149, párr. 647). De esta forma, en las obligaciones sustanciales o materiales de los Estados –tales como otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad o trato nacional, entre otros– se requiere la aplicación del derecho internacional en su Estado en el momento de la alegada violación. En otras palabras, el estándar mediante el cual se determina el contenido de las mencionadas obligaciones del Estado es un estándar evolutivo (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 152, párr. 655).

A su vez, estimó que no se puede afirmar lo mismo respecto de los aspectos jurisdiccionales de los arbitrajes de inversión. El tribunal resaltó varios casos[23] en los que se aplicó el principio de contemporaneidad en la interpretación de los tratados pertinentes, para los temas de jurisdicción, en oposición a la interpretación evolutiva (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 152, párr. 656).

En todo caso, el tribunal arbitral afirmó que tendría en cuenta tanto el estado del derecho internacional cuando entró en vigor el APPRI Venezuela-España (1995) así como el estado del derecho internacional al adoptarse las medidas que los demandantes alegaron violatorias del mismo (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 153, párr. 658).

No tenemos dudas acerca de que los APPRI existen dentro del contexto del derecho internacional. Pero creemos, a efectos de lo que analizamos aquí, que el tema planteado es si el APPRI Venezuela-España excluye a los binacionales. Está claro que no lo hace expresamente y habría que encontrar y explicar las razones que justifican su exclusión.

D. Los reclamos de binacionales en el derecho internacional

El tribunal arbitral quiso examinar si en el ámbito del derecho internacional del arbitraje de inversión existía una *lex specialis* que habilitó los reclamos de los binacionales contra los Estados de los cuales son nacionales sin restricciones, tal como lo habían alegado los demandantes (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 162, párr. 692). Al respecto, opinó que era más que dudoso que la evolución del derecho internacional sobre arbitraje de inversiones permitiese esto.

Según ellos, habilitar los reclamos de dobles nacionales sin restricciones otorgaría indudablemente una mayor garantía a los inversores, pero también multiplicaría la incertidumbre de los Estados receptores sobre cuáles inversiones quedarían a la merced de que uno de sus nacionales pudiese en cualquier momento alegar su extranjería con objeto de desplazar a la esfera internacional un asunto puramente local (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 164, párr. 698).

Asimismo, descartó el alegato de los demandantes que citaron los casos Barcelona Traction (1970) y Ahmadou Sadio Diallo (2017) llevados ante la Corte Internacional de Justicia. Sobre la base de

[23] Al respecto, véanse los casos *RosInvestCo c. Rusia*; *Wintershall c. Argentina*; *ICS c. Argentina*; y *Daimler c. Argentina*.

ellos sostuvieron que las reglas del derecho internacional en general y de la protección diplomática en particular eran inaplicables en materia de arbitrajes de inversión debido a que el régimen creado por los APPRI seguía una naturaleza separada. Expresó que esa no era la conclusión que se derivaba esas sentencias. Para el tribunal arbitral, no se desprende de *Diallo* que el derecho internacional general sea irrelevante en el arbitraje de inversión. Así, los tratados entre Estados sobre inversiones, se regirían por las disposiciones del tratado en cuestión y por el derecho internacional general.

E. La supuesta autonomía de los APPRI

El tribunal arbitral explicó que una *lex specialis*, como un APPRI, no se puede disociar de la naturaleza y finalidad de la ley general que se propone modificar, sustituir, actualizar o derogar, pues

> ninguna ley, tratado o costumbre se aplica en el vacío, por especial que sea la materia que trate o por limitado que sea el número de Estados a que afecte […] su entorno normativo incluye no sólo cualquier ley general que exista sobre la misma materia sino también los principios […] pertinentes, sus derechos y obligaciones básicos y las formas a través de las cuales esos derechos y obligaciones se pueden completar, modificar o extinguir (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 166, párr. 702).

El tribunal arbitral afirmó también que el término "régimen autónomo" –en el que supuestamente podría integrarse el nuevo derecho de inversiones– resultaba engañoso pues ningún régimen jurídico se aísla del derecho internacional general.

Siguiendo esta postura, expresaron que los principios importados de la costumbre internacional general se aplican salvo derogación expresa. En otras palabras, el arbitraje internacional de inversiones no es una esfera enteramente divorciada del derecho internacional general. Máxime cuando, como en el presente caso, el APPRI Venezuela-España exige en su numeral 4 inciso "b" del artículo XI que el tribunal aplique las "reglas y principios de Derecho Internacional" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 166, párr. 704).

El tribunal arbitral afirmó que el derecho internacional general rechaza que los dobles nacionales reclamen sin restricciones contra uno de los Estados cuya nacionalidad ostentan y afirmó que en el APPRI Venezuela-España no hay una norma que exprese lo contrario (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 167, párr. 705).

F. El concepto de inversor en el APPRI

El tribunal arbitral afirmó que el término "inversor" inserto en el numeral 1 inciso a del artículo I del APPRI debe interpretarse no solo a partir de lo dicho en esa específica norma, sino también de acuerdo con el contexto del APPRI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 167, párr. 709). En particular, destacó la relevancia que tiene el artículo XI al contener los modos de solución de disputas.

El primer inciso del comentado artículo dispone que toda controversia que surja entre un "inversor de una Parte Contratante" y la "otra Parte Contratante" será resuelta, en la medida de lo posible, mediante un acuerdo amistoso (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 168, párr. 710). Si en seis meses no hay tal acuerdo, el inversor tiene dos opciones: acudir a la vía judicial del país receptor o a la vía arbitral.

Si se decide acudir a la vía arbitral, el inversor afectado deberá ir, en primer lugar, al CIADI solo si ambos Estados sean miembros de este. Si uno de ellos no se ha adherido al CIADI, el inversor ha de acudir al Mecanismo Complementario del CIADI.

Hay otra opción arbitral posible "**si por cualquier motivo no estuvieran disponibles** [las instancias del CIADI o su Mecanismo Complementario], o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje «*ad hoc*» establecido conforme al Reglamento [CNUDMI]" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 168, párr. 713) [el énfasis es nuestro].

Para el laudo el arbitraje bajo el Reglamento CNUDMI se ofrece como posibilidad, pero solamente si los modos del sistema CIADI no se encuentran disponibles. Dice el laudo que, en el APPRI, "estas posibilidades están **yuxtapuestas** y por lo tanto una está vinculada a la otra" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 719) [el énfasis es nuestro].

El laudo indicó que era preciso definir el término **disponible**. Señaló que

> la particularidad del CIADI –como organismo internacional– y del Mecanismo Complementario –concebido, no por un tratado, sino por voluntad del CIADI– exige que el término "**por cualquier motivo**" sea acotado a "aquellas situaciones en las que el CIADI, o su Mecanismo Complementario, **no se encuentran disponibles por circunstancias propias del CIADI** (*e.g.* **disolución** por decisión de sus Estados Miembros), **de su Mecanismo Complementario** (*e.g.*

> **eliminación** por decisión del CIADI), o de las Partes Contratantes (*e.g*. por **denuncia o no ratificación del Convenio CIADI**) (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720) [el énfasis es nuestro].

Esta interpretación se vería reforzada por el hecho de que la alternativa restante –esto es, el arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI– no requiere de ningún factor o circunstancia externa para poder ser llevada a cabo. Este es el aspecto diferenciador de este respecto de aquellos bajo el Convenio CIADI o el Mecanismo Complementario, que requieren que el CIADI o su Mecanismo Complementario existan y que alguna de las Partes Contratantes sea Estado Miembro del CIADI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720).

El laudo explica que se impone la prioridad u obligatoriedad de los arbitrajes bajo el Sistema CIADI y, por ende, el principio de no responsabilidad[24] allí contenido permea el APPRI. Mediante la referencia al Sistema CIADI, las Partes Contratantes "han implícita, pero necesariamente, excluido a los dobles nacionales [españoles-venezolanos] del ámbito de aplicación del TBI" (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 170, párr. 720). La consecuencia práctica de dicha conclusión sería que la definición de **inversor** en el APPRI no posea diferentes significados según el foro al cual se recurra.

G. La relevancia de las decisiones de otros tribunales

Los demandantes pusieron de relieve la jurisprudencia que les era favorable en cuanto a la cuestión de la jurisdicción *rationae personae*. Citaron varias decisiones y, en particular, destacaron la del tribunal de arbitraje en el caso Serafín García Armas y la posterior decisión de la Cour d'appel de París sobre el recurso de anulación presentado por Venezuela (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 172, párr. 726).

El tribunal arbitral destacó que en el caso **Serafín y Karina García** la regla de la doble nacionalidad del numeral 2 del artículo 25 del Convenio CIADI no resultaba aplicable pues la demandada había aceptado la aplicación del Reglamento CNUDMI (*Serafín y Karina García c. Venezuela*, 2014, p. 91, párrs. 189-191). En cambio en el caso de **Manuel García y otros**, lejos de aceptar la aplicación del Reglamento CNUDMI de arbitraje, presentó una objeción *rationae voluntatis* fundamentada precisamente en la jerarquía de foros del artículo XI del APPRI y en la disponibilidad del sistema CIADI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, p. 172, párr. 727).

Este tribunal afirmó que

> aun si la instancia arbitral del CIADI hubiera estado disponible según el Mecanismo Complementario […] el Reglamento de tal Mecanismo Complementario […] [determina que el] artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI [que excluye a los dobles nacionales] es aplicable, salvo acuerdo en contrario (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 172-179, párr. 728).

Asimismo, explicó que las opciones ofrecidas en el artículo XI del APPRI obedecían a un orden jerárquico elegido por España y Venezuela para que las disputas se diriman, como primera opción, en el marco del sistema del CIADI. Por ello, para el tribunal arbitral, es evidente que aquellas disputas en las cuales el demandante posea la nacionalidad del Estado demandado no podrán ser dirimidas bajo el Reglamento CNUDMI (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 172-179, párr. 728).

El tribunal arbitral expuso su desacuerdo radical con la proposición aceptada por el tribunal del caso Serafín García Armas acerca de que los APPRI no están sujetos a la aplicación del derecho internacional consuetudinario. Por definición, todo tratado está regido por el derecho internacional general o consuetudinario.

H. La nacionalidad dominante de los demandantes

El tribunal determinó que, en virtud del principio de la nacionalidad dominante, podía afirmarse que los demandantes eran dominantemente venezolanos, pues tampoco los demandantes alegaron en momento alguno que su nacionalidad dominante fuese la española. Era en Venezuela donde los demandantes residían, donde establecieron sus lazos familiares y criaron a sus hijos, donde ejercieron sus derechos políticos y donde tenían el centro de su actividad económica. Para algunos de ellos, este era incluso el país donde nacieron. En consecuencia, no podían ser calificados como inversores protegidos por el APPRI Venezuela-España (*Manuel García y otros c. Venezuela*, 2019, pp. 174-175, párrs. 734-737). Obsérvese, no obstante, que este APPRI no exige que la nacionalidad invocada sea dominante.

[24] Se refiere al artículo 25 del Convenio CIADI.

I. Las conclusiones del laudo

El tribunal arbitral determinó que no existía en el derecho internacional o en el APPRI una habilitación para que un Estado pueda ser demandado por uno de sus propios nacionales ante un tribunal internacional si detentaba también otra nacionalidad. Se concluyó que al determinar su oferta y jerarquía de foros (que incluyen como opción principal un arbitraje bajo el Convenio CIADI o el Mecanismo Complementario), el APPRI Venezuela-España protegía a los dobles nacionales hispano-venezolanos frente a España o Venezuela, independientemente de su nacionalidad dominante.

Esta fue la regla que el tribunal consideró que España y Venezuela adoptaron cuando suscribieron el Convenio CIADI e inauguraron el actual sistema de protección de inversiones y de arbitraje de inversión en sus relaciones mutuas. Esta misma regla también habría sido la adoptada por España y Venezuela cuando concluyeron el APPRI en el que se refirieron al Derecho Internacional general y al Convenio CIADI.

El tribunal arbitral expresó que no era indiferente a la evolución ni a las conclusiones a las que han llegado otros tribunales internacionales y la CDI en la materia. Pero señaló que incluso si se admitiera que los dobles nacionales hispano-venezolanos fuesen inversores protegidos por el APPRI, solo lo serían en la medida que sus reclamos estuviesen dirigidos contra el Estado al que pertenecieran de forma no dominante. Sin embargo, en el presente caso, los demandantes han dirigido su reclamo contra Venezuela, es decir, contra el Estado de su nacionalidad dominante.

Por esto, resolvió por unanimidad acoger las excepciones *rationae voluntatis* y *rationae personae* alegadas por la demandada y declinar su jurisdicción.

V. RECOPILACIÓN Y PERSPECTIVAS

Con el laudo de jurisdicción en el caso de **Serafín y Karina García** parecía abrirse un camino para que los binacionales pudiesen reclamar por la vía arbitral a Venezuela por sus confiscaciones arbitrarias u otras violaciones del APPRI Venezuela-España y otros acuerdos semejantes. Sin embargo, si bien es cierto que sujetos a las decisiones finales de ese caso aún no concluido, pareciera ser que esta posibilidad se ha reprobado.

A. El peso de la tradición

Al tema de la doble nacionalidad le acompaña una carga histórica. Cuando se ejercía la protección diplomática para disputas de inversionistas contra Estados receptores, no era posible que un Estado la ejerciera para beneficio de los binacionales.

Sin embargo, la evolución de esta materia permitió la reclamación del Estado de una de las nacionalidades, siempre que aquella fuese efectiva y dominante. Así ocurrió en los reclamos contra Venezuela llevados entre 1903 y 1905, y el laudo del caso *Canevaro* en 1912. La Corte Internacional de Justicia se pronunció en el mismo sentido en el caso *Nottebohm* en 1955 (*Liechtenstein c. Guatemala*), como lo hizo también una comisión mixta compuesta por estadounidenses e italianos en el caso *Mergé* (Decisión 55, 1955)**.** El tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos, actuando en pleno, se sumó a esta postura y expresó que había de preferirse la nacionalidad dominante y efectiva (caso *Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat*). Hemos visto también que el proyecto de Convención Internacional que la CDI elaboró en 2006 admite la protección diplomática para los binacionales siempre que el Estado que la ejerza sea el de la nacionalidad predominante.

Por todo esto, parecía haber un consenso: para que una nacionalidad pueda ser invocada en detrimento de otra que también poseyese una persona natural, debía reunirse la doble condición de dominante y efectiva o predominante. Esto abrió una vía para los binacionales en el campo de la protección diplomática.

B. Las nuevas normas y los criterios de interpretación

Creemos que con la aparición de los APPRI estamos en un mundo jurídico diferente. Si bien el laudo **Serafín García Armas** sobre jurisdicción ha quedado anulado, la nulidad no se produjo en razón de la doble nacionalidad de los reclamantes. La nulidad se produjo porque ellos no tenían nacionalidad española al tiempo de hacer sus inversiones o una porción de estas.

Uno de los postulados centrales de ese laudo es estimar que los APPRI han de interpretarse por sí mismos de acuerdo con su texto y apartándolos de las superadas reglas de la protección diplomática. Para ese tribunal arbitral no está permitido agregar a los APPRI términos y exigencias que ellos no contienen. Por tanto, en aquellos APPRI en los que no se priva de protección a los binacionales, las protecciones allí acordadas pueden ser ejercidas por ellos. Pero como vimos estos argumentos, fueron tajantemente desechados en los dos laudos posteriores de **Heemsen** y **Manuel García y otros**.

Ante la diversidad de criterios que se expresan en estos tres laudos, ¿cuál ha de ser el camino que

debe tomar un binacional? Como se ha visto, si se aventura por iniciar un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI corre el riesgo de que no solo su demanda decaiga por ausencia de jurisdicción, sino también de que se le imponga una severa y quizá injusta condena en costas como ocurrió el caso **Heemsen**.

Una de las críticas más frecuentes a la estructura actual del arbitraje de inversiones es lo impredecible que son los resultados de los procesos. Las conclusiones expuestas en los laudos dictados por los diferentes tribunales arbitrales en sus distintas versiones, constituidos de acuerdo con las reglas del CIADI, del Mecanismo Complementario, *ad hoc* con el Reglamento CNUDMI, de la Cámara de Comercio Internacional u otros centros arbitrales, son tan diversas como son los miembros que los conforman, provenientes de diferentes países del mundo, con diversas ideologías, con distintas formaciones jurídicas y de distintos campos del derecho.

La profesora australiana Anthea Roberts estima que en el arbitraje de inversiones se entremezclan raíces procedentes del Derecho Internacional Público, así como del Derecho Internacional Privado, con partícipes provenientes del Derecho Privado y del Arbitraje Comercial Internacional. Cada uno intenta imponer su disciplina, produciéndose lo que ella denomina "*the clash of paradygms*". En adición, nos encontraríamos ante un área del Derecho núbil, a la que le falta desarrollo teórico y doctrinario. Dice así:

> Los tratados de inversión han sido escritos con brevedad y con alguna vaguedad y al sistema le falta desarrollo teórico y de doctrina. Por ello, los participantes rutinariamente hacen comparaciones con otros campos del Derecho para llenar vacíos, colmar ambigüedades o entender la naturaleza del sistema. […] El sistema de los tratados de inversión está en una etapa primaria de su evolución […] la mayoría de los laudos han sido dictados en los últimos […] años […]. El sistema está en la intersección de muchos campos y alcanzará la edad adulta cuando se haga un mayor desarrollo teórico de su [carácter] *sui generis* (2013, p. 49) [traducción libre].

Destacamos que las opiniones y conclusiones vertidas en los laudos no son precedentes de obligatorio seguimiento por los tribunales que se constituyan en fechas posteriores. No hay *stare decisis*[25]: podrán o no ser seguidos en la medida en que la calidad de los argumentos y razonamientos persuadan a los miembros de los futuros tribunales arbitrales.

¿Puede decirse que el sistema creado por los APPRI, así como todo el sistema moderno de protección de inversiones pretende proteger solo a los inversionistas extranjeros que no posean la nacionalidad del país al que se le reclama? ¿Subsiste o han desparecido los conceptos de nacionalidad efectiva o predominante cuando un inversor tiene dos nacionalidades?

Cabe la posibilidad de que un nuevo tribunal que conozca uno de estos casos se decante por declarar que sí tiene jurisdicción para conocer del caso, pero siempre que en la fase correspondiente del proceso arbitral se haya alegado y probado que la nacionalidad invocada –española, alemana u otra– es la predominante y efectiva. El tribunal arbitral seguiría así el camino que, como hemos visto, han seguido en el pasado comisiones mixtas, tribunales internacionales y arbitrales de forma que encontraría su fundamento en el derecho internacional.

A fin de probarlo, el reclamante deberá suministrar datos sobre su residencia, domicilio, inversiones, actividades, estudios y otros elementos que demuestren una conexión preferente con el país cuya nacionalidad invoca. Además, esta conexión deberá ser más intensa y estrecha que aquella que tiene con el país demandado.

Pero, si los APPRI no contienen esas exigencias, ¿cabe exigirlas si su texto no lo hace? Detengámonos un instante en el texto del APPRI Venezuela-España (1995), el cual no excluye expresamente a los binacionales. Su artículo XI dispone que si la disputa no se resuelve amistosamente el interesado puede acudir **a elección del inversor**, en primer lugar, a los tribunales del Estado en cuyo territorio se hizo la inversión, donde la doble-nacionalidad es irrelevante; o, en segundo lugar, al arbitraje.

Si escoge la vía arbitral debe ir al **CIADI**. Pero en "**caso de que una de las Partes Contratantes no se haya adherido**" [el énfasis es nuestro] al CIADI, "se recurrirá al **Mecanismo Complementario**" [el énfasis es nuestro] y, como sabemos, en ninguna de estas dos opciones caben los binacionales. Ese artículo XI luego agrega "si **por cualquier motivo**

[25] Según este principio, propio de las jurisdicciones anglosajonas, las sentencias dictadas por un tribunal crean precedente judicial y vinculan a aquellas que se dicten en el futuro sobre el mismo objeto, especialmente, los de rango inferior. En la materia arbitral no hay precedentes obligatorios.

no estuvieran disponibles [esas] instancias arbitrales, o si ambas partes así lo acordaren, la controversia se someterá a un tribunal de arbitraje *ad hoc*" bajo Reglamento CNUDMI que, por su parte, no prohíbe la acción de los binacionales.

Analicemos esta situación que es común a los tres arbitrajes que estamos revisando. Ni el CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles porque allí no se admiten reclamos de binacionales: ¿Puede el tribunal arbitral *ad hoc* regido bajo el Reglamento CNUDMI declinar su jurisdicción debido a la doble nacionalidad? ¿No dice acaso la norma que **si por cualquier motivo** el CIADI o el Mecanismo Complementario **no están disponibles** la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento CNUDMI?

Los términos son claros. Al señalar "si por cualquier motivo no están disponibles", esta expresión invita a entenderla con la mayor amplitud y no a limitarla como hacen los laudos **Heemsen** y **Manuel García y otros**. Está claro que en esos casos el CIADI no está disponible, pues Venezuela denunció el Convenio CIADI. En todo caso, ni el CIADI ni el Mecanismo Complementario están disponibles porque allí están excluidos los binacionales.

No parece válido decir que, porque Venezuela y España, al igual que la primera y Alemania, han escogido el arbitraje CIADI o el Mecanismo Complementario que excluye a los binacionales, se ha buscado pactar una prohibición absoluta para los binacionales de acudir al arbitraje. Se estaría agregando una prohibición que no está escrita en el APPRI. Es preciso observar, además, que el APPRI ha previsto el arbitraje *ad hoc* de acuerdo con el Reglamento CNUDMI que no prevé esa inadmisibilidad. Por tanto, no luce plausible decir que el APPRI no admite arbitrajes de los binacionales, pues en una de las opciones arbitrales los admite.

Los APPRI que comentamos exigen solamente que la persona natural que haga el reclamo tenga la nacionalidad de uno de los Estados contratantes o, como afirman las sentencias francesas que anularon el laudo **Serafín y Karina García**, que tengan la nacionalidad española al tiempo de hacer la inversión. Los APPRI no señalan que tener una segunda nacionalidad –la del Estado contra el que se reclama– sea un impedimento para reclamar contra una confiscación de sus propiedades u otra violación del APPRI.

Destacamos además que en el APPRI Venezuela-Alemania, el artículo 10.2 –antes copiado– impone la **vía arbitral** si no hay solución amistosa antes de señalar las tres opciones posibles ¿Es inapropiado concluir entonces que el arbitraje ad hoc bajo el Reglamento CNUDMI es una opción válida cuando las otras dos están excluidas por "cualquier motivo"?

El contexto actual del régimen de inversiones busca proteger los derechos de los inversionistas pactados en los APPRI y proveerles de recursos para actuar contra los Estados que los incumplen. No se trata de darles recursos que no estén en los APPRI, pues, al contrario, les reconoce derechos conferidos para acudir a instancias arbitrales. Si se quiso excluir de protección a los binacionales o si se quiso que estos debiesen demostrar que la nacionalidad que invocan es la predominante, ¿no debían los APPRI decirlo de manera expresa? Así se hizo en los APPRI Venezuela-Canadá y Venezuela-Irán para la doble nacionalidad. Por su parte, el tratado suscrito por Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica (2006) exige de manera expresa que la nacionalidad invocada sea la "predominante".

Estas limitaciones son claras e invitan a pensar que donde no se hayan pactado limitaciones, estas no existen.

REFERENCIAS

Anzola Etchevers, E. (2008). From Gunboats to Arbitration. *Transnational Dispute Management, 5* (2). Tecnos.

(2015). La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones: el caso Venezuela. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales,* (154), 643-713.

Daillier, P., Forteau, M. & Pellet, A. (2009). *Droit international public* (8va ed.). L.G.D.J.

Díez de Velasco, M. (2008). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (16ta ed.). Tecnos.

Loquín, E. (2015). *L'arbitrage du commerce international*. JOLY Éditions.

Organización de las Naciones Unidas (2006). *Reports of International Arbitral Awards* (Vol. X). Government Printing Office. https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_X.pdf

Ralston, J. & Sherman Doyle, W. T. (1904). *Venezuelan Arbitrations of 1903.* Government Printing Office.

Roberts, A. (2013). Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. *American Journal of International Law, 107* (45), 45-94. https://doi.org/10.5305/amerjintelaw.107.1.0045

Sanderson, C. (7 de mayo de 2019). Dual nationals win damages in Venezuela claim. *Global Arbitration Review.* https://globalarbitrationreview.com/article/1192551/dual-nationals-win-damages-in-venezuela-claim

Sanderson, C. & Perry, S. (3 de junio de 2020). Dual nationals' award against Venezuela set aside. *Global Arbitration Review.* https://globalarbitrationreview.com/article/1227463/dual-nationals%E2%80%99-award-against-venezuela-set-aside

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, Can.-Venez., 1 Jul., 1996.

Acuerdo entre el Gobierno de la República Islámica de Irán y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones, Iran-Venez., 20 Ene., 1998.

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. Rep. Dem. Congo) Objeciones Preliminares, 2007 I.C.J Rep. p. 582 (May. 24), https://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf

Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belg. c. Esp.), 1970 I.C.J. Rep. p. 3 (Feb. 5), https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf

Canevaro (It. c. Perú) 9 R.I.A.A. 397 (Ct. Perm. Arb. 1912), https://pcacases.com/web/sendAttach/516.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 Mar. 1965.

Cour d'appel [CA] [corte regional de apelación] París, 1ra cám. civ., Sentencia 15/01040 (caso Serafín García Armas y Karina García Gruber), 25 Abr., 2017 (Fr.).

Cour d'appel [CA] [corte regional de apelación] París, Sentencia 19/03588 (caso Serafín García Armas y Karina García Gruber), 3 Jul., 2020 (Fr.).

Cour de Cassation [Cas.] [corte suprema para los asuntos judiciales] 1ra cám. civ., Sentencia A-17-25.851, 13 Feb., 2019 (Fr.).

Code de Procédure Civile [C.P.C.] [Código de Procedimiento Civil] (Fr.).

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/62/67 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, (6 Dic. 2007). https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/62/67&Lang=S

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento CNUDMI), (15 Dic. 1976).

Daimler Financial Services AG c. Arg., Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, (22 Ago. 2012), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf

Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. Venez., Caso CPA No. 2017-18 (Ct. Perm. Arb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11022.pdf

ICS Inspection and Control Services Limited c. Arg., Caso CPA No. 2010-9 (Ct. Perm. Arb. 2012), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0415.pdf

Manuel García Armas, Pedro García Armas, Sebastián García Armas, Domingo García Armas, Manuel García Piñero, Margaret García Piñero, Herederos de Domingo García Cámara y Carmen García Cámara c. Venez., Caso CPA No. 2016-08 (Ct. Perm. Arb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11113.pdf

Mergé (Decisión 55), 14 R.I.A.A. 236 248 (Comisión de Conciliación Ítalo-Estadounidense 1955), https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/236-248.pdf

Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. Rep. Dom., Caso CPA No. 2016-17 (Ct. Perm. Arb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10819.pdf

Nottebohm (Liech. c. Guat.) 1955 I.C.J. p. 4 (6 Abr.),https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf

Nasser Esphahanian c. Bank Tejarat, Caso IUSCT No. 157, Laudo No. 31-157-2 (29 Mar. 1983), https://www.iusct.net/Documents/En/1551.aspx

Protocolo entre Alemania y Venezuela para cuestiones determinadas ante la Corte Permanente de Arbitraje, Alem.-Venez. (Protocolos de Washington), 7 May. 1903.

Reglamento del Mecanismo Complementario, CIADI/11, Abr. 2006. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/amendments/AFR_%202006_Spanish_final.pdf

RosInvest Co c. Rus., Caso SCC V079/2005, Laudo, (12 Set. 2010), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf

Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venez. (Decisión sobre jurisdicción), Caso CPA No. 2013-3 (Ct. Perm. Arb. 2014), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4151.pdf

Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venez. (Laudo final), Caso CPA No. 2013-3 (Ct. Perm. Arb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11124.pdf

Tratado entre la República de Venezuela y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1995, Esp.-Venez., 2 Nov., 1995.

Tratado entre la República de Venezuela y la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Alem.-Venez., 14 May. 1996.

Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos, Rep. Dom.-EE.UU., 1 Abr. 2006.

Wintershall Aktiengesellschaft c. Arg., Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, (8 Dic. 2008), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf

RODRIGO,
ELIAS
& MEDRANO
ABOGADOS

10.18800/themis.202001.024

REPENSANDO EL REQUISITO DE LEGALIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

RETHINKING THE LEGALITY REQUIREMENT IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Nicolás Alarcón Loayza*
Rodrigo, Elías & Medrano

In this article, the author intends to look into the identity of the legality requirement in international investment arbitration. For this purpose, first, the author offers a formulation of the legality requirement. Second, he provides a legal justification of the requirement based on the elements that make it up part of it as well as the rationale of international investment law. Finally, the author points out some consequences that follow the proposed justification.

The author uses relevant arbitral awards in order to contrast the justification proposed with the ongoing practice of arbitral tribunals, arguing that the legality requirement is an expression of the validity requirement of the investment as an object of protection under international investment law.

Keywords: Legality requirement; investment arbitration; international investment law; validity of investments.

En el presente artículo, el autor buscar indagar en la identidad del requisito de legalidad de la inversión en el arbitraje internacional de inversión. Para dicho fin, en primer lugar, el autor propone una formulación del principio de legalidad. En segundo lugar, propone una fundamentación jurídica del requisito basada en los elementos que lo integran y en la racionalidad del derecho internacional de las inversiones. Finalmente, el autor enuncia algunas consecuencias que se desprenden de la fundamentación propuesta.

En ese sentido, el autor utiliza diversos laudos arbitrales de inversión para contrastar la fundamentación propuesta del requisito de legalidad, sosteniendo que el requisito de legalidad es una expresión de la exigencia de validez de la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones.

Palabras clave: Requisito de legalidad; arbitraje de inversión; derecho internacional de las inversiones; validez de la inversión.

* Abogado. Asociado en Rodrigo, Elías & Medrano, Lima, Perú. Contacto: nalarcon@estudiorodrigo.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de mayo de 2020, y aceptado el mismo el 9 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La discusión en la doctrina y las decisiones arbitrales sobre la legalidad de la inversión se ha vuelto casi omnipresente en el derecho internacional de las inversiones[1]. Si indagamos en la geneología del requisito de legalidad, encontraremos formulaciones similares aunque no idénticas en los tratados de amistad, navegación y comercio (antecesores de los tratados de inversión). Por ejemplo, el Tratado celebrado entre Estados Unidos y las Islas Hawaianas en el año 1849, el cual incluía la siguiente disposición:

> [...] ambas partes contratantes se obligan a que los ciudadanos de la otra parte que residan en sus respectivos Estados podrán disfrutar de su propiedad y de seguridad personal, de la misma manera que sus propios ciudanos y de los ciudadanos de la nación más favorecida, pero sujetos siempre a las leyes y reglamentos del Estado [traducción libre].

Por su parte, el Tratado celebrado entre Estados Unidos e Italia en el año 1948, disponía: "[l]os nacionales de cualquier de las Altas Partes Contratantes deberán, dentro del territorio de la otra Alta Parte Contratante, estar autorizados, sin interferencia, a ejercer, de conformidad con las leyes y regulaciones aplicables, los siguientes derechos y privilegios […]".

Dichas formulaciones del requisito de legalidad podrían entenderse como una expresión del principio de soberanía estatal o de independencia, según el cual los Estados tienen la potestad exclusiva de admitir extranjeros a su territorio, imponer las condiciones de dicha admisión y, asimismo, regular su conducta (Crawford, 2012, p. 609; Shaw, 2008, p. 212). Debemos mencionar, en ese sentido, que los extranjeros no tienen un derecho absoluto de entrada a un Estado; sino que, para ello, deben sujetarse al derecho doméstico del Estado que los recibe (Saas, 2010, p. 50). En efecto, tal como ha sostenido Yotova, "[e]l respeto por el derecho del Estado receptor era ampliamente visto como el *quid pro quo* para admitir y proteger extranjeros y su propiedad" (2008, p. 307).

Ahora bien, estas disposiciones parecen haber sobrevivido al paso del tiempo y haberse implantado en la mayoría de tratados de inversión. Sin embargo, la nueva formulación convencional estándar de estas disposiciones aparece mucho más restringida que en sus formulaciones precedentes. En ese sentido, la mayoría de tratados de inversión suelen incluir una formulación del requisito de legalidad similar a la establecida en el Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, la cual afirma lo siguiente: "[p]or 'inversiones' se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión […]" (artículo 1.2, 1994).

De manera similar, las Directrices del Banco Mundial sobre Trato a la Inversión Directa Extranjera, establecen en la Directriz Primera que "[l]a aplicación de estas Directrices se extienden a inversiones existentes y nuevas establecidas y operando como inversiones privadas extranjeras de buena fe en conformidad absoluta con las leyes y regulaciones del Estado receptor" (Banco Mundial, 1992). Como es de notar, en estas formulaciones recientes del requisito de legalidad se ven limitadas en cuanto a su objeto y a su ámbito de aplicación, puesto que, a diferencia de los documentos precedentes, ya no se trata de enunciados amplios que cubren toda la actividad del individuo extranjero (o, si se quiere, del inversionista); sino, más bien, de enunciados específicos limitados a la inversión y a su adquisición. Por lo cual, parece inapropiado extenderles la racionalidad amplia de sus formulaciones precedentes.

[1] Cierta doctrina y decisiones arbitrales han calificado al requisito como un principio del derecho internacional. Sobre este aspecto, por ejemplo, Moloo y Khachaturian describen que "[e]n el derecho internacional de las inversiones, hay un principio emergente que requiere cumplimiento del derecho del Estado receptor, y en ocasiones de principios internacionales, a fin de conceder las protecciones sustantivas previstas en un tratado de inversión" (2011, p. 1475). Asimismo, en algunos casos arbitrales, el requisito ha sido caracterizado como un principio bien establecido; por ejemplo, puede verse los siguientes laudos: *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania* (2015, párr. 294) y *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund Investors LLC, Egi-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC, and Mr. David Fischer c. Republica de Egypto* (2016, párr. 301). La dificultad con formulaciones de este tipo es que no suelen justificar cómo derivan el carácter de "principio" y lo atribuyen al requisito de legalidad. Sobre es aspecto, debemos anotar tres puntos principales: (i) en principio, no rechazamos que el requisito pueda haber alcanzado la categoría de un principio general del derecho. Se trataría, no obstante, de uno engendrado en el derecho internacional (y no en el reconocimiento de las naciones civilizadas, en el sentido del Estatuo de la Corte Internacional de Justicia); (ii) a pesar de ello, dicho reconocimiento como principio del derecho requeriría que se analice su existencia a la luz de normas convencionales y consuetudinarias existentes aceptadas por los Estados o de otros actos que permitan inferir el consenso de los Estados a su vinculatoriedad (Vásquez-Bermúdez, 2019, pp. 171-173); y, (iii) adicionalmente, dicho reconocimiento deberá ser a una formulación del requisito tal que permita hablar de consenso entre Estados, lo que probablemente concluiría en una formulación muy amplia cuyos alcances serían objeto de la regulación específica de los tratados y de la actividad jurisdiccional de los tribunales arbitrales.

En líneas generales, de la práctica árbitral puede extraerse una formulación del requisito de legalidad, según la cual si la inversión fue adquirida por el inversionista extranjero vulnerando el derecho del Estado receptor, no merece la tutela del derecho internacional. En ese sentido, el presente trabajo pretende indagar en la identidad del requisito de legalidad. Esto es ¿qué es el requisito de legalidad? Esta pregunta no solo es relevante como inquietud académica; sino, en tanto, de ella se desprenderá, naturalmente, las consecuencias de la aplicación del requisito al arbitraje internacional de inversión[2]. En particular, son dos las implicancias que se desprenden de la identidad del requisito: (i) el efecto procesal del incumplimiento del requisito; y, (ii) el contenido material de la "legalidad", esto es, cuál es el alcance del requisito.

Nuestra hipótesis es que el requisito de legalidad puede entenderse como una expresión de la exigencia de validez de la inversión. De ese modo, con la finalidad de argumentar dicha hipótesis, procederemos a desarrollar los siguientes puntos a lo largo del artículo: (i) en primer lugar, propondremos una fundamentación del requisito de legalidad derivada de la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones; y, (ii) en segundo lugar, identificaremos cuáles son las implicancias que se siguen de la identidad propuesta del requisito de legalidad.

II. UNA PROPUESTA DE FUNDAMENTACIÓN DEL REQUISITO DE LEGALIDAD

Una comprensión adecuada del requisito de legalidad únicamente puede desprenderse si se entiende a la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones. La noción de inversión es de vital importancia, pues al igual que la de inversionista, sirve para delimitar la jurisdicción de un tribunal arbitral y, por ende, es una cuestión preliminar a la resolución de toda disputa de inversión (Salacuse, 2015, p. 174). En ese sentido, destacamos, de nuevo, que nuestra hipótesis a desarrollar en este texto es que el requisito de legalidad únicamente se explica como una consecuencia jurídica de la noción de inversión.

A. La inversión extranjera se encuentra constituida por derechos patrimoniales

Tanto abogados, árbitros, economistas e inversionistas pueden definir "inversión" de distintas maneras, dependiendo del contexto en el que utilicen el término. Sin embargo, para el derecho internacional de las inversiones, no toda "inversión" extranjera gozará necesariamente de tutela internacional. En líneas generales, al derecho internacional de las inversiones le interesan aquellas inversiones que incorporan conjuntamente ciertas características jurídicas y económicas (Obersteiner, 2014, p. 270).

En ese sentido, es pertinente señalar que la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones no es pacífica. En general, el término inversión suele emplearse en uno de dos sentidos: (i) la inversión como el proceso a través del cual se realiza una inversión; y, (ii) la inversión como los "activos" adquiridos producto del proceso de invertir (Salacuse, 2015, p. 26).

Sobre este particular, la práctica arbitral enfatiza cada uno de estos usos para distintos fines. De tal forma, con respecto a la primera noción de inversión; es decir, aquella entendida como el "proceso de invertir", esta se ha utilizado para explicar el carácter dinámico y evolutivo de la inversión extranjera (en concreto, como actividad económica de alcance transnacional, y así dotarla de una protección más amplia). Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* caracterizó la inversión en los siguientes términos: "[...] una inversión es sin duda un proceso complejo que incluye varias operaciones, como contratos, licencias y otros acuerdos que conducen a la materialización de dicha inversión […]" (2004, párr. 70)[3].

Ahora bien, esta noción de inversión aunque ha ayudado a explicar la naturaleza holística de la inversión no sirve ni es determinante para concluir si determinados "activos" califican como inversión a los efectos del derecho internacional. Por el contrario, en la realidad, todos los intentos efectuados por convertir la noción de "proceso de invertir" en un elemento característico de la inversión han sido infructuosos. Este aspecto lo podemos evidenciar en el caso *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, en el que el Estado demandado sostuvo *inter alia* que no había una inversión protegida, debido a que el inversionista demandante al adquirir las acciones (que constituían la inversión) únicamente había actuado como un cascarón de otra sociedad. En ese sentido, el

[2] Nos referimos a dos tipos de preguntas que permiten indagar sobre la naturaleza de una cosa. Por un lado, la pregunta sobre la identidad: ¿qué es cierta cosa? La cuál es una pregunta sobre aquello que hace que dicha cosa sea tal y no otra. Por otro lado, la pregunta sobre las implicancias que se siguen de que una cosa sea tal: ¿qué se sigue necesariamente de que una cosa es tal y no otra?). Para mayor información, véase a Shapiro, (2011).

[3] De igual modo, puede verse a *White Industries Australia Limited c. República de la India* (2011, párr. 7.4.19) y *Alpha Projetkholding GMBH c. Ucrania* (2010, párr. 273).

argumento del Estado ponía énfasis en la noción de inversión como el "proceso de invertir" pues para este, el inversionista no había realizado este proceso, sino que lo había hecho una sociedad distinta. Por su parte, El tribunal arbitral en el laudo parcial sostuvo lo siguiente:

> […]. Nada en el este artículo tiene el efecto de importar en la definición de "inversión" el significado que este término puede tener como un proceso económico (...) A pesar de que el *chapeau* del Artículo 2 se refiere a "todo tipo de activo invertido", el uso de dicho término no requiere, en adición a los términos amplios en los que están definidas las "inversiones" en ese Artículo, la satisfacción de un requisito basado en el significado de "invertir" como un proceso económico: el *chapeau* necesita contener un verbo que sea apto para los varios tipos de inversiones listadas y desde que todas ellas están definidas como varios tipos de inversiones que están listadas, es en contexto apropiado que se usa "invertidos" sin que añado ninguna condición sustantiva (*Saluka Investments BV c. República Checa*, 2006, párr. 211).

Si bien no es el propósito de este trabajo elegir una acepción propia o principal de término "inversión", debemos destacar que la noción de inversión como "activos" (segunda noción) parece la más cercana a cumplir dicha función. En efecto, a diferencia de la primera, la noción de "inversión" como "activos" es determinante en la redacción de las definiciones de "Inversión" que incluyen los principales tratados de esta materia.

Veamos, por ejemplo, la definición de "Inversión" contenida en el Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador, el cual señala lo siguiente:

> [i]nversión significa una inversión directa de un inversionista de una Parte, establecida o adquirida de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte, que permita ejercer un control o un grado significativo de influencia sobre la gestión de la producción de bienes o prestación de servicios en el territorio de la otra Parte, y que tenga las características de una inversión, que incluye el compromiso de capital, el objetivo de establecer un interés duradero, la expectativa de ganancia o utilidad y la asunción de riesgos.
>
> Una inversión puede revestir las formas siguientes:
>
> a) una empresa;
>
> b) acciones, capital u otras formas de participación en el capital social de una empresa;
>
> c) propiedad mueble o inmueble y cualesquier otros derechos de propiedad, como la hipoteca, gravamen, prenda, usufructo y derechos similares;
>
> d) la concesión, licencia o autorización otorgada por el Estado Anfitrión al inversionista de la otra Parte;
>
> e) instrumentos de deuda o préstamos de una empresa: (i) cuando la empresa es una filial del inversor; o (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años;
>
> f) los derechos de propiedad intelectual tal como se define o se hace referencia en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio (ADPIC, 2015).

De la lectura anterior, podemos convenir (omitiendo el carácter tautológico de la definición) que a la inversión la identifican, como habíamos señalado anteriormente, características jurídicas y económicas. Nos referiremos brevemente a las segundas en el acápite siguiente, por el momento nos interesa distinguir aquellas características jurídicas[4].

El listado contenido en la disposición citada (cuya formulación es muy similar a la de la mayoría de tratados de inversión) es ilustrativo y se remite a una serie de "activos" que podrían ser agrupados bajo la denominación del extranjero[5]. Estos derechos incluyen, a los "derechos de propiedad", en un sentido amplio, sobre bienes corporales y bienes no corporales o inmateriales (estos últimos también identificados solamente como

[4] Es pacífico que la legalidad de la inversión es una cuestión relativa a las características jurídicas de la inversión y su comprobación se efectúa al margen de las características económicas de ésta. Puede verse, para mayor información, a Kalicki, J., Evseev, D. & Silberman M. (2015).

[5] El uso del término "activos" (también denominados como "*assets*" o "*avoirs*") es muy común en la redacción de tratados de inversión al definir "Inversión". El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha definido "Activos" como: "Conjunto de todos los bienes y derechos con valor monetario que son propiedad de una empresa, institución o individuo". Sin embargo, se trata de un término importado de las ciencias económico-financieras y que se refiere a bienes que generan riqueza a su propietario.

derechos) como, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual[6], y asimismo, los derechos contractuales[7].

En efecto, en concordancia con lo señalado con Sornarajah, suele señalarse que la inversión extranjera estuvo tradicionalmente identificada con la propiedad de extranjeros sobre bienes tangibles (2010, p. 11) y que, con el tiempo, de manera progresiva, se fue extendiendo hacia bienes intangibles y hacia otro tipo de derechos (Herz, 1941, pp. 244-245). De hecho, el derecho internacional previo a la proliferación de tratados de inversión, se refería a la "propiedad de extranjeros" (Sasson, 2017, pp. 125-126). Por ejemplo, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (antecesores de los tratados de inversión) se enfocaban en la protección del individuo extranjero y su propiedad (Miles, 2013, p. 24).

El término "propiedad" fue reemplazado por "inversión" en el marco de una sofisticación del tránsito de capitales entre Estados[8] y, de forma especial, por el nuevo rol de la "inversión" en el orden económico mundial. En un sentido, este notable cambio en el uso de los términos sirvió para designar a una nueva realidad, principalmente, económica. Asimismo, la inversión extranjera directa[9] es descrita, de acuerdo con lo mencionado por Sornarajah, usualmente como "[...] la transferencia de bienes tangibles e intangibles de un país a otro con el propósito de usar dichos bienes en este país para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los bienes" (Sornarajah, 2010, p. 8). De ese modo, en la doctrina se suelen identificar cinco características de la inversión extranjera directa, en concreto:

> (i) la transferencia de fondos, (ii) la duración larga del proyecto; (iii) el propósito de generar un ingreso regular; (iv) la participación de la persona que transfiere los fondos, al menos en cierta medida, en el manejo del proyecto y (v) el riesgo del negocio (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 60).

Sin embargo, al igual que en el caso de la "propiedad", se puede evidenciar que la "inversión" como objeto de tutela del derecho internacional se encuentra definida esencialmente como derechos patrimoniales de titularidad de extranjeros. Esto lo confirman los textos de los tratados de inversión que, como hemos visto sucintamente, suelen listar una amplia variedad de derechos patrimoniales al momento de definir la "inversión". En consecuencia, una característica jurídica esencial a la inversión es que se encuentre expresada (o tome la forma de) como derechos patrimoniales.

---

6 Al respecto, Higgins mencionaba en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya que "[a]lgunas veces derechos que encajarían naturalmente en la categoría de derechos contractuales son tratados como propiedad [...] junto a los bienes tangibles, el derecho trata ciertos "bienes abstractos" como propiedad, por ejemplo, créditos, acciones en sociedades, propiedad intelectual [...]" (1982, p. 13). Asimismo, en el marco de El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante, Convenio CIADI), algunos autores han señalado lo siguiente:

> Inversiones en el sentido del Art. 25 del Convenio puede cubrir cualquier área de la actividad económica [...] el concepto de inversión incluye propiedad mobiliaria e inmobiliaria. Está también establecido que los derechos que emanan de contratos pueden ser inversiones (Schreuer, *et al*. 2009, p. 125).

Ahora bien, no existe identidad absoluta entre los derechos de propiedad y la "inversión extranjera". Si bien es cierto toda inversión extranjera está constituida por "derechos de propiedad" en el sentido enunciado, no todo derecho de propiedad es una inversión. Como veremos, esto se desprende de la definición de inversión en el derecho internacional de las inversiones. En palabras de Brownlie, "[e]l tratado [de inversión] no está relacionado a la "protección de la propiedad extranjera" sino de las "inversiones", todo esto en el contexto de la promoción del desarrollo económico de las Partes" (citado en Crawford, 2012).

7 Algunos autores sugieren diferenciar, al momento de referirse a derechos derivados de un contrato, entre derechos *in personam*, los que se generan entre las partes del contrato, y derechos *in rem*, los cuales se generan con relación a bienes y que están materializados en el contrato. La inversión protegida por el derecho internacional de las inversiones únicamente abarcaría los segundos más no los primeros. Sin embargo, esta afirmación parece no sostenerse en el texto de diversos tratados de inversión que incorporan en su listado de "activos" cubiertos: "Obligaciones, créditos y derechos sobre prestaciones que tengan un valor económico"; por ejemplo, el Acuerdo entre la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones. La práctica arbitral, analizando disposiciones como la citada, ha concluido que dichos derechos *in personam* sí estarían protegidos qua inversión. Al respecto, para mayor información, véase el laudo del caso *White Industries Australia Limites c. República de la India* (2011).

8 Al respecto, el primer tratado bilateral de inversión suscrito entre Alemania y Pakistán recogía una definición de "inversión" que da cuenta de esta sofisticación en el tránsito de capitales. El término "inversión" comprende capital traído dentro del territorio de la otra Parte para inversiones en varias formas a través de bienes como moneda extranjera, bienes, derechos de propiedad, patentes y conocimiento técnico. El término "inversión" debe incluir los retornos derivados de dicha "inversión".

9 Tradicionalmente se ha considerado que la inversión extranjera directa es el objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones en contraposición a la inversión de portafolio (Sornarajah, 2010, p. 11). El elemento diferenciador entre ambas es que en la inversión extranjera directa el control del inversionista sobre la inversión es un elemento de vital relevancia. Sin embargo, la práctica estatal en materia de tratados de inversión, así como la práctica arbitral actual tienden a ampliar la categoría de inversión tanto a la inversión extranjera directa como a las inversiones de portafolio. Para un análisis de esta evolución, se recomienda ver a Rubins (2004, pp. 317-320).

Dicho lo anterior, resulta claro que no todo derecho patrimonial en el derecho doméstico será calificado como inversión a los efectos del derecho internacional de las inversiones. Es necesario rescatar ello, puesto que por un lado, estos derechos patrimoniales deben poder ser caracterizados como inversión en aplicación del derecho internacional y, por otro lado, debe tratarse de derechos existentes y válidos en aplicación del derecho doméstico. A continuación, abordaremos a profundidad estas dos afirmaciones.

B. La inversión extranjera es una noción de derecho internacional

Un elemento que merece particular atención es la interrelación que surge entre el derecho internacional y el derecho doméstico al momento de definir la "propiedad" y la "inversión" en el derecho internacional. Esto se ha logrado manifestar de distintas maneras en los "regímenes" del derecho internacional. Un ejemplo de ello es que el propio derecho internacional de los derechos humanos (el otro "régimen" del derecho internacional donde la tutela de la propiedad es relevante) no contiene normas que definan la "propiedad", sino que dicha labor se ha realizado a partir de la interpretación de los tratados internacionales y de la aplicación del derecho doméstico.

Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce el derecho a la propiedad, en su artículo 17, de la siguiente manera: "[t]oda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente" (Naciones Unidas). Asimismo, una redacción preliminar de dicho texto señalaba que: "[t]oda persona tiene derecho a la propiedad individual de conformidad con la legislación del Estado en que se encuentre la propiedad" (Valencia, 1993, p. 9). De esto se puede evidenciar que ambas redacciones no definen qué debe entenderse por "derecho a la propiedad individual". En cambio, la referencia a la "legislación del Estado" en la segunda redacción dejaba claro que "[...] el alcance al derecho a la propiedad debía ser regido por la *lex loci*" (Valencia, 1993, p. 9).

Por su parte, en el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos, la referencia a "bienes" y a "propiedad" en el artículo primero del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se ha utilizado como una categoría que engloba una serie de derechos. Sin embargo, esta categoría no es una definición autosuficiente de "propiedad", puesto que solamente se limita a la enumeración de ciertos derechos que, a los efectos del tratado antes mencionado, califican como tal. En ese sentido, la existencia y validez de dichos derechos se rige, más bien, por el derecho doméstico[11]. Podemos observar que dicha situación se replica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[12].

Por otro lado, si atendemos al derecho internacional de las inversiones, podemos notar que la situación es similar. De forma concreta, los tratados de inversión no incluyen una definición autosuficiente de inversión; sino que, de forma usual, lo que hacen es recoger una categoría general, como se puede evidenciar en el artículo 1 del Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, el cual señala que "el término inversión designa toda clase de activos" (2000), con un listado ilustrativo de los derechos que calificarían como inversión a efectos del tratado. Adicionalmente, en algunos otros tratados se enumeran las características económicas que deben verificarse en toda inversión protegida[13].

Una situación similar se observa en el caso del Convenio CIADI. Aunque éste no incluye, de forma deliberada, una definición de inversión, la inter-

---

[11] En el caso *Gaus Dosier-Und Fordertechnik GmbH c. Holanda*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que:

> El Tribunal recuerda que la noción de "bienes" [en francés: *biens*] en el Artículo 1 del Protocolo 1 (P1-1) tiene un significado autónomo que no está limitado a la propiedad de bienes tangibles: ciertos otros derechos e intereses constituyen activos que también pueden ser tomados como "derechos de propiedad" y, por ende, "bienes", a los propósitos de esta disposición (P1-1) (1995, p. 20).

[12] En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó la referencia a "bienes" en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos humanos de la siguiente forma:

> [...] un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor (2007, p. 40).

Como es de notar, se trata de una categoría amplia que delega al propio derecho doméstico la regulación sobre la existencia y validez de dichos derechos.

[13] Sobre este particular, el artículo 42 del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones dispone lo siguiente:

> Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo (2001).

pretación del texto y de las Reglas de Arbitraje de este convenio[14] revelan que existe un límite objetivo a la definición de inversión a los efectos de este tratado (Rubins, 2004, p. 289). A pesar de la flexibilidad propia del término que abre a un amplio margen de interpretación (*Abaclat y otros, antes denominado Giovanna A. Beccara y otros c. La República Argentina*, 2011).

Los elementos que conformarían esta definición objetiva de inversión son materia de controversia, pero la práctica arbitral mayoritaria ha acogido el llamado "*test* de Salini", el cual identifica cuatro elementos: (i) una contribución sustancial; (ii) una cierta duración de la inversión; (iii) un riesgo por parte del inversionista; y, (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión. Estos elementos se han utilizado como esenciales a toda inversión bajo el Convenio CIADI y no solamente como características que puedan servir para identificar tal.

Al igual que en el caso del derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional de las inversiones el derecho aplicable a la determinación de si ciertos derechos pueden ser caracterizados como inversión o no a los propósitos de la tutela internacional es el derecho internacional (e.g. el Convenio CIADI y el tratado de inversión correspondiente)[15].

Esto es pacífico. Por ejemplo, en el caso *Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, el Estado alegó que los contratos celebrados con el inversionista (y que, según este último, constituían la inversión protegida) no recibieron la denominación de contratos de inversión y, por ende, debían ser consideraciones contratos comerciales. El tribunal arbitral sostuvo:

> [...] las definiciones contenidas en varios tratados de inversión, así como las decisiones en recientes arbitrajes de inversión demuestran ampliamente que la descripción de transacciones y actividades como inversiones por las partes privadas es un criterio importante pero no conclusivo a los propósitos de la caracterización de "inversiones" en el sentido del tratado de inversión aplicable. Las disposiciones de estos tratados, y del TBI en este caso, son decisivas para la calificación de una "inversión". La expresa caracterización de ciertas actividades como "inversiones" por las partes puede ser un indicador de sus intenciones, pero no puede exonerar al Tribunal de escrudiñar si dichas actividades están cubiertas por la definición de "inversión" bajo el TBI (2006, párr. 96).

C. La inversión para ser tal debe ser válida

No basta con que los derechos patrimoniales que conforman la inversión puedan ser caracterizados como inversión en aplicación del derecho internacional, sino que debe tratarse de derechos existentes y válidos. La existencia y validez de los derechos que conforman la inversión requieren ser analizadas a la luz del derecho doméstico.

Esto es un rasgo del derecho internacional. El derecho internacional no crea derechos de propiedad[16] y, por ende, no contiene normas sustantivas que regulen su adquisición y alcances (Douglas, 2009, p. 52; Staker, 1988, p. 155). La Corte Internacional de Justicia en el conocido caso *Barcelona Traction* formuló esta afirmación en los siguientes términos:

> El derecho internacional debe reconocer a las sociedades como entidades creadas por los Estados en el dominio de su jurisdicción doméstica. Esto a su vez requiere que cuando se suscita una cuestión jurídica que concierne a los derechos de los Estados con relación al trato de sociedades y sus accionistas, derechos sobre los cuales el derecho internacional no ha establecido sus propias normas, debemos referirnos a las normas relevantes del derecho doméstico[17] (*Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, 1970, pp. 33-34).

La existencia de derechos de propiedad opera en el plano del derecho doméstico. Por ejemplo, el tribunal arbitral del caso *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenya*, al momento de analizar la

[14] La Regla 2 inciso 1-c de las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI requiere para la presentación de la Solicitud de Arbitraje que las partes del proceso acompañen los documentos donde consta el consentimiento de arbitrar bajo el Convenio CIADI. Adicionalmente a este requisito, la Regla 2 inciso 1-e establece el requerimiento que las partes acompañen información que dé cuenta de que tienen una disputa relativa a una inversión. Por lo cual, es claro que cual sea consentimiento de las Partes a arbitrar bajo el Convenio CIADI no es suficiente porque debe, además, verificarse que se está frente a una inversión.

[15] Dicha afirmación es igualmente cierta del derecho internacional general (Staker, 1988, p. 169).

[16] Existen algunas excepciones muy limitadas a esta afirmación que no guardan relación con el derecho internacional de las inversiones. Un ejemplo de ello es el caso de minerales en el subsuelo marítimo fuera de los límites de la jurisdicción nacional que solo pueden ser adquiridos en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y a través de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.

[17] Esta cita, aunque es desarrollada en el marco de la institución de la protección diplomática, es extrapolable a la discusión sobre el rol del derecho doméstico en la tutela de la inversión extranjera.

legalidad de una licencia (que constituía la inversión materia del caso) sostuvo con acierto lo siguiente: "[...] a fin de que una inversión como una licencia, que es una creatura del derecho del Estado receptor, esté protegida, debe obtenerse de acuerdo con el derecho del Estado receptor" (2018, párr. 319)[18]. Por lo cual, a los efectos de la tutela internacional, los derechos de propiedad que conforman la inversión deben estar incluidos en la categoría de inversión del tratado correspondiente (tal como explicamos en el acápite anterior); y, adicionalmente, su adquisición por el inversionista extranjero debe ser válida, lo que solo puede concluirse de aplicar el derecho doméstico.

Por las razones expuestas, podemos concluir provisionalmente que la validez de una inversión debe analizarse en *renvoi* al derecho doméstico. Esto, contrario a lo que algunos podrían alegar, no abre la puerta a la arbitrariedad del Estado. Por ejemplo, si se efectuó la inversión válidamente y, con posterioridad, el Estado modifica su legislación de manera retroactiva de modo tal que la inversión deviene en ineficaz; ello no convertiría a la inversión en ilegal a los efectos del requisito de legalidad. Esto es una expresión del principio de derechos adquiridos, que opera como como un principio de derecho internacional[19].

Tampoco bastaría con que un órgano jurisdiccional del Estado receptor declare la nulidad de los derechos que constituyen la inversión para frustrar la jurisdicción del tribunal arbitral pues la determinación de la legalidad siempre corresponderá al tribunal arbitral en el marco de la aplicación del tratado de inversión respectivo. Por ejemplo, en el caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, el Estado argumentó que la Corte Suprema del Estado ya se había pronunciado sobre el carácter ilegal de la inversión y que, por ende, el tribunal arbitral no podía efectuar pronunciamiento sobre ello (y, en consecuencia, debía declinar jurisdicción). El tribunal arbitral rechazó el argumento y señaló con acierto que

> [c]ualesquiera pronunciamientos o resoluciones realizadas por los Estados parte del Acuerdo en relación con la legalidad o ilegalidad de la inversión no tiene validez ni importancia alguna para los efectos de determinar si se cumplen los supuestos del Artículo 25 del Convenio y los del APPRI [...] Sostener un criterio diverso al antes descrito, implicaría dar a los Estados signatarios de acuerdos de protección recíproca de inversiones en los que se incluya la cláusula "de conformidad con la legislación", la facultad de retirar su consentimiento de manera unilateral, (al determinar ellos mismos si una inversión fue hecha de acuerdo con su legislación), una vez que haya surgido una diferencia relativa a una inversión (2006, párr. 211).

Adicionalmente, la promulgación de una norma que convierte la inversión en ilegal de manera retroactiva o de declaración de la presunta ilegalidad estará seguramente en el centro de la discusión del fondo del caso (por ejemplo, el inversionista podría alegar que dicha modificación concluyó en una expropiación indirecta). De acuerdo con un principio básico de responsabilidad internacional de los Estados, "[l]a calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación de este hecho como lícito por el derecho interno"[20] (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001). De allí que la nueva legislación doméstica no podría privar a la inversión de tutela internacional.

D. El requisito de legalidad emana de la noción de inversión

De esta línea de razonamiento y de la formulación del requisito de legalidad que analizamos en la introducción de este trabajo, podemos inferir que la legalidad de la inversión a la que se refiere el requisito de legalidad no es más que una expresión de la validez de los derechos patrimoniales que conforman la inversión (la "sustancia" de la inversión) (*Okko Panki Oyj, VTB Bank (Deutschland)*

---

18 Para mayor información, véase a *Georg Gavrilovic y Gavrilovic D.O.O. c. República de Croacia* (2018).

19 En el conocido caso Aramco, el tribunal arbitral sostuvo lo siguiente: "[e]l principio de respeto por los derechos adquiridos es uno de los principios fundamentales del derecho internacional público y del derecho doméstico de la mayoría de Estado civilizados. Ha sido afirmado en vasta jurisprudencia […]" (*Saudi Arabia c. Arabian American Oil Co*., 1963, p. 205). De forma similar, el tribunal arbitral del caso *Saluka Investments B.V. (The Netherlands) c. República Checa* en el laudo parcial sostuvo que

> […] el análisis de la conformidad de la inversión con la legislación del Estado receptor debe efectuarse tomando en cuenta las leyes vigente al momento del establecimiento de la inversión. El Estado no está en libertad de modificar el alcance de sus obligaciones bajo los tratados internacionales [...] simplemente modificando su legislación o el alcance de lo que califica como inversión de acuerdo a sus leyes (2006, párr. 103).

20 Refiriéndose a uno de los elementos que conforman esta regla, Crawford señala que "[...] un Estado no podría, alegando que su conducta guarda conformidad con las disposiciones de su derecho interno, escapar a la caracterización de su conducta como ilícita para el derecho internacional" (2002, p. 86). Este aspecto también guarda cierta relación con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual dispone lo siguiente: "[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado […]" (1980).

AG y Sampo Bank PLC c. La República de Estonia, 2007, párr. 189; *Salini Construttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, 2001, párr. 43). Por ende, su existencia puede inferirse de la noción de inversión en el derecho internacional de las inversiones.

Si, en aplicación del derecho doméstico, la adquisición de bienes o la constitución de derechos que conforman la inversión es inválida o inexistente; entonces no estamos frente a una inversión protegida por el derecho internacional. El nivel de escrutinio que subyace al requisito es entonces uno de determinar si la inversión está viciada por algún tipo de ilegalidad (*Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia*, 2006, párr. 152).

Esto también se sostiene en una lectura finalista del derecho internacional de las inversiones. Los tratados de inversión constituyen la concreción de un *quid pro quo* entre Estados e inversionistas, en donde estos últimos efectúan complejos movimientos de capital hacia los Estados (lo que, eventualmente, promueve el desarrollo económico de estos) y, a cambio, los Estados ceden a su soberanía limitándola a través de estándares de protección específicos y reconociendo *ius standi* al inversionista en el derecho internacional (Reinisch, 2018, p. 70). El tribunal arbitral del caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá* adoptó esta lectura finalista al analizar la existencia del requisito de legalidad y estableció lo siguiente:

> La finalidad última del régimen jurídico de protección de inversiones radica en incrementar las inversiones extranjeras, como motor del desarrollo económico y de la creación de riqueza [...] En un sistema como el descrito, es razonable asumir que los Estados sólo han consentido en este cercenamiento de su soberanía, bajo la condición de que el mecanismo protector se circunscriba a inversiones realizadas cumpliendo con su propio ordenamiento jurídico (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párrs. 134-135)[21].

Este balance entre los intereses de Estados e inversionistas que subyace al derecho internacional de las inversiones, se ve alterado cuando la inversión efectuada es inválida o inexistente. Como ha señalado el profesor Sornarajah

> [s]i las inversiones no fueron realizadas de conformidad al derecho doméstico [...] se puede afirmar que dichas inversiones no promueven el desarrollo económico del Estado receptor, en la medida que las leyes domésticas están destinadas a admitir únicamente aquellas inversiones que sí lo promueve (2010, p. 317).

En efecto, la contribución del inversionista está calificada por la existencia de una inversión válida, allí donde la inversión es inválida difícilmente puede hablarse de una contribución al desarrollo económico del Estado receptor (sea porque dicha invalidez genera una obligación de restitución de aquello que se haya ejecutado hasta cierto momento, o porque esté representada en una conducta del inversionista que pervierta los principios fundamentales del Estado receptor).

III. LAS IMPLICANCIAS DE LA IDENTIDAD DEL REQUISITO DE LEGALIDAD

Habiendo determinado que el requisito de legalidad es una manifestación de la noción de inversión y, además, que está referido a los derechos patrimoniales que constituyen ésta, nos avocaremos ahora a desentrañar aquellas cuestiones que se desprenden de dicha identidad a modo de implicancias.

A. El requisito de legalidad tiene, en principio, un efecto sobre la jurisdicción del tribunal arbitral

En primer lugar, tratándose de un elemento constitutivo de la inversión, la legalidad tiene un efecto directo sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. Es decir, si no hay inversión (porque la validez de los derechos que la constituyen está afectada por alguna ilegalidad), el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción *ratione materiae* (Newcombe, 2011, p. 198).

En el derecho internacional, puede hablarse de jurisdicción en dos sentidos: (i) la facultad de un tribunal para "decir el derecho" (*ius dicere*), esto es, para adjudicar disputas de derecho internacional; y, (ii) la facultad de un tribunal para adjudicar una disputa en concreto (ambas también referidas como *competence*[22] o competencia (Canal de Corfú, 1948). Adicionalmente, en relación al Convenio CIADI, en la medida que el término

[21] Otros tribunales arbitrales también parecen recurrir a esta lectura finalista para explicar la existencia del requisito de legalidad. A modo de ejemplo, pueden verse los lados de los casos *Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela* (2014, párr. 32) y *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania* (2015, párr. 291).

[22] En la práctica arbitral, el término competencia suele ser utilizado como sinónimo de jurisdicción. Para mayor información, véase a *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina* (2004).

jurisdicción está referido al Centro (y éste no es un órgano jurisdiccional sino únicamente administrativo), debe entenderse como una expresión de los límites dentro de los cuales aplican las disposiciones del Convenio y dentro de los cuales son posibles los procesos de arbitraje y conciliación administrados por el Centro (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], 1965, párr. 22).

La jurisdicción en el derecho internacional tiene una base consensual (sea directa o indirecta, sea que se perfeccione conjuntamente o en diferido). Es decir, no hay jurisdicción sin consentimiento. Este último aspecto es una manifestación del principio de igualdad soberana de los Estados, quienes son los únicos facultados a limitar su propia soberanía (Amerasinghe, 2003, p. 65).

En el marco del derecho internacional de las inversiones, el consentimiento de los Estados a la jurisdicción de los tribunales arbitrales puede derivarse de más de un instrumento. En principio, debemos distinguir los arbitrajes sustanciados bajo el Convenio CIADI del resto de arbitrajes de inversión. En los primeros, el consentimiento del Estado está expresado, por un lado, en el artículo 25 del Convenio CIADI, el cual incorpora diversos elementos a la jurisdicción de un tribunal arbitral: (i) que la controversia sea entre un Estado Contratante del Convenio y un inversionista de otro Estado Contratante (elemento *ratione personae*), (ii) que la controversia sea de naturaleza jurídica y derive directamente de una inversión (elemento *ratione materiae*); y (iii) que exista un consentimiento escrito entre las partes para someter la controversia a un tribunal arbitral de inversión bajo el Convenio CIADI (elemento *ratione voluntatis*). Estos elementos, que conforman la jurisdicción, limitan el acceso al CIADI y a la tutela de un tribunal arbitral de inversión. Por otro lado, y en la medida que el Convenio CIADI no es un tratado que recoge protecciones sustantivas al inversionista, el consentimiento del Estado también deberá buscarse en un tratado internacional[23], en un contrato suscrito entre el Estado y el inversionista extranjero o, inclusive, en una norma doméstica. En los arbitrajes que no son sustanciados bajo el Convenio CIADI, bastará verificar el consentimiento en el instrumento donde éste conste (que, como ya mencionamos, puede ser un tratado, un contrato o una norma).

Por su parte, el consentimiento del inversionista no está recogido en el tratado de inversión sino que usualmente se manifiesta con posterioridad a celebrado el tratado de inversión e inclusive con posterioridad a efectuada la inversión, a través, por ejemplo, de la solicitud de inicio de arbitraje[24].

Es por ello que la definición de "inversión" es un asunto relativo al consentimiento de los Estados (Schreuer *et al*., 2009, p. 119). El consentimiento está limitado por la existencia de una "inversión" y, por ende, el inversionista requiere haber adquirido válidamente una inversión para aceptar la oferta del Estado a arbitrar. En otras palabras, sin inversión, no hay consentimiento y sin consentimiento, no hay jurisdicción[25]. El requisito de legalidad al referirse a la validez de la inversión surte efectos sobre la jurisdicción del tribunal arbitral.

La decisión del tribunal arbitral en el caso *Plama c. Bulgaria* se exhibe un razonamiento distinto y, a nuestro entendimiento, insuficiente. El tribunal arbitral analizó, *inter alia*, si la presunta ilegalidad de una autorización del Estado –que era una condición previa al establecimiento de la inversión en el derecho doméstico– tenía algún efecto sobre su jurisdicción. El tribunal, aplicando la doctrina de separabilidad del acuerdo arbitral, sostuvo que en tanto la presunta ilegalidad tenía que ver con la inversión y no con el acuerdo arbitral contenido en el tratado de inversión, ésta no guardaba relación con su jurisdicción (*Plama Consortium Limited c.*

[23] Este consentimiento ha sido leído como una "oferta a contratar" del Estado, el cual se perfecciona con el consentimiento posterior del inversionista. Sobre este aspecto, puede verse el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Lanco International Inc. c. Argentina* (1998, párr. 40).

[24] Este aspecto es lo que Paulsson bautizó como "*arbitration without privity*" que puede traducirse como un arbitraje sin consentimiento. En efecto, mencionó lo siguiente:

> Este nuevo mundo del arbitraje es uno donde el demandante no necesita tener una relación contractual con el demandado y donde los roles no podrían invertirse: el demandado no podría haber iniciado el arbitraje ni tiene la seguridad de interponer una reconvención (Paulsson, 1985, p. 232).

[25] Como lo señaló el tribunal arbitral del caso *Abaclat c. Argentina*:

> Para que el Tribunal tenga jurisdicción *ratione materiae* en la diferencia, es necesario que esta, tal como la define el texto de las reclamaciones, guarde relación con una inversión. Por lo tanto, la cuestión de la definición del concepto de inversión es pertinente, en esa medida, en este estadio de la consideración de la cuestión de la jurisdicción (Abaclat y otros (antes denominado Giovanna A. Beccara y otros) c. La República Argentina, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 2011, párr 343).

República de Bulgaria Decisión sobre Jurisdicción, 2005, párr. 130)[26].

El uso del principio de separabilidad, como una ficción que permite preservar la jursdicción de un tribunal arbitral, no puede ser aplicado de la misma manera como lo es en el arbitraje comercial internacional. El principio supone que la jurisdicción del tribunal arbitral se verá afectada únicamente cuando lo que se ataque sea específicamente el consentimiento al convenio arbitral (y no al contrato que lo contiene). Por ello, en un arbitraje comercial una alegación sobre la nulidad del contrato no tendría que alcanzar necesariamente al convenio arbitral y, por ende, no sería suficiente para desafiar la jurisdicción del tribunal arbitral.

A nuestro modo de ver, el problema de trasladar esa ficción al arbitraje de inversión es que no permite reflejar la dinánima de la formación del consentimiento en este último. Los Estados ortorgan su consentimiento a acudir a un arbitraje bajo determinadas condiciones contenidas en el tratado de inversión, una de ellas, es que el inversionista haya efectuado una inversión válida. Bajo el razonamiento seguido en el caso *Plama c. Bulgaria*, la cuestión de ilegalidad nunca podría tener un efecto jurisdiccional en un arbitraje derivado de un tratado de inversión.

Dado que la legalidad de la inversión atañe a la existencia del acuerdo arbitral pues la formación del acuerdo supone de manera previa la existencia de una inversión, el tribunal arbitral puede determinar que no tiene jurisdicción sobre la base del principio de competencia, el cual es inherente a la función jurisdiccional en el derecho internacional (Amerasinghe, 2003, pp. 127-141)[27].

Dicho ello, la práctica arbitral está divida entre quienes sostienen que el análisis del requisito debe tener un efecto sobre la jurisdicción y quienes sostienen que debe hacerse en relación al fondo de la controversia[28]. Por las razones que hemos expuesto, consideramos que de rigor la ilegalidad de una inversión tendría que impactar en la jurisdicción de un tribunal arbitral. Sin embargo, consideramos que existen razones de prudencia jurídica que conduzcan a que, en algunos casos, la ilegalidad pueda ser analizada junto al fondo de la controversia y, por ende, no tenga un efecto fatal sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. Sobre esto debemos realizar algunas precisiones.

Por un lado, se trata de los casos en los que la razón de la ilegalidad de la inversión está estrechamente vinculada al fondo de la controversia. En estos casos, el examen de la existencia de una inversión válida tendrá que hacerse en el marco de la evaluación de los hechos que constituyen la fundamentación del fondo del caso. No sería lógico que el inversionista que cuestiona una conducta del Estado que habría afectado la validez de la inversión se viese privado de acceder a la jurisdicción internacional.

Estas circunstancias han sido descritas de manera similar en algunos casos. Por ejemplo, en el caso *David Minotte y Robert Lewis c. República de Polonia*, el tribunal arbitral sostuvo lo siguiente:

> Pueden haber circunstancias donde el fraude sea manifiesto, y esté estrechamente conectado a los hechos (tales como la adquisición de la inversión) que forman la base de la jurisdicción del tribunal de modo tal que garanticen un rechazo de la demanda in limine por falta de jurisdicción. Esta situación es, no obstante, excepcional, y no es la situación que se presenta en este caso (2014, párr. 132).

Esta misma línea de razonamiento aparece en el caso *Saluka Investments BV c. República Checa* , en la cual el tribunal arbitral sostuvo que

> [e]l hecho de que una inversión esté en violación al derecho del Estado receptor puede ser manifiesto y entonces permitirá al tribunal rechazar su jurisdicción. O [...] puede únicamente aparecer cuando se analice el fondo, si no fue conocida antes de esa etapa (2006, párr. 102)[29].

Por otro lado, aún si es analizada en el fondo el efecto de un hallazgo a favor de la ilegalidad de la inversión es igualmente fatal al caso del inversionista. Como señaló el tribunal arbitral del caso *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, "[…] el requisito de conformidad con el derecho es

[26] La misma conclusión puede encontrarse en el caso *Abaclat c. Argentina*, el tribunal arbitral concluye sin ofrecer explicación alguna que la cuestión de la validez de la inversión no pertenece a su definición y, por ende, debe ser analizada en cuanto a los méritos de la disputa y no en relación a la jurisdicción del tribunal arbitral. Aquí el tribunal arbitral omite exponer qué razones lo conducen a dicha conclusión (*Abaclat y otros (antes denominado Giovanna A. Beccara y otros) c. La República Argentina*, 2011, párr. 382).

[27] En el caso de los arbitrajes sustanciados bajo el Convenio CIADI, el principio tiene además fuerza convencional al encontrarse expresamente recogido en el artículo 41 inciso 1 del texto del Convenio, el cual menciona que el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

[28] Para mayor información, véase a *Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación Rusa* (2006, párr. 311).

[29] En el mismo sentido, véase a *Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto* (2011, párrafo 119).

importante con relación al acceso a las disposiciones sustantivas de protección del inversionista bajo el TBI. Este acceso puede rechazarse a través de una decisión sobre el fondo" (2009, párr. 104).

Lo anterior importa decir también que el requisito no existe para regular la conducta de inversionistas. En ese sentido, llama la atención el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá* al analizar los alcances del requisito, parece leer éste como un "castigo severo" o una "sanción" a la conducta del inversionista y, de ello desprende que debe aplicarse un principio de proporcionalidad al momento de determinar en qué momentos el requisito se ha incumplido (2018, párrafo 151).

No compartimos este razonamiento. El requisito de legalidad es parte del consentimiento de los Estados a otorgar determinadas protecciones sustantivas y procesales a un inversionista extranjero y, por ello, que el efecto de su incumplimieno sea sobre la jurisdicción de un tribunal internacional; no existe como un mecanismo de sanción al inversionista. La aclaración parecería bizantina; sin embargo, de adherirnos a la lectura del tribunal en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, entonces tendríamos también que amparar que la conducta del inversionista debe ser parte del análisis al momento de determinar los alcances del requisito, cuestión que excede la identidad del requisito.

B. El requisito de legalidad sólo se extiende a vulneraciones que afecten la validez de la inversión

En segundo lugar, en la medida que el efecto del incumplimiento del requisito es fatal a la jurisdicción del tribunal arbitral y también para los intereses del inversionista, podemos inferir que la ilegalidad de una inversión solo puede referirse a vulneraciones al derecho doméstico que afecten la validez de la inversión *per se*, esto es, de la adquisición de los bienes y derechos que la conforman. Es decir, únicamente tales aquellas vulneraciones que afecten la existencia misma del derecho[30]. De allí que solo ciertas vulneraciones al derecho doméstico sean relevantes. En efecto, lo que importa de los tribunales arbitrales es una labor de indagación en el derecho doméstico para su correcta aplicación[31].

Existe una tendencia mayoritaria a considerar que solo la vulneración a "normas fundamentales" del Estado receptor configuran un incumplimiento al requisito (Kriebaum, 2010, p. 319) o, dicho de otro, que solo ciertas vulneraciones "graves" al derecho doméstico configurarían un incumplimiento de aquél (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párr. 151; *Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan*, 2013, párr. 165). Estas "normas fundamentales", en este planteamiento, tendrían que buscarse en todo el ordenamiento doméstico (Dolzer & Schreuer, 2008, p. 85).

Algunos autores han propuesto categorías específicas de vulneraciones al derecho doméstico. Rajput, por ejemplo, propone hablar de "ilegalidad" y de "irregularidad o discrepancia". Según dicho autor, los supuestos de ilegalidad englobarían aquellas vulneraciones a "normas fundamentales" del Estado receptor (2017, p. 52). El problema con estos planteamientos se hace evidente al tratar de identificar cuáles serían dichas "normas fundamentales" o al tratar de establecer cómo fijar el umbral entre infracciones graves y leves. Sin embargo, a excepción de ciertas normas cuyo rango es incuestionable en los ordenamientos domésticos, la gran mayoría de normas de un ordenamiento no revelan con tanta facilidad si son "fundamentales" o no, más aun si dicha primacía de la norma tendría que evaluarse sobre los hechos de un caso concreto. A nuestro modo de ver, estas "normas fundamentales" tendrían que identificarse únicamente con relación a la identidad del requisito. Por lo cual, dado que el requisito es un elemento de la inversión extranjera y se refiere a los derechos que la conforman, las "normas fundamentales" (bajo esta lectura mayoritaria) debieran ser aquellas que

---

30 Algunos tratados han intentado incorporar esta implicancia de manera expresa en su texto. Por ejemplo, la enmienda al Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República Popular China y el Gobierno de la República de Cuba dispone lo siguiente:

> [...] la expresión "de conformidad a las leyes y regulaciones de este último [Estado receptor]" debe significar que para que cualquier activo invertido sea considerado una inversión protegida en este Acuerdo, debe estar de acuerdo con cualquier de las modalidades de inversión extranjera definida en la legislación de la Parte Contratante que recibe la inversión.

El tribunal arbitral del caso sostuvo que "[s]i bien es cierto que cualquier violación al derecho del Estado es un asunto que debe tomarse en serio, no todas las violaciones tienen o debe otorgárseles las mismas consecuencias jurídicas" (*Achmea B.V. c. La República Eslovaca*, Laudo, 2012, párr. 173). Razonamiento similar puede encontrarse en el laudo del caso *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment B.V. c. República de Kazakhstan* (2010, párr. 181).

31 Este aspecto se encuentra muy bien expresado en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, puesto que

> […] no corresponde detenerse de forma aislada en disposiciones legales específicas del derecho nacional de que se trate, sino examinarlas a la luz del ordenamiento jurídico nacional en las que aquellas se insertan; es decir, no se trata de aplicar una "regla de derecho" hacienda abstracción del "Derecho" a la que pertenece, sino de verificar coma aquella se integra dentro del marco de reglas y principios que configuran tal "Derecho" y los límites que este impone en cuanto a sus alcances y efectividad (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018).

atañen a la validez de la inversión y, por ende, de los derechos que la conforman.

Al tratar de justificar qué normas del ordenamiento serían fundamentales y qué infracciones serían graves, algunos tribunales arbitrales han adoptado el *test* del caso *Vladislav Kim c. Uzbekinstan*[32]. Debemos referirnos brevemente a este *test*, en lo que se refiere a la gravedad de la infracción al derecho doméstico, dada su acogida en la práctica arbitral. En este caso concreto, el tribunal arbitral propuso un *test* de tres partes que permitiría determinar, aplicado a un caso concreto, cuándo se vulneró el requisito de legalidad.

La primera parte de este *test* está dirigida a evaluar, como un criterio más al momento de aplicar el requisito, la "obligación que el inversionista presuntamente incumplió" y consta de una serie de preguntas: ¿qué sugiere el nivel de la sanción sobre la importancia de la obligación para el Estado?, ¿qué sugiere que el Estado no haya procurado el cumplimiento de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado?, ¿qué sugiere que el Estado no haya investigado sobre el incumplimiento de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado? y ¿qué sugiere la evidencia sobre el incumplimiento masivo de la obligación en relación a la relevancia de ésta para el Estado? (*Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan*, 2017, párr. 406).

Estas preguntas reflejan un sano ejercicio de indagación en el derecho doméstico, lo que ya hemos señalado es necesario para la correcta aplicación del requisito de legalidad. En el marco de lo que hemos argumentado, es claro que todas estas preguntas deberían formularse únicamente en relación a la causal de invalidez invocada en el caso y cómo ésta despliega consecuencias en el ordenamiento jurídico doméstico.

Esto justifica que la ilegalidad suela analizarse al momento de la adquisición de la inversión y no durante el desarrollo de ésta (*Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, 2012, párr. 320)[33]. Ese umbral temporal solo se justifica adecuadamente en la identidad propuesta en este trabajo, pues siendo que el requisito existe como parte de la noción de inversión, es claro que la ilegalidad relevante es aquella que guarde relación con alguna patología en la adquisición de la inversión. En la gran mayoría de decisiones, la fijación de este umbral temporal no está justificada en principios, sino únicamente por referencia a otras decisiones arbitrales o, en algunos casos, en la intepretación de los verbos que introducen el requisito de legalidad en los tratados de inversión[34].

C. El requisito de legalidad no se extiende a la conducta del inversionista

En tercer lugar, debemos mencionar que la legalidad únicamente puede referirse a la "inversión" y en ningún caso debe extenderse a la conducta del inversionista. Si bien puede ocurrir que la conducta del inversionista aparezca relacionada a la ilegalidad, al punto que ambas puedan calificarse como ilegales, también suele ocurrir que la inversión efectuada sea legal y la conducta del inversionista no, cuestión que afectará claramente la admisibilidad del reclamo en caso dicha conducta vulnere el orden público transnacional (Moloo & Khachaturian, 2011, p. 1501)[35].

El requisito existe para ser aplicado objetivamente a la inversión. A nuestro entendimiento, incorporar en el análisis la conducta del inversionista equivale a incorporar un elemento subjetivo que trastoca la identidad del requisito. Como ya señalamos, si la conducta del inversionista no impacta en la validez de la inversión; entonces, no podemos concluir sin más que el inversionista en virtud a su conducta está impedido de derivar derechos de dicha inversión[36].

[32] Por ejemplo, para mayor información, véase a *Álvarez y Marín c. Panamá* (2018, párr. 153).

[33] Para mayor información, véase a *Oxus Gold c. La República de Uzbekistán* (2015, párr. 707).

[34] Por ejemplo, véase el caso *Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan* (2017, párrs. 374-377). Sin embargo, no siempre la fijación del umbral basada en la interpretación del texto está exenta de problemas. Por ejemplo, en el caso *Metal-Tech c. Uzbekistan*, el tribunal analizó a detallo las múltiples acepciones que se le atribuían al verbo con el que se introducía el requisito de legalidad en el tratado. Para mayor información, véase el caso *Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan* (2013).

[35] Lo mismo se ha afirmado de analizar las formulaciones convencionales del requisito recogidas en los tratados de inversión. Para mayor información, véase a Drude, J. (2018, p. 698).

[36] Es notorio, en este extremo, el razonamiento del tribunal arbitral del caso *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*. En efecto, el tribunal arbitral pretende derivar el requisito de legalidad *inter alia* del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* para concluir lo siguiente:

No obstante ello, no son pocos los tribunales arbitrales que parecen abogar por un análisis de la conducta del inversionista. Por ejemplo, en el caso *Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, se afirma que

> [l]a intención del infractor es otro elemento que todo juzgador debe tener en cuenta a la hora de modular la gravedad de la sanción; la voluntad dolosa de transgredir la norma; la ignorancia buscada o negligente sobre el marco jurídico aplicable; la consciencia o inconsciencia de estar actuando antijurídicamente; la procedencia o improcedencia de otros eximentes o atenuantes, son todos ellos factores a evaluar (*Álvarez y Marín et al. c. Panamá*, 2018, párr. 154).

Este razonamiento sigue la segunda parte del *test* realizado en el caso *Vladislav Kim c. Uzbekistan*, el cual plantea una serie de preguntas que guiarían la aplicación del requisito de legalidad, entre ellas las siguientes: ¿la conducta del inversionista vulneró la obligación invocada? ¿qué sugiere la intención del inversionista en relación con la seriedad de la conducta del inversionista? ¿qué sugiere la evolución poco clara e incoherente del derecho doméstico sobre la seriedad del acto de incumplimiento del inversionista? ¿qué sugiere la debida diligencia del inversionista sobre la seriedad del acto de incumplimiento del inversionista? (*Vladislav Kim y otros c. República de Uzbekistan*, 2017, párr. 407).

Este razonamiento, a nuestro criterio, excede el alcance del requisito de legalidad. En concreto, el requisito de legalidad está referido a la inversión, y ello se justifica debido a que la inversión es la que es objeto de tutela en el derecho internacional de las inversiones, el requisito no regula la conducta de los inversionistas. De hecho, siendo que el requisito se encuentra conectado con la validez de la inversión y la inversión es válida o no, no es válida a medias, no se comprende cómo la "ignorancia" del inversionista o la poca claridad de la norma podría mitigar el efecto del incumplimiento del requisito. Esto parece, más bien, un ejercicio que excede la identidad del requisito y también el contendio del tratado de inversión.

Sin perjuicio de ello, como también se puede inferir de este razonamiento, la conducta del inversionista podría ser relevante única y exclusivamente cuando llegue a impactar sobre la validez de la inversión. Es el caso, por ejemplo, de algún vicio que afecte a la validez inversión pero que ésta haya sido confirmada por el Estado y el inversionista mediante actos posteriores. Por ejemplo, un razonamiento similar, aunque no idéntico, se puede encontrar en el caso *Arif c. Moldova*, en el cual el Estado argumentó que la inversión había sido declarada inválida por un órgano jurisdiccional doméstico y que ello convertía la inversión en ilegal a los efectos del cumplimiento del requisito de legalidad. El tribunal arbitral rechazó el argumento como "formalista" y sostuvo:

> La realidad es que al momento en el que la inversión fue efectuado, y por muchos meses después, ambas Partes creyeron y estuvieron permitidas a confiar que [la inversión] [...] era válida, y que la inversión había sido efectuada de conformidad a la legislación de Moldova. Ambas partes actuaron en buena fe sobre esta base (*Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova*, 2013, párr. 374).

Como es de notar, el tribunal analizó la conducta de ambas partes únicamente sobre la base de su impacto en la validez de la inversión.

IV. CONCLUSIONES

Habiendo expuesto nuestros argumentos, llegamos a la conclusión que el requisito de legalidad es una expresión de la exigencia de validez de la inversión como objeto de tutela del derecho internacional de las inversiones. Por lo cual, tratándose de un elemento constitutivo de la inversión, el requisito debe verificarse para poder estar propiamente frente a una inversión tutelada por el derecho internacional.

De la propuesta de fundamentación enunciada, hemos derivado las siguientes implicancias:

a) El requisito de legalidad tiene un efecto sobre la jurisdicción de los tribunales arbitra-

---

> [...] un inversor extranjero no puede pretender beneficiarse de una inversión realizada mediante uno o varios actos ilegales y, consecuentemente, gozar de la protecci6n que le confiere el Estado receptor, como es, el acceso al arbitraje internacional para la solución de sus controversias […] (2006, párr. 242).

También puede verse, en el mismo sentido, el laudo del caso *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. c. El Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC* (2012, párr. 383). Sin embargo, dicha justificación no nos parece convicente por, al menos, tres razones: (i) el tribunal arbitral atribuye al principio el carácter de principio del derecho internacional sin ofrecer un razonamiento de por qué ello sería así. Es claro que tratándose de un principio derivado de las naciones civilizadas, debía realizar una indagación en los ordenamientos domésticos en conversación con el ordenamiento internacional. Sin embargo, ese análisis está ausente; (ii) aún si asumieramos *in arguendo* que a dicho principio se le puede atribuir el caracter de principio del derecho internacional, el tribunal arbitral tendria que explicar cómo deriva la consecuencia sobre su jurisdicción, sobre todo tratándose de una consecuencia tan grave; y, (iii) en el caso concreto, existía una disposición convencional por lo que no queda claro cómo el tribunal arbitral justifica el recurso a los principios generales, dada su función subsidiaria.

les. Esto es lógico, ya que un incumplimiento al requisito equivale a la imposibilidad de hablar de inversión. En la medida que la inversión es un presupuesto al consentimiento de los Estados a la jurisdicción arbitral, sin inversión no habría consentimiento y, por ende, tampoco habría jurisdicción. Sin perjuicio de lo cual, hemos identificado que en algunos casos puede justificarse que el requisito no surta efectos sobre la jurisdicción, correspondiendo desplegar efectos al momento de analizar el fondo de la controversia. Estos casos están conformados por supuestos en los que la verificación de la legalidad de la inversión esté estrechamente vinculada al mérito de la controversia y, por ende, el análisis no pueda escindirse del fondo del caso.

b) Por otro lado, al requisito de legalidad únicamente le competen aquellas vulneraciones al derecho doméstico que afectan la validez de la inversión. Por lo cual, la labor de los tribunales arbitral consiste en indagar adecuadamente en el derecho doméstico determinar los correctos alcances del incumplimiento alegado al derecho doméstico.

c) Finalmente, siendo que el requisito se desprende de la noción de inversión, éste sólo debe aplicarse en referencia a ésta y no, de forma extensiva, a la conducta de los inversionistas.

Como puede concluirse, la propuesta de fundamentación que aquí proponemos cumple con hilvanar los distintos elementos del requisito de legalidad y otorgarles coherencia argumentativa. Dicho de otro modo, las implicancias que hemos derivado del requisito se explican y se sostienen sobre la identidad propuesta de éste.

REFERENCIAS

Amerasinghe, C.F. (2003). *Jurisdiction of international tribunals.* Kluwer Law International.

Banco Mundial (1992). *Directrices del Banco Mundial sobre Trato a la Inversión Directa Extranjera*. The World Bank Group.

Carlevaris, A. (2008). The Conformity of Investments with the Law of the Host State and the Jurisdiction of International Tribunals. *Journal of World Investment & Trade, 9* (1), 35-49. https://doi.org/10.1163/221190008X00304

Dolzer, R. & Schreuer C. (2008). *Principles of International Investment Law.* Oxford University Press.

Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims.* Cambridge University Press.

Crawford, J. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8va ed.). Oxford University Press.

Drude, J. (2018). Fiat iustitia, ne pereat mundus: A Novel Approach to Corruption and Investment Arbitration. *Journal of International Arbitration , 35* (6), 665-718. https://www.researchgate.net/publication/330189328_Fiat_iustitia_ne_pereat_mundus_A_novel_approach_to_corruption_and_investment_arbitration

Herz, J.J. (1941). Expropriation of Foreign Property. *American Journal of International Law,* (35), 244-245. https://doi.org/10.2307/2192262

Kalicki, J., Evseev, D. & Silberman M. (2015). Legality of Investment. En Kinnear, M., Almeida, J.M., Torres, L.F., Bidegain, M. & Fischer G. (eds.). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID.* Kluwer Law International .

Kriebaum, U. (2010). Investment Arbitration - Illegal Investments. En Zeiler, G., Power, J., Pitkowitz, N., Petsche, A., Kremslehner, F., Klausegger, C. & Welser, I. (eds.). *Austrian Yearbook on International Arbitration.* Manzche Verlags.

Llamzon, A. & Sinclair, A.C. (2015). Investor Wrongdoing in Investment Arbitration: Standards Governing Issues of Corruption, Fraud, Misrepresentation and Other Investor Misconduct. *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges,* (18), 451-520.

Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law. Empire, Environment and the Safeguarding of Capital.* Cambridge University Press .

Moloo, R. & Khachaturian, A. (2011). The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law. *Fordham International Law Journal, 34*(6), 1473-1501. https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2310&context=ilj

Newcombe, A. (2011). Investor misconduct: Jurisdiction, admissibilty or merits? En Brown, C. & Miles, K. (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration.* Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781139043809

Obersteiner, T. (2014). In Accordance with Domestic Law Clauses: How International Investment Tribunals Deal with Allegations of Unlawful

Conduct of Investors. *Journal of International Arbitration,* (266), 265-288. In_Accordance_with_Domestic_Law_Clauses_How_International_Investment_Tribunals_Deal_with_Allegations_of_Unlawful_Conduct_of_Investors

Paulsson, J. (1985). Arbitration without privity. *ICSID Review*, *10*(2), 232-257.

Rajput, A. (2017). *Protection of Foreign Investment in India and Investment Treaty Arbitration.* Kluwer Law International.

Reinisch, A. (2018). How to Distinguish 'In Accordance with Host State Law' Clauses from Similar International Investment Agreement Provisions? *Indian Journal of Arbitration Law, VII*(1), ss.-ss.

Rubins, N. (2004). The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration. En Horn, N. & Kroll, S. (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law* (pp. 283-324). Kluwer Law International.

Saas, J.P. (2010). *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties.* Gabler Verlag.

Salacuse, J.W. (2015). *The Law of Investment Treaties* (2da ed.). Oxford University Press.

Sasson, M. (2017). *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* (2da ed.). Kluwer Law International .

Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., & Sinclair A. (2009). *The ICSID Convention. A Commentary* (2da ed.). Cambridge University Press.

Shapiro, S.J. (2011). *Legality*. Harvard University Press.

Shaw, M.N. (2008). *International Law* (6ta ed.). Cambridge University Press.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment* (3ra ed.). Cambridge University Press .

Staker, C. (1988). Public International Law and The Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations. *The British Yearbook of International Law, 58*(1), 151-251. https://doi.org/10.1093/bybil/58.1.151

Valencia R.L. (1993). *El derecho de toda persona a la propiedad individual y colectiva.* Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos.

Vásquez-Bermúdez, M. (2019). *First Report on General Principles of Law.* United Nations General Assembly, International Law Commission.

Yotova, R. (2008). Compliance with Domestic Law: An Implied Condition in Treaties Conferring Rights and Protection on Foreign Nationals and their Property? En Klingler, J., Salonidis, C. & Parkhomenko, Y. (eds.). *Between the Lines of the Vienna Convention? Canon and Other Principles of Interpretation in Public International Law* (pp. 307-330). Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

A.G. Res. 56/83, Responsabilidad de los Estados por Hechos internacionalmente Ilícitos, reimpreso en [2001] 2 Y.B. Int'l L. Comm'n 187, U.N. Doc. A/RES/56/83 (12 de diciembre de 2001).

Abaclat y otros c. República de Argentina (Arg. c. It.), CIADI Caso No. ARB/07/5, (4 de agosto de 2011), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4086.pdf.

Achmea B.V. c. La República Eslovaca, CNUDMI, Caso PCA No. 2008-12, (7 de diciembre de 2012), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf.

Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones, República Federativa del Brasil y la República del Ecuador, Perú-Ecuador, 25 de septiembre de 2015.

Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones, República del Perú y el Reino de España, Perú-España, 6 de mayo de 1994.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia, Perú-Colom., 17 de mayo de 2001.

Alpha Projetkholding GMBH c. Ucrania (Austria-Ucr.), CIADI Caso No. ARB/07/16, (8 de noviembre de 2010), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0026.pdf.

Álvarez y Marín Corporación S.A., Bartus Van Noordene, Cornelis Willem Van Noordenne, Estudios Tributarios AP S.A., Stchting Administratiekantoor Anbad c. República de Panamá (Países Bajos c. Pan.), CIADI Caso No. ARB/15/14, (12

de septiembre de 2018), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf.

Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund Investors LLC, Egi-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC, y David Fischer c. Republica de Egipto (Egipto c. E.U.A.) (Egipto c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/12/11, (1 de febrero de 2016).

Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belg. c. Esp.), 1970 I.C.J. Rep. p. 3 (5 de febrero), https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf.

Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Alb.), C.I.J (4 de abril de 1949).

Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2007.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], Estados y Nacionales de Otros Estados, Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), 15 de abril de 2006.

Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Cuba, Perú-Cuba, 10 de octubre de 2000.

Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited y Stirling Capital Limited c. República de Kenya (Kenya c. Reino Unido), CIADI Caso No. ARB/15/29, (22 de octubre de 2018), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10051.pdf.

David Minotte y Robert Lewis C. República de Polonia (Pol. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB(AF)/10/1, (16 de mayo de 2014).

Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948)

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina (Arg. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/01/3, (14 de enero de 2004), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf.

Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela (Suiza c. Venez.), CIADI Caso No. ARB/10/19, (18 de noviembre de 2014).

Gaus Dosier-Und Fordertechnik GmbH c. Holanda, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de marzo de 1995.

Georg Gavrilovic y Gavrilovic D.O.O. c. República de Croacia (Austria c. Croac.), CIADI Caso No. ARB/12/39, (26 de julio de 2018).

Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador (Esp. c. El Sal.), CIADI Caso No. ARB/03/26, (2 de agosto de 2006).

Khan Resources Inc., Khan Resources B.V. y CAUC Holding Company Ltd. c. El Gobierno de Mongolia y MonAtom LLC, Corte Permanete de Arbitraje, PCA 2011-09, (25 de julio de 2012).

Lanco International Inc. c. República de Argentina (Arg. c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/97/6, (8 de diciembre de 1998), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf.

Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment B.V. c. República de Kazakhstan, CIADI Caso No. ARB/07/14, (22 de junio de 2010).

Malicorp Limited c. La República Árabe de Egipto (Egipto c. E.U.A.), CIADI Caso No. ARB/08/18, (7 de febrero de 2011).

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. c. La República de Albania (Alb c. Grecia), CIADI Caso No. ARB/11/24, (30 de marzo de 2015), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf.

Metal-Tech Ltd. c. La República de Uzbekistan (Isr. c. Uzb.), CIADI Caso No. ARB/10/3, (4 de octubre de 2013), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf.

Mytilineos Holdings SA c. Unión Estatal de Serbia y Montenegro y la República de Serbia, UNCITRAL, (8 de septiembre de 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0549.pdf.

Okko Panki Oyj; VTB Bank (Deutschland) AG y Sampo Bank PLC c. La República de Estonia (Est. c. Fin.) (Est. c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/04/6, (19 de noviembre de 2007), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0583.pdf.

Oxus Gold PLC c. La República de Uzbekistán (Reino Unido c. Uzb.), UNCITRAL, (17 de diciembre de 2015), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf.

Phoenix Action Ltd. c. República Checa (República Checa c. Isr.), CIADI Caso No. ARB/06/5, (15 de abril de 2009), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, CIADI Caso No. ARB/03/24, (8 de febrero de 2005), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf.

Salini Construttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos (It. c. Marruecos), CIADI Caso No. ARB/00/4, (16 de julio de 2001).

Saluka Investments B.V. (The Netherlands) c. República Checa, UNCITRAL, (17 de marzo de 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf.

Saudi Arabia c. Arabian American Oil Co., 27 I.L.R. 117 (1963).

Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova (Fr. c. Mold.), CIADI Caso No. ARB/11/23, (8 de abril de 2013), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf.

Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina, CIADI Caso No. ARB/09/1, (21 de diciembre de 2012), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1091_0.pdf.

Tratado de Estados Unidos y las Islas Hawaianas, U.S.-Haw., 20 de diciembre de 1849.

Tratado que reconoce la independencia de Hawái, Estados Unidos de Norteamérica y las islas del archipiélago de Hawái, U.S.-Haw., 28 de noviembre de 1949.

Treaty de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Italiana, U.S.-It., 2 de febrero de 1948.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (A/CONF.39/27), 1155 U.N.T.S. 331, 27 de enero de 1980.

Vladimir Berschader y Moise Berschader c. Federación Rusa (Belg.-Rus.), Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, SCC 080/2004, (21 de abril de 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf.

Vladislav Kim, Pavel Borissov, Aibar Burkitbayev, Almas Chukin, Lyazzat Daurenbekova, Adal Issabekov, Damir Karassayev, Aidan Karibzhanov, Aigul Nurmakhanova, Kairat Omarov, Nikolay Varenko y Gulzhamash Zaitbekova c. República de Uzbekistan (Uzb. c. Kaz.), CIADI Caso No. ARB/13/6, (8 de marzo de 2017), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8549.pdf.

White Industries Australia Limites c. República de la India, UNCITRAL, (30 de noviembre de 2011), https://www.italaw.com/cases/documents/1170.

Wintershall Aktiengesellschaft c. La República Argentina (Arg. c. Alemania), CIADI Caso No. ARB/04/14, (8 de diciembre de 2008), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0908.pdf.

10.18800/themis.202001.025

BEAR CREEK V. PERU AND THE LEGALITY OF THE INVESTMENT AS AN (IMPLIED) REQUIREMENT FOR INVESTMENT ARBITRATION TRIBUNALS' EXERCISE OF JURISDICTION

BEAR CREEK CONTRA PERÚ Y LA LEGALIDAD DE LA INVERSIÓN COMO REQUISITO (IMPLÍCITO) PARA EL EJERCICIO DE JURISDICCIÓN POR PARTE DE TRIBUNALES ARBITRALES DE INVERSIÓN

Andrés Talavera Cano*
Universidad del Pacífico

Las preocupaciones sobre la falta de consistencia de los tribunales arbitrales en la aplicación de criterios de sus laudos están fuertemente presentes en el arbitraje de inversiones. Particularmente, los tribunales pueden tender a hacer uso de un enfoque diverso sobre jurisdicción cuando evalúan el requisito de legalidad que exige que las inversiones sean realizadas en sujeción al derecho del Estado receptor.

En este artículo, el autor busca analizar la decisión emitida en el caso de Bear Creek c. Perú, en el que la compañía minera canadiense demandó al Estado peruano por violar, inter alia, las medidas de protección contra la expropiación contenidas en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú con respecto a sus inversiones en el proyecto minero de Santa Ana. Con este objetivo, en el primer capítulo aborda tres cuestiones principales relativas a la jurisdicción del tribunal, los derechos sobre los que la compañía basó su demanda y el debatible prerrequisito de legalidad o buena fe para el ejercicio de la jurisdicción del tribunal. En el segundo capítulo, evalúa la validez de la interpretación del tribunal con respecto al requisito de legalidad sobre la inversión como un elemento implícito en el tratado para determinar la existencia de jurisdicción por parte del tribunal.

Palabras clave: Arbitraje de inversiones; Tratado de Libre Comercio; requisito de legalidad; jurisdicción del tribunal; Estado receptor

Concerns about inconsistency in the application of standards in arbitral awards are strongly present in investment treaty arbitration. In particular, tribunals can regularly exercise a varying scope of jurisdiction when they determine the legality requirement that demands foreign investments to be made in accordance with the law of the host state.

In this paper, the author seeks to analyze the decision rendered by the tribunal in Bear Creek v. Peru, in which the Canadian mining company alleged that the Peruvian State breach, inter alia, expropriation protections under the Canada-Peru Free Trade Agreement in relation to its investment in the silver mining project of Santa Ana. In order to achieve this aim, in the first chapter, he addresses three key issues regarding the tribunal's jurisdiction, the rights on which the company based its claim and the arguably prerequisite of legality or good faith for the tribunal's exercise of jurisdiction. In the second chapter, he analyzes the validity of the tribunal's interpretation on the legality requirement for investment as an implicit element in the relevant treaty to determine the tribunal's jurisdiction.

Keywords: Investment treaty arbitration; Free Trade Agreement; legality requirement; tribunal's jurisdiction; host State

* Lawyer. LL.M., Queen Mary, University of London. Professor at the Law School of Universidad del Pacífico (Lima, Peru). Former Associate at Bullard Falla Ezcurra+. Contact: talavera_a@up.edu.pe

Author's note: This paper is based on the Assessment Essays prepared by the author for the *QLLM397 – Investment Treaty Arbitration* course of the Comparative and International Dispute Resolution LL.M. Program at Queen Mary, University of London (2018-2019).

Editor's Note: This paper was received by the Editorial Board of *THĒMIS-Revista de Derecho* on 24 March, 2020 and was accepted by the same on 21 July, 2020.

I. INTRODUCTION

This paper is divided into two chapters. The first chapter is a case note on the key jurisdictional issues related to the legality of the investment and the interpretation principles used to solve these matters derived from the award of ICSID Case No. ARB/14/21 between the claimant, Canadian company Bear Creek Mining Corporation ("BC"), and the respondent, Republic of Peru. Based on said award, the second chapter provides an analysis and discusses the application of an implied legality of the investment requirement in order to determine the tribunal's jurisdiction, especially if that requirement is not expressly included in the relevant treaty.[1]

II. CHAPTER I: CASE NOTE

The case under analysis is ICSID Case No. ARB/14/21 between the claimant, BC, and the respondent, Peru. The mining company requested that the tribunal declare that Peru had violated the Free Trade Agreement between Peru and Canada ("CAN FTA"), in force since August 1, 2009, and international law in connection with BC's investment in the Santa Ana Project (the "Project"). The respondent objected to the jurisdiction of the tribunal, claiming the illegality of BC's investment. The tribunal, however, declared it had jurisdiction over the claims.

This chapter analyzes three key legal issues from the Jurisdictional Section of the award rendered on November 30, 2017:[2] (i) whether an investment conferring jurisdiction on the tribunal existed; (ii) whether BC held the rights on which it based its claim; and (iii) whether legality or good faith was a prerequisite for the tribunal's exercise of jurisdiction.

A. Facts

BC's economic interests in Peru started in 2004 when it became aware of the existence of potential silver ore deposits in Santa Ana, an area located within 50 kilometers of the border between Peru and Bolivia (*Bear Creek v. Peru*, 2007, para. 123).

According to Article 71 of the Peruvian Constitution (1993), foreign nationals such as BC are not permitted to acquire or possess mines within a distance of 50 kilometers from the borders, precisely where Santa Ana was located, unless they request the Peruvian Government for an express declaration of *public necessity* of the investment in that area, which is determined by the enactment of a Supreme Decree (para. 124).

Within that context, BC spent more than four years (from 2004 to 2008) on the legal path to gain the mining rights of the Project. To this end, the Canadian company made an agreement with its Peruvian employee and legal representative, Ms. Jenny Villavicencio, so that she would (i) fill-in mining petitions in her own right as a Peruvian citizen in the Project area (para. 128), (ii) enter into six option contracts[3] with BC, giving BC the option to acquire the mining concessions should it obtain the issuance of a Supreme Decree (para. 128), and (iii) register those rights with the authorities under her name, and comply with the preliminary legal procedures related to the Project, including some contact with local communities surrounding the Project, with some technical and economic support from BC (paras. 129-139).

BC then requested and eventually obtained a declaration of *public necessity* by the Peruvian Government (Ms. Villavicencio was identified as BC's representative in the documents) with the enactment of the Supreme Decree 083-2007 (2007), which authorized the mining company to acquire, own and operate the corresponding mining concessions and to exercise any rights derived from the ownership (paras 140 and 149). Subsequently, BC executed the option contracts and Ms. Villavicencio transferred all the rights that were initially under her name to BC (para. 150).

Between 2008 and 2011, before BC could begin the exploitation stage of the Project, various social protests, strikes, and massive disturbances took place, calling for the Peruvian Government to cancel the mining concession (paras 155-199). As a result, on June 24, 2011, said Government enacted Supreme Decree 032-2011-EM (2011), revoking Supreme Decree 083 and the Peruvian executive's public necessity findings. By doing so, Peru eliminated the constitutional prerequisite of BC's ownership of the Project (paras. 201-203). Additionally, the Peruvian Ministry of Mines and

---

1 It is important to highlight that the legality issue is a complex matter and this paper only analyses one of its various implications regarding jurisdiction. Implications on admissibility or the merits of the dispute are beyond the scope of the proposed analysis.

2 The Award has a partial dissenting opinion by arbitrator Philippe Sands on the Merits.

3 Art. 1419, Peruvian Civil Code (Código Civil):

> By the option Contract, one of the parties remains obliged by its declaration of executing in the future a definite contract and the other has the exclusive right to execute or not.

Energy initiated civil proceedings to invalidate the legal path that BC took to acquire the mining concessions from Ms. Villavicencio through the execution of the option contracts (paras. 206-216).

B. Procedural Background Related to Jurisdiction

Given that context, on August 11, 2014, BC filed a Request for Arbitration before the Secretary General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The tribunal was presided over by Karl-Heinz Böckstiegel (German), with Michael C. Pryles (Australian), nominated by BC, and Philippe Sands (British, French), nominated by Peru, as co-arbitrators.

The whole arbitration took almost three years, from 2014 to 2017. Since no bifurcation was requested by the parties, the tribunal decided the dispute in a single final Award.

C. The Three Jurisdictional Issues, Parties' Positions, and the Tribunal's Decisions

1. Whether an Investment Conferring Jurisdiction on the Tribunal Existed

a. *Peru's Position*

Peru argued that BC's investment rights were obtained in violation of Article 71 of the Peruvian Constitution. Therefore, as it occurs whenever there is a violation of this kind, the rights must revert to the State. Even though the civil proceedings initiated against BC's legal path to obtain the rights were still pending, Peru stated that the tribunal should not wait for the judicial decision on those and should determine for itself that BC's acquisition of the Santa Ana Project violated Peruvian Law (paras. 275-276).

Peru alleged that this violation of the Constitution, coupled with the awareness that the Santa Ana Project would not improve public welfare, served as the basis to enact Supreme Decree 032, repealing the previous public necessity declaration. Consequently, there was no investment under which BC could present a treaty claim and, thus, the tribunal had no jurisdiction over the matter (paras. 275-276).

b. *BC's Position*

BC argued that the CAN FTA and the Article 25 of the ICSID Convention (1966), constituted *lex specialis,* which had to be taken into consideration to establish whether BC's had a protected investment. According to the Canadian company, the illegality finding under Peruvian Law requested by Peru had to be dismissed. Moreover, the judicial decisions, which were still pending, were not binding for the tribunal (paras. 277-281).

Even if the legality issue was at stake, Peru had failed to satisfy its burden of proof concerning said illegality and, therefore, BC had lawfully obtained its rights following the government authorizations with the subsequent execution of its option rights under the option contracts. Indeed, neither the CAN FTA nor the ICSID Convention established an express legality requirement, so the tribunal was not empowered to import such a requirement to evaluate its jurisdiction (paras. 277-281).

c. *The Tribunal's Decision*

The tribunal established that, by enacting Supreme Decree 083 in 2007, Peru expressly undertook a declaration of public necessity authorizing BC "to acquire and possess concessions and rights over mines and supplementary resources, to acquire mining rights, and to engage in mining activities", and also stated that, as was undisputed between the parties, BC spent approximately USD 18 million after the governmental authorization was issued (paras 283-284).

Consequently, said declaration and costs incurred had to be interpreted in accordance with and in the sense that it fulfilled the definition of the term "investment" of "interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under […] concessions" under Article 847 of CAN FTA (para. 285).

1. Whether BC Held the Rights on Which It Based its Claim

a. *Peru's Position*

Peru argued that BC did not own or control the rights that it invoked as the basis of its claim. According to this position, the company did not obtain any right to operate a mining project or a right to mine. It had never undertaken any mining in the Santa Ana Project. At most, it could be said that BC only had obtained a right to seek a right to pursue a mining project. However, since BC's claim was based upon the ownership of a "right to mine" that it did not have, then the tribunal could not assert jurisdiction (paras. 286-288).

b. *BC's Position*

BC contended that Peru's argument of the company never undertaking any mining was limiting and

sought to minimize the importance of the various previous steps that BC had followed to own the rights on which it based its claim. Furthermore, the mining company had gained property rights after the public necessity decree and by executing its option rights under the option contracts. Even though there was a permitting process, the key issue was that, by virtue of owning the concessions, BC owned the rights of exploration and exploitation within the concession areas. These facts showed that the company held the rights on which it based its claim (paras. 289-294).

c. *The Tribunal's Decision*

The tribunal based its decision on the express declarations made by the respondent during the proceedings. Peru conceded that at most BC only "held an exclusive right to seek a right to mine and to pursue a mining project", and for the tribunal the sole existence of the "exclusive right" was enough to establish jurisdiction (para. 295).

Additionally, the tribunal found that the steps undertaken by BC to request the public necessity decree, the acquisition of the mining concessions, and the subsequent exploration and finding of mineral sites, confirmed "interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (…) concessions", which fulfilled the definition of the term investment under Article 847 of the CAN FTA (paras. 296-297).

Thus, the tribunal found in the "exclusive right" and the steps followed by BC, the concepts needed to establish that the company held the rights on which it based its claim (paras. 295 and 297).

2. Whether Legality or Good Faith was a Prerequisite for the Tribunal's Exercise of Jurisdiction

a. *Peru's Position*

Peru argued that BC's investment violated both national law (in other words, it was illegal) and the international principle of good faith, and therefore it would have been inappropriate for the Tribunal to grant jurisdiction (para. 299). Following *Inceysa v. El Salvador* (2006), Peru alleged that "extending treaty protections to investments made in bad faith or in violation of domestic law would reward investors' misconduct" (para. 299).

In the same vein, in accordance with *Phoenix Action v. Czech Republic* (2009) and *Hamester v. Ghana* (2010), Peru alleged that unlawful investments could not receive access to international dispute resolution mechanisms, pointing out that the "legality requirement does not arise out of a specific treaty provision, but rather out of the *corpus* of international law and persuasive international arbitration jurisprudence" (para. 302). Following the *Mamidoil v. Albania* case (2015), they also argued that BC made an investment through illegal activity; therefore, "a State cannot be expected to have consented to an arbitral dispute settlement mechanism for investments made in violation of its legislation" (para. 303).

In addition, the respondent stated that the interpretation of Article 816 of the CAN FTA did not lead to the conclusion that Peru and Canada intended to protect unlawful investments. That provision only enabled the possibility to establish special formalities concerning how the investments must be made in the host State. Furthermore, the provision did not expressly exclude the legality requirement from the CAN FTA (para. 305).

Finally, the respondent stated that there was no need to prove fraud or even bad faith on BC's behalf. Instead, the sole illegality of BC's investment was enough to prove the tribunal's lack of jurisdiction. BC acted unlawfully from the beginning, using Ms. Villavicencio as a proxy or strawman to circumvent the restriction imposed by Article 71 of the Peruvian Constitution. This misrepresentation was even conducted before the local populations, who did not know who it was that really owned the Project and provided them with its benefits. The entire scheme violated the Constitution and prevented the Peruvian Government from exercising its sovereignty in the area of the concession. When the public necessity was declared, Peru did not know about this unlawful scheme. For these reasons, they argued that BC should have been deprived of being considered a protected investor (paras. 306-307).

b. *BC's position*

BC contended that the CAN FTA did not have any legality or good faith requirement in relation to the investment. The mining company partially agreed with the Peruvian interpretation of Article 816 of the CAN FTA; however, they specified that there was no express nor implied legality requirement in said provision.

BC stated that under international investment law, the tribunal was not empowered to import requirements that restrict jurisdiction if the parties had not agreed on them beforehand. Rebutting the application of the *Flughafen Zurich v. Venezuela* (2014), *Hamester* (2010) and *Phoenix Action* (2009) cases, BC clarified that the applicable trea-

ties established a clear requirement of compliance with the host State's law. Likewise rebutting the application of *Inceysa* (2006), BC alleged that the tribunal had declared its lack of jurisdiction due to an express consent to submit to arbitration investments made in accordance with the law. This way, the claimant interpreted that none of the cases cited by Peru established an implied requirement concerning the lawfulness of the investment and the principle of good faith (paras. 309-311).

In the end, BC identified three specific situations where, even though there was a breach of national law, a tribunal still had the power to exercise its jurisdiction on the merits of the dispute. First, when the illegality the investment renders it voidable rather than void. In BC's case, the Constitution's violation made the rights obtained voidable, not void, which meant that the company was then able to claim protection for an existing investment. Second, whether the unlawful conduct is not serious enough and only procedural or derives from a good faith mistake. In BC's case, Ms. Villavicencio was always transparent in relation to the option contracts and bad faith on her behalf was never proved by Peru. Third, if the host State had created legitimate expectations about a lawful investment being protected, then the investor is entitled to seek treaty protection. In BC's case, Peru had created these legitimate expectations, allowing BC to seek the CAN FTA protection (paras. 312-316).

c. *The Tribunal's Decision*

The tribunal first stated that in the absence of guiding case law to establish whether legality or good faith was a prerequisite for a tribunal's exercise of jurisdiction, Article 816 of the CAN FTA should be interpreted to find the answer. The following subsection of Article 816 of the CAN FTA was identified as the most relevant for this purpose (para. 319):

> Nothing in Article 803 shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with the establishment of covered investments, such as a requirement that investments be legally constituted under the laws or regulations of the Party, […].

According to the tribunal's interpretation, this provision established the possibility for Peru to adopt a legality requirement for covered investments under the term "special formalities". The tribunal concluded, however, that Peru did not make use of this option and therefore, the legality of BC's investment was not a jurisdictional requirement. Furthermore, the tribunal highlighted that the phrase "such as" would have applied in case Peru had adopted other prerequisites like good faith, but this was not the case (paras. 319 and 321).

Additionally, the tribunal agreed with BC that under international investment law it was not possible to import requirements as limits to the jurisdiction if those were not expressly agreed to by the parties. In the light of the facts, the CAN FTA did not have any provision to that regard. Since fraud was not claimed by Peru, the tribunal did not assess this issue and clarified that there was no evidence of fraud in the proceedings.[4]

D. Analysis of the Key Principles Derived from the Award

The *Bear Creek* case established two key principles in relation to (i) the interpretation and application of the investment's illegality or bad faith defense on jurisdiction, and (ii) the jurisdiction query for the existence of a protected investment. Indeed, two principles of interpretation could be derived from the Award. The first is the "express consent" principle, which dictates that to apply legality or even good faith requirements as a limitation for jurisdiction, these must be derived from the parties' consent with an express text included in the respective treaty. The tribunal was clear in applying this principle by using a two-step approach: (i) there was no express provision in the CAN FTA establishing legality or good faith as a requirement; (ii) Peru did not adopt the "special formality" expressly available in CAN FTA provisions as the only possible way of introducing legality or good faith as requirements. Consequently, no legality or good faith requirements could be applied to limit jurisdiction without express consent (or provision). To confirm the principle, one could say that if the treaty provisions or Peru's actions did not reflect the adoption of those kinds of requirements, then the arbitration proceedings are not the proper venue to "indirectly amend" or "incorporate" treaty provisions without the parties' agreement (Vienna Convention, 1980, Art. 39).

The second is the "investment's existence" principle. Even though BC did not begin the exploitation of the concessions, the tribunal gave substantial importance not only to the specific wording of Supreme Decree 032 enacted by Peru, which

[4] The tribunal reserved at its discretion to analyze the issue of illegality or good faith in the merits of the dispute. This subject is not analyzed in this paper.

granted authorization to acquire and possess rights over the Project, but also to the various and complex stages that these kinds of mining projects imply, along with the corresponding capital invested in them by BC. In the CAN FTA, Peru agreed to cover investments qualified as interests arising from the commitment of capital and BC met that criteria. To confirm this principle, under Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ("VCLT") (1980), Peru could not deny BC's investment the protection of the CAN FTA by invoking the company's failure to complete its internal regulatory procedures needed to start the mining process.

III. CHAPTER II: REVISITING THE LEGALITY OF THE INVESTMENT AS AN IMPLIED REQUIREMENT FOR THE TRIBUNALS' EXERCISE OF JURISDICTION

The recent Award in the *Bear Creek* case analyzed in the first chapter of this paper rejected a jurisdictional objection based on an implied requirement of legality of the investment. Indeed, since there was no express treaty provision establishing legality as a requirement for the investment, then it was not possible to limit the tribunal's jurisdiction on those grounds.[5]

This case has reopened the discussion about the existence and application of the legality of the investment as an implied requirement to determine the jurisdiction of investment arbitration tribunals, specifically in the cases where that requirement is not expressly incorporated in the relevant treaty.

It is necessary to address the question of consistency between the existence and application of the implied requirement of the legality of the investment as part of the interpretation of the term "investment" in Article 25 (1) of the ICSID Convention together with the relevant treaty provisions that define the same term, in order to assess a tribunal's jurisdiction. After reviewing the case law, it is necessary to establish which approach is more recommended as a means to promote some consistency for investment treaty arbitration.

A. The Case Law on the Legality of the Investment Requirement

The legality requirement is commonly referred to as the "in accordance with the host State's laws" investment requirement (Protopsaltis, 2015, p. 1; Polkinghorne & Volkmer, 2017, p. 149). The case law is divided between tribunals that have considered the requirement is implied and tribunals that have denied the existence of an implied requirement in the treaties.

1. Tribunals Holding that There is a Requirement that an Investment Must Be Made in Accordance with the Host State's Law (Even Where the Treaty Does Not Expressly Regulate It)

The leading case in this first group is the already mentioned *Phoenix Action* (2009) that established that the investor's obligation to make an investment in conformity with national laws (legality requirement) was an implicit requirement for the tribunal's jurisdiction even when not expressly regulated in the treaty as such. Following the *Salini v. Morocco* path (2001), the *Phoenix Action* case added two more requisites to the Salini Test:[6] legality and good faith as implied requisites in order to assess the definition of investment under Article 25 (1) of the ICSID Convention to determine the jurisdiction of the tribunal (*Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, 2009, paras. 100, 106 and 114).

In *Plama v. Bulgaria* (2008), the tribunal held that even in the absence of a provision in the treaty, the investment must be in accordance with the law of the host State (legality requirement) (paras. 138-140). In the *Fraport v. Philippines* case (2007), the tribunal concluded that investment treaty cases confirm that treaties do not afford protection to illegal investments either based on provisions of the treaties or, absent an express provision in the treaty, based on rules of international law, such as the clean hands' doctrine or doctrines to the same effect (para. 328).

In *Mamidoil Jetoil* (2015), the tribunal held that investments are protected by international law only when they are made in accordance with the legislation of the host State, since States cannot consent to the arbitration of investments that violate their laws (paras. 294 and 359). The *Hamester* case also established that an investment made in violation of the national laws could not be under the jurisdiction of the ICSID Convention, being that a general principle that exists independently of the specific language in the treaty (paras. 123-124).

[5] *See* Second Chapter's Sections II.C. and II.D. of this paper.

[6] To review the other requisites for the investment which are not under analysis in this paper: *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco* (2001, par. 52).

2. Tribunals Denying the Existence of an Implied Requirement That an Investment Must Be Made in Accordance With the Host State's Law

One of the leading cases, *Saba Fakes v. Turkey* (2010), established that it is not possible to incorporate legality as a principle in Article 25 (1) of the ICSID Convention, ensuring it remains neutral, not regulating the legality of the investment as a requirement for jurisdiction. Therefore, States are free to condition the application of their investment treaty protections and consent to arbitration based on a legality requirement condition, as the investment definition of the treaty is the only one that must be considered to analyze jurisdiction for that purpose (paras. 106, 112 and 114).

The decision in *Metal-Tech v. Uzbekistan* established that the parties to an investment treaty may bar the tribunal's jurisdiction by limiting the protections of the treaty with a legality requirement; therefore, such a requirement is not part of the definition of "investment" under Article 25(1) of the ICSID Convention (2013, p. 127). Even though it is not an ICSID case, *Achmea v. Slovakia* (2018) was important since it took a cautionary approach by stating that if there is no express legality requirement in the treaty, it could be difficult to undertake an interpretation of good faith of the definition of investment including that requirement, so the tribunal opted to refrain from declaring its existence (para. 176). It must be also noted that the tribunal in *MNSS v. Montenegro* (2016), giving a thorough interpretation of each of the treaty provisions, held that there was no provision that established a legality requirement. After that, it found it unnecessary to assess the existence of an implied legality requirement (paras. 210 and 212).

Finally, there is the more recent but very enlightening *Bear Creek* case analyzed in the first chapter, in which the tribunal concluded that it was not possible to import an implied legality requirement to limit jurisdiction if that was not expressly included in the treaty (2017, paras. 319 and 321).

B. Analysis of the Case Law and the Suggested Approach to Deal with the Legality of the Investment Requirement

On the one hand, some cases sustained the existence of an implied legality requirement. These considered the definition of investment under Article 25(1) of the ICSID Convention as subject to development due to the application of external parameters that are outside the investment treaty's definition of the protected investment. Therefore, making it immaterial if the treaty established the legality of the investment as a requirement for jurisdiction or not. According to these external references to international law and general principles of law, the legality of the investment jurisdiction requirement is implicit and developed under the term "investment" of the Article 25 of the ICSID Convention.

On the other hand, some cases denied the existence of an implied legality requirement. These considered that it can be established only by an express provision and consent in the respective investment treaty; there is no possibility for the requirement to be implied. In order to interpret the legality requirement, these cases understood the term "investment" under Article 25 of the ICSID Convention as neutral. Therefore, it is the treaty (not the ICSID Convention) that is enable to limit or amplify the jurisdiction of the tribunal by the express inclusion or incorporation of the legality requirement in the treaty's definition of investment.

The two approaches are irreconcilable. In order to promote the consistency required by Investment Treaty Arbitration users, regarding the application of the legality of the investment as a jurisdictional requirement, the approach followed by the cases that denied the implied requirement is the more recommended one for four fundamental reasons.

First, those tribunals' reasoning is rooted in the contracting parties' consent reflected in the treaties. In line with Lim, Ho and Paparinskis conceptualization, these tribunals followed a sui generis dual meaning approach with a strong subjective criterion to define their jurisdiction over a protected investment (2018, pp. 210-231). This means that they, correctly, give priority and prevalence to the treaty's provisions that established or omitted the legality requirement as a limit to the tribunal's jurisdiction; rendering the term investment in Article 25(1) of the ICSID Convention as merely neutral (for this requirement). Confirming this approach, Moloo and Khachaturian asserted that

> where parties do not expressly exclude investments that are not made in accordance with the law from the investment treaty's coverage, to preclude jurisdiction of the dispute would be to limit jurisdiction in a way not contemplated by the parties (2011, p. 1499).

Second, the tribunals' interpretation of the investment treaties and ICSID Convention is in line with the VCLT (Arts. 26 and 39). By prioritizing the express text of the investment's treaties, the tribunals are giving effect to the *pacta sunt servanda* principle. If there is no express treaty provision on the legality requirement, then there is no binding limitation on the jurisdiction between the parties.

Third, the approach of these tribunals does not endanger the possible defense or legitimate interests of the State that faces the absence of an explicit legality of the investment requirement on jurisdiction. As correctly noted by Schill, if a manifest or fundamental breach of national or international law is committed by the investor and there is no legality requirement for jurisdiction to be established, then the merits of the dispute could be the proper venue to ask for the denial of the benefits of the treaty for that investor (2012, pp. 322-323).

Finally, issues of legality or good faith usually have two sides: the investor-action side and the State-action side (usually a public authority). Therefore, the "negative consequences" of this "wrongdoing" must be faced by both the investor and the State, and it is positive to find in investment arbitral tribunals the arena to discuss, discover, clarify and establish international liabilities for these kinds of unlawful practices within the investment relations. In other words, promote good investment relations practices.

IV. CONCLUSION

Currently, there is a strong criticism of the investment arbitration system due to the lack of consistency in arbitral tribunal's awards' interpretation of virtually the same treaty provisions (IBA, 2016, p. 2). The approach endorsed in this paper provides some tools to implement certainty and predictability about the interpretation of treaty provisions related to the legality requirement as a limit on tribunals' jurisdiction. The two *Bear Creek* interpretation principles ("express consent" and "investment's existence") identified in this paper are illustrative of the interpretation query of treaty provisions related to this requirement. It must be stated that the reasoning of the *Bear Creek* tribunal is based on the parties' consent as a fundamental pillar of the investment arbitration system, and it promotes certainty and predictability with a more cautionary approach to the subject matter.

Finally, the arguments and reasoning explained in this paper could be revisited considering the emergence of a new set of transnational investment treaty communities networks, and rules that govern their investment relations; however, this new approach is far beyond the scope of this paper and thus reserved for future research, which is currently in progress.

REFERENCES

International Bar Association (IBA). (2016). *Report on the Subcommittee's Investment Treaty Arbitration survey*. IBA. https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=IBA%20Subcommittee%20on%20Investment%20Treaty%20Arbitration

Lim, C., Ho, J., & Paparinskis, M. (2018). *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781316847954

Moloo, R., & Khachaturian, A. (2011). "The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law". *Fordham International Law Journal, 34*(6), 1473-1501. https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol34/iss6/1

Polkinghorne, M., & Volkmer, S. (2017). "The Legality Requirement in Investment Arbitration". *Journal of International Arbitration*, *34*(2), 149-168.

Protopsaltis, P. (2015). Compliance With the Laws of the Host Country in Bilateral Investment Treaties. *Transnational Dispute Management,* (6). https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2290

Schill, S. (2012). Illegal "Investments in Investment Treaty Arbitration". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, *11*(2), 281-323. https://doi.org/10.1163/157180312x640697

STATUTES, CASE LAW AND OTHER DOCUMENTS

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Perú, ICSID Case No. ARB/14/21, Award (Sep. 12, 2017), IIC 1271 (2017), https://www.italaw.com/sites/default/files/case -documents/italaw9381.pdf

Canada-Peru Free Trade Agreement, Can.-Peru, May 29, 2008.

Case C-284/16, Achmea B.V. v. The Slovak Republic, 62016CJ0284 (Mar. 6, 2018), IIC 1316 (2018).

Código Civil [Cód. Civ.] [Civil Code] (Peru).

Constitución Política del Perú [Cons.] (Peru).

Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingenería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, Award (Nov. 18, 2014), IIC 664 (2014), https://www.italaw.com/cases/1524.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines, ICSID Case No.

ARB/11/12, Award (Dec. 10, 2014), IIC 731 (2014), https://www.italaw.com/cases/documents/2853

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (Jun. 18, 2010), IIC 456 (2010), https://www.italaw.com/cases/527

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (Aug. 2, 2006), IIC 134 (2006), 28 ICSID Rep. 311 (2008), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award (Mar. 30, 2015), IIC 682 (2015), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4228.pdf

Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (Oct. 4, 2013), IIC 619 (2013), https://www.italaw.com/cases/documents/2273

MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award (May 4, 2016), IIC 982 (2016), https://www.italaw.com/cases/2028

Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (Apr. 15, 2009), IIC 367 (2009), https://www.italaw.com/cases/850

Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (Aug. 27, 2008), IIC 338 (2008), 17 ICSID Rep. 659 (2016), https://www.italaw.com/cases/857

Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (July 14, 2014), IIC 439 (2010), https://www.italaw.com/cases/documents/431

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/OO/4, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001), 42 ILM 609 (2003), 6 ICSID Rep. 400 (2004), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf

Supreme Decree No. 083-2007-EM, Nov. 29, 2007, D.O. El Peruano (Peru).

Supreme Decree 032-2011-EM, June 25, 2011, D.O. El Peruano (Peru).

United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 332.

10.18800/themis.202001.026

CORRUPCIÓN EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: ¿ES UN PELIGRO O UN SALVAVIDAS PARA PAÍSES EN DESARROLLO?

CORRUPTION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: IS IT A THREAT OR A LIFESAVER FOR DEVELOPING COUNTRIES?

Andrés Alvarez Calderón Campos*
Abogado independiente

In recent years, corruption allegations in investment arbitration have increased considerably. When raised by the States, said allegations are intended to pursue the dismissal of the claims due to lack of jurisdiction of the arbitral tribunals, based on the existence of corruption throughout the investment. Nevertheless, there is no consensus in the criteria used by tribunals, given that the involvement of the State in the corrupt acts may play a significant role in the decision.

In this article, the author discusses the main defense arguments used by States when alleging the existence of corruption and presents the various criteria applied by investment tribunals to deal with such allegations. In addition, the author proposes a test that tribunals may apply to decide on the effect these allegations have on the arbitration proceedings.

Keywords: Corruption; investment arbitration; jurisdiction; Bilateral Investment Treaties; Receiving state; ICSID.

En los últimos años, las alegaciones de corrupción en los arbitrajes de inversión han aumentado considerablemente. Al ser utilizadas por los Estados, tales alegaciones tienen por objeto el rechazo de las reclamaciones de inversionistas por falta de jurisdicción de los tribunales, en base a la existencia de corrupción dentro de la inversión. Sin embargo, no existe uniformidad en el criterio adoptado por los tribunales de inversión, pues la participación del Estado en los hechos de corrupción puede jugar un rol fundamental en la decisión.

En el presente artículo, el autor analiza los principales argumentos de defensa utilizados por los Estados al alegar la existencia de corrupción y desarrolla los distintos criterios adoptados por los tribunales de inversión frente a tales alegaciones. Adicionalmente, propone un test que los tribunales pueden aplicar para decidir el efecto que los hechos de corrupción alegados generen en el arbitraje.

Palabras clave: Corrupción; arbitraje de inversión; jurisdicción; Tratados Bilaterales de Inversión; Estado receptor; CIADI.

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por el Georgetown University Law Center. Abogado independiente (Nueva York, Estados Unidos). Contacto: aa2159@georgetown.edu.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 26 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 2 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, el 57% de ciudadanos de Latinoamérica percibe que sus gobiernos tienen un desempeño pobre en la batalla contra la corrupción, lo mismo que se puede evidenciar en el caso africano, continente en el cual el 59% de ciudadanos tiene la misma impresión sobre sus gobiernos. Como reflejo de esto, más de la mitad de los ciudadanos de Latinoamérica y África consideran que la corrupción ha incrementado en sus países en los últimos 12 meses desde que fue recolectada la información (Transparencia Internacional, 2019a y 2019b). Cabe resaltar que solamente los países en África y Latinoamérica en conjunto suman más del 50% de los casos registrados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) y muchos de ellos han planteado alegaciones de corrupción como argumento de defensa durante el proceso arbitral. Dadas estas cifras, no resulta sorprendente encontrar un aumento considerable en las alegaciones de corrupción en arbitrajes de inversión, como espada utilizada por los inversionistas, o como escudo alzado por los Estados como estrategia defensiva. Hasta ahora, la batalla ha sido ganada en su mayoría por los Estados. Sin embargo, cabe cuestionarnos ¿es esto justo en todos los casos? ¿Es realmente eficaz para disminuir la corrupción?

En toda batalla encontramos diferentes armas y escudos. En el campo de batalla del arbitraje de inversión, desde *World Duty Free c. Kenya* (2006) y *Metal-Tech c. Uzbekistán* (2013), los tribunales CIADI han lidiado continuamente con distintos Estados alegando la existencia de corrupción como parte –u origen– de la inversión, solicitando a tales tribunales, como veremos más adelante, que desestimen la demanda por falta de jurisdicción. Al admitir estas alegaciones, de acuerdo con los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por los Estados, los tribunales pueden decidir que no ostentan jurisdicción, desestimando la demanda en su integridad y premiando indirectamente a los Estados por su propio fracaso en combatir la corrupción. Si el inversionista no puede acceder a un arbitraje de inversión debido a las alegaciones de corrupción utilizadas por los Estados como mecanismo de defensa de forma irresponsable, todo el sistema está destinado a fracasar en su finalidad de proteger y promover las inversiones. Ello nos llevaría a una situación riesgosa, en la cual los inversionistas extranjeros no encontrarán suficientes incentivos, protección y garantías mínimas para invertir en países con altos índices de corrupción y, menos aún, en aquellos países donde la corrupción no es debidamente investigada y sancionada. De igual manera, existiría un incentivo perverso para la extorsión por parte de funcionarios públicos a los inversionistas, así como de acusaciones infundadas de corrupción, considerando que la alegación de esta podría blindar al Estado de un potencial arbitraje de inversión.

En este artículo se discutirá cómo las alegaciones de corrupción han sido y son utilizadas actualmente por los Estados como un escudo frente a los inversionistas, en ocasiones con buena base y evidencia, y en otras únicamente como un intento de lograr que se desestime la demanda y sin suficiente asidero legal. Luego, se propondrá un test para que los tribunales evalúen las alegaciones de corrupción, de forma que dicho análisis se alinee con los objetivos del sistema de arbitraje de inversión[1] y a su vez con la lucha contra la corrupción.

II. LA CORRUPCIÓN EN PAÍSES EN DESARROLLO Y LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES

La corrupción, como señala la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, "socava los pilares de la democracia y el estado de derecho" (2003)[2]. Se puede evidenciar que esta es más prominente en países en desarrollo, en los que obstaculiza todo el sistema y evita que sus economías y sociedades crezcan en su verdadero potencial. De ahí que no exista otra opción para un país que se encuentra en vías de desarrollo y aspira a un crecimiento óptimo que combatir la corrupción de forma frontal, constante e integral. Por ello, la lucha contra la corrupción tanto a nivel nacional como internacional, debe ser un objetivo fundamental de política pública, especialmente en países en vías de desarrollo.

Los efectos de las decisiones de los tribunales en arbitrajes de inversión han trascendido a las partes involucradas en un procedimiento específico,

[1] Al respecto, señala que "[e]ste tipo de solución de controversias reflejan la intención de las partes contratantes de proveer a los inversionistas con caminos para defender directamente sus derechos bajo los TBI, sin necesidad de depender de la protección diplomática de sus propios Estados" [Traducción libre] (Naciones Unidas, 2007, p. 100). Véase también a Yannaca-Small cuando señala que "[…] podría servir a uno de los principales objetivos del arbitraje de inversión: disputas entre inversionista-Estado se resolverían a través de mecanismos gobernados por estándares y procedimientos internacionales en lugar de aquellos del Estado receptor y sus cortes domésticas" (2006, pp. 7-8) [traducción libre].

[2] Introducción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

pues, aun cuando no existe una jurisprudencia de cumplimiento obligatorio en el sistema, el razonamiento de los tribunales tiende a interpretar el derecho internacional y decide sobre los temas más relevantes de interés nacional e internacional para los Estados. Dado que las prácticas de corrupción entre inversionistas extranjeros y los Estados son analizadas y decididas por tribunales en arbitrajes de inversión, los árbitros se han convertido en instrumentos cruciales para comprender cómo la corrupción es entendida y combatida a nivel mundial.

Los tribunales han adoptado posturas ya sea decidiendo que carecen de jurisdicción adoptando las alegaciones de corrupción presentadas por los Estados o, en su defecto, decidiendo sobre el fondo en tales procesos, tras un reconocimiento de su jurisdicción.

A manera de ejemplo, un tema que los casos de *World Duty Free* y *Metal-Tech* tienen en común es que el acto de corrupción tuvo lugar previamente a la formación de la inversión y tal acto fue utilizado precisamente como estímulo para que el Estado apruebe o reciba la inversión. En esas circunstancias, cuando la inversión ha sido perfeccionada a través de corrupción, los tribunales han sido reacios a continuar el proceso y analizar el fondo de la controversia. Como consecuencia de ello, han rechazado la demanda sobre la base del cuestionamiento acerca de la legalidad de la inversión.

Muchos TBI o TLC contienen un requisito de legalidad, donde el concepto de **inversión** está condicionado al cumplimiento de las leyes del Estado receptor de la inversión. Por ello, muchos Estados han encontrado en el lenguaje utilizado en estos tratados la perfecta vía de escape del arbitraje, alegando que toda la inversión está contaminada por corrupción y, por tanto, el requisito de **conforme a las leyes del país** establecido en tales tratados, no ha sido satisfecho, siendo tales argumentos, en muchos casos recogidos por los tribunales en su decisión declinando jurisdicción.

Por otra parte, otros tribunales arbitrales abordan el asunto de la legalidad como parte del consentimiento para poder recurrir a un arbitraje ante el CIADI. Dicho de otro modo, la existencia de la corrupción vicia el consentimiento del Estado a arbitrar; por lo que, aun cuando no exista una **cláusula de legalidad** en el tratado o contrato correspondiente, estos tribunales han decidido que carecen de jurisdicción interpretando que el artículo 25.1 de la Convención CIADI contempla un requisito implícito de legalidad que no es cumplido cuando existe algún acto de corrupción, o aplicando principios de orden público internacional[3].

Es comprensible que los tratados más antiguos, más aún aquellos que fueron negociados y firmados sin tener una idea clara del significado y consecuencias de sus estipulaciones, no contengan una cláusula referida a los actos de corrupción y sus consecuencias de cara a un arbitraje de inversiones. De hecho, de los casi 3000 TBI firmados a la fecha en el mundo, casi ninguno contiene estipulaciones que definan tal concepto o cuál debe ser el trato o consecuencias de tales actos[4]. Sin embargo, un tema tan presente y dañino como la corrupción y una consecuencia tan grave como la ausencia de jurisdicción no debería continuar siendo abordado interpretando el lenguaje de los tratados o contratos de formas creativas o discutiendo la semántica entre Estados e inversionistas en busca de que se rechace una demanda por causales de jurisdicción. Una interpretación razonable de un tratado o contrato en un tema trascendental como la corrupción como causal de ausencia de jurisdicción, tendría que estar expresamente regulado y no interpretado de forma implícita.

Una nueva generación de TBI viene incluyendo de forma específica distintas disposiciones que regulan las consecuencias en los arbitrajes de los hallazgos de corrupción en la inversión. Un buen ejemplo de ello es el Tratado de Libre Comercio Perú-Australia (PAFTA)[5], el cual entró en vigor recientemente[6]. Sin embargo, es vital que los

---

3 El laudo en el caso *World Duty Free c. Kenia* señala que

> [c]onsiderando las leyes nacionales y convenciones internacionales sobre la corrupción y las decisiones adoptadas sobre esta materia por cortes y tribunales arbitrales, este Tribunal se encuentra convencido de que el cohecho es contrario al orden público internacional de la mayoría, si no todos, los Estados o, para utilizar otra fórmula, al orden público transnacional (2006, párr. 157).

Véanse también *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (2008), *SAUR International SA c. Argentina* (2012), *Hamester c. Ghana* (2010).

4 Ver Naciones Unidas (s.f.).

5 El artículo 8.20 del Capítulo 8, Sección B regula el sometimiento de una controversia a arbitraje a través del sistema de arbitraje de inversiones. El literal 2 de este artículo específicamente indica que "Ninguna reclamación puede ser sometida conforme a esta Sección con relación a una inversión que haya sido establecida a través de conductas ilegales, incluyendo representación fraudulenta, ocultamiento de información o corrupción". Por su parte, el capítulo 25 del PAFTA incluye algunas definiciones y medidas anticorrupción que podrían ayudar a los árbitros a decidir sobre alegaciones de corrupción.

6 Vigente desde el 11 de febrero de 2020.

países tradicionalmente exportadores de inversiones encuentren un balance al negociar estos acuerdos, de forma que los países en vía de desarrollo no puedan lograr un laudo favorable utilizando la corrupción existente en sus países para su beneficio, alegando su existencia y las consecuencias legales de tales actos únicamente cuando les es conveniente, y condonándola cuando no lo es. En definitiva, no debemos perder de vista que, en todo acto de corrupción, existen al menos dos partes: quien soborna y quien recibe el soborno o extorsiona, siendo ambos igualmente responsables.

En *Tokios Tokelés c. Ucrania* (2004), aun cuando el Estado demandado no presentó expresamente una defensa basada en argumentos de corrupción, el razonamiento adoptado por el tribunal aplica directamente a este análisis. El tribunal indicó que, para que una demanda sea rechazada por ausencia de jurisdicción, los defectos o alegaciones de ilegalidad no deben ser menores, pues ello sería inconsistente con el objeto y propósito del tratado (2004, párr. 86).

Como podemos apreciar, diferentes tribunales arbitrales han tomado distintas aproximaciones al tema, manteniendo un rol indirecto, pero sumamente importante en la lucha contra la corrupción en los Estados receptores de inversiones y, por tanto, manteniendo la capacidad de colaborar y, hasta cierto punto, moldear el comportamiento de tales Estados e inversionistas frente a la corrupción.

Un elemento que siempre tiene un papel protagónico y determinante en las alegaciones de corrupción es la **prueba**. Sin duda alguna este es el mayor obstáculo que debe superar el Estado o inversionista, según sobre quién recaiga la carga de la prueba, a fin de lograr una decisión del Tribunal que decline jurisdicción en un arbitraje de inversiones. Igual relevancia merecerá el criterio de estándar de la prueba que cada tribunal arbitral decida aplicar con relación a tales alegaciones. Probar un acto de corrupción es una tarea titánica que en muchos casos ha derivado en el rechazo de tales alegaciones por ausencia o insuficiencia probatoria[7]. Como fue expresado con claridad por el tribunal en *EDF (Services) Limited c. Rumania,* "[…] corruption must be proven and is notoriously difficult to prove since, typically, there is little or no physical evidence" (2009, párr. 221)[8]. Por consiguiente, el análisis de los indicios, las revelaciones a partir de contrainterrogatorios y la actuación y valoración de la prueba resultarán fundamentales en el rol del tribunal arbitral en la formación de su decisión. La relevancia y extensión de los aspectos relacionados a la prueba requerirían un análisis independiente que no es materia de este artículo, aun cuando no se pierde de vista su importancia para los temas aquí tratados.

III. ¿LA PRESENCIA DE CORRUPCIÓN EN EL ESTADO RECEPTOR ES CAUSAL SUFICIENTE PARA DENEGAR LA JURISDICCIÓN BAJO LAS REGLAS DEL CIADI?

La primera pregunta que este artículo analiza es si desestimar una demanda por falta de jurisdicción cuando el Estado demandado plantea alegaciones de corrupción es la mejor manera de abordar la corrupción desde el punto de vista del arbitraje de inversiones. Para responder a este cuestionamiento, los tribunales pueden aplicar un test que considere (i) el rol que los actos de corrupción tuvieron en la inversión; (ii) la oportunidad y las circunstancias en las que los actos de corrupción tuvieron lugar y su relevancia en la formación de la inversión; y (iii) el efecto de tales circunstancias en el consentimiento del Estado a un arbitraje CIADI.

Diversos tribunales han desestimado demandas de inversionistas debido a alegaciones de corrupción planteadas por Estados receptores –en jurisdicción o en el fondo de la controversia– en casos tales como *World Duty Free c. Kenia* (2006), *Metal-Tech c. Uzbekistán* (2013), *Inceysa Vallisoletana S.L. c. El Salvador* (2006), Álvarez y Marín Corporación S.A. *y otros c. Panamá* (2018). Como hemos visto, el razonamiento detrás de estas decisiones va desde negar la existencia de una inversión basada en la definición de tal concepto en el TBI o contrato aplicable, hasta la aplicación de principios generales de orden público internacional (Lamm, Greenwald & Young, 2014).

Conforme fue señalado líneas arriba, un elemento sustancial en *World Duty Free* es que el soborno como acto de corrupción, tal y como fue confirmado en el procedimiento arbitral por quien fue el gerente de la demandante al momento de la inversión (2006, párr. 130)[9], fue pagado incluso antes que la inversión fuera efectuada. En términos

[7] Véase el caso *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Islamic Republic of Pakistan* (2019).

[8] "[…] la corrupción es notoriamente difícil de probar, dado que, tradicionalmente, hay poca o nula evidencia física" [traducción libre].

[9] Ver testimonio del Sr. Ali contenido en el laudo.

más específicos, de acuerdo al análisis del tribunal, el soborno fue pagado **para que la inversión exista**[10]. En este caso, las alegaciones de corrupción planteadas por Kenia consistieron en un pago de dos millones de dólares entregados por el CEO de la empresa demandante a favor del entonces presidente del país africano, con el único objetivo de asegurar la inversión. Este detalle no debe ser tomado a la ligera, pues podría considerarse que todo acto del inversionista posterior a dicho soborno es fruto del árbol venenoso.

Como cuestión de principio general, cuando los tratados contienen un requisito expreso de legalidad, cualquier inversión extranjera realizada bajo dichos tratados cuyo origen es el resultado de un acto de corrupción, debe ser considerada ilegal. En consecuencia, los tribunales deben desestimar la demanda por falta de jurisdicción sobre la base de que no existió una inversión conforme a las reglas del Estado. La ilegalidad en este caso está entrelazada con la formación de la inversión, prácticamente ocasionando que la corrupción y la inversión sean un solo acto, afectando directamente el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI y violando los principios de orden público internacional. Si un tribunal arbitral considera que se encuentra frente a un caso como este, el test para desestimar la demanda por jurisdicción se cumpliría.

A diferencia de *World Duty Free*, no todos los actos de corrupción que son alegados por los Estados como defensa en un procedimiento arbitral se llevan a cabo en la formación de la inversión[11]. Como se explicará a detalle, existen algunos casos en los que las alegaciones de corrupción se dan en un momento posterior, involucrando ofrecimientos o pagos de sobornos durante el desarrollo de la inversión. A ser esta una situación distinta, el análisis y resultado deben ser también distintos.

Un buen ejemplo de esta situación es el caso *Niko Resources c. Bangladesh* (2019). En la decisión a través de la cual se confirmó la jurisdicción del tribunal, este encontró que "[…] there is no link of causation between the established acts of corruption and the conclusion of the agreements, and it is not alleged that there is such a link"[12] (2013, párr. 455). En ese sentido, a entender del tribunal arbitral, en este caso el acuerdo de *joint venture* sobre el cual Niko Resources basó su demanda en el procedimiento arbitral fue concluido antes que los actos de corrupción ocurran. Incluso cuando el Estado demandado solicitó una reconsideración, el Tribunal afirmó que

> [e]n cualquier caso, la evidencia ante el Tribunal, en ese momento y ahora, no contiene ningún indicador de corrupción en la propuesta y aceptación de las cláusulas arbitrales. El Tribunal concluye que las alegaciones de corrupción, aun en la forma expandida que es ahora planteada por el Estado demandado, no afecta las cláusulas arbitrales (2019, párr. 576).

En opinión del autor, si el tribunal hubiese aplicado el test propuesto al caso en cuestión, el momento y las circunstancias de los actos de corrupción serían totalmente irrelevantes en la formación de la inversión y en el consentimiento del Estado para arbitrar y, por tanto, bajo este razonamiento el tribunal habría rechazado correctamente la defensa en jurisdicción.

IV. LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA DEL ESTADO RECEPTOR AL TOMAR CONOCIMIENTO DE LA CORRUPCIÓN SOBRE LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

El arbitraje, como incide Gary Born, encuentra su principal fuente en el consentimiento (2015, pp. 2-3). Este consentimiento es otorgado por los Estados a través de tratados bilaterales o multilaterales, contratos, concesiones, entre otros instrumentos, con las características y condiciones que ellos consideran conveniente en cada negociación. Al decidir qué disposiciones incluir y cómo incluirlas en cada tratado, los Estados deben encontrar un balance entre sus diversos roles, los que Pearsall denomina la Trinidad del Arbitraje de Inversión:

> In particular, states occupy three distinct yet interconnected roles–what I call the ISDS Trinity. First, they are the law-givers through their treaty and rule-making function. Second, they are the protectors of outward investment in that they establish transnational obligations and depoliticized systems for efficient adjudication of disputes for investors who seek to invest capital abroad. And third, they are respondents

[10] "[e]sos pagos fueron realizados no solo para obtener una audiencia con el presidente Moi (como indica el demandante) sino por encima de todo para obtener en dicha audiencia el consentimiento del presidente a la inversión" (2006, párr. 136) [traducción libre].

[11] Véase *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. Colombia* (2019).

[12] "[…] no existe un vínculo de causalidad entre los actos de corrupción establecidos y la conclusión de los acuerdos y no se ha alegado la existencia de tal vínculo" [traducción libre].

> through their offers to arbitrate in international investment agreements and subsequent participation in the arbitral process (2018, p. 250)[13].

Para los países en vías de desarrollo, probablemente el rol más importante de la trinidad es su rol como demandados. Cuando se relaciona este rol con la lucha contra la corrupción, las políticas adoptadas por el Estado respecto de la corrupción son de gran importancia. Por tanto, cuando un Estado receptor utiliza la corrupción como defensa, antes de concluir que la corrupción ha afectado el consentimiento del Estado al arbitraje, el tribunal debe tomar en consideración qué medidas ha adoptado tal Estado para prevenir y combatir la corrupción dentro de su territorio y qué hizo dicho Estado cuando tomó conocimiento de la conducta ilegal del inversionista. ¿El Estado investigó, denunció o sancionó a las partes involucradas? Existe una relación indiscutible entre políticas públicas y la ley y esta relación debe tener consecuencias intrínsecas en el proceso arbitral. Los Estados no deben ser permitidos, en su rol como demandados, a utilizar sus propias carencias en políticas públicas e imperio de la ley para evitar la jurisdicción de los tribunales del CIADI.

En los casos de corrupción, la injusticia es aún más severa en los casos en que la corrupción es alegada por el Estado receptor como defensa en un arbitraje de inversión, pero es ignorada en su fuero interno. En otras palabras, ello se refiere a la situación en la que el Estado receptor no intenta realmente combatir la corrupción y no se considera perjudicado por ella, hasta que la utiliza como defensa ante la demanda del inversionista en un arbitraje de inversión. Únicamente en este momento, el Estado receptor se muestra indignado por la existencia de corrupción, dejando sin embargo que ésta viva sin sanción en su territorio.

Si el objetivo de ciertas disposiciones en los tratados a través de la definición de inversión o reglas específicas anticorrupción es combatir activamente la corrupción e impedir la ilegalidad en la formación de la inversión, así como durante su desarrollo, entonces ¿cómo puede el sistema premiar a un Estado receptor otorgándole inmunidad respecto del arbitraje de inversión cuando el Estado no investigó, denunció ni sancionó la corrupción en su fuero interno?

Tal como se aprecia en *Metal-Tech c. Uzbekistán*, aun cuando el tribunal desestimó la demanda por falta de jurisdicción sobre la base de lo establecido en la Convención CIADI, tomó posición expresa respecto de la participación de Uzbekistán en los actos de corrupción alegados, ordenando a las partes a compartir los costos del arbitraje como sanción al Estado receptor. Algo similar ocurrió en el caso *Getma c. Guinea*, en el cual el tribunal citó uno de los argumentos del demandante como parte de su razonamiento relativo a la omisión del Estado receptor en sancionar los actos de corrupción alegados y, peor aún, al ascenso otorgado a varios de los funcionarios involucrados en dichos actos (2016, párr. 145). El tribunal arbitral finalmente decidió que no había evidencia suficiente de los actos de corrupción alegados por el Estado.

Argentina es otro Estado que ha utilizado alegaciones de corrupción como defensa en arbitrajes de inversión. Sin embargo, el Reporte de Avance del 2018 de la Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales se refiere a Argentina como un ejemplo de ineficacia en la lucha contra la corrupción, señalando que

> [...] Argentina permanece en serio incumplimiento de varios artículos clave de la Convención Anti-Soborno de la OCDE. Su nueva ley de responsabilidad penal empresarial no impone responsabilidad por contabilidad falsa relacionada a la corrupción y mantiene reglas distintas para la responsabilidad por lavado de activos. Las multas por cohecho transnacional y las sanciones por delitos contables siguen siendo inadecuadas y la ley no regula adecuadamente la confiscación de activos (Transparencia Internacional, 2018, p. 25).

Adicionalmente, la OCDE señaló que "existe una preocupación por la omisión de las autoridades argentinas en investigar proactivamente las alegaciones de cohecho por parte de empresas argentinas en el exterior o de efectivamente solicitar la cooperación de autoridades extranjeras" (Transparencia Internacional, 2018, p. 25).

A primera impresión podría parecer que al desestimar demandas por falta de jurisdicción respecto de pretensiones de inversionistas que han participado en actos de corrupción, los tribunales estarían con-

[13] En particular, los Estados tienen tres roles distinguibles pero interrelacionados – los cuales yo llamo la Trinidad del Arbitraje de Inversión. Primero, son creadores de leyes a través de su función de aprobar tratados y reglas. Segundo, son los protectores de la inversión extranjera, a través del establecimiento de obligaciones transnacionales y sistemas despolitizados para la eficiente resolución de controversias con inversionistas que buscan invertir capital en el extranjero. Tercero, son los demandados en los arbitrajes, a través de su consentimiento al arbitraje en acuerdos internacionales y su participación en el proceso arbitral [traducción libre].

tribuyendo en la lucha contra la corrupción. Este es un argumento que cierto sector del derecho internacional defiende, expresando que aquellos inversionistas que exportan la corrupción al Estado receptor de tal inversión no deben ser premiados con el acceso y protección del mecanismo de arbitraje de inversiones[14]. La realidad, sin embargo, es que muchas de estas decisiones pueden lograr el resultado contrario, recompensando a Estados con altos índices de corrupción. Estos Estados, lejos de implementar políticas serias y permanentes de lucha contra la corrupción en sus países, utilizan su propia corrupción como mecanismo de defensa contra la jurisdicción de los tribunales a la cual se han sometido voluntariamente a través de tratados o contratos. El problema se agrava aún más cuando encontramos que por la misma conducta o acto de corrupción por el que el Estado receptor considera que el inversionista no debe acceder a la jurisdicción del CIADI, el mismo Estado no sancionó al funcionario de la entidad que participó en dicho acto de corrupción. Incluso, en algunos casos el funcionario fue posteriormente promovido.

A la fecha, aun cuando existen diversas iniciativas e instrumentos legislativos para combatir la corrupción a nivel mundial, es evidente que existe aún una gran falta de compromiso de los Estados no solo de combatir la corrupción activamente dentro de su territorio sino además de sancionar a las compañías que exportan corrupción al extranjero[15]. Este compromiso debe ser consistente con la estrategia de defensa del Estado en los arbitrajes de inversión y, en general, con su conducta en la formación y ejecución de contratos con inversionistas. De otro modo, cualquier iniciativa sería únicamente de fachada y no será efectiva contra la corrupción. Los tribunales en arbitrajes de inversión deben incluir esto en su razonamiento respecto de los casos sometidos a ellos.

V. SOMETIENDO UNA DEFENSA DE CORRUPCIÓN AL TEST PROPUESTO

Dados los hechos observados en los casos resueltos por los tribunales del CIADI la fecha, el autor propone un test en este artículo a ser aplicado cuando un Estado receptor utilice alegaciones de corrupción como defensa en un procedimiento arbitral, el cual se explica a continuación:

Paso 1: Determinar si la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción afectaron la formación de la inversión y el consentimiento al arbitraje del Estado receptor.

- Si los actos de corrupción no tuvieron relevancia alguna en la formación de la inversión y el consentimiento del Estado receptor, entonces el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción. De este modo, el tribunal podrá decidir sobre el fondo de la controversia, incluyendo cualquier efecto que la corrupción podría tener sobre el cálculo de los daños.

- Si los actos de corrupción ocurrieron antes que la inversión fuera perfeccionada o de manera simultánea y en circunstancias y con una magnitud tal que fueron determinantes para la existencia de la inversión y el consentimiento del Estado receptor al arbitraje, entonces el tribunal podrá proceder al paso 2.

Paso 2: Determinar si el Estado receptor adoptó acciones para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción de manera oportuna, una vez que tomó conocimiento de su ocurrencia.

- Si el Estado receptor no adoptó acción alguna o ninguna de las acciones adoptadas tuvo relevancia significativa, el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción. De este modo, el tribunal podrá decidir sobre el fondo de la controversia, considerando las omisiones del Estado y cualquier efecto que se pueda producir sobre el cálculo de los daños, en caso ocurran.

- Si el Estado receptor adoptó algunas acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción, el tribunal podrá proceder al paso 3 del presente test.

Paso 3: Ponderación.

- Si este paso es alcanzado, ello significa que (i) los actos de corrupción fueron determinantes para la existencia de la inversión y el consentimiento al arbitraje del Estado receptor, y (ii) el Estado receptor adoptó algunas acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción.

[14] Véase *World Duty Free c. Kenya* (2006). Ver también Daza-Clark & Noodt Taquela (2018).

[15] "[ú]nicamente alrededor de un cuarto de las exportaciones mundiales provienen de países que sancionan activamente a compañías que sobornan en el extranjero" (Transparencia Internacional, 2018, p. 4).

– En este paso, el tribunal podrá realizar una ponderación para determinar si el consentimiento del Estado fue efectivamente perjudicado por los actos de corrupción. Este test requiere ponderar (i) la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción, contra (ii) la respuesta del Estado receptor a la corrupción, una vez que tomó conocimiento de ella, a fin de determinar si su respuesta (o falta de ella) condonó los actos de corrupción, ratificando la validez de su consentimiento a arbitrar.

Resultado

– Si el Estado receptor condonó de cualquier modo la corrupción, incluyendo la omisión de actuar de manera relevante, el tribunal debería rechazar la defensa y confirmar su jurisdicción, pero podrá considerar los actos de corrupción en el cálculo de daños al inversionista, en caso existan.

– Si el Estado receptor no condonó la corrupción y, por otro lado, adoptó acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas, entonces el tribunal deberá aceptar la defensa del Estado y declinar jurisdicción.

El laudo en *Alvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. Panamá,* en cierta medida, sigue el razonamiento del test propuesto en este artículo y ofrece un buen ejemplo de su posible aplicación. En este caso, el demandado cuestiona la jurisdicción del tribunal señalando que la inversión fue adquirida ilegalmente y que, por tanto, no debería encontrarse protegida por los tratados utilizados como base para su demanda ante el CIADI. Al decidir sobre su jurisdicción, el tribunal señaló que el incumplimiento deberá ocurrir precisamente con ocasión de la realización de la inversión, añadiendo que debe existir una relación muy cercana entre el proceso de inversión mismo y el incumplimiento de la ley por parte del inversionista. Únicamente en este supuesto es justificable que la sanción consista precisamente en la pérdida del régimen legal privilegiado para la protección de la inversión extranjera[16].

Este razonamiento le da importancia al principio de proporcionalidad en el contexto del arbitraje de inversión, de modo que no será suficiente que el Estado alegue la existencia de corrupción para que el tribunal rechace su propia jurisdicción, sino que el acto de corrupción deberá (i) haber sido realizado con ocasión de la formación de la inversión (*World Duty Free c. Kenia; Metal-Tech c. Uzbekistán; Inceysa Vallisoletana c. El Salvador; Hamester c. Ghana*; y *Álvarez y Marín c. Panama*), y; (ii) ser proporcionalmente severo a la pérdida del privilegio de la jurisdicción del CIADI bajo el tratado (*Tokio Tokelés c. Ucrania; Desert Line c. Yemen*; y *Álvarez y Marín c. Panamá*)[17].

VI. CONCLUSIÓN

El arbitraje tiene como principal objetivo resolver una controversia entre quienes son parte en ella. Sin embargo, el sistema de arbitraje de inversión, como parte del derecho internacional, tiene otros objetivos igualmente importantes como la promoción y protección de la inversión extranjera, particularmente importante en países en vías de desarrollo, así como la despolitización de las disputas entre inversionistas privados y los Estados receptores de tales inversiones. Como se ha mencionado en este texto, los tribunales han adquirido un rol protagónico en la comunidad internacional, interpretando los principios de derecho internacional que afectan y vinculan a los Estados.

El principio base de este artículo y del test propuesto es que los Estados no deberían poder utilizar una defensa de jurisdicción sobre la base de la corrupción si los actos de corrupción no han comprometido su consentimiento al arbitraje. La principal responsabilidad en la lucha contra la corrupción es de los propios Estados y los tribunales arbitrales no pueden abdicar en su deber de hacer cumplir los objetivos del arbitraje de inversión para intentar disuadir la corrupción a través de la aceptación de defensas de jurisdicción. Por tanto, cuando un Estado tolera o incluso brinda incentivos para la corrupción, los tribunales no son los llamados a responder de una manera más severa o estricta que el Estado presuntamente afectado. Ello porque, aun cuando el tribunal en un caso es-

[16] En el caso *Álvarez y Marín Corporación S.A. and others c. Republic of Panama* se señala que

> El Tribunal estima que la infracción de la legalidad debió producirse precisamente con motivo de realizar la inversión: debe existir una relación estrecha entre el propio proceso de inversión y la norma violada por el inversor. Sólo en este caso se justifica que la sanción consista precisamente en la pérdida del régimen jurídico privilegiado de protección de inversiones extranjeras (2018, párr. 149).

[17] Artículo 8.20 numeral 2 del Capítulo 8, Sección B del Acuerdo de Libre Comercio entre Perú y Australia:

> Ninguna reclamación puede ser sometida conforme a esta Sección con relación a una inversión que haya sido establecida a través de conductas ilegales, incluyendo representación fraudulenta, ocultamiento de información o corrupción. **Para mayor certeza, esta exclusión no es aplicable a las inversiones establecidas a través de infracciones leves o técnicas de la ley** (2018) [el énfasis es nuestro].

pecífico estaría castigando a un inversionista que participó o promovió un acto de corrupción, está, de forma indirecta, premiando al Estado receptor de la inversión en sus prácticas de corrupción al punto de negar al inversionista el acceso a la jurisdicción de los tribunales CIADI por las violaciones de dicho Estado al tratado internacional o contrato correspondiente. Si bien cualquier oportunidad para disuadir la corrupción es adecuada, los tribunales no deben perder de vista que el objetivo central del sistema de arbitraje de inversión es proteger las inversiones legítimas que son afectadas por incumplimientos de los Estados a sus obligaciones válidamente asumidas y que al desestimar ciertas demandas por falta de jurisdicción por la sola alegación de corrupción del Estado, podrían estar generando el incentivo opuesto.

Finalmente, cabe destacar que en todo proceso arbitral en el que exista una alegación de corrupción, nos encontraremos frente a un reto tanto para el Estado como para el tribunal: la prueba de la corrupción. La carga de la prueba, el estándar de análisis, la oportunidad para ofrecerla y la actuación de ésta deberá ser cuidadosamente analizada por el tribunal en cada caso concreto. En cualquier caso, el resultado de este análisis deberá generar suficiente convicción y certeza en el tribunal de que la corrupción efectivamente existió y que fue de una severidad tal que amerite negarle al inversionista el acceso a la protección del sistema de arbitraje de inversión ante la alegada violación de sus derechos por parte del Estado receptor.

REFERENCIAS

Born, G. (2015). *International Arbitration: Law and Practice* (2da ed.). Kluwer Law International.

Daza-Clark, A. M. & Noodt Taquela, M. B. (2018). The role of global values in the evaluation of public policy in International Investment and Commercial Arbitration. En Ruiz Abou-Nigm, V., McCall-Smith, K., & D. French (eds.), *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law* (pp.121-144). Hart Publishing.

Lamm, C.B., Greenwald, B.K., & K.M. Young (2014). From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, *29*(2), 328–349. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu002

Naciones Unidas (2007). Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rule-making. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations Publication.

(s/f). Investment Policy Hub. https://investmentpolicy.unctad.org/

Pearsall, P. W. (2018). The Role of the State and the ISDS Trinity. *AJIL Unbound*, (*112*), 249–254. https://doi.org/10.1017/aju.2018.70

Transparencia Internacional (2018). Exporting Progress report 2018: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. https://www.transparency.org/files/content/publication/Download_a_short_version_of_the_report.pdf.

(2019a, 9 de julio). Barómetro Global de la Corrupción, África: Opiniones de los Ciudadanos y Experiencias de Corrupción. https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_Africa3.pdf.

(2019b, 23 de septiembre). Barómetro Global de la Corrupción, Latinoamérica & El Caribe 2019: Opiniones y Experiencias de los Ciudadanos en Materia de Corrupción.

Yannaca-Small, K. (2006). *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement, OECD Working Papers on International Investment 2006/01*. OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/631230863687

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo entre el Reino de España y la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Esp.-El Salv., 14 Feb., 1995.

Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá, Caso CIADI No. ARB/15/14, Laudo, (12 Sept. 2018), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10491.pdf

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 31 Oct. 2003.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados [Convenio del CIADI], 14 Oct., 1996, 4 I.L.M. 524.

Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo (6 Feb. 2008), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0248_0.pdf

EDF (Services) Limited c. Rumania, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 Oct. 2009), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf

Getma International and others c. República de Guinea, Caso CIADI No. ARB/11/29, Laudo (16 Ag. 2016), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10741.pdf

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo (27 Ag. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo (10 Jun. 2010), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf

Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 Ag. 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf

Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB/10/03, Laudo (4 Oct. 2013), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), Caso CIADI No. ARB/16/6, Decisión sobre jurisdicción (19 Agos. 2013), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf

Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla), Caso CIADI No. ARB/16/6, Decisión sobre reclamo de corrupción (25 Feb. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, 21 Nov.1997.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión en Jurisdicción (8 Feb. 2005), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf

SAUR International SA c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/04, Laudo (12 May. 2014), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3190.pdf

Tethyan Copper Company Pty Limited c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/12/01, Laudo, (12 Jul. 2019), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10737.pdf

Tokios Tokelés c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión en Jurisdicción (29 Abr. 2004), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf

World Duty Free Co Ltd c. República de Kenia, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo (4 Oct. 2006), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf

Tratado de Libre Comercio entre la República de Perú y Australia, Perú-Austr., 12 Feb. 2018.

Tratado entre la República de Lituania y la República de Ucrania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Lit.-Ucr., 8 Feb. 1994.

Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Filipinas para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Alem.-Filip., 18 Abr. 1997.

10.18800/themis.202001.027

IMPORTANDO PARAGUAS: LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y CLÁUSULAS PARAGUAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

IMPORTING UMBRELLAS: MOST-FAVORED-NATION CLAUSES AND UMBRELLA CLAUSES IN INVESTMENT ARBITRATION

Nicolás de la Flor Puccinelli*
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Bullard, Falla, Ezcurra+

Matias Quiroz Arellano**
Exmiembro del Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú

International Investment Law nowadays is characterized by fragmentation. This is mainly due to the different protection standards that States grant to foreign investors, as well as arbitration decisions in this regard. Although each protection standard must be analyzed in each specific case, international doctrine and Tribunals have recognized the existence of certain classic protection standards such as the Most-Favored-Nation Clauses or the so-called Umbrella Clauses.

In this article, the authors seek to analyze the way in which these two protection standards usually operate and the possibility of invoking the benefits of the Umbrella Clause through the application of the Most-Favored-Nation Clause, according to what has been resolved by the international jurisprudence on the matter.

Keywords: Most-Favored-Nation clause; Umbrella clause; standard of protection; investors; fragmentation.

El Derecho Internacional de las Inversiones hoy en día se encuentra caracterizado por la fragmentación. Esto se debe principalmente a los diferentes estándares de garantía que los Estados otorgan a los inversionistas extranjeros, así como a las decisiones arbitrales al respecto. Si bien cada estándar de protección debe analizarse en cada caso concreto, la doctrina y los Tribunales internacionales han reconocido la existencia de ciertos estándares de protección clásicos como las Cláusulas de Nación Más Favorecida o las denominadas Cláusulas Paraguas.

En el presente artículo, los autores buscan desarrollar la forma en que suelen operar estos dos estándares de protección y la posibilidad de invocar los beneficios de la cláusula paraguas por medio de una aplicación de la cláusula de nación más favorecida, de acuerdo a lo que ha sido resuelto por la jurisprudencia internacional sobre la materia.

Palabras clave: Claúsula de Nación Más Favorecida; cláusula Paraguas; estándar de protección; inversionistas; fragmentación.

* Abogado. Asociado de Bullard, Falla, Ezcurra+ (Lima, Perú). Contacto: ndelaflor@bullardabogados.pe.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) (Lima, Perú). Contacto: mquiroz@bullardabogados.pe.

El presente artículo contiene una opinión teórica sobre las materias analizadas. No refleja necesariamente la posición de la firma en la que trabajan los autores, la de sus clientes ni vinculados.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 23 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 11 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La Real Academia Española define un archipiélago como un "conjunto, generalmente numeroso, de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa del Mar" (2014). En los últimos años, algo similar podría decirse sobre el arbitraje de inversión.

El derecho internacional de inversiones se ha vuelto bastante fragmentado. Las decisiones son emitidas por diversos tribunales, en base a Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBI) que vinculan únicamente a los Estados que son parte de la controversia (Cole, 2013a, p. 81). El problema se complica cuando estos TBI presentan además diferencias importantes según los países involucrados y la época en que se celebraron. Por ejemplo, tenemos el TBI Perú–Argentina, suscrito en el año 1994 y que constituye un TBI de primera generación[1], que establecía protecciones y definiciones redactadas de forma amplia. En cambio, el Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC) Perú–EE.UU., del año 2006, es considerado un tratado de segunda generación, que incorpora estándares de protección mucho más específicos. Como es evidente, no es sencillo cambiar un TBI, lo que incrementa esta característica de **fragmentación**.

Ante este fraccionamiento, la llamada Cláusula de Nación Más Favorecida (en adelante, Cláusula de NMF) genera un efecto unificador y de equidad. Este tipo de cláusulas garantizan que los Estados receptores de la inversión no darán un tratamiento más favorable a otros Estados, sino que, de ser el caso, esas protecciones adicionales serán también aplicables al tratado que cuente con la Cláusula de NMF. No obstante, este efecto unificador puede generar también un efecto de sobreinterpretación de los alcances de la Cláusula de NMF.

Particularmente, uno de los alcances que genera discusión es saber si la Cláusula de NMF alcanza a las llamadas cláusulas paraguas. Este tipo de cláusulas otorgan las protecciones del derecho internacional incorporadas en el Tratado de los Estados a las obligaciones que un Estado asume en un contrato con un inversionista. En los últimos años, se ha venido construyendo una línea jurisprudencial contradictoria respecto a si es posible **importar** las cláusulas paraguas a través de la aplicación de la Cláusula de NMF. Este artículo analiza precisamente dicha posibilidad. Si bien cada caso merece un análisis concreto en base a los términos en que se celebraron los tratados y las cláusulas y protecciones específicas, consideramos que sí puede ser posible la importación de una cláusula paraguas a través de la Cláusula de NMF.

II. CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La cláusula de NMF es uno de los mecanismos de protección más comunes que los Estados suelen brindar a los inversionistas para buscar atraer la inversión extranjera. En general, existe consenso en que la Cláusula de NMF tiene como principal objetivo que sus beneficiarios disfruten de un trato no menos favorable que el que el Estado receptor de la inversión otorga a terceros en diferentes tratados de inversiones[2].

A través de una Cláusula de NMF, el Estado receptor le garantiza al Estado (inversor A) que si en otro tratado otorgase protecciones adicionales a un tercer Estado (inversor B), entonces dichas protecciones serán también aplicables al Estado A, ya que cuenta con la Cláusula de NMF.

El alcance de cada Cláusula de NMF dependerá, en principio, de cada Estado en particular y naturalmente del texto que se incorpore en el tratado (Dolzer & Schreuer, 2008, p. 186). Si un Estado suele ser restrictivo con respecto a los beneficios que otorga a los inversionistas extranjeros a través de instrumentos internacionales de inversión[3], entonces que se pacte una Cláusula de NMF podría ser poco relevante, ya que no habrá muchas protecciones que importar a otros tratados. Sin embargo, si la conducta de ese Estado cambia con el paso del tiempo y comienza a otorgar un trato más favorable a los inversionistas extranjeros a través de los mecanismos ya mencionados, entonces un inversionista bajo la protección directa de uno de los tratados iniciales (menos favorables) pero que contenga una Cláusula de NMF, podrá invocar esta última

[1] Tradicionalmente, la doctrina distingue entre generaciones de tratados sobre protección de inversiones. En primer lugar, se encuentran los tratados de primera generación caracterizados por contener definiciones más amplias. En segundo lugar, se encuentran los tratados de segunda generación, que se caracterizan por tener una redacción más extensa y específica, normalmente con fraseos más restrictivos. Finalmente, se habla también del surgimiento de tratados de tercera generación caracterizados por plantear obligaciones también para los inversionistas.

[2] Sobre el particular, véase a Cohen y Lee (2010) y a Sicard-Mirabal y Deranis (2018).

[3] Con "instrumentos de inversión" nos referimos principalmente a los TBI, aunque también es posible pactar Cláusulas de NMF en los capítulos pertinentes de tratados de libre comercio, tratados multilaterales, contratos de inversión y leyes de inversión; entre otros. Al respecto, véase el Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones (2006, artículo 4); el Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos (2006, artículo 10.4); y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1988, artículo 1103).

para beneficiarse de los estándares de protección de los tratados posteriores (más favorables).

Este tipo de cláusulas genera, entonces, un efecto homogeneizador del derecho internacional sobre inversiones, puesto que permite que las protecciones "nuevas" sean también aplicables a los tratados que no las incorporaron en su celebración. Varios autores sostienen que la popularidad de las Cláusulas de NMF en los TBI se debe precisamente a este efecto homogeneizador que resulta beneficioso considerando la ya mencionada fragmentación que existe en el derecho internacional sobre inversiones[4]. La conclusión es, entonces, que, si un Estado receptor otorga un trato más favorable a los inversionistas de un determinado Estado, la obligación de proporcionar un trato equivalente se extiende a los inversionistas cuyos Estados hayan pactado una Cláusula de NMF con dicho Estado, garantizando así la igualdad de trato y satisfaciendo la finalidad de la cláusula (Cole, 2013a, p. 81). De tal forma, se homogeniza el trato que se brinda a los inversionistas de diferentes Estados respecto a un mismo Estado receptor.

A. Interpretación de las Cláusulas de NMF

La interpretación y el alcance de una Cláusula de NMF dependerá en principio de la forma en que ha sido redactada. Ello podrá incidir en su alcance o aplicabilidad. Los Estados pueden pactar una Cláusula de NMF de forma amplia. Por ejemplo, veamos la que está presente en el TBI suscrito entre Perú y Alemania[5]. Si bien es cierto que el tratado contiene ciertas restricciones[6] con respecto a la aplicación de la Cláusula de NMF, se trata de una redacción considerada amplia, ya que indica que no se otorgará "un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros estados" (1995, artículo 3.1). La cláusula no establece un límite a su aplicación, ni materias excluidas de dicha protección, por lo que se entiende que dicho trato **no menos favorable** tendrá un alcance amplio.

Existen también Cláusulas de NMF con una redacción menos amplia. En este caso, tenemos a la Cláusula de NMF del TBI Perú–Colombia[7]. Dicha cláusula tiene una redacción más restrictiva. A diferencia de la anterior, es más específica y, por ello, reduce la discrecionalidad con la cual podría ser interpretada. Asimismo, excluye textualmente aspectos jurisdiccionales de la siguiente forma: "el trato […] no comprende los mecanismos de solución de controversias, como los mencionados en las Secciones B y C, que se establecen en los

[4] Para mayor información, véase a Cole (2013a) y a Batifort y Heath (2017).

[5] El artículo 3 del Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (suscrito el 30 de enero de 1995), menciona que:

> 1. Ninguna de las partes contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, a un trato menos favorable que el que conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros estados.
>
> 2. Ninguna de las Partes Contratantes someterá, en su territorio, a los nacionales o sociedades de la otra parte contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades, o a los nacionales y sociedades de terceros Estados (1995).

[6] Las restricciones a las que nos referimos son las presentes en los artículos 3.3. y 3.4. del TBI que señalan lo siguiente:

> 1. Dicho trato no se extenderá a los privilegios que una de las partes contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común, una zona libre de comercio, por su asociación con tales agrupaciones, o acuerdos internacionales similares.
>
> 2. El trato convenido por el presente artículo no se extenderá a los beneficios y ventajas que una de las partes contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados, como consecuencia de la celebración de convenios o acuerdos para evitar la doble imposición u otros acuerdos en materia impositiva (1995).

[7] El artículo 3 del Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (suscrito el 11 de diciembre de 2007), menciona lo siguiente:

> Artículo 3: Trato de Nación Más Favorecida
>
> 1. Cada Parte concederá a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
>
> 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el conceda, en circunstancias similares, a las inversiones de los inversionistas de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
>
> 3. Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones, referido en los párrafos 1 y 2, no comprende los mecanismos de solución de controversias, como les mencionados en las Secciones B (Solución de Controversias Inversionista – Estado) y C (Solución de Controversias Estado – Estado), que se establecen en los tratados internacionales o acuerdos comerciales (2007).

tratados internacionales o acuerdos comerciales" (2007, artículo 3.1).

La interpretación de una Cláusula de NMF debe también realizarse en base a los instrumentos internacionales que resulten aplicables. En ese sentido, se debe considerar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención), que es tenida como la convención más importante para la interpretación de tratados[8]. Actualmente, varios autores indican que es incuestionable que la Convención es un referente para interpretar un TBI[9] en la medida que proporciona pautas que permiten demarcar la interpretación de los tratados en general.

El artículo 31 de la Convención dispone como regla general de la interpretación de tratados que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme 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" (1969, artículo 31.1). Este artículo también menciona algunas pautas adicionales que se deben tener en cuenta al interpretar tratados (específicamente los numerales 2, 3 y 4).

Por su parte, el artículo 32 señala la posibilidad de poder recurrir a medios de interpretación complementarios[10] como los *travaux préparatoires* relativos a dicho tratado[11]. Es claro que estos elementos complementarios podrían demarcar el análisis de las Cláusulas de NMF de caso en caso y otorgan pautas que pueden resultar útiles para realizar una mejor interpretación.

No obstante, de lo dispuesto en los artículos citados se suele entender que la interpretación de cualquier tratado y, por lo tanto, de cualquier Cláusula de NMF, siempre deberá tener como punto de partida al lenguaje textual o a la forma en que se ha redactado, debiendo en base a ello recurrir a los medios de interpretación complementarios que dispone el artículo 32 (Cole, 2013b, p. 102).

B. Límites jurisprudenciales a la aplicación de las Cláusulas de NMF

La jurisprudencia internacional es favorable a la aplicación de las Cláusulas de NMF, lo que no hace más que condecirse con la finalidad y existencia de este tipo de cláusulas: promover las inversiones internacionales y, además, armonizar el derecho internacional de inversiones.

No obstante, cierto sector de la doctrina y el desarrollo de la jurisprudencia plantean tres límites clásicos que podrían ser aplicables para la aplicación de las Cláusulas de NMF. En ese sentido, Cole reconoce que la jurisprudencia sobre dicha materia no es amplia e indica que

> [a]unque hubo relativamente pocas decisiones de los tribunales internacionales con respecto al funcionamiento de las Cláusulas de NMF antes de las decisiones de arbitraje de inversión de finales del Siglo XX, tres decisiones de este período anterior son fundamentales para cualquier comprensión de los límites de las Cláusulas de NMF (2013a, p. 91).

Las tres decisiones tradicionales citadas por la doctrina mayoritaria son las siguientes. El primer límite está referido al instrumento que incluye la Cláusula de NMF. En el caso *Anglo-Iranian Oil Company* seguido por el Reino Unido contra Irán (1952), el primer país invocó la Cláusula de NMF de dos tratados suscritos con el segundo en 1857 y 1903 para solicitar a la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) que resuelva la controversia.

El Reino Unido consideraba que el poder someter la controversia a la jurisdicción de la CIJ constituía un trato más favorable que el someterse a los mecanismos de solución de controversias dispuestos por los tratados (*Reino Unido c. República Islámica de Irán*, 1952, p. 108). En este caso, la CIJ rechazó la pretensión del Reino Unido y señaló que "[t]he treaty containing the most-favoured-nation clause

---

8 A la fecha, la Convención ha sido ratificada por 130 Estados.

9 Al respecto, véase Cole (2013b) y a Cohen y Lee (2010).

10 Dicho artículo menciona lo siguiente:

> 32. **Medios de interpretación complementarios.** Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
>
> a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
>
> b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (1969).

11 De acuerdo a la Biblioteca Dag Hammarskjold de las Naciones Unidas el término *Travaux préparatoires* (en español, **Trabajos preparatorios**) "se utiliza para describir la evidencia documental de las negociaciones, discusiones y la redacción final del texto de un tratado" (s.f). Asimismo, este término se refiere, aunque no limita, a los documentos relativos a los antecedentes de las negociaciones entre las partes, antecedentes al proceso de redacción del tratado y a otros documentos preparatorios formales.

is the basic treaty upon which the United Kingdom must rely" (1952, p. 9)[12]. De esta forma, la CIJ estableció que la aplicabilidad de una Cláusula de NMF debe circunscribirse al tratado respecto del cual esta se invoca y no puede, por lo tanto, buscar alterar disposiciones relativas a la controversia, pero incluidas en otros documentos. No obstante, se trata de una decisión muy antigua.

El segundo límite se refiere a la vigencia temporal de los tratados cuyo trato más favorable se busca obtener a través de una Cláusula de NMF. En el caso *Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, seguido por Estados Unidos contra Francia (1952), Estados Unidos buscó invocar la Cláusula de NMF incluida en un acuerdo suscrito entre este país y Marruecos, para buscar acceder a beneficios de jurisdicción consular incluidos en acuerdos suscritos por Marruecos con otros países. La controversia radicaba en que los acuerdos de los cuales se buscaban extraer los beneficios consulares más favorables, ya no se encontraban vigentes (*Estados Unidos de América c. República Francesa*, 1952, p. 190).

La CIJ rechazó la pretensión de Estados Unidos y señaló que solo era posible invocar o exigir un trato más favorable respecto de tratados que se encontraran vigentes, dado que, en caso contrario, se estaría otorgando un trato más favorable al Estado que invoca protecciones otorgadas a un tercero, cuando este tercero ya no cuenta con tales protecciones, en tanto fueron derogadas (1952, pp. 190).

El tercer límite se refiere a la aplicación del principio *ejusdem generis* respecto de las Cláusulas de NMF. Este principio se invocó por primera vez en relación a la Cláusula de NMF en el arbitraje del caso *Ambatielos* seguido por Grecia contra el Reino Unido (1956). En este caso, Grecia invocó la Cláusula de NMF del tratado suscrito con el Reino Unido para reclamar la aplicación de ciertos estándares de protección incluidos en otros tratados suscritos por el Reino Unido con otros Estados (*República Helénica c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, 1956, p. 106).

Por su parte, la demandada señaló que la aplicación invocada de la Cláusula de NMF no resultaba aplicable, debido a que "a most-favoured-nation clause can only attract matters belonging to the same category of subject as the clause itself relates to […]" (1956, p. 106)"[13]. El tribunal acogió el argumento del Reino Unido y aplicó el principio *ejusdem generis* para señalar que las Cláusulas de NMF solo daban derecho a un trato equivalente a aquel que el Estado parte otorgaba a terceros, en virtud de tratados que versaran sobre la misma materia o fueran de la misma categoría.

Estos elementos han sido considerados por ciertos autores y tribunales al analizar la cláusula de NMF. Por ejemplo, en el caso *Emilio Agustín Maffezini c. España* seguido en el CIADI, el Estado español alegó que en virtud del principio *ejusdem generis*, la Cláusula de NMF alegada por la demandante solo podía ser aplicada para invocar aspectos sustantivos y no procedimentales como se pretendía hacer. Sin embargo, si bien el Tribunal rechazó el argumento de la demandada, reconoció que era posible aplicar el principio *ejusdem generis* como un límite en la aplicación de las Cláusulas de NMF. Específicamente, el Tribunal concluyó lo siguiente:

> De lo expuesto puede concluirse que, si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis* (*Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, 2000, párr. 56).

Otro ejemplo lo constituye el caso *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador* (2007) seguido también en el CIADI. En este caso, las demandantes invocaron la aplicación de las Cláusula de NMF del TBI Argentina–Ecuador buscando asegurar una aplicación retrospectiva del TBI Ecuador–EE. UU. de manera que eventos que habían ocurrido antes de la entrada en vigor de este último TBI se encontraran cubiertos por dicho tratado. Ante esta situación, el Tribunal rechazó la posibilidad de aplicar de forma retrospectiva un tratado en los términos pretendidos por las demandantes en virtud de la aplicación de una Cláusula de NMF (*M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador*, 2007, párrs. 56-68 y 118-128).

No obstante, la jurisprudencia reciente es cada vez más abierta a aceptar la Cláusula de NMF de maneras más amplias, lo que es consistente con la finalidad de dichas cláusulas y su objetivo de favorecer una mayor multilateralización del derecho

[12] [E]l tratado que contiene la cláusula de la nación más favorecida es el tratado básico sobre el cual el Reino Unido debe recaer [traducción libre].

[13] [U]na cláusula de nación más favorecida solo puede atraer asuntos pertenecientes a la misma categoría de la materia a la que se refiere la cláusula misma […] [traducción libre].

internacional de inversiones. Sin embargo, de forma lógica, este aspecto no implica tampoco que se deba caer en interpretaciones que desnaturalicen el sentido en que se ha pactado cada Cláusula de NMF en particular. En efecto, tal como recientemente señala Schill,

> [u]nder general international law, as accepted by other international courst and tribunals, most importantly the International Court of Justice (ICJ), and as reflected in the work of the International Law Commission (ILC), MFN clauses are to be interpreted against a multilateral background. Moreover, their wording permitting, they apply to more favorable treatment that the granting state extends to third states and their subjects, including investors, in international agreements (2018, pp. 3-4)[14].

Estos parámetros son bastante útiles, pero no constituyen reglas o límites absolutos. Por lo tanto, cada tribunal arbitral deberá analizar cada caso en concreto considerando sus particularidades y la jurisprudencia que resulte pertinente para el mismo.

C. Aplicación de las Cláusulas de NMF a las garantías sustantivas y a aspectos relativos a solución de controversias

Existen dos ámbitos en los que se puede aplicar una Cláusula de NMF para importar protecciones al inversionista: (i) estándares o garantías sustantivas; y, (ii) estándares relativos a la solución de controversias.

1. Cláusula de NMF para importar estándares sustantivos

Las **garantías o estándares sustantivos** son los estándares de protección que los Estados suelen pactar para buscar atraer y proteger la inversión extranjera. Los estándares más comunes son los vinculados a Expropiación, Trato Justo y Equitativo, Trato Nacional, Protección y Seguridad Plenas, la denominada Cláusula Paraguas y la misma Cláusula de NMF, entre otros. Hoy en día, la aplicación de la Cláusula de NMF para importar estándares de protección sustantivos es generalmente aceptada.

En esa línea, Sharmin afirma que "[t]he application of Most-Favoured-Nation (MFN) treatment to substantive standards within International Investment Agreements (IIAs) is uncontested in principle" (2018, p. 85)[15]. Por su parte, González de Cossío afirma que

> [a] diferencia de derechos adjetivos, la aplicación de la cláusula de nación más favorecida a derechos sustantivos no ha generado debate. El peso de autoridad (tanto casos como estudios) admiten que la cláusula de nación más favorecida permite beneficiarse de las garantías sustantivas contenidas en tratados secundarios (2009, p. 179).

Sin embargo, cabe señalar dos diferencias respecto de la aplicación de una Cláusula de NMF ante estos estándares: (i) cuando se aplican para importar una misma protección, pero pactada de manera más favorable en otro tratado; y, (ii) cuando se aplican para importar protecciones no previstas en el tratado que contiene la Cláusula de NMF.

En primer lugar, se puede invocar una Cláusula de NMF de un tratado que contiene una garantía sustantiva pactada de manera restrictiva para importar de otro tratado esa misma garantía, pero bajo el estándar más favorable que fue incorporado en este otro tratado. Por ejemplo, en *Pope & Talbot Inc. c. Canadá* (2000-2002) la empresa norteamericana Pope & Talbot Inc. demandó al Estado canadiense alegando una violación del estándar de Trato Justo y Equitativo (en adelante, TJE). Este estándar se encontraba presente en el artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), que era el tratado aplicable al caso.

Si bien el inversionista no alegó una aplicación de la Cláusula de NMF contenida en el artículo 1103 del NAFTA para poder importar estándares de TJE más favorables presentes en otros tratados, el tribunal igual consideró pertinente pronunciarse sobre este extremo y señaló que esta era una posibilidad completamente válida, concluyendo que era muy poco probable que los Estados parte del NAFTA hubieran acordado brindar un TJE menos favorable que el que se otorgaba a los nacionales de terceros Estados por medio de otros tratados (*Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, 2001, párr. 117).

---

[14] Según el derecho internacional general, tal como lo aceptan otras cortes y tribunales internacionales, especialmente la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y como se refleja en el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), las Cláusulas de NMF deben interpretarse en relación a un contexto de multilateralización […] si su redacción lo permite, estas podrán otorgar un trato más favorable que el Estado garante, por medio de acuerdos internacionales, extiende a terceros Estados y sus nacionales, incluidos los inversores [traducción libre].

[15] [L]a aplicación del tratamiento de la Nación Más Favorecida (NMF) a los estándares sustantivos dentro de los Acuerdos Internacionales de inversión (AII) es, en principio, indiscutible [traducción libre].

Un razonamiento similar se aplicó en el caso *MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A. c. Chile* (2004) seguido en el CIADI. En este caso, las demandantes alegaron que Chile había violado el estándar de TJE al haberles generado fuertes expectativas de que un importante proyecto inmobiliario se podría llevar a cabo en una región determinada, pero posteriormente se señaló que no se podía llevar a cabo (*MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A.C. c. República de Chile*, 2004, párr. 116). Las demandantes alegaron que, mediante la aplicación de la Cláusula de NMF del TBI Chile–Malasia, aplicable al caso, era posible importar estándares de TJE más favorables de otros tratados suscritos por Chile; específicamente, el TBI Chile–Dinamarca y el TBI Chile–Croacia (2004, párrs. 100-104).

El Tribunal acogió la interpretación de las demandantes y aplicó la Cláusula de NMF para importar el estándar de TJE de los otros TBI suscritos por Chile. El Tribunal sostuvo que "[…] under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments" (2004, párr. 104)[16].

De la misma forma, en el caso *CME Czech Republic B.V. c. República Checa* (2003), el inversionista invocó la Cláusula de NMF del artículo 3.5. del TBI República Checa–Países Bajos para importar una definición más favorable de compensación que la presente en el tratado y que hacía referencia solamente a una **compensación justa**. De esta forma, se buscaba importar la definición de compensación presente en el TBI República Checa–EE.UU., y que recogía el término de **Valor Justo de Mercado** o *Fair Market Value*. El Tribunal aceptó la interpretación del inversionista y sostuvo que se le debía otorgar una compensación bajo el estándar de "Valor Justo de Mercado" (*CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, 2003, párr. 500)[17].

Igualmente, el caso *White Industries Australia Limited c. India* (2011), se discutió la posibilidad de aplicar la Cláusula de NMF en el TBI Australia–India para importar estándares sustantivos más favorables contenidos en el TBI India–Kuwait. La demandada alegó que dicha importación de estándares **subvertía** el equilibrio del TBI Australia–India, que había sido cuidadosamente establecido por las partes. El Tribunal rechazó el argumento de India y permitió la aplicación de la Cláusula de NMF para invocar estándares sustantivos más favorables (*White Industries Australia Limited c. India*, 2011, párrs. 11.2.3 y 11.2.4)[18].

En segundo lugar, se puede aplicar una Cláusula de NMF para invocar garantías sustantivas que no se encuentran incluidas en el tratado que contiene la Cláusula de NMF.

Por ejemplo, esto ocurrió en *Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistán* (2005). En este caso, el TBI Turquía–Pakistán no incluía una cláusula de TJE, por lo que el inversionista invocó este estándar aplicando la Cláusula de NMF contenida en dicho TBI, y se remitió a los TBI que Pakistán suscribió con Francia, Países Bajos, China, el Reino unido, Australia y Suiza, que sí contenían dicho estándar. Finalmente, el tribunal concluyó que, "[u]nder these circumstances and for the purposes of assessing jurisdiction, the Tribunal considers, *prima facie*, that Pakistan is bound to treat investments of Turkish nationals 'fairly and equitably'" (*Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán,* 2005, párr. 232)[19].

Asimismo, en el caso *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Jordania* (2010), la demandante invocó la Cláusula de NMF en el TBI Turquía–Jordania para importar estándares sustantivos más favorables de otros tratados suscritos por Jordania. De tal forma, el Tribunal no solo permitió que se importaran estándares sustantivos más fa-

[16] [E]l Tribunal ha concluido que, según el TBI, el estándar de trato justo y equitativo debe interpretarse de la manera más propicia para cumplir con el objetivo del TBI para proteger las inversiones y crear condiciones favorables para inversiones [traducción libre].

[17] La determinación de compensación bajo el Tratado entre Países Bajos y la República Checa sobre la base de "Valor Justo de Mercado" encuentra sustento en la cláusula de Nación Más Favorecida del Artículo 3 (5) del Tratado. […] El Tratado bilateral de inversiones entre EE.UU. y la República Checa otorga una compensación que debe ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente después de ocurrido el acto expropiatorio. Por tanto, la República Checa está obligada a proveer no menos que el "Valor Justo de Mercado" al inversionista en relación a su inversión (*CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, 2003, párr, 500) [traducción libre]

[18] La traducción de la cita anterior es la siguiente: Aquí, White no busca poner en discusión la posibilidad de importar aspectos relativos a solución de controversias de otro TBI, sino está haciendo uso del derecho a recaer en estándares sustantivos más favorables de un tratado con un tercer Estado [el TBI India-Kuwait]. Esto no 'subvierte' el balance negociado respecto del TBI. Por el contrario, logra exactamente el resultado que las partes pretendían al incorporar en el TBI una Cláusula de NMF (White Industries Australia Limited c. India, 2011, párrs. 11.2.3 y 11.2.4) [traducción libre].

[19] [B]ajo estas circunstancias y con el propósito de evaluar su jurisdicción, el tribunal considera, prima facie, que Pakistán está obligado a tratar las inversiones de los ciudadanos turcos justa y equitativamente [traducción libre].

vorables a aquellos incluidos en el TBI Turquía–Jordania, sino también estándares sustantivos adicionales a los incluidos en dicho TBI. Específicamente, se importó el estándar de Trato Justo y Equitativo que fue extraído del TBI Jordania–Reino Unido, y que no se encontraba en el TBI Turquía-Jordania (*ATA Construction Industrial and Trading Company c. Jordania*, 2010, párrs. 73 y 125).

Finalmente, en el caso *L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. Argelia* (2008), las demandantes invocaron la Cláusula de NMF del TBI Argelia–Italia para importar el estándar de Trato Justo y Equitativo contenido en otros tratados suscritos por Argelia. El Tribunal acogió el pedido de las demandantes y señaló que

> [l]e Tribunal arbitral constate que l'Accord bilatéral entre l'Algérie et l'Italie ne contient aucune clause spécifique relative à l'obligation de traitement juste et équitable des investisseurs de l'autre Etat. Il rappelle toutefois que l'Accord bilatéral contient en son article 3.1 une clause de la nation la plus favorisée […]" (*L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. Argelia*, 2008, párr. 150)[20].

Como se evidencia, la jurisprudencia acepta mayoritariamente la incorporación de estándares y protecciones sustantivas a través de cláusulas de NMF. Si bien cada caso merece un análisis concreto, dicha posibilidad de importar protecciones sustantivas resulta adecuada, considerando la finalidad de incorporar una Cláusula de NMF: otorgar un trato no menos favorable a los inversionistas de un Estado, como el que se otorga a los inversionistas de terceros Estados.

Por el contrario, existen también ciertos casos en los que algunos tribunales arbitrales han rechazado la importación de estos estándares a través de Cláusulas de NMF en tratados que no los contenían.

En relación al NAFTA, los tres Estados parte del tratado han planteado una interpretación restrictiva de la Cláusula de NMF presente en el artículo 1103. El artículo 1128 del tratado permite que los Estados parte que no se encuentran en conflicto puedan intervenir en los procesos y emitir opiniones en relación a la forma como consideran debe interpretarse el tratado. Con esto, se busca garantizar que el NAFTA se interprete de una manera que resulte consistente con las visiones de los tres Estados parte y no solo aquellos que forman parte de la controversia o cuyos nacionales forman parte de la controversia. Es en este contexto que los tres Estados parte, ya sea como partes que no se encuentran en conflicto o como demandados, han señalado que la Cláusula de NMF del artículo 1103 debe interpretarse de forma restrictiva (Batifort & Heath, 2017, pp. 899-905).

Ahora bien, al existir inicialmente jurisprudencia variable, Dolzer y Schreuer afirmaron que "[…] es demasiado pronto para concluir en términos más amplios en qué dirección puede evolucionar la jurisprudencia con respecto al efecto de una Cláusula de NMF para la invocación de otro tratado" (2008, p. 191). No obstante, la tendencia jurisprudencial más reciente parece reflejar la intención de sí importar garantías sustantivas no previstas en el tratado que cuenta con la cláusula de NMF, lo que es además consistente con la finalidad de dicha cláusula. Esto mismo ha sido reconocido por Caron y Shirlow, quienes confirman que las Cláusulas de NMF usualmente son invocadas para importar estándares sustantivos adicionales a los incluidos en el tratado base. Sin embargo, advierten que "[t]he success of such claims has been mixed and depends to a significant extent upon the wording and structure of the particular MFN clause in issue" (2015, pp. 8-9)[21].

Consideramos que dicha apreciación es correcta. Es claro que cuando los Estados pactan una Cláusula de NMF, lo que buscan es, por un lado, atraer la inversión extranjera dando mayores protecciones a los inversionistas y, por otro lado, cumplir con satisfacer un objetivo homogeneizador de las garantías y estándares sustantivos de protección más favorables que han acordado o que acordarán con terceros Estados. Estos dos objetivos, propios del derecho internacional de inversiones, pueden satisfacerse aplicando las Cláusulas de NMF para importar estándares sustantivos de protección, como mayoritariamente realiza la jurisprudencia reciente. De forma lógica, este aspecto siempre deberá realizarse de forma razonable y teniendo en cuenta la redacción particular de cada Cláusula de NMF, los criterios de interpretación aplicables y los hechos de cada caso en concreto, sin que se le termine desnaturalizando.

[20] [L]a aplicación de la cláusula de nación más favorecida tiene el efecto de beneficiar a las Demandantes de un trato justo y equitativo garantizado expresamente por los tratados bilaterales de inversión más favorables celebrados por Argelia y, en particular, por el artículo 3.1. del Acuerdo entre la Unión belga-luxemburguesa y Argelia del 24 de abril de 1991 [traducción libre].

[21] [E]l éxito de tales reclamaciones ha sido mixto y depende en gran medida de la redacción y la estructura de la Cláusula de NMF en cuestión [traducción libre].

2. Cláusula de NMF para importar aspectos relativos a solución de controversias

El uso de Cláusulas de NMF también puede darse para importar reglas procedimentales o jurisdiccionales. Uno de los casos más relevantes en este punto es el ya mencionado caso *Emilio Agustín Maffezini c. España*. En este caso, el TBI Argentina–España contaba con una disposición de vías previas[22] que requería, como requisito para poder someter la controversia a arbitraje que el demandante la hubiera sometido a las cortes nacionales por lo menos durante un periodo de dieciocho meses. Dicho requisito era de carácter procedimental, puesto que exigía un requisito previo al inicio del arbitraje. El inversionista invocó la Cláusula de NMF para buscar inaplicar esta disposición, en virtud del TBI Chile–España que no contenía dicho requisito (*Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, 2000, párrs. 38-64). Finalmente, el tribunal le dio la razón al inversionista afirmando lo siguiente:

> […] el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado […] el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles (2000, párr. 64).

No obstante, el Tribunal advirtió que la aplicación de la Cláusula de NMF no debe determinar una aplicación excesiva que altere los objetivos de los tratados o los desnaturalice. De tal forma, se expresó lo siguiente:

> […] debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra (2000, párr. 63).

Como se observa, las partes tampoco pactaron limitaciones expresas a la aplicación de esta Cláusula de NMF por lo que solo cabe concluir, al igual que lo hizo el Tribunal, que mediante esta cláusula sí se podían importar reglas procedimentales más favorables que las pactadas en el TBI Argentina–España. Por tanto, mediante esta aplicación no se realizó un ejercicio excesivo que haya generado un desequilibrio de los derechos del Estado, sino, por el contrario, solo se aplicó una Cláusula de NMF de una manera que es coherente con la forma en la que fue pactada y, por ende, acorde con el alcance que se presume quisieron darle las partes.

En ese sentido, varios tribunales han acogido la interpretación del caso Maffezini y se han mostrado abiertos ante la posibilidad de aplicar aspectos procedimentales más favorables de otros TBI[23]. Igualmente, en el caso *Impregilio S.p.A. c. Argentina* (2011) el Tribunal concluyó que la Cláusula de NMF contenida en el TBI Argentina–Italia sí podía ser aplicada para invocar cuestiones procesales más favorables como las contenidas en el TBI Argentina–EE.UU. De esa forma, se mencionó lo siguiente:

> El Tribunal de Arbitraje opina que el término 'trato' en sí mismo es lo suficientemente amplio como para aplicarse también a las cuestiones procesales, tales como la resolución de controversias. Asimismo, la frase 'todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo' ciertamente es lo suficientemente amplia como para incluir las normas de resolución conflictos (2011, párr. 99).

Por el contrario, la jurisprudencia ha sido algo más escéptica frente a la posibilidad de poder importar cláusulas relativas al consentimiento de los Estados para poder someter disputas a un arbitraje de inversión por medio de Cláusulas de NMF. Es decir, a importar el derecho en sí mismo de poder iniciar un arbitraje de inversión.

En el caso *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (2005), por ejemplo, el inversionista buscó invocar una Cláusula de NMF para poder importar un requisito jurisdiccional que le permitiera someter la controversia a un tribunal CIADI (2005, párr. 27). Sin embargo, el Tribunal rechazó la pretensión del inversionista y estableció que "una Cláusula de NMF en un tratado no permite importar disposiciones jurisdiccionales" (*Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, 2005, párr. 223).

Por ello, podemos afirmar que, en materia de solución de controversias, generalmente los tribunales se han mostrado proclives a aceptar importar

[22] Ciertos tratados incluyen disposiciones de vías previas que, con ciertas variaciones, establecen el sometimiento de la controversia a vías internas antes de poder iniciar un procedimiento de internacional.

[23] Para mayor información, véase *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina* (2005, párrs. 41-49); *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (2005, párrs. 52-68); *National Grid PCL c. República Argentina* (2006); y *Hochtief A.G. c. República Argentina* (2011, párrs. 59-99); *Siemens A.G. c. República Argentina* (2004, párrs. 80-109).

aspectos procedimentales más favorables, aunque existe mayor discusión respecto a la posible importación de disposiciones relativas al consentimiento de la jurisdicción.

III. LA CLÁUSULA PARAGUAS

La cláusula paraguas tiene como efecto que las obligaciones que asume un Estado en un contrato celebrado con un inversionista, tengan a su vez las protecciones propias del derecho internacional previstas en un tratado entre el Estado receptor y el Estado del inversionista. Gazzini y Tanzi la definen como una cláusula que "[…] it extends the protection of the treaty to legally binding commitments external to the treaty" (2013, p. 985)[24]. Ahora, normalmente, se extiende la protección del TBI a obligaciones de origen contractual. Como explica Schreuer: "se les llama cláusulas paraguas, porque ponen los contratos debajo de la protección del paraguas del tratado" (2004, p. 231).

Según sostiene Yannaca-Small, la primera referencia a una cláusula paraguas como protección de inversiones se dio entre los años 1956 y 1959, en el Abs Draft International Convention for the Mutual Protection of private Property Rights in Foreing Countires (2010, p. 481). En esa línea, el primer caso en el que se aplicó una Cláusula Paraguas fue en 1998 en el caso *Fedax N.V. c. Venezuela* (1998). Si bien en el caso concreto se aplicó una protección bajo lo que se conoce como cláusula paraguas hoy en día, el Tribunal no realizó un análisis detallado sobre su naturaleza e impacto, lo que recién sucedió con los casos de la *Societé Générale de Surveillance (SGS)* (2010, p. 480).

A la fecha, se considera que existen cerca de 2,700 TBI en el mundo y que aproximadamente el 40% de ellos cuentan con una cláusula paraguas (Gill *et al*., 2004, p. 397). Téngase en cuenta, no obstante, que Crawford indica que no existe una única cláusula paraguas, es decir, existen diferentes formulaciones de este estándar de protección (2008, p. 355).

Por ello, si bien existen diferentes tipos de cláusulas paraguas y, naturalmente, diferentes interpretaciones jurisprudenciales respecto de ellas, Gazzini y Tanzi plantean que existen tres categorías generales sobre tipos de cláusulas paraguas (2013, p. 985).

La primera, que consideran la más común, es aquella con un texto típico que indica que "each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments" (2013, p. 985). Si bien cada caso concreto merecerá un análisis detallado, ambos consideran que es generalmente aceptado que la violación a la cláusula paraguas generaría responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión bajo los mecanismos previstos en el tratado. Al tratarse de formulaciones abiertas y amplias, es comúnmente aceptado que ese tipo de cláusulas paraguas otorguen la protección del tratado a todo tipo de obligaciones o compromisos celebrados con inversionistas extranjeros protegidos por la cláusula paraguas. Este tipo de cláusula está presente, por ejemplo, en varios tratados suscritos por Argentina a inicios de la década de 1990[25].

La segunda categoría es aquella en la que se impone a las partes la protección del tratado para obligaciones asumidas en documentos o acuerdos externos al tratado en sí mismo, pero sin alterar las reglas de solución de controversias previstas en estos documentos o acuerdos externos (p. 986). Se trata de cláusulas menos comunes, pero que están presentes por ejemplo en varios tratados celebrados por México[26]. En otras palabras, bajo este tipo de cláusulas, y dependiendo de cada caso en particular, los incumplimientos a contratos o acuerdos distintos al tratado, generarían responsabilidad internacional del Estado, pero no activarían los remedios previstos en dicho tratado (p. 987).

La tercera categoría es aquella en la que se extiende la protección del tratado específicamente a autorizaciones de inversión y contratos de inversión. Bajo esta categoría, se permite a los inversionistas

[24] […] extiende la protección del tratado a otros acuerdos legalmente vinculantes pero externos al tratado [traducción libre].

[25] Para mayor información, véase el Tratado entre el Gobierno de la República de Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 14 de noviembre de 1991; el Convenio entre el Gobierno de la República de Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, suscrito el 26 de agosto de 1992; y el Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 9 de abril de 1991.

[26] Véase el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Francia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 12 de noviembre de 1998. Dicho documento, en su artículo 10.2, menciona lo siguiente:

> Cada una de las Partes Contratantes observará cualquier obligación que haya asumido por escrito, en relación con inversiones en su territorio hechas por inversionistas de la otra Parte Contratante. Las controversias surgidas respecto de dichas obligaciones, serán solucionadas únicamente de acuerdo a los términos contenidos en el contrato respectivo (1998).

recurrir al arbitraje bajo tratado por violaciones a instrumentos distintos al tratado (p. 987).

En cualquiera de los tres casos, o bajo alguna formulación diferente, se concluye que al pactar una cláusula paraguas las partes se obligan a asumir obligaciones vinculadas al tratado, tanto materiales como procesales ajenas a dicho tratado (p. 987).

La jurisprudencia es consistente en ese sentido. Por ejemplo, en el caso *EDF International S.A. y otros c. Argentina* (2012), el Tribunal señaló que estas obligaciones sí se encontraban incluidas bajo la protección de la cláusula y sostuvo que

> [t]he 'umbrella clauses' in question are broadly worded. A clear and ordinary reading of these dispositions covers commitments undertaken with respect to investors, or undertaken in connection with investments. […] Concession agreements granted to foreign investors for specific investments, such as those at issue in this arbitration, fall within the protection of an 'umbrella clause' (*EDF International S.A. y otros c. República Argentina*, 2012, párrs. 938 y 939)[27].

Asimismo, en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Paraguay* (2010), que actualmente constituye uno de los casos más emblemáticos sobre la aplicación de las cláusulas paraguas, el Estado paraguayo alegó que el Tribunal carecía de jurisdicción en tanto que el inversionista buscaba realizar un reclamo sobre la base de un contrato en el cual específicamente se señalaba que el fuero competente para dirimir todas las controversias que surgieran en relación al mismo eran las cortes judiciales paraguayas. El inversionista replicó que estaba realizando un reclamo en base al TBI, debido a que todos los incumplimientos del contrato que reclamaba, constituían obligaciones internacionales cubiertas por la cláusula paraguas contenida en el dicho tratado. El Tribunal rechazó la posición de Paraguay en los siguientes términos:

> Sobre esta base, pocas dificultades tenemos para concluir que el Tribunal posee jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11 [la cláusula paraguas del tratado], que impone al Estado la obligación de respetar en todo momento las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte. El enunciado de esa obligación no contiene limitación alguna: evidentemente se aplica a todos los compromisos de género, establecidos por contrato o por ley; unilaterales o bilaterales, etc. (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Paraguay*, 2010, párr. 167).

Si bien es cierto que en ambos casos se otorga un alcance extenso a las cláusulas paraguas, ello es consistente con el texto de dichas cláusulas, cuyo fraseo es precisamente amplio y, por ende, coherente con la interpretación que realizaron ambos tribunales arbitrales. Sobre el particular uno de los laudos indicó lo siguiente: "the 'umbrella clauses' in question are broadly worded" (*EDF International S.A. y otros c. República Argentina*, 2012, párr. 938).

En el mismo sentido, Gaillard afirma que la finalidad de este tipo de cláusulas es permitir que incumplimientos contractuales sean considerados como incumplimientos al tratado por parte del Estado receptor de la inversión (2003, p. 868).

IV. IMPORTANDO CLÁUSULAS PARAGUAS A TRAVÉS DE CLÁUSULAS DE NMF

Hasta ahora, se ha analizado por separado las nociones, alcances e interpretaciones aplicadas a las Cláusulas de NMF y Cláusulas Paraguas. Existe, sin embargo, un uso –en principio– aceptado para la aplicación conjunta de ambas cláusulas. Es decir, que a través de una Cláusula de NMF se importe una Cláusula Paraguas contenida en un tratado distinto.

Cada caso merece un análisis particular, y debe ser realizado sobre la base de las reglas específicas aplicables y a los tratados involucrados. Sin embargo, nuestra posición es que debe ser posible permitir la aplicación de una Cláusula Paraguas a través de una Cláusula de NMF. Para tal efecto, primero, se analizará la jurisprudencia que trata dicha aplicación y; finalmente, su utilización.

En un inicio, algunos tribunales lidiaron con la posibilidad de importar cláusulas paraguas por medio de la aplicación de cláusulas NMF. Sin embargo, por diversas razones no decidieron directamente sobre dicha posibilidad, es decir, si se podían aplicar las Cláusulas de NMF de esta forma cuando no se habían pactado limitaciones expresas a su aplicación (Pérez-Aznar, 2018, p. 785).

[27] [L]as 'cláusulas paraguas' en cuestión están redactadas de forma amplia. Una lectura ordinaria de estas disposiciones permite entender que cubren a los compromisos contraídos con respecto a los inversionistas, o realizados en relación a sus inversiones. […] Acuerdos de concesión otorgados a inversionistas extranjeros para inversiones específicas, como los que están en disputa en este arbitraje, caen bajo la protección de una "cláusula paraguas' [traducción libre].

Por ejemplo, en el caso *Sergei Paushok et al. c. Mongolia* (2011), los inversionistas invocaron la Cláusula de NMF del TBI Rusia–Mongolia para importar la cláusula paraguas contenida en el TBI Mongolia–EE.UU. El Estado argumentó que este aspecto no era posible debido a dos razones: (i) la Cláusula de NMF limitaba expresamente su aplicación a determinados supuestos que no incluían la importación de cláusulas paraguas, y (ii) porque, en líneas generales, a través de la aplicación de una Cláusula de NMF no era posible importar un estándar de protección sustantivo distinto de aquellos que se hubieran pactado expresamente en el tratado.

Por su parte, el Tribunal señaló que las Cláusulas de NMF sí podían ser utilizadas para importar estándares de protección sustantivos más favorables (como es el caso de una cláusula paraguas). El Tribunal indicó que eso era posible también para los casos en los que se tratara de estándares distintos a los pactados en el tratado aplicable. Así, sostuvo que "[h]istorically, tribunals have tended to construe MFN clauses broadly and they have regularly accepted to import substantive rights into an investment treaty from treaties that the host State has signed with other countries" (*Sergei Paushok et al. c. Mongolia*, 2011, párr. 565)[28].

No obstante, debido a que la Cláusula de NMF del TBI Mongolia–Rusia –aplicable al caso concreto– tenía un alcance restringido en su texto, por lo cual solo permitía importar estándares más favorables de TJE, el Tribunal concluyó que no podía aplicarla para importar estándares de protección distintos como el caso de una cláusula paraguas (2011, párr. 570)[29].

Asimismo, en el caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (2005), el inversionista invocó la Cláusula de NMF del artículo 3.2. del TBI Italia–Pakistán para importar una cláusula paraguas como la pactada en el TBI Suiza–Pakistán. Justamente, mediante esta importación se buscaba otorgar a las obligaciones contenidas en los contratos suscritos entre la demandante y la Autoridad de Desarrollo en Agua y Energía Pakistaní (en adelante, WAPDA), entidad de carácter independiente con rango de obligación internacional.

Sin embargo, el Tribunal señaló que no había necesidad de pronunciarse sobre la posibilidad de poder importar cláusulas paraguas mediante Cláusulas de NMF debido a que los contratos a los que se pretendía aplicar dichas cláusulas paraguas habían sido suscritos entre Impregilo y WAPDA, y no entre Impregilo y Pakistán. Por lo tanto, como Pakistán no era parte de los contratos, carecía de sentido pronunciarse sobre la importación de la cláusula paraguas (*Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, 2005, párrs. 220-223).

Es recién mediante el caso *EDF International S.A. y otros c. Argentina* (2012) que se termina abordando directamente la posibilidad de importar una cláusula paraguas mediante una Cláusula de NMF que no contenía limitaciones expresas a su aplicación. En este caso, a diferencia de los otros casos expuestos, el Tribunal sí se vio en la obligación de tener que analizar esta posibilidad. Las demandantes invocaron la Cláusula de NMF contenida en el TBI Argentina–Francia para buscar beneficiarse de la aplicación de las cláusulas paraguas contenidas en los TBI Argentina–Alemania y Argentina–Bélgica-Luxemburgo (*EDF International S.A. y otros c. República Argentina*, 2012, párrs. 921-923).

Por su parte, la demandada contestó alegando que la aplicación de la cláusula paraguas a través de una Cláusula de NMF no era posible, en tanto consideraba que vulneraba el principio *ejusdem generis* (2012, párr. 925).

El Tribunal resolvió acogiendo la pretensión del inversionista e incluso concluyó que denegar la aplicación de la Cláusula de NMF para beneficiarse de las cláusulas paraguas, contravendría la finalidad principal de la Cláusula de NMF

> After due consideration of the Parties 'arguments, the Tribunal concludes that the MFN clause does in fact permit recourse to the —umbrella clauses‖ of third-country treaties, which leads to arbitration rather than the ad-

[28] [H]istóricamente, los tribunales han tendido a interpretar las Cláusulas de NMF de forma amplia y regularmente han aceptado importar derechos sustantivos a un tratado de inversión de tratados que el Estado anfitrión ha firmado con otros países [traducción libre].

[29] La traducción de la anterior cita es la siguiente: Los argumentos de las Demandantes sobre el significado y el efecto de una cláusula paraguas son, sin embargo, de interés puramente académico en este caso. El Tratado es bastante claro en cuanto a la interpretación que debe darse a la cláusula NMF contenida en el artículo 3(2): la extensión de los derechos sustantivos que permite sólo tiene que ver con el artículo 3(1) que trata del trato justo y equitativo. Si existe algún otro tBI entre Mongolia y otro Estado que prevea una disposición más generosa en relación con un trato equitativo, un inversor en virtud del Tratado tiene derecho a invocarlo. Pero ese inversor no puede utilizar esa cláusula NMF para introducir en el Tratado derechos sutantivos completamente nuevos, como los concedidos en virtud de una cláusula paraguas (2011, párr. 565) [traducción libre].

> ministrative courts of the City of Mendoza. […] There is nothing mysterious about the fact that the same acts may constitute both a contractual breach and a violation of relevant treaty obligations. This Tribunal 's competence rests on the alleged violation of the ―umbrella clause‖ in the relevant investment treaties as incorporated through the MFN clause in the Argentina-France BIT. To ignore the MFN clause in this case would permit more favorable treatment to investors protected under third countries, which is exactly what the MFN Clause is intended to prevent (2012, párrs. 929, 931 y 932)[30].

En un segundo caso, otro tribunal se enfrentó a una situación muy similar en la que tuvo decidir si se podía aplicar la Cláusula de NMF para importar una cláusula paraguas. Se trata del caso *Franck Charles Arif c. Moldavia* (2013). El demandante invocó la Cláusula de NMF del TBI Moldavia–Francia para buscar beneficiarse de las cláusulas paraguas contenidas en los TBI Moldavia–Reino Unido y Moldavia–Estados Unidos (*Franck Charles Arif c. República de Moldavia*, 2013, párr. 143).

La demandada contestó señalando que no era posible importar cláusulas paraguas a través de una Cláusula de NMF (2013, párrs. 139-144). El tribunal acogió la pretensión del inversionista en los siguientes términos:

> 5. The Tribunal agrees with Claimant that 'umbrella' clauses are substantive in nature. A breach of specific undertakings covered by an 'umbrella' clause will give rise to a substantive breach of the BIT. In this sense, the Tribunal rejects Respondent's argument that 'umbrella' clauses are procedural in nature and cannot be imported through an MFN clause […]. Both Parties agree that an MFN clause applies to substantive obligations. The MFN clause in Article 4 is broadly drafted and does not restrict its application to any particular kind of substantive obligation under the BIT. Therefore, the Tribunal finds that the MFN clause of the BIT can import an 'umbrella' clause (which is substantive in nature), from either the Moldova-UK or Moldova-USA BIT, thereby extending the more favourable standard of protection granted by the 'umbrella' clause in either one of these BIT's into the BIT at hand (2013, párrs. 395-396)[31].

Por lo tanto, se entiende que, en los dos últimos casos reseñados y en los cuales los tribunales arbitrales se vieron en la obligación de tener que decidir sobre la importación de cláusulas paraguas a través de cláusulas de NMF, las conclusiones a las que arriban los tribunales arbitrales son concluyentes y favorables respecto de la aplicación de las Cláusulas de NMF para importar cláusulas paraguas de otros tratados.

Sin embargo, en el caso *Içkale Inşaat Limited* Şirketi *c. Turkmenistán* (2016), el tribunal resolvió de manera distinta. En este caso, el inversionista buscó importar los estándares de TJE, Protección y Seguridad Plenas y cláusula paraguas de otros tratados suscritos por Turkmenistán con terceros Estados en base a la aplicación de la Cláusula de NMF contenida en el TBI Turquía–Turkmenistán. El tribunal rechazó la solicitud del inversionista y señaló, entre otros motivos, que la Cláusula de NMF debía interpretarse de forma restrictiva limitando la importación de estándares más favorables a los pactados expresamente en el tratado (*Içkale Inşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, 2016, párrs. 326-332).

Esta decisión fue cuestionada por ser contraria a la tendencia más reciente en arbitraje de inversiones. Por ejemplo, Schill sostuvo que

> […] the Award in İçkale, and its interpretation of the MFN clause in the Turkey-Turkmenistan BIT, is highly problematic and should not be used to query the effect of MFN clauses in IIAs as commitments to multilateralize benefits

[30] Después de haber considerado debidamente los argumentos de las Partes, el Tribunal concluye que la Cláusula de NMF de hecho sí permite recurrir a las "cláusulas paraguas" de los tratados de terceros países, lo que deriva en un arbitraje en vez de derivar en los tribunales administrativos de la Ciudad de Mendoza. […] No hay nada misterioso en el hecho de que los mismos actos puedan constituir tanto un incumplimiento contractual como una violación de las obligaciones relevantes del tratado. La competencia de este Tribunal descansa en la presunta violación de la 'cláusula paraguas' de los tratados de inversión relevantes, incorporada a través de la Cláusula de NMF en el TBI Argentina–Francia [traducción libre].

[31] El Tribunal está de acuerdo con el Demandante en que las cláusulas 'paraguas' son sustantivas en naturaleza. El incumplimiento de compromisos específicos cubiertos por una cláusula 'paraguas' da lugar a una violación sustancial del TBI. En este sentido, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que las cláusulas 'paraguas' son de naturaleza procesal y no pueden ser importadas a través de una Cláusula de NMF […]. Ambas partes están de acuerdo en que una Cláusula de NMF es aplicable a obligaciones sustantivas. La Cláusula de NMF del artículo 4 está redactada de forma amplia y no restringe su aplicación a algún tipo de obligación sustantiva en particular bajo el TBI. Por lo tanto, el Tribunal determina que la Cláusula de NMF del TBI sí puede importar una cláusula 'paraguas' (que es sustantiva en naturaleza), ya sea del TBI Moldavia–Reino Unido o del TBI Moldavia–Estados Unidos, extendiendo así el estándar de protección más favorables otorgado por la cláusula "paraguas" en cualquiera de esos TBI al TBI en cuestión [traducción libre].

> granted under IIAs to third-countries and to harmonize investment protection in a given host state. Instead, the general international law background, which supports the application of MFN clauses in IIAs to substantive standards of treatment, should be given preference in applying IIAs, as long as the clauses' wording and other relevant context so permit (2018, p. 21)[32].

Creemos correcto que la interpretación que se dé a las cláusulas de NMF sea una que permita la importación de protecciones sustantivas al inversionista, tal como es la cláusula paraguas. Sin embargo, tal como indica Schill, "[…] the interpretation of MFN clauses in IIAs has to start with a treaty-by-treaty approach that is attentive to the text, context, and object and purpose of the clause in question" (2018, p. 3)[33].

Como se indicó al inicio de presente artículo, el derecho internacional de inversiones se ha caracterizado por su fragmentación. Sin embargo, es a partir de ello que la comunidad internacional constantemente realiza grandes esfuerzos en busca de lograr una mayor multilateralización y homogeneidad en el trato que se brinda a los inversionistas extranjeros.

Lo anterior es beneficioso por diversas razones. Primero, porque evita un trato diferenciado a distintos estados por parte de un mismo Estado receptor de inversiones. Segundo, porque es consistente con la finalidad del derecho internacional de las inversiones que persigue la promoción de la inversión extranjera bajo estándares de seguridad para los inversionistas, siempre que ello sea aplicado de manera razonable y considerando el contexto y las cláusulas pertinentes. Como es evidente, ello no debe generar situaciones de inequidad para los estados. Tercero, porque genera un efecto homogeneizador en el derecho internacional de inversiones que, en muchas ocasiones, no se logra debido a las dificultades propias para modificar tratados o a la jurisprudencia que naturalmente es diversa debido al análisis específico de cada tratado y cada contexto en particular.

Las Cláusulas de NMF juegan un rol muy relevante para la multilateralización y armonización del derecho internacional. En tal sentido, la importación de estándares sustantivos –entre los que se incluye a las cláusulas paraguas– representa una manera de permitirles cumplir la función para la cual han sido pactadas y con la cual las partes signatarias de los tratados que los incluyen estuvieron de acuerdo en autorizar.

En atención a lo expuesto, consideramos que sí debe ser posible la importación de las cláusulas paraguas por medio de la aplicación de las Cláusulas de NMF. La importación de este tipo de estándares sustantivos, por más que no se hayan pactado expresamente en los tratados directamente aplicables, no generan una desnaturalización la voluntad de las partes, ya que ello fue aceptado al incorporar las cláusulas de NMF en dichos tratados. Lo anterior, claro está, siempre que las cláusulas y el contexto aplicable al caso permitan sostener dichas conclusiones, debiendo interpretárselas acorde con la buena fe y la razón por la cual las partes acordaron o quisieron acordar la cláusula en cuestión.

Por lo expuesto, consideramos correcto dar ese tipo de interpretación a las Cláusulas de NMF, permitiendo la importación de cláusulas paraguas, sujeto a lo que el texto y contexto determinen. Esto genera un efecto positivo, mejorando las relaciones de los Estados con los inversionistas y promoviendo las inversiones extranjeras. En cualquier caso, si un Estado prefiere no estar sujeto a dicha posibilidad y, en tal sentido, ser más restrictivo o conservador en las protecciones que otorga a inversionistas extranjeros, está en la libertad de solo someterse a tratados con Cláusulas de NMF que establezcan expresamente restricciones que impidan ese tipo de aplicaciones, o que, de otra manera, generen interpretaciones restrictivas.

V. CONCLUSIONES

A raíz de lo analizado en el presente artículo, considerando la jurisprudencia y tendencias recientes del arbitraje de inversiones expuestas, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

a) Las Cláusulas de NMF permiten importar a un tratado protecciones previstas en otro.

[32] [E]l laudo de Içkale, y su interpretación de la Cláusula de NMF en el TBI Turquía–Turkmenistán, es muy problemático y no debe utilizarse para consultar el efecto de las Cláusulas de NMF en los AII [Acuerdos Internacionales de Inversiones] […] los antecedentes del derecho internacional, que respaldan la aplicación de Cláusulas de NMF en los AII para importar estándares sustantivos de protección, deben tener preferencia en la aplicación de los AII, siempre que la redacción de las cláusulas y otros contextos relevantes lo permitan [traducción libre].

[33] [L]a interpretación de cláusulas NMF y de acuerdos internacionales de inversión tiene que comenzar con un enfoque basado en cada tratado en específico y que sea consciente del texto, contexto y objeto y finalidad de la cláusula en cuestión [traducción libre].

Específicamente, una Cláusula de NMF contenida en el TBI 1, celebrado entre el Estado A y el Estado B, permite al Estado B importar al TBI 1 aquellas protecciones que el Estado A otorgó a terceros Estados en otros TBI celebrados con otros estados. Estas cláusulas tienen por finalidad generar un efecto homogeneizador en el trato que un Estado otorga a los inversionistas de otros Estados, brindando mayores seguridades a inversionistas en base a la importación de garantías y seguridades previstas en tratados con otros Estados.

b) Las cláusulas paraguas tienen por finalidad que las otras obligaciones asumidas por los Estados, a través de contratos con inversionistas, tengan a su vez la protección del Tratado celebrado entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversionista.

c) Si bien cada caso en particular merece un análisis concreto, en función al texto y contexto específicos, la jurisprudencia reciente en arbitraje de inversiones sí permite concluir que es posible la importación de cláusulas paraguas a través de la invocación de Cláusulas de NMF.

d) La importación de cláusulas paraguas a través de Cláusulas de NMF es una práctica que se condice con la finalidad de las Cláusulas de NMF y, en general, con la fundamentación del derecho internacional de inversiones. Dicha aplicación no desnaturaliza la finalidad de las Cláusulas de NMF, salvo que del texto y contexto se concluya que dicha importación no se aceptable. Un Estado que prefiera evitar ese tipo de supuestos, es libre de solo celebrar tratados que restrinjan dicha aplicación.

e) Este tipo de aplicación de las Cláusulas de NMF genera a su vez un efecto armonizador del derecho internacional de las inversiones que resulta saludable considerando el fraccionamiento existente.

f) La aplicación de cláusulas paraguas mediante una Cláusula de NMF, como toda importación de estándares de protección sustantivos, genera un beneficio para la comunidad internacional en general, debido a que promueve una conducta más estricta de parte de los Estados en sus relaciones con los inversionistas extranjeros, exigiéndoles protecciones mayores que pueden haber dado posteriormente en otros tratados.

REFERENCIAS

Archipiélago (2014). En *Diccionario de la Lengua Española*. https:// https://dle.rae.es/archipi%C3%A9lago

Batifort, S., & Heath, B. (2017). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes in Multilateralization. *The American Society of International Law*, *111*(4), 873-913. https://doi.org/10.1017/ajil.2017.77.

Caron, D., & Shirlow, E. (2015). Most Favoured Nation Treatment – Substantive Protection in Investment Law. *King's College London Law School Research Paper 2015-23* (s.p.). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2590557

Chan, D. (12 de abril de 2012). The high-water mark of an umbrella clause: SGS v. Paraguay. [blog]. *Kluwer Arbitration*. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com

Crawford, J. (2008). Treaty and Contract in Investment Arbitration. *Arbitration International*, *24*(3), 351-374. https://doi.org/10.1093/arbitration/24.3.351

Cohen, A., & Lee, S. (2010). The MFN Clause: What are its limits. En K. Yanacca-Small (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements.* Oxford University Press.

Cole, T. (2013a). *The history and development of the most-favoured nation clause. The Structure of Investment Arbitration.* Routledge.

(2013b). *The operation of the most-favoured-nation clause in international investment law. The Structure of Investment Arbitration.* Routledge.

Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law* (1ra ed.). Oxford University Press.

Gaillard, E. (2003). L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements. *Revue de l'arbitrage*, (*3*), 853-875.

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. https://doi.org/10.1163/22129000-01406003

González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de Inversión: Capítulo VII. Trato de Nación Más Favorecida* (pp. 171-183). Editorial Porrúa.

Gill, J., Gearing, M., & Birt, G. (2004). Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases. *Journal of International Arbitration*, *21*(5), 397-412.

Pérez-Aznar, F. (2018). The Use of Most-Favoured-Nation clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements. *Journal of International Economic Law*, *20*(4), 777-805. https://doi.org/10.1093/jiel/jgx034

Schill, S. (2011). Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction – A Reply to Zachary Douglas. *Journal of International Dispute Settlement*, *2*(2), 353-371. https://doi.org/10.1093/jnlids/idr004

Schill, S. (2018). MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism – A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath. *American Journal of International Law*, *111*(4), 914-935. https://doi.org/10.1017/ajil.2017.94

Schreuer, C. (2004). Travelling the BIT Route-of Waiting Period, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *The Journal of world investment &* trade, (*5*), 231- 256.

Sharmin, T. (2018). Application of MFN to the Substantive Standards: Why Should We Re-Investigate the Uncontested? *Manchester Journal of International Economic* Law, *15*(1), 85-113. https://ssrn.com/abstract=3171272

Sicard-Mirabal, J. & Deranis, Y. (2018). Chapter 6: Standards of Protection. *Introduction to Investor-State Arbitration.* Kluwer Law International

Sornarajah, M (2010). Bilateral Investment Treaties. *The International Law on Foreign* Investment, (pp. 172-235). Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9780511841439.008

Trabajos preparatorios (s.f.). En *Biblioteca Dag Hammarskjold de las Naciones Unidas*. https://http://ask.un.org/es/faq/65366

Yannaca-Small, K. (ed.) (2010). What about this Umbrella Clause? *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to Key Issues* (pp. 479-503). Oxford University Press.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Francia y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Francia-México, 12 de noviembre de 1998.

Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, España-Argentina, 3 de octubre de 1991.

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección de Inversiones, Canadá-Perú, 14 de noviembre de 2006.

Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos, Perú-Estados Unidos, 12 de abril de 2006.

Acuerdo entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Colombia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Perú-Colom 11 de diciembre de 2007.

Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre jurisdicción (17 de junio de 2005).

Anglo Iranian Oil Company (Reino Unido c. República Islámica de Irán), Decisión sobre Jurisdicción, 1952 C.I.J. Rep. 19 (22 de julio).

Arbitraje Ambatielos (República Helénica c. Reino Unido), Laudo, XII R.I.A.A. 83 (3 de marzo).

ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, (May. 18, 2010) IIC 430 (2010).

Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción (Nov. 14, 2005) IIC 27 (2005).

CME Czech Republic B.V. c. República Checa, Laudo, CNUDMI (Mar. 14, 2003) IIC 62 (2003).

Convenio entre la República Argentina y la Unión Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones y Notas Reversales, Bélgica-Luxemburgo-Argentina, 28 de junio de 1990.

Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Argentina-Perú, 10 de noviembre de 1994.

Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Alemania-Perú, 30 de enero de 1995.

Derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, Estados Unidos de América c. República Francesa, Sentencia, 1952 I.C.J. Rep. 176 (Ago. 27).

EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentina S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo (Jun. 11, 2012), IIC 556 (2012).

Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción (Ene. 25, 2000), IIC 85 (2000).

Franck Charles Arif c. República de Moldavia, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (Abr. 8, 2013), IIC 585 (2013).

Fedax N.V. c. República de Venezuela, Caso CIADI No. ARB/96/3, Laudo (Mar. 9, 1998), 5 ICSID Rep. 200 (2002), 37 I.L.M. 1391 (1998).

Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción (Jun. 17, 2005), IIC 115 (2005).

Hochtief A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción (Oct. 29, 2011), IIC 513 (2011).

Içkale Inşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán, Caso CIADI Nro. ARB/10/24, Laudo (Mar. 8, 2016), IIC 983 (2016).

Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre jurisdicción (Abr. 22, 2005), IIC 133 (2005).

L.E.S.I. S.p.A. y Astaldi S.p.A. c. República Democrática de Argelia, Caso CIADI No. ARB/05/3, Laudo (Nov. 12, 2008), IIC 354 (2008).

M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. República de Ecuador, Caso CIADI Nro. ARB/03/6, Laudo (Jul. 26, 2007), IIC 296 (2007).

MTD Equity Sdn Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo (May. 25, 2004), IIC 174 (2004).

Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 332.

National Grid PCL c. República Argentina, Decisión sobre Jurisdicción, CNUDMI (Jun. 20, 2006), IIC 178 (2006).

Plama Consrtium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción (Feb. 8, 2005), CIADI Rep. 272.

Pope & Talbot Inc c. Canadá, Laudo, CNUDMI (Abr. 10, 2001), IIC 196 (2002).

Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Mongolia, Laudo sobre jurisdicción y responsabilidad, CNUDMI (Abr. 28, 2011), IIC 490 (2011).

SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre jurisdicción (Feb. 12, 2010), IIC 525 (2010).

Siemens A.G. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción (Ago. 3, 2004), IIC 227 (2007).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Canadá-Estados Unidos-México, Dic. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993).

White Industries Australia Limited c. República de India, Laudo, 2011 CNUDMI (Nov. 30), IIC 529 (2011).

Li & PAZOS

ABOGADOS

Av.Mariscal La Mar, 662 - Oficina 304. Miraflores, Lima Perú | **(511) 644 9236** www.**lpfirma**.com

10.18800/themis.202001.028

RELACIONES TÓXICAS: LA INSOPORTABLE TENSIÓN ENTRE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN, LA SOBERANÍA ESTATAL Y LOS DERECHOS HUMANOS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL

TOXIC RELATIONSHIPS: THE UNBEARABLE TENSION BETWEEN STABILIZATION CLAUSES, STATE SOVEREIGNTY AND HUMAN RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW

Fabio Núñez del Prado*
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Clifford Chance

Eugenia Simó García**
Hogan Lovells

Large-scale investments depend on various economic, natural and social factors of the State where they invest. Also, from an economic point of view, once the investment has been made, the financial viability of the project depends, to a large extent, on the investor's ability to capture cash flows. However, investors will always be at some degree of risk.

In this article, the authors examine whether Stabilization Clauses, a widely used risk management device in investment contracts, can affect a State's action in implementing its international human rights and environmental obligations. Specifically, they assess whether Stabilisation Clauses can limit the application and creation of new social or environmental regulations to investment activities during the life of the investment.

Keywords: Stabilization clauses; freezing clause; economic balance clause; investment law; investment.

Las inversiones a gran escala dependen de diversos factores económicos, naturales y sociales del Estado en que se realice la inversión. Asimismo, desde el punto de vista económico, una vez que se ha realizado la inversión, la viabilidad financiera del proyecto depende, en gran medida, de la capacidad que tiene el inversionista de capturar flujos de capital. Sin embargo, los inversionistas siempre se encontrarán con cierto grado de riesgo.

En el presente artículo, los autores examinan si las cláusulas de estabilización, un dispositivo de gestión de riesgos ampliamente utilizado en los contratos de inversión, pueden afectar a la acción de un Estado a la hora de que este implemente sus obligaciones internacionales de derechos humanos y medioambientales. De forma específica, evalúan si las cláusulas de estabilización pueden limitar la aplicación y creación de nuevas regulaciones sociales o ambientales a las actividades de inversión durante la vida de la inversión.

Palabras clave: Cláusulas de estabilización; cláusula de congelación; cláusula de equilibrio económico; derecho de inversiones; inversión.

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Yale Law School. Asociado internacional de Clifford Chance (Washington, Estados Unidos). Contacto: fabio.nunezdelprado@cliffordchance.com.

** Abogada. Máster de Acceso a la Abogacía e International Business Law por la ESADE Law School y Master of Laws (LL.M.) por la Columbia Law School. Asociada internacional de Hogan Lovells (Miami, Estados Unidos). Contacto: es3887@columbia.edu

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 8 de abril de 2020, y aceptado el mismo el 16 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN: MECANISMOS PARA LA ESTABILIZACIÓN DEL MARCO REGULATORIO PARA EL INVERSIONISTA

Al momento de valorar la posibilidad de hacer una inversión en el extranjero, tras analizar distintos factores y ventajas económicas, el inversionista suele tener en cuenta los siguientes riesgos: (i) el riesgo comercial (por ejemplo, los precios de un activo pueden sobreestimarse o subestimarse); (ii) el riesgo financiero (por ejemplo, las tasas de interés pueden incrementarse o reducirse fuera del rango previsto); (iii) los desastres naturales (por ejemplo, un terremoto puede dañar los activos de la empresa); y, (iv) el riesgo político (por ejemplo, un cambio en la ley disminuye el valor de la inversión)[1]. Como es de esperar, el inversionista siempre se esforzará al máximo para minimizarlos.

Asimismo, desde el punto de vista económico, una vez que se ha realizado la inversión la viabilidad financiera del proyecto depende, en gran medida, de la capacidad que tiene el inversionista de capturar flujos de capital. Sin embargo, durante la vida de la inversión, el inversionista puede ser víctima de las acciones u omisiones del Estado anfitrión que pueden llevar a la destrucción del valor de la misma. Surge, por lo tanto, un riesgo político para el inversionista; por lo que para atraer inversión extranjera nace la necesidad de ofrecerle a estos últimos cierta protección contra futuros cambios en la regulación a través de las cláusulas de estabilización. Dentro de dicha protección, destacan dos mecanismos: (i) los acuerdos ínter-Estados; y, (ii) los contratos entre inversionistas y Estados.

A. Acuerdos ínter-Estados

Los arreglos legales ínter-Estados constituyen una parte esencial del paquete que un Estado puede ofrecer a potenciales inversionistas extranjeros. No podría ser de otra manera, teniendo en cuenta que los Estados, en su calidad de entes soberanos, definen los términos y condiciones de la inversión extranjera, la distribución de costos y beneficios y (por supuesto) el régimen legal dentro del cual se inserta la inversión[2].

El acuerdo legal ínter-Estados por antonomasia en el derecho internacional de las inversiones es el Tratado Bilateral de Inversión (en adelante, TBI). Un TBI es un acuerdo entre dos Estados que proporciona una serie de garantías al inversionista extranjero en forma de estándares de actuación que respetará el Estado suscriptor. Dicho aspecto se traduce en un régimen confiable y seguro aplicable a la inversión y a los inversionistas. Sin embargo, para hacer efectivos dichos derechos del inversionista, los TBI suelen incluir mecanismos de solución de controversias que legitiman a las empresas trasnacionales a demandar a los Estados por los supuestos incumplimientos de los tratados.

Pese a que los estándares incluidos en los tratados usualmente se encuentran redactados de forma sucinta y genérica; la jurisprudencia arbitral ha interpretado estos estándares y los ha dotado de un contenido concreto. En este sentido, se han llegado, incluso, a desarrollar doctrinas como la *regulatory takings doctrine*[3] (relativa la prohibición de expropiación ilegal) y las expectativas legítimas del inversionista[4] (relativa al estándar de trato justo y equitativo). Estas doctrinas han contribuido a garantizar el riesgo político del inversionista extranjero frente a cambios en la normativa.

B. Los contratos de inversión entre Estados e inversionistas y las cláusulas de estabilización

Otro mecanismo que garantiza el riesgo político de los inversionistas son los contratos celebrados entre estos mismos y el Estado receptor de la inversión. Dichos contratos recogen obligaciones para ambas partes y fijan los términos en los que se desarrollará la inversión. A su vez, insertan distintos tipos de mecanismos legales que promueven la estabilidad económico-financiera de la inversión.

---

1 En este contexto, el riesgo político describe los incentivos que los Estados anfitriones tienen para aprobar leyes o reglamentos que extraigan un mayor valor de un proyecto o inversión después de que el inversionista haya incurrido en significativos costos fijos en la construcción de instalaciones, la obtención de mano de obra o el establecimiento de las condiciones necesarias. Sobre el particular, Halabi ha señalado que

> a foreign investor will endeavor to minimize at least the following risks after making the decision to invest: commercial risk (prices for a commodity or good may drift above or below estimates), financial risk (interest rates may rise or fall beyond an anticipated range), natural disasters, and political risk - the risk a change in law will diminish the value of the investment (2011, p. 265).

2 En tal sentido, Cotula ha afirmado que "legal arrangements are an important part of the overall package that a country can offer to potential foreign investors. They define the terms and conditions of foreign investment, the way its costs and benefits are shared and, ultimately, the extent to which it contributes to sustainable development goals" (2008, p. 2).

3 Sobre esta, Cotula ha afirmado que "under the regulatory taking doctrine, regulation that undermines the investment's commercial viability may be deemed as a taking of property, and require the host state to pay compensation" (2008, p. 2).

4 Para mayor información, véase a Ghene y Romulo (2017).

Entre otros, cabe resaltar las cláusulas de estabilización y de mitigación del riesgo.

Las cláusulas de estabilización –como su propio nombre lo indica– fijan los términos y condiciones de un proyecto de inversión, contribuyendo así a gestionar el riesgo político y no comercial del inversionista (por ejemplo, fiscal, laboral, regulatorio, aduanero, etcétera). Estas implican un compromiso por parte del gobierno anfitrión de no alterar el marco regulatorio que rige sobre el proyecto, o de compensar al inversionista en el caso de que los cambios alteren el equilibrio económico del contrato[5].

Por lo general, este tipo de cláusulas son incluidas usualmente en contratos –principalmente de concesión (como los *build-operate-transfer agreements*) o explotación (como los *production sharing agreements*)– relacionados con inversiones intensivas en capital y que se van a desarrollar a lo largo de periodos extensos de tiempo (por ejemplo, minería, petróleo, electricidad, agua y alcantarillado, telecomunicaciones, transporte, etcétera). Por ello, las cláusulas de estabilización son especialmente relevantes en los contratos con inversionistas en el sector de la energía y los recursos naturales. La necesidad de desarrollar la inversión a largo plazo para obtener beneficios hace que muchas circunstancias externas a la inversión y el marco regulatorio que afecta al contrato cambien con el tiempo. Esto constituye un riesgo adicional para el inversionista en estos sectores, y de forma especial en países en vías de desarrollo. En estos, la inestabilidad regulatoria y el riesgo político siempre es mayor (al respecto, puede verse Maniruzzaman, 2008, p. 121).

Ahora bien, pese a su frecuencia y a las ventajas que indudablemente presentan para los inversionistas extranjeros, las cláusulas de estabilización han sido objeto de debate prácticamente desde su origen. Aunque las críticas han ido evolucionando en el tiempo, la base siempre ha sido la misma: la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales y el desarrollo sostenible. Como veremos, en la actualidad estas dos preocupaciones se encuentran centradas en consideraciones medioambientales y de derechos humanos, con especial énfasis en el sector de la energía y los recursos naturales.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

A. Origen e historia

El origen de las cláusulas de estabilización se encuentra en el período entre la Primera Guerra Mundial y la Segunda Guerra Mundial, cuando las compañías estadounidenses empezaron a utilizarlas habitualmente en los contratos de concesión como respuesta a las nacionalizaciones de empresas en América Latina con el propósito de preservar las concesiones durante toda la vigencia del contrato (Nwaokoro, 2014, p. 103). Desde entonces continúan siendo frecuentes en los contratos entre inversionista y Estados, especialmente en el sector de la energía, tal y como ha expresado el profesor Nwaokoro:

> Since then, they have become a staple in international energy contracts, serving as a bulwark to restrict the legislative or administrative power of the State, as sovereign in its country and legislator in its own legal system, to amend the contractual regulation or even to annul the agreement (2014, p. 103)[6] .

A hora bien, en las décadas de los sesenta y setenta, las cláusulas de estabilización continuaron siendo corrientes en la práctica. Durante dicho período, este tipo de cláusulas fueron objeto de un extenso debate sobre su validez y su relación con la soberanía sobre los recursos naturales. En este marco, a medida que los Estados anfitriones comenzaron a exigir mayor soberanía y a reclamar mayor control sobre sus recursos naturales, disminuyó la utilización de las cláusulas de estabilización en la década de los ochenta.

Sin embargo, estas experimentaron un resurgimiento en su uso a partir de la década de los noventa, particularmente en América Latina, donde abundaron las nacionalizaciones por partes de gobiernos estatistas (Nwaokoro, 2014, p. 103).

B. Cláusulas de estabilización en la actualidad

Actualmente, después de su resurgimiento durante los años noventa, las cláusulas de estabilización continúan siendo muy frecuentes en la práctica. Pese a que en la actualidad continúan siendo

[5] Al respecto, en el caso *Belenergía c. Italia* se señaló expresamente que "[n]either does the Tribunal agree that the contractual 20-year term originally applying to feed in tariffs or the prohibition on unilateral changes could be considered a stabilization clause" (ARB/15/40, 2019, párr. 580).

[6] "Desde este entonces, se han vuelto fundamentales en materia de contratos internacionales de energía, sirviendo como una barrera al poder legislativo o administrativo del Estado, como soberano en su país y legislador en su propio sistema, para corregir la regulación contractual o inclusive anular el acuerdo" [traducción libre].

criticadas, las circunstancias políticas actuales hacen que, en algunos Estados ricos en recursos naturales, los inversionistas vean necesario obtener algún tipo de garantía contra el riesgo político.

Cabe resaltar que en muchos casos la explotación de estos recursos naturales es fundamental para el desarrollo de dichos países, y que esta misma no puede concretarse sin la entrada de capital y gestión extranjera por la falta de medios que sufren estos países. Sobre el particular, el profesor Emeka ha señalado que lo siguiente:

> In Russia, the government of Vladimir Putin acquired Gazprom and revoked a permit for a Shell oil and gas project. In Chad, the Government demanded that international operators Chevron, Exxon Mobil, and Petronas renegotiate their revenue share. In Venezuela, President Hugo Chavez took control over the formerly independent Petróleos de Venezuela (PDVSA) and ordered the IOCs to turn over their majority interest to PDVSA or face complete nationalization of their interests in the oil-rich Orinoco River Basin, forcing out ExxonMobil and ConocoPhillips. In Bolivia, President Evo Morales mobilized the army into Bolivian gas fields and nationalized Bolivia's industry. In Ecuador, the government assumed control of the holdings of the U.S. oil company Occidental, and in Nigeria, the government's attempts to renegotiate PSCs concluded in the 1990s (2008, pp. 1319-1320)[7].

En línea con lo anterior, y en relación con el objeto del presente artículo, las cláusulas de estabilización también se hacen necesarias para los inversionistas en los sectores de la energía y la explotación de recursos naturales; debido a las características intrínsecas de la inversión en el sector (altos costes fijos, la necesidad de desarrollarlas en el largo plazo, etcétera). De hecho, dichos sectores representan casi el 65% de los contratos estudiados en el proyecto de investigación de la ONU y la Corporación Financiera Internacional (en adelante, CFI) de 2009 titulado "Cláusulas de estabilización y derechos humanos" la cual constituye uno de los mayores análisis estadísticos de este tipo de contratos hechos hasta la fecha: el Informe UN-IFC[8].

No obstante las ventajas para el inversionista, debido a las circunstancias sobre las que operan, en estos sectores la probabilidad de impacto de estas cláusulas sobre el desarrollo sostenible, el derecho ambiental y los derechos humanos es mayor. Este último aspecto ha extendido a la actualidad el debate que existió en la década de los setenta y ochenta con respecto a la idoneidad de dichas cláusulas. Sin perjuicio del debate sobre la soberanía, otras circunstancias han contribuido a la discusión en los últimos tiempos. Entre otras, cabe resaltar el ciclo de aumento de los precios del petróleo y el gas, el repudio de los Estados anfitriones a los acuerdos de producción compartida (*production sharing agreements*), el debate sobre el medioambiente y los derechos humanos, etcétera. Estos últimos puntos, de forma precisa, serán tratados más adelante en el texto.

III. TIPOS DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

A. Clasificación de las cláusulas de estabilización

Teniendo en cuenta su contenido, es importante resaltar que existen dos categorías amplias de cláusulas de estabilización[9]. De hecho, su estudio se hace relevante, toda vez que la redacción y los términos de la cláusula de estabilización en particular se vuelven esenciales para evaluar la probabilidad de impactos negativos en los derechos humanos y el medioambiente a través de la limitación de la libertad normativa del Estado.

1. Cláusulas de congelación

Las cláusulas de estabilización de mayor alcance son las cláusulas de congelación, cuyo objetivo es garantizar que la ley, el régimen fiscal y otras

---

7 "En Rusia, el gobierno de Vladimir Putin adquirió Gazprom y revocó el permiso para un proyecto de petróleo y gas administrado por Shell. En Chad, el gobierno exigió que las empresas internacionales Chevron, Exxon Mobil y Petronas renegociasen su distribución de ganancias. En Venezuela, el presidente Hugo Chávez asumió el control de la originalmente independiente empresa Petróleos de Venezuela (PDVSA) y ordenó a las IOCs a revertir sus intereses a PDVSA o asumir la completa nacionalización de sus inversiones en la cuenca del río Orinoco, la cual es rica en petróleo, forzando la salida de ExxonMobil y ConocoPhillips. En Bolivia, el presidente Evo Morales movilizó al ejército a los campos de gas y nacionalizó la industria boliviana. En Ecuador, el gobierno tomó control de las acciones de la compañía petrolera estadounidense Occidental, y en Nigeria, los intentos del gobierno de renegociar los PSCs concluyeron en los años noventa" [traducción libre].

8 El Informe UN-IFC involucró una encuesta y revisión de setenta y seis contratos de inversión y doce contratos modelo fechados desde los años noventa hasta la actualidad, en distintos sectores económicos y regiones. Para mayor información, véase a Shemberg (2009).

9 En ese sentido, la profesora Annalise Nelson ha señalado expresamente que

> there are two basic types of stabilization clauses. "Freezing clauses" act exactly as they sound–they "freeze" the law at the time the contract is executed for that particular investor. Any future changes in legislation or regulation are not applied to the contract. A potentially more nuanced varietal of the stabilization clause is the "economic equilibrium

condiciones normativas esenciales aplicables a la inversión no se modifiquen durante la vida del proyecto. Por lo tanto, en aplicación de este tipo de cláusulas, la ley vigente a la fecha de la firma del contrato se aplicará al proyecto durante toda su vigencia a pesar de cualquier cambio posterior a la ley. Este aspecto implica que la legislación que entra en vigor después de la firma del contrato con el inversionista no se aplica al inversionista extranjero o al proyecto[10].

Como es evidente, las cláusulas de congelación establecen una limitación más intensa a la soberanía del Estado, en contraste con los compromisos de no expropiar y con las cláusulas de equilibrio económico que veremos a continuación. Como ejemplo de cláusula de congelación, encontramos el siguiente contrato de América Latina estudiado en el Informe UN-IFC:

> Specific Juridical Stability: The State guarantees the Investors and the Recipient Company that this Investment Contract, the Project Agreements and the State Institution Authorizations, in each case in relation to the Investments and the Project, **shall enjoy absolute legal stability in accordance with the Legal Framework in Effect**. Accordingly, neither the Investment Contract, nor the Project Agreements nor the State Institution Authorizations may be modified unilaterally by laws or other dispositions from the State of any type that affect them or by changes in the interpretation or application thereof and each thereof in which the State is a party may only be modified by the mutual written agreement of the Parties that expressly evidences such modifications (Shemberg, 2009, p. 6) [el énfasis es nuestro][11].

2. Cláusulas de equilibrio económico

Las cláusulas de equilibrio económico funcionan como cláusulas de indemnización que brindan equilibrio económico al contrato al garantizar que el inversionista tendrá a su disposición los recursos adecuados; si las acciones del Estado anfitrión afectan, de forma negativa, la economía subyacente del proyecto[12].

Ahora bien, en virtud de este tipo de cláusulas, los cambios en la ley que se producen después de la celebración del contrato se aplican al proyecto y, por lo tanto, deben ser cumplidas por los inversionistas. Sin embargo, el gobierno anfitrión debe indemnizar a los inversionistas por los costos en que incurran, o los daños económicos que sufran como consecuencia de la nueva legislación. La compensación puede ser en forma de reembolsos, reajuste de tarifas, extensión del plazo de la concesión o reducciones de impuestos[13].

---

clause," which comes in two versions. Under a rigid economic equilibrium clause, future changes in law would apply to the investor, but the host State would indemnify the investor for its compliance with the new legislation. Under a more flexible equilibrium clause, the host state and the investor would commit to conducting future negotiations with the goal of recalibrating the original allocation of risks or losses/gains, based on the reality of the new legislation (2011).

Asimismo, Ghene y Brillo han expresado que

> it identifies three main types of modern stabilization practice. First, "freezing clauses" that exempt an investment from the application of new laws, "freezing" the law of the host state, either in its entirety or limited to certain regulatory fields (e.g. fiscal issues); second "equilibrium clauses" that cover the financial loss that relates to changes in law and third, "hybrid clauses" that are combinations of freezing and economic equilibrium clauses, providing in complementing each other "an additional layer of protection for stability of the contract". Hybrid clauses leave it to the parties to determine whether economic equilibrium is to be achieved through exemption from regulatory change or other forms of "alleviation of the unfavorable impact of changes" such as contract adaptation or compensation. The classification proposed by the study is a rough description of the characteristics of contract stabilization; it is not necessarily congruent with the terminology in practice (2017, p. 7).

10 Existen también las *consistency clauses*. Bajo estas cláusulas, la legislación nacional del Estado anfitrión solo se aplica al proyecto si es consistente con el contrato de inversión.

11 "Estabilidad jurídica específica: El Estado le garantiza a los inversionistas y a la compañía recipiente que este contrato de inversión, los acuerdos del proyecto y las autorizaciones de la institución estatal, **disfrutarán de absoluta estabilidad legal en concordancia con el marco legal en vigor en ese momento**. Como tal, ni el contrato de inversión, ni los acuerdos del proyecto ni las autorizaciones de la institución estatal podrán ser modificadas unilateralmente por leyes u otras disposiciones estatales de cualquier tipo que las afecten, o por cambios en la interpretación o aplicación de este acuerdo o de otros donde el Estado sea parte, los cuales solo podrán ser modificados por un acuerdo escrito de las partes que evidencie expresamente dichas modificaciones" [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

12 Este tipo de cláusula de estabilización requiere que cuando el Estado anfitrión promulgue alguna legislación o tome medidas administrativas que agraven los costos del proyecto, las partes consultarán para determinar las consecuencias económicas de dicho cambio o ajustarán automáticamente los términos del contrato; por su parte, el Estado anfitrión compensará al inversionista. Por lo tanto, estas cláusulas no restringen el alcance de la legislación posterior; sino que mitigan su impacto adverso en el inversionista.

13 Existe una tendencia creciente de las partes a favorecer las cláusulas de estabilización económica; es decir, cláusulas que aseguran que se puedan hacer ajustes y revisiones a un contrato si los derechos o intereses del inversionista extranjero se ven afectados negativamente por un cambio en las circunstancias.

En otras palabras, a diferencia de las cláusulas de congelación, las cláusulas de equilibrio económico estabilizan el equilibrio económico del contrato en lugar del marco regulatorio en sí mismo. De tal forma, los cambios regulatorios son posibles siempre que se tomen medidas para restablecer el equilibrio económico de la inversión[14]. Como estas cláusulas se encuentran destinadas a preservar la economía del proyecto, el alcance de la obligación de indemnizar del Estado anfitrión depende de la fuerza negociadora de las partes y de la necesidad del Estado de la inversión propuesta[15]. Por ejemplo, el Estado anfitrión podría, eventualmente, imponer nuevas normas de emisiones con respecto a una planta de energía, sin embargo, los costos de modificar el diseño de la planta o de volver a instalarla serían de cargo del Estado[16].

B. Incidencia de los distintos tipos de cláusulas de estabilización en la práctica actual

Como se ha indicado, los términos de las cláusulas de estabilización son relevantes para valorar su impacto en los derechos humanos y medioambientales. Por lo tanto, el análisis de sus tendencias actuales en América Latina es de vital importancia para determinar si respecto de ellas existen preocupaciones válidas.

Teniendo en cuenta la anterior descripción de sus tipos, en esta sección se analizará la frecuencia de las cláusulas de estabilización de acuerdo por tipos. El análisis de los posibles efectos de las cláusulas de estabilización que se dan en la práctica permite determinar si se limita la soberanía del Estado y, en caso afirmativo, si esos límites afectan áreas de importancia como, por ejemplo, el medioambiente, la salud o los derechos humanos.

El estudio más extenso sobre el contenido y el efecto de las cláusulas de estabilización fue realizado por la ONU y la CFI en el año 2009[17]. Sin embargo, en términos generales, la recopilación de datos relacionados con el contenido de este tipo de acuerdos es difícil de efectuar; debido a la naturaleza confidencial de estos contratos (Shemberg, 2009, p. viii).

Ahora, en el cuadro que figura a continuación, se muestra la incidencia de las tres categorías principales de cláusulas de estabilización en América Latina (ver gráfico).

Este aspecto contrasta con la realidad de las cláusulas de estabilización en el contexto mundial. Ahora bien, como se muestra en el cuadro que figura a continuación, estas disposiciones son espe-

Elaboración propia a partir de la información brindada por Shemberg (2009, p. 19).

[14] Las cláusulas de equilibrio económico también pueden facultar a los árbitros para determinar ajustes al contrato si las negociaciones fracasan.

[15] Las cláusulas de estabilización vienen en todas las formas imaginables. Las cláusulas de estabilización más antiguas obligaban al Estado anfitrión a no nacionalizar y exigían el consentimiento de ambas partes contratantes para realizar modificaciones al contrato ("cláusulas de intangibilidad"). Las cláusulas de estabilización más recientes se han convertido en herramientas diversas y sofisticadas para gestionar el riesgo no comercial asociado al proyecto de inversión. Su alcance ha tendido a ampliarse, a efectos de incluir cambios en el marco regulatorio como la estabilización de aspectos específicos del proyecto de inversión, como su régimen fiscal o su estructura tarifaria.

[16] Las cláusulas de equilibrio económico figuran, por ejemplo, en el *production sharing agreement* entre AGIP/British Petroleum/Etal - Kashagan Production - Sharing Company de 1997 y en los acuerdos contractuales para el Gasoducto de África Occidental (WAGP).

[17] Para mayor información, véase a Shemberg (2009).

Elaboración propia a partir de la información brindada por Shemberg (2009, p. 19).

cialmente preocupantes en regiones como África y el Medio Oriente (ver gráfico).

Como se muestra, las cifras analizadas por la CFI en su estudio y sus conclusiones varían cuando sólo se considera la región de América Latina. Si bien algunas de las cifras mostradas por la CFI llevan a la conclusión de que las cláusulas de estabilización son perjudiciales para los derechos humanos y el interés público, estas conclusiones dependen –en gran medida– del contenido de los contratos de inversión en África y el Medio Oriente (Shemberg, 2009, p. 19). De hecho, la región de América Latina y el Caribe muestra la prevalencia de cláusulas contractuales que equilibran los intereses de los Estados y los inversionistas de manera más eficiente. En ese sentido, algunos hechos interesantes son:

a) En América Latina y el Caribe, los contratos con cláusulas de estabilización ascienden a un 94,7 % (Shemberg, 2009, p. 19).

b) Solamente uno de los contratos estudiados en América Latina y el Caribe incluye una cláusula de congelación. Este contrato está relacionado con el sector del transporte y no se limita a medidas fiscales o económicas (en particular, dicho contrato cubre los cambios en las leyes laborales) (Shemberg, 2009, p. 19).

c) El 47,1 % de las cláusulas de equilibrio económico estudiadas son cláusulas de equilibrio "completo", puesto que tienen efectos sobre todo el marco regulatorio y no se limitan a medidas fiscales. El 52,9 % restante contiene cláusulas de equilibrio limitadas; es decir, sólo limitan los cambios en la regulación relacionados con impuestos (Shemberg, 2009, p. 19).

Como se puede observar, en los últimos años, el uso de cláusulas de equilibrio económico se ha visto sustancialmente incrementado en contraste con las cláusulas de congelación. Como es de esperar, la razón de su creciente popularidad es su mayor flexibilidad y versatilidad[18].

De tal forma, la situación actual de las cláusulas de estabilización en la región de América Latina muestra que, por lo general, estas cláusulas no tienen un impacto excesivo sobre la capacidad de los Estados para regular sobre el interés público. Todo este aspecto se tiene en cuenta tanto el ámbito del derecho sobre el que tienen efectos (generalmente medidas fiscales-económicas) como su efecto previsto: equilibrar los aspectos económicos del contrato en lugar de congelar la regulación.

IV. EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN

A. Validez de las cláusulas de estabilización según la jurisprudencia

Los contratos de inversión en general y las cláusulas de estabilización en particular, han sido objeto de reclamaciones de inversionistas extranjeros

[18] Es importante mencionar que el profesor Umirdinov ha resaltado que existen tres tipos de cláusulas de estabilización: [s]tipulated Economic Balancing ("SEB"), Non-specified Economic Balancing ("NSEB"), and Negotiated Economic Balancing ("NEB"). The SEB instructs the automatic amendment of the contract in a predetermined fashion; NSEB does not specify the nature of an automatic amendment, neither does it necessitate the mutual agreement of the parties. In the case of NEB, parties are also under an obligation to meet so that they may make necessary amendments to the agreement (2015, p. 466).

basadas en diferentes disposiciones de tratados de inversión. La cuestión de la validez y la aplicabilidad de las cláusulas de estabilización se trató en casos decididos entre los años 1980 y 1990 en los cuales se afirmó su validez[19].

Este último aspecto es una consecuencia lógica del hecho de que el Estado es libre de decidir si firma contratos con este tipo de cláusulas. Sin embargo, como se examinará en la siguiente sección, dicha conclusión no impide el debate sobre la medida en que el Estado puede limitar su soberanía en el cumplimiento de otras obligaciones de derecho internacional. Al respecto, en el caso *AGIP Co. SpA c. República Popular del Congo*, el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

> Stabilization clauses, freely accepted by the Government, do not affect the principle of its sovereign legislative and regulatory powers, since it retains both in relation to those, whether national or foreigners, with whom it has not entered into such obligations […] changes in the legislative and regulatory agreements stipulated in the agreement simply cannot be invoked against the other contracting party (1979, párr. 86)[20].

B. Efectos en la actuación estatal derivados de la existencia de una cláusula de estabilización con un inversionista

1. La regulación selectiva, la no aplicación de la regulación al inversionista y las indemnizaciones por daños y perjuicios

Como hemos señalado desde el principio, el objetivo de una cláusula de estabilización es ofrecer a los inversionistas, y a sus prestamistas, cierta seguridad de que la inversión no estará sujeta a cambios impredecibles y costosos en la ley. En otras palabras, la función de estas cláusulas es garantizar que el marco regulatorio aplicable al contrato no se altere y permanezca "estabilizado"[21].

No obstante, las cláusulas de estabilización, en principio, no prohíben a un Estado promulgar nueva legislación; sino que impiden que entren en vigor nuevas regulaciones en desmedro del inversionista. En ese sentido, el profesor Peter ha señalado que el efecto de las cláusulas de estabilización, de forma independiente de su naturaleza, es la siguiente:

> To preclude the application to an agreement of any subsequent legislative (statutory) or administrative (regulatory) act issued by the government or the administration that modifies the legal situation of the investor (1995, p. 214)[22].

En esta misma línea, algunas voces críticas han identificado aspectos de actuación estatal que podrían ser perjudiciales para la consecución de objetivos relacionados con el desarrollo sostenible, los derechos humanos y la conservación del medioambiente. En ambos casos, los Estados realizan los cambios reglamentarios necesarios. No obstante, o bien diseñan esos cambios para evitar su aplicación a las inversiones en curso, o bien no los aplican a los inversionistas con los que han celebrado contratos de inversión que contienen cláusulas de estabilización (Cotula, 2008, p. 3).

Por otra parte, algunos sectores de la doctrina van más allá de esta interpretación y señalan que el efecto de las cláusulas de estabilización será siempre el pago de una indemnización por daños y perjuicios. Sobre el particular, los profesores Ghene y Brillo han señalado que

> stabilization clauses do not actually prevent governments from regulating; even freezing clauses do not exclude a host government's

---

19 Por ejemplo, en el caso de *AGIP Co. SpA c. República Popular del Congo*, el tribunal arbitral determinó que las cláusulas de estabilización eran parte del derecho internacional. Por su parte, en el caso *LETCO c. Liberia* (1996), se señaló que tales cláusulas eran obligatorias y, por ende, debían ser respetadas. De forma reciente, en el caso *CMS c. Argentina* (2005), el tribunal arbitral señala que las cláusulas de estabilización son reconocidas en el derecho internacional y, por ello, podían ser invocadas por los inversionistas. Un ejemplo en que se analizó la validez de las cláusulas de estabilización es el caso *Duke Energy c. Perú*. En relación a este caso, Nathanson señaló que

> [o]ne example of a stabilization clause operating to protect investors is Duke Energy. Duke Energy International ("DEI") and Peru signed a "Legal Stability Agreement" ("LSA") through which DEI would be protected from changes in law, such as laws of the tax system. Peru agreed to this and other LSAs because the country was undergoing extensive privatization during the 1990s, and it wished to attract FDI in electricity and gas. While the LSA was for a period of ten years, Peru imposed a contrary additional tax assessment on DEI prior to the LSA's termination date, and the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") tribunal found that Peru had breached the LSA (2012, p. 879).

20 "Las cláusulas de estabilización libremente aceptadas por el gobierno no afectan la soberanía de sus poderes legislativos y regulatorios, ya que el Estado la mantiene al relacionarse con los particulares, sean nacionales o extranjeros, con quienes no ha contraído dichas obligaciones […] así, los cambios en los acuerdos legislativos y regulatorios estipulados en el acuerdo principal simplemente no pueden ser invocados en contra de la otra contratante" [traducción libre].

21 Por ejemplo, el cambio podría encontrarse relacionado con el nivel de impuestos aplicable a un proyecto.

22 "Imposibilita que se le aplique a un acuerdo cualquier ley (estatuto) o regulación administrativa emitida subsiguientemente por el gobierno o la administración que modifique la situación legal del inversionista" [traducción libre]

> exercise of power in the public interest. The key consequence of stabilization clauses is that changes in law come with a price to pay (2017, p. 14)[23] [24].

De hecho, incluso en el caso de que surja una disputa entre inversionista y Estado, el efecto más probable de un incumplimiento de las cláusulas de estabilización es el otorgamiento de una indemnización por daños y perjuicios[25]. El cumplimiento específico sigue siendo un recurso escaso y casi inexistente para las violaciones del derecho internacional por parte de los Estados[26]. Este aspecto determina que el efecto de las cláusulas de congelación y de las cláusulas de equilibrio económico acabe siendo el mismo.

Con respecto al efecto indemnizatorio, un dato a tener en cuenta es que incluso las cláusulas de estabilización más laxas pueden obligar a un Estado anfitrión a compensar a un inversionista (incluso cuando las modificaciones regulatorias no serían indemnizables bajo el Derecho Internacional Público). De esta manera, incluso si un inversionista no pudiese reclamar el pago de una indemnización bajo el estándar de "privación sustancial" de la expropiación o bajo las legítimas expectativas del inversionista bajo el estándar del trato justo y equitativo, ese mismo inversionista podría solicitar la indemnización por el incumplimiento de la cláusula de estabilización por parte del Estado anfitrión[27].

2. El *regulatory chill* o la abstención de los estados de regular en el interés público

Otro de los posibles efectos perjudiciales de las cláusulas de estabilización en relación con el espacio normativo de los Estados es el denominado *regulatory chill*. Este último concepto abarca, de forma esencial, las situaciones en las que el Estado se abstiene de realizar cambios en la regulación para evitar las consecuencias negativas derivadas de los supuestos incumplimientos de sus obligaciones con los inversionistas extranjeros[28].

El *regulatory chill* ha sido objeto de opinión y análisis académico en diferentes trabajos en los que se analizan doctrinas como los *regulatory takings*, o las expectativas legítimas de estabilidad regulatoria bajo el estándar del trato justo y equitativo (Ghene & Brillo, 2017, p. 15). Sin embargo, la existencia de este efecto todavía no es una cuestión pacífica. Algunas líneas de opinión sugieren que el *regulatory chill* no acontece en la práctica, y que la actividad soberana no se ve limitada por las posibles responsabilidades con respecto al inversionista (Ghene & Brillo, 2017, p. 15).

Por otra parte, se cree que la probabilidad de enfrentar costosos procedimientos internacionales y, en última instancia, significativos daños al inversionista, son tenidos en cuenta por los Estados al decidir si realizan los cambios reglamentarios necesarios (Ghene & Brillo, 2017, p. 15). Sin embargo, los datos no son concluyentes en lo que corresponde a los aspectos más generales de la legislación sobre inversiones (como el trato justo y equitativo), y casi no existen en el ámbito de la actuación estatal con respecto a cláusulas de estabilización[29].

C. Efectos para el Estado derivados del incumplimiento de los tratados de arbitraje de inversión firmados por el Estado

En términos generales, la presencia de una cláusula de estabilización ha sido un factor determinante a la hora de decidir si se violaron los derechos de los inversionistas en virtud de los tratados internacionales de inversión. No obstante, este aspecto tiene distintos efectos en caso de que se valore el

[23] "[L]as cláusulas de estabilización en realidad no evitan que los gobiernos regulen; incluso las cláusulas de congelamiento no privan al gobierno anfitrión de su ejercicio del poder a favor del interés público. La consecuencia clave de las cláusulas de estabilización es que los cambios a la ley ahora vienen con un precio a pagar" [traducción libre]

[24] En el mismo sentido, Nathanson ha expresado que las cláusulas de estabilización "do not necessarily represent the relinquishment of sovereign powers - according to one tribunal, through a stabilization clause, a State '[does] not alienate but exercises its sovereignty'" (2012, p. 878-879).

[25] Para mayor información, véase a Schreurer (2004) y a Sinclair y Triantafilou (2017).

[26] Aun así, las órdenes de cumplimiento específico no son completamente ajenas al derecho internacional. Por ejemplo, recientemente en *Goetz c. Burundi* (1999) y *Arif c. Moldavia* (2013), se analizó la problemática derivada de las órdenes de cumplimiento específico en casos en los que una parte es un estado. En ambos se dio esta orden dándola como alternativa al pago de una indemnización de daños a discreción del Estado. Asimismo, en *Grenada Private Power Ltd. y WRB Enterprises c. Granada* (2020), un tribunal arbitral ordenó al Estado la compra de las acciones de un proveedor de energía local por encima del precio de mercado.

[27] Para mayor información, véase a Nelson (2011).

[28] Para mayor información, véase a Cotula (2008) y a Ghene y Brillo (2017).

[29] Como se menciona, el Representante Especial del Secretario General de la ONU y la Corporación Financiera Internacional llevaron a cabo un Proyecto de investigación centrado en los contratos entre estados e inversionistas y, en particular, sobre las cláusulas de estabilización y su impacto en los derechos humanos.

incumplimiento de la prohibición de la expropiación sin compensación, y el del estándar de trato justo y equitativo. Además, no se ha dictado ningún fallo en relación con la variedad más moderna de cláusulas de equilibrio económico; esto es, las que prevén negociaciones obligatorias.

1. Cláusulas de estabilización y la prohibición de expropiación ilegal

En general, los tribunales no han determinado que se ha producido una expropiación indirecta o progresiva por parte del Estado al incumplir una cláusula de estabilización (Cotula, 2008, p. 5). Por ejemplo, en *Burlington c. Ecuador* (2017), el tribunal señaló que los cambios en la regulación fiscal no constituían una expropiación de la inversión incluso en presencia de una cláusula de estabilización económica a favor del inversionista[30].

Por otra parte, desde un punto de vista teórico, incluso los derechos derivados de los contratos pueden equivaler a inversiones. En ese sentido, la aplicación de nueva legislación por parte de los Estados anfitriones a una inversión cubierta por una cláusula de estabilización podría ser vista como una especie de expropiación, bajo el entendido de que no se puede estar sujeto a dicha nueva legislación sin compensación. No obstante, este aspecto no ha sido analizado por ningún laudo arbitral hasta la fecha.

2. Cláusulas de estabilización y el estándar de trato justo y equitativo

En relación con el estándar del trato justo y equitativo, la mayor incidencia que las cláusulas de estabilización han tenido en la jurisprudencia se encuentra relacionada a las expectativas legítimas del inversionista. Cabe indicar que, en la medida que el incumplimiento de una cláusula de estabilización siempre se encuentra ligado a cambios normativos, esta actividad estatal no se encuentra siempre proscrita a los Estados en ejercicio de su soberanía. En ese sentido, algunos comentaristas han señalado, de forma asertiva, que los inversionistas responsables no "esperarán legítimamente" que el Estado no adopte una reglamentación de buena fe, especialmente en lo que respecta a las normas ambientales y de derechos humanos[31].

En esta línea de criterio, distintos tribunales arbitrales han señalado que no se puede encontrar, dentro de las expectativas legítimas del inversionista, el asumir que el marco regulatorio permanecerá inalterado durante toda la vida de la inversión. Por ejemplo, en *Feldman c. México* el tribunal arbitral señaló lo siguiente:

> [g]overnments **must be free to act in the broader public interest** through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. **Reasonable government regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation**, and it is safe to say that customary international law recognizes this (2002, párr. 103) [el énfasis es nuestro][32].

Asimismo, en el caso *Eiser Infrastructure c. España*, el tribunal arbitral concluyó lo siguiente:

> En ausencia de compromisos explícitos directamente extendidos a los inversores y que garanticen que los Estados no modificarán sus leyes y reglamentos, los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes. Tal como advirtieran otros tribunales, "[a] fin de adaptarse a las circunstancias económicas, políticas y legales cambiantes, las facultades regulatorias del Estado se mantienen en su lugar". […] **[E]l estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria per se. El estado tiene un derecho a regular, y los inversores deben esperar que la legislación cambiará, si no existe una cláusula de estabilización u otra garantía específica que genere una expectativa legítima de estabilidad** (2017, párr. 362) [el énfasis es nuestro].

De igual manera, en *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft c. Hungría*, el tribunal arbitral sostuvo que "[a] legal framework is by definition subject to change as it adapts to new circumstances day by day and **a state has the sovereign right to exercise its powers** which include

30 Para mayor información, véase el caso *Burlington Resources Inc. c. Ecuador* (2017).

31 Para mayor información, véase a Sheppard y Crockett (2011).

32 "Los gobiernos deben ser libres de actuar a favor del interés público generalizado a través de la protección del medio ambiente, nuevos o modificados regímenes tributarios, la concesión o retiro de subsidios, reducciones o incrementos en los niveles de las tarifas, la imposición de restricciones zonales y otras medidas. Este tipo de regulación gubernamental razonable no puede ser alcanzada si cualquier negocio que se ve adversamente afectado puede pedir compensación, y el derecho internacional consuetudinario reconoce esto" [traducción libre].

legislative acts" (2010, párr. 9.3.29) [el énfasis es nuestro].

Sin embargo, en los casos en los que el Estado había firmado una cláusula de estabilización con el inversionista, los tribunales han considerado que este último sí podía esperar legítimamente que el marco regulatorio no cambiaría. Por ejemplo, en *Total c. Argentina*, el tribunal señaló lo siguiente:

> [t]he expectation of the investor is undoubtedly "legitimate", and hence subject to protection under the fair and equitable treatment clause, **if the host State has explicitly assumed a specific legal obligation** for the future, **such as** by contracts, concessions or **stabilization clauses** on which the investor is therefore entitled to rely as a matter of law (2010, párr. 117) [el énfasis es nuestro][33].

Otra línea de casos, que logra mostrar el valor de las cláusulas de estabilización, son aquellos en los que la falta de tal compromiso con el Estado ha sido parte de la *ratio decidendi* para afirmar la capacidad del Estado consistente en cambiar el marco normativo. En ese mismo sentido, en el caso *Parkerings c. Lituania* señala lo siguiente:

> It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. **Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilization clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment**. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power (2010, párr. 332) [el énfasis es nuestro][34].

Esta misma línea de razonamiento fue adoptada en el reciente caso *Anglo American PLC c. Venezuela.* Como se puede observar, las cláusulas de estabilización se han analizado sobre todo al evaluar las expectativas legítimas de los inversionistas en el marco de la norma de trato justo y equitativo, adquiriendo una mayor importancia en los casos en que el Estado no concedió una cláusula de estabilización al inversionista.

V. CRÍTICAS A LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE INVERSIONISTAS Y ESTADOS

Como consecuencia de la liberalización del comercio y la inversión a nivel internacional, muchos países en vía de desarrollo se encuentran poniendo todos sus esfuerzos en captar inversión extranjera. Estos esfuerzos, en muchos casos, están centrados en garantizar al inversionista que su inversión se desarrollará en un marco jurídico estable (como las cláusulas de estabilización). Sin embargo, este tipo de mecanismos de garantía están cada vez más expuestos a un riguroso escrutinio por parte de la comunidad internacional, la cual critica con vehemencia los casos en que las inversiones socavan el desarrollo sostenible, la realización de los derechos humanos y la sostenibilidad ambiental.

De tal forma, a pesar de que las cláusulas de estabilización son beneficiosas para los inversionistas extranjeros y son percibidas como una ayuda para los Estados anfitriones para captar inversiones extranjeras, reducen el espacio regulatorio del Estado. Este aspecto puede evitar, al mismo tiempo, que los Estados anfitriones tomen las medidas necesarias en ámbitos de interés público como proteger los derechos de sus ciudadanos y el medioambiente, y hacer cumplir las leyes nacionales[35]. Sobre el particular, el profesor Gjuzi ha señalado que

> [t]he scope of regulatory risk, as perceived by foreign investors and as addressed by means of stabilization clauses, may overlap and even contradict the scope of the host state's sovereign right and duty to regulate in the evolving areas of public interest, including those of environmental protection and human rights. In view of this, the stabilization clause has the potential to generate a conflict between, on the one hand, the host state's promise for main-

[33] "La expectativa del inversionista es indudablemente "legitima", y por ello, está sujeta a ser protegida bajo la cláusula del trato justo y equitativo, **si el Estado anfitrión ha asumido explícitamente una obligación legal específica para el futuro, como por ejemplo, por contratos, concesiones o cláusulas de estabilización** por las cuales el inversionista en las que tiene la facultad legal de depender" [el énfasis es nuestro] [traducción libre].

[34] "El ejercicio soberano del poder legislativo es el derecho y privilegio innegable de cada Estado. Un Estado tiene derecho a promulgar, modificar o derogar una ley según su propia discreción. **Salvo por la existencia de un acuerdo, en la forma de una cláusula de estabilización o de otra manera, no hay nada objetable respecto de una enmienda hecha al marco regulatorio vigente al momento en el que se hizo la inversión**. De hecho, cualquier empresario o inversionista sabe que las leyes evolucionarán en el tiempo. Lo que está prohibido, sin embargo, es que un Estado actué de manera injusta, irrazonable o inequitativa en el ejercicio de su poder legislativo" [el énfasis es nuestro] [traducción libre].

[35] Para mayor información, véase a Crockett (2011) y a Cotula (2018).

> taining the investment regime stable and unaffected by subsequent regulatory changes in areas of public interest, and on the other hand, the host state's need to regulate in such areas. Obviously, this is the case where the technique and scope of stabilization clauses covers these areas of state interference (the so-called 'broad stabilization clauses') (2018, p. 3)[36].

Es precisamente por esta razón que varias voces han denunciado que las cláusulas de estabilización limitan la capacidad del Estado soberano de cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos[37]. Por ejemplo, la organización internacional de derechos humanos Amnistía Internacional ha criticado, de forma enfática, las cláusulas de estabilización por poner un precio a los derechos humanos[38].

Sin embargo, como se ha apuntado de forma anterior, el verdadero efecto que estas cláusulas tendrán sobre el espacio regulatorio del Estado en el interés público depende de los términos de cada cláusula particular. Como se ha podido observar, la tendencia actual en América Latina no tiene mucha incidencia sobre la capacidad regulatoria del Estado, puesto que las cláusulas prevalentes son de equilibrio económico y dentro de estas últimas la mayoría solo son aplicables a cambios en la regulación fiscal.

A pesar de ello, las críticas siguen persistiendo. De hecho, se considera que incluso las cláusulas de equilibrio económico constituyen un elemento regulador disuasorio para el Estado, puesto que los cambios en el marco regulatorio (incluso en normas ambientales y sociales) llevan a que aquel se enfrente a tener que renegociar el equilibrio económico del contrato (Crockett, 2011, p. 516). Este último aspecto resulta particularmente pertinente en los sectores de la energía y los recursos naturales, en los que las inversiones pueden ser económicamente sensibles a dichas modificaciones (2011, p. 516)[39].

Otros comentaristas, por su parte, van más allá, al considerar que las limitaciones a la política fiscal repercuten en las esferas de la reglamentación en el interés público[40]. En esta línea de opinión, algunos sectores de la doctrina tienen en cuenta los efectos de las políticas fiscales en ciertos aspectos sociales y ambientales (como la redistribución de la riqueza o la internalización de los costos ecológicos) y, por ello, argumenta en contra de la limitación del espacio regulatorio también en las esferas fiscal y económica (Frank, 2014, p 197).

Uno de los ejemplos paradigmáticos en que se puede apreciar la relación de tensión entre las cláusulas de estabilización y el interés público se refiere a los casos de los peajes en el Perú. El Estado peruano celebró con diversos inversionistas contratos de concesión que se estabilizaron mediante contratos de seguridades y garantías[41]. Como consecuencia de ello, el régimen legal quedó estabilizado en favor de cada una de las concesionarias.

Sin embargo, a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19, el 7 de mayo del 2020, el Congreso peruano promulgó por insistencia la Ley 31018, Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada durante el Estado de Emergencia Nacional (en adelante, **Ley que Suspende el Cobro de Peajes**). Dicha norma menciona siguiente:

> Artículo único. Suspensión del cobro de peaje
>
> Suspéndase con carácter excepcional y provisional del cobro de peaje en todas las unidades de peaje de la red vial nacional, departamental y local concesionada, con el objeto de evitar el contacto con los usuarios y cumplir con el aislamiento obligatorio mientras dure el estado de emergencia nacional dispuesto por el Poder Ejecutivo ante los riesgos de propagación del COVID-19.
>
> La suspensión establecida en el presente artículo no causará ni generará derecho compensatorio.

---

36 "El alcance del riesgo regulatorio, de la forma en la que es percibido por los inversionistas extranjeros y abordado por las cláusulas de estabilización, puede abarcar e incluso contradecir el alcance del derecho soberano y deber del Estado anfitrión de regular en las evolutivas áreas de interés público, que incluyen la protección del medio ambiente y los derechos humanos. En atención a ello, la cláusula de estabilización tiene el potencial de generar conflicto entre, por un lado, la promesa del Estado anfitrión de mantener el régimen de inversión estable e inafectado por subsecuentes cambios en la regulación en áreas de interés público; y por otro, la necesidad del Estado anfitrión de regular en estas áreas. Obviamente, este es el caso cuando la técnica y el alcance de las cláusulas de estabilización cubre esas áreas de intervención estatal (las llamadas cláusulas de estabilización amplias)" [traducción libre].

37 Para mayor información, véase a Sheppard y Crockett (2011).

38 Para mayor información, véase Amnistía Internacional (2006).

39 Para mayor información, véase a Sheppard y Crockett (2011).

40 Para mayor información, véase a Cotula (2018) y a Frank (2014).

41 El Estado peruano otorgó seguridades y garantías a las concesionarias de la red vial nacional, mediante los siguientes Decretos Supremos: (i) Decreto Supremo 008-2020-EF; (ii) Decreto Supremo 192-2010-EF; (iii) Decreto Supremo 180-2009-EF; (iv) Decreto Supremo 037-2009-EF; (v) Decreto Supremo 124-2005-EF; y, (vi) Decreto Supremo 177-2002-EF.

Como es evidente, es perfectamente posible argumentar que la promulgación de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes respondía a la tutela del interés público y a la protección de los derechos humanos. De tal forma, el Congreso podría argumentar que la promulgación de la ley era necesaria para proteger los legítimos objetivos de bienestar público como la salud y la seguridad de la población.

Sin embargo, no nos cabe la menor duda de que, con la promulgación de la Ley que Suspende el Cobro de Peajes, se han violado los contratos de concesión y los contratos de seguridades y garantías celebrados por las concesionarias y el Estado peruano. La propia naturaleza de las cláusulas de estabilización determina que el este no puede cambiarle las reglas de juego a las concesionarias. En efecto, estas últimas invirtieron bajo la representación –contenido en los contratos de seguridades y garantías– de que iban a poder cobrar un peaje. De tal forma, los contratos de concesión se encontraban blindados frente a futuros cambios legislativos.

En ese sentido, en el caso *Europe Investments Limited c. República Checa*, el tribunal arbitral concluyó lo siguiente:

> Having carefully considered all materials before it, the Tribunal agrees with the Respondent that it did not expressly undertake any agreed stabilization commitment, be it contractual, legislative, individual or otherwise, vis-à-vis the Claimant's investment. Had the Tribunal found that such stabilization commitment existed in the present circumstances, there would obviously have been a solid basis to allege that changes in the law applicable to the foreign investment in question were unlawful (2019, párr. 396)[42].

Como consecuencia de ello, más allá de que haya existido la necesidad legítima de suspender el cobro de los peajes en virtud del interés público y la protección de los derechos humanos, lo cierto es que dicho estado se encontraba imposibilitado de hacerlo sin incurrir en responsabilidad. En efecto, las cláusulas de estabilización previstas en los contratos de seguridades y garantías así lo determinaban. Interpretar que sí se encontraba habilitado para suspender el cobro de peajes implica despojar de funcionalidad y de sentido a los contratos de estabilización.

Este último aspecto es uno de los típicos casos en que se puede apreciar la relación tóxica existente entre las cláusulas de estabilización y el interés público. En efecto, si bien es verdad que las cláusulas de estabilización pueden ser muy virtuosas para atraer inversión extranjera, no existe la menor duda de que restringen la soberanía del Estado para legislar en virtud del interés público.

A. Nuevas tendencias en la negociación y redacción de cláusulas de estabilización en América Latina

Todas las críticas reflejan el contenido y la manera de negociar este tipo de cláusulas que, como se ha demostrado, son en ocasiones necesarias. Ahora bien, dos de las tendencias más prometedoras en el sector (de forma específica, en América Latina) son la participación de las comunidades afectadas por las inversiones en la negociación del contrato y la inclusión de excepciones a la aplicación de las cláusulas en áreas de interés público.

1. La participación de las comunidades afectadas en la negociación del contrato

Un aspecto que tiene gran incidencia en las relaciones entre inversionistas y Estados en América Latina es la obligación de brindar a las comunidades indígenas una consulta previa libre e informada sobre los proyectos que les afecten. Dicha obligación se encuentra basada en el Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo[43] y algunas normas internas de los Estados que desarrollan lo dispuesto en esta norma internacional[44].

En este contexto, distintos instrumentos de *soft law* señalan que los contratos entre inversionistas y Estados también deberían encontrarse sujetos a una consulta previa. Por ejemplo, el principio 7 de los Principios sobre Contratos Responsables de las Naciones Unidas señala que será necesario involucrar a las comunidades afectadas desde los inicios de la negociación del contrato[45]. Otro ejemplo son

[42] "Habiendo considerado cuidadosamente todos los materiales ante este, el Tribunal concuerda con el Demandado que este último no se comprometió a ninguna cláusula de estabilización acordada, sea contractual, legislativa, individual u otra, vis-à-vis la inversión del Demandante. Si el Tribunal hubiese encontrado que un compromiso de estabilización tal existiese en las presentes circunstancias, obviamente habría habido una base sólida para alegar que los cambios de la ley aplicable a la inversión extranjera en cuestión fueron ilegales" [traducción libre].

[43] Para mayor información, véase Convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo, de 27 de junio de 1989.

[44] Como, por ejemplo, la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

[45] Para mayor información, véase el documento Principios de Contratación Responsable: Integración de la Gestión de los Riesgos Relacionados con los Derechos Humanos en las Negociaciones entre Estados e Inversiones (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2015).

las directrices voluntarias de la USAID sobre inversiones basadas en terrenos, las cuales señalan lo siguiente: "include in negotiations those who use or claim the land […], even if their rights are not formally recognized" (Boudreaux & Neyman, 2015, p. 37).

Pese a la tendencia que se puede observar en estos instrumentos de *soft law*, hasta la fecha no se ha regulado en ningún instrumento la obligación de incluir a estas comunidades en las negociaciones del contrato. Sin embargo, los derechos de las comunidades indígenas se encuentran teniendo gran incidencia en el derecho internacional de inversiones, tal y como se demuestra por el reciente aumento de laudos de arbitraje de inversión en que los derechos de los inversionistas se han visto afectados por acciones del Estado tendentes a respetar los derechos de estas comunidades[46]. Por ello, dicha tendencia podría materializarse en esfuerzos por parte de los Estados para incluir los intereses de estas comunidades incluso antes del inicio de la inversión (por ejemplo, durante la negociación de los contratos). Este tipo de iniciativas podría tener un impacto positivo sobre el contenido de las cláusulas de estabilización y la protección de los derechos humanos y el medioambiente.

2. La inclusión de excepciones aplicables a ciertos ámbitos como el medio ambiente o los derechos humanos

Por otra parte, una tendencia reciente que ha surgido en los contratos de inversión es la separación de ciertas esferas de la regulación (generalmente, en materia ambiental y social) de los efectos de las cláusulas de estabilización y la inclusión de obligaciones para los inversionistas en esas mismas esferas. Este aspecto garantiza al Estado que conservará su capacidad de regular en aras del interés público, a la vez que le brinda la posibilidad de responsabilizar al inversionista en aquellos casos en que no cumpla las leyes ambientales, sociales o de seguridad.

Un ejemplo paradigmático de una cláusula de este tipo en la región de América Latina y el Caribe es el contrato modelo de Trinidad y Tobago para inversionistas en el sector petrolífero. La cláusula prevé la posibilidad de que las normas ambientales aplicables cambien (normas ambientales aplicables en cada momento) y obliga al inversionista a cumplir con cualquiera de estos cambios. En ese sentido, Cameron indica lo siguiente:

> El Contratista llevará a cabo las Operaciones Petroleras en virtud del presente documento de manera continua, diligente y profesional, de conformidad con las leyes aplicables y el Contrato, y las prácticas internacionales sólidas y actuales de la industria petrolera y las normas ambientales aplicables en cada momento en circunstancias similares, todo ello con el fin de lograr una Exploración y Producción de Petróleo eficiente y segura y maximizar la recuperación final de Petróleo del Área de Contrato (2006, p. 78).

VI. LA APLICABILIDAD Y VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN CASOS DE CONFLICTO CON LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS

Como se ha podido observar de forma anterior, las cláusulas de estabilización han sido objeto de numerosos laudos arbitrales. No obstante, hasta la fecha, ninguno se ha ocupado de cambios de reglamentación promulgados en aras del interés público o en cumplimiento de las normas de derecho internacional relativas al medioambiente, el desarrollo sostenible o los derechos humanos.

Sin embargo, es muy probable que dichos casos se planteen teniendo en cuenta las preocupaciones sobre el medioambiente y los derechos humanos, que no sólo se encuentran siendo objeto de consideración en el contexto de la reforma de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, sino también en el derecho internacional público en general.

En efecto, la falta de decisiones deja abierta la cuestión de si estas cláusulas serían aplicables en los casos en que se promulgan nuevas normas para proteger los derechos humanos o para cumplir con las normas ambientales. Existen distintas teorías estudiadas por la doctrina que podrían permitir la inaplicación de estas cláusulas en caso de conflicto.

A. La nulidad de las cláusulas cuyo efecto lleva a limitaciones en el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos

El hecho de que la validez de las cláusulas de estabilización sea una cuestión pacífica en la jurisprudencia no excluye que sea necesario analizar las materias sobre las que el Estado puede negociar y realizar transacciones legítimamente[47]. Por ello,

[46] Para mayor información, véase *Bear Creek Mining Corporation c. Perú* (2017) *Dominion Minerals Corp. c. República de Panamá* (2016).

[47] Para mayor información, véase a Cotula (2018)

algunos comentaristas sostienen que las cláusulas que menoscaban la capacidad del Estado para cumplir con su deber de proteger los derechos humanos en su territorio exceden los límites de los elementos sobre los que puede transigir el Estado[48]. Por lo tanto, esos contratos serían contrarios al derecho internacional e, incluso en algunos casos, a la constitución política del Estado.

Una de las cuestiones más esenciales para determinar la validez de las cláusulas de estabilización es la determinación de la ley aplicable. Es verdad que la validez de las cláusulas de estabilización también ha sido determinada muchas veces por el derecho internacional, tratados bilaterales de inversión o incluso la *lex mercatoria*. Sin embargo, la mayor parte de las veces la validez de las cláusulas de estabilización ha sido determinada en virtud de las leyes nacionales. Al respecto, el profesor Erkan ha señalado lo siguiente:

> The choice of governing law in international Energy investments is another key point for understanding the validity of stabilization clauses. The validity and effectiveness of stabilization clauses are closely connected with the formulation of the governing law of a contract. Therefore, in examining the validity of stabilization clauses one must consider which law is to apply to the contract containing such a clause (2010, p. 109)[49].

En tal sentido, es evidente que, en virtud de la legislación nacional, dichas cláusulas de estabilización no serán válidas. En efecto, en general, los contratos cuyo objeto es contrario a la ley se consideran nulos en virtud de las leyes contractuales nacionales[50]. La cuestión podría, por lo tanto, centrarse en una cuestión de derecho aplicable y en el impacto de la nulidad en virtud del derecho nacional a nivel de derecho internacional público. En el caso del Perú, por ejemplo, una cláusula de estabilización que proscribiese la potestad del Estado de proteger y resguardar los derechos humanos sería nula por vulnerar el orden público y las buenas costumbres en virtud del artículo V del título preliminar del Código Civil. No obstante, no nos detendremos en casos específicos sobre derecho doméstico, puesto que nuestro propósito es analizar las consecuencias de las cláusulas de estabilización centrándonos en el Derecho Internacional.

Otra manera de resolver esta cuestión es a través de la aplicación del artículo 46 de la Convención de Viena, el cual señala que el Estado podrá alegar que su consentimiento se encuentra invalidado, debido a la incompatibilidad con una norma de importancia fundamental (en este caso, la Constitución)[51].

Un argumento contrario a la posición que defiende la nulidad de estas cláusulas sería la reiterada jurisprudencia que sostiene esta limitación autoimpuesta a la soberanía[52]. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. En efecto, aunque la cláusula puede considerarse válida en general, los efectos particulares de la cláusula pueden ser contrarios a las obligaciones en materia de derechos humanos y, por lo tanto, al derecho internacional público. Algunos sectores de la doctrina abogan por hacer una interpretación adaptable para evitar resultados que no se ajusten al derecho internacional. En consecuencia, el Estado podría alegar que el TBI en cuestión debería interpretarse de manera que posibilite resultados que se encuentren en armonía con los derechos humanos y la protección del medioambiente.

B. La aplicación de un enfoque evolutivo a la interpretación de las cláusulas de estabilización

Otro punto de vista que se encuentra ganando fuerza en lo que respecta a las normas ambientales y la acción del Estado ha sido la aplicación de la interpretación evolutiva a estas cláusulas de estabilización (Ghene & Brillo, 2017, p. 33). En ese sentido, algunas decisiones recientes de Derecho Internacional Público y la doctrina han abogado por una interpretación evolutiva de los tratados internacionales. Dicha interpretación permitiría

48 Para mayor información véase a Ghene y Brillo (2017).

49 "La elección en la ley que rige las inversiones internacionales en energías es otro punto clave para entender la validez de las cláusulas de estabilización. La validez y eficacia de las cláusulas de estabilización están estrechamente conectadas con la formulación de la ley que rige sobre un contrato. Por lo tanto, al examinar la validez de las cláusulas de estabilización uno debe considerar cuál ley es la que debe aplicar al contrato que contiene dicha cláusula" [traducción libre].

50 Por ejemplo, véanse los artículos 1271 y 1272 del Código Civil español.

51 En ese sentido, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece lo siguiente:

> 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

52 Para mayor información, véase a Faruque (2006) y a Frank (2014).

flexibilizar el principio de *pacta sunt servanda*[53]. De hecho, en los sectores de energía y recursos naturales es particularmente interesante el hecho de que este principio se ha aplicado especialmente en casos relacionados con preocupaciones ambientales.

Otra variante de esta doctrina es la representada por decisiones internacionales como aquella respecto del Proyecto Gabčikovo-Nagymaros que ordenó la renegociación obligatoria de las condiciones del contrato objeto de la disputa[54] (*Hungría c. Eslovaquia*, 1997). Es importante señalar que ésta es la tendencia que también está prevaleciendo en las actuales cláusulas de estabilización, en que las cláusulas de equilibrio económico que prevén la renegociación obligatoria se convierten cada vez más en la regla[55].

VII. REFLEXIONES FINALES

Las cláusulas de estabilización pueden limitar la capacidad de los Estados para regular en el interés público, especialmente cuando estas cláusulas se firman con empresas de los sectores de la energía y los recursos naturales. Sin embargo, dicha limitación de la potestad regulatoria dependerá, en gran medida, de la redacción concreta de la cláusula. Por lo tanto, es necesario prestar más atención al proceso de negociación y a las condiciones finales incluidas en los contratos de inversión con los Estados (y por los Estados) para evaluar esta crítica en lugar de centrarse únicamente en la mera inclusión de la cláusula en un contrato.

De hecho, del análisis de las tendencias actuales en las cláusulas de estabilización, y en particular en la región de América Latina y el Caribe, todo parece indicar que las cláusulas de estabilización generalmente dejan suficiente espacio para que los Estados se mantengan actualizados con las nuevas normas ambientales y otras normas de interés público en relación con sus inversionistas extranjeros. Los contratos de inversión actuales muestran una tendencia hacia un enfoque más equilibrado entre los derechos económicos de los inversionistas y la soberanía de los Estados. Es probable que esta tendencia continúe, habida cuenta de los debates actuales sobre la reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, que ponen de relieve que el equilibrio entre los derechos económicos y la sostenibilidad es una cuestión fundamental. Por último, el *regulatory chill* dependerá a largo plazo en la probabilidad de que el Estado enfrente una responsabilidad sustancial después de un cambio regulatorio, habida cuenta de las pocas chances que hay de que se dicte un laudo de *specific performance*[56].

La evolución de la jurisprudencia que interpreta y hace cumplir estas cláusulas será, por lo tanto, esencial para evaluar el impacto de estas cláusulas en el fomento del interés público. Lamentablemente, hasta la actualidad ningún laudo ha abordado un tema tan importante como la licitud de las acciones estatales destinadas a regular el interés público en presencia de una cláusula de estabilización.

De iniciarse arbitrajes CIADI como consecuencia de la suspensión de los peajes en el Perú decretada mediante la Ley 31018, en la medida que varios de las concesiones se encuentran estabilizadas en virtud de contratos-ley, nos podríamos encontrar con los primeros laudos que se pronunciarían sobre la legalidad de acciones estatales adoptadas con el propósito de resguardar el interés público a pesar de la existencia de una cláusula de estabilización.

En cualquier caso, si bien es verdad que el estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria por sí misma, consideramos que la acreditación del incumplimiento de una cláusula de estabilización es un argumento poderoso que podrían articular los inversionistas para demostrar que el trato justo y equitativo se ha visto vulnerado. En efecto, no cabe la menor duda de que la suscripción de una cláusula de estabilización crea legítimas expectativas en el inversionista.

Esto no significa, sin embargo, que el Estado se encuentra impedido de regular en presencia de una cláusula de estabilización cuando la tutela de los derechos humanos así lo exige. Por supuesto que se encuentra legitimado para hacerlo. En el caso de los peajes en el Perú, por ejemplo, podría argumentarse que resultaba indispensable que el Estado suspenda el cobro de los peajes a fin de tutelar el derecho a la salud de todos los ciudadanos. No obstante, ello no implica que el Estado se encuentra exonerado de responsabilidad. Al haber incumplido una cláusula de estabilización, debe indemnizar al inversionista por los daños y perjuicios ocasionados.

---

53 Para mayor información, véase a Para mayor información, véase a Ghene y Brillo (2017).

54 Para mayor información, véase la decisión de la Corte Internacional de Justicia respecto del caso *proyecto Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungría c. Eslovaquia).

55 Para mayor información, véase a Shemberg (2009).

56 Para mayor información, véase a Sinclair y Triantafilou (2017).

No consideramos que sea saludable interpretar que no se debe pagar ninguna compensación a los inversionistas porque el derecho internacional de los derechos humanos debe primar sobre los tratados bilaterales de inversión. Una interpretación como esta última no solamente ahuyentaría la inversión extranjera, sino que incluso quebraría la lógica y la funcionalidad de las cláusulas de estabilización, despojándolas así de todo sentido.

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

REFERENCIAS

Amnistía Internacional (2006). *Human Rights, Trade and Investment Matters*. https://www.amnestyusa.org/files/pdfs/hrtradeinvestmentmatters.pdf

Boudreaux, K., & Neyman, Y. (2015). *Operational Guidelines for Responsible Land-Based Investment*. https://www.land-links.org/wp-content/uploads/2016/09/USAID_Operational_Guidelines_updated.pdf

Cameron, P. (2006). *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN). https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitration-law4-Stabilisation-Paper.pdf

Cotula, L. (2008). *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development. Best practices in promoting investment for development* (paper 2008/28). OECD VII Global Forum on International Investment. https://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf

(2018). Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent in Natural Resource Contracts: From Concepts to Practice. En Bungenberg, M., Krajewski, M, Philipp Terhechte, J., & Ziegler, A. (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law 2018*, 143-174. https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-97752-2

Crockett, A. (2011). Stabilisation clauses and sustainable development: Drafting for the future. En Brown, C. & Miles, K. (Eds.). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge University Press.

Emeka, J. (2008). Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts. *International Lawyer*, *42*(4), 1317-1338. https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1227&context=til

Erkan, M. (2010). *International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses, Association of International Petroleum Negotiators*. Kluwer Law International.

Faruque, A. (2006). Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses: Legal Protection versus Functional Value. *Journal of International Arbitration*, *23*(4), 317-336. https://www.researchgate.net/publication/333433993_Validity_and_Efficacy_of_Stabilisation_Clauses_Legal_Protection_versus_Functional_Value

Frank, S. (2014). *Stabilisation Clauses and Sustainable Development in Developing Countries* [Tesis para optar al grado de Doctor en Filosofía, Universidad de Nottingham]. http://eprints.nottingham.ac.uk/14466/1/PhD_Thesis.pdf

Ghene, K., & Brillo, R. (2017). *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. Institute of Economic Law Transnational Economic Law Research Center (TELC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Martín Lutero de Halle-Wittenberg. http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20143.pdf

Gjuzi, J. (2018). *Stabilization Clauses in International Investment Law: A sustainable development approach*. Springer International Publishing.

Halabi, S.F. (2011). Efficient Contracting between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. *Northwestern Journal of International Law and Business*, (33). https://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1649&context=facpubs

Nathanson, R. (2012). The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support Systems as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Case Analysis. *Iowa Law Review*, (98), 863-904. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063294

Nelson, A. (9 de noviembre de 2011). Investments in the deep freeze? Stabilization clauses in investment contracts [Kluwer Arbitration Blog]. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/09/investments-in-the-deep-freeze-stabilization-clauses-in-investment-contracts/

Nwaokoro, J. (2014). Enforcing stabilization of international energy contracts. Journal of World Energy Law & Business, *1*(3), 103-110. https://doi.org/10.1093/jwelb/jwp027

Maniruzzaman, A.F.M. (2008). The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends. *Journal of World Energy Law & Business*, *1*(2). https://www.researchgate.net/publication/31402431_The_pursuit_of_stability_in_international_energy_investment_contracts_A_critical_appraisal_of_the_emerging_trends

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2015). *Principios de Contratación Responsable: Integración de la Gestión de los Riesgos Relacionados con los Derechos Humanos en las Negociaciones entre Estados e Inversiones*. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_SP.pdf

Peter, W. (1995). *Arbitration & Renegotiation of International Investment Agreements*. Kluwer Law International.

Schreurer, C. (2004). Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration. Arbitration International, *20*(4), 325-332. https://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/71_cspubl_71.pdf

Shemberg, A. (2009). *Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Business and Human Rights*. International Finance Corporation (IFC). https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/0883d81a-e00a-4551-b2b9-46641e5a9bba/Stabilization%2BPaper.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-0883d81a-e00a-4551-b2b9-46641e5a9bba-jqeww2e

Sheppard, A.W., & Crockett, A. (2011). Are Stabilization Clauses a Threat to Sustainable Development? En Cordonier Segger, A.C., Gehring, M., & Newcombe, A. (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law* (Global Trade Law), 333-350. Kluwer Law International.

Sinclair, A.C., & Triantafilou, E. (2017). Specific Performance under Commercial Contracts with Sovereign States. *Journal of International Arbitration*, *34*(5), 747-774. https://www.researchgate.net/publication/322064544_Specific_performance_under_commercial_contracts_with_sovereign_states

Umirdinov, A. (2015). The End of Hibernation of Stabilization Clause in Investment Arbitration: Reassessing its Contribution to Sustainable Development. *Denver Journal of International Law & Policy*, *43*(4), 455-487. https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=djilp

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft c. República de Hungría, Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo (25 de septiembre de 2010).

AGIP SPA c. República Popular del Congo, Caso CIADI No. ARB/77/1, Laudo (30 de noviembre de 1979)

Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CIADI No. ARB(AB)/14/1, Laudo (18 de junio de 2019), https://www.italaw.com/cases/2513

Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo (10 de febrero de 1999), https://www.italaw.com/cases/508

Bear Creek Mining Corporation c. Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo (30 de noviembre de 2017).

Belenergía S.A. c. Italia, Caso CIADI No. ARB/15/40, Laudo (6 de agosto de 2019).

Burlington Resources Inc. c. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo (14 de diciembre de 2002)

CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo (12 de mayo de 2005), https://www.italaw.com/cases/288

Código Civil [CC], B.O.E. n. 206, 24 de julio de 1889 (España).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano,* 25 de julio de 1984 (Perú).

Decreto Supremo 008-2020-EF. Decreto Supremo que autoriza el Crédito Suplementario en el Presupuesto del Sector Público para el Año

Fiscal 2020 a favor de diversos Gobiernos Locales para la continuidad de inversiones. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de enero de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 037-2009-EF. Decreto Supremo que otorga la garantía del Estado en respaldo de declaraciones, seguridades y obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión de los Tramos Viales de la Red Vial N° 4, a celebrarse con Autopista del Norte S.A.C. Diario Oficial *El Peruano*, 14 de febrero de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 124-2005-EF. Decreto Supremo que otorga garantía del Estado en respaldo de declaraciones, seguridades y obligaciones obtenidas en el Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana - Cerro Azul - Ica, a celebrarse con COVIPERU S.A. Diario Oficial *El Peruano*, 17 de septiembre de 2005 (Perú).

Decreto Supremo 177-2002-EF. Decreto Supremo que otorga garantía del Estado en respaldo de seguridades, obligaciones y otros, contenidas en contrato de concesión del tramo Ancón - Huacho - Pativilca de la Carretera Panamericana Norte. Diario Oficial *El Peruano*, 20 de noviembre de 2002 (Perú).

Decreto Supremo 180-2009-EF. Decreto Supremo que otorga garantía del Estado de la República del Perú a la empresa concesionaria Vial del Sol S.A. Diario Oficial *El Peruano*, 15 de agosto de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 192-2010-EF. Diario Oficial *El Peruano*, 11 de septiembre de 2010 (Perú).

Dominion Minerals Corp. c. Panamá, Caso CIADI No. ARB/16/13, Laudo (29 de marzo de 2016).

Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/03/28, Laudo (18 de agosto de 2008), https://www.italaw.com/cases/3399

Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A.R.I. c. España, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo (4 de mayo de 2017).

Franck Charles Arif c. República Moldova, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo (8 de abril de 2013), https://www.italaw.com/cases/1846

I.C.Q. Europe Investments Limited c. República Checa, Caso PCA No. 2014-22, Laudo (15 de mayo de 2019).

Ley 29785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de septiembre de 2011 (Perú).

Ley 31018. Ley que suspende el cobro de peajes en la red vial nacional, departamental y local concesionada durante el Estado de Emergencia Nacional. Diario Oficial *El Peruano*, 7 de mayo del 2020 (Perú).

LETCO (Liberian Easter Timber Corporation) c. República de Liberia, Caso CIADI No. ARB/83/2, Laudo (31 de marzo de 1986), https://www.italaw.com/cases/3545

Marvin Roy Feldman Karpa c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo (16 de diciembre de 2002).

Organización Mundial del Comercio [OMC], United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Exp. WT/DS58/AB/R, 6 de noviembre de 1998.

Organización Mundial del Trabajo, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Convenio No. 169, 27 de junio de 1989.

Parkerings-Compagniet AS c. Lituania, Caso CIADI No. ARB/05/08, Laudo (11 de septiembre de 2017).

Proyecto de Gabčikovo-Nagymaros (Hung. c. Eslovaquia), C.I.J. Rep. 1997.

Revere Copper & Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corporation, Caso AAA No. 1610013776, Laudo (24 de agosto de 1978).

Texaco Overseas Petroleum Company y California Asiatic Oil Company c. República Árabe de Libia, Caso YCA No. 1979, Laudo (19 de enero de 1977).

Total S.A. c. Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/01, Laudo (27 de diciembre de 2010).

10.18800/themis.202001.029

ARBITRAJE PARA CONFLICTOS AMBIENTALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

ENVIROMENTAL DISPUTE ARBITRARION: A HUMAN RIGHTS APPROACH

Elena de Luis García*
Universitat de València

In the clash between business activity and environmental protection, damages could occur to disposable rights. Under a human rights approach, arbitration may play a key role as a mechanism that can reduce barriers of access to justice for victims of these conflicts and achieve fair reparation for them.

The aim of this article is to examine what elements should establish an adequate arbitrability system for repairing damages produced as a consequence of environmental dispute. For this purpose, the author focuses on the recently approved Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration and analyzes the main challenges in this field. In this regard, she highlights the importance of addressing underlying issues such as transparency and access to information, the need of qualified arbitrators, the possibility of third-party intervention and class action prevention.

Keywords: Arbitration; access to justice; environment; human rights; The Hague Rules.

En la confrontación entre la actividad empresarial y la protección del medio ambiente, pueden producirse daños sobre los derechos fundamentales. Desde una perspectiva de derechos humanos, el arbitraje puede desempeñar un rol importante como mecanismo que puede reducir las barreras de acceso a la justicia para las víctimas de estos conflictos y conseguir una reparación justa para ellas.

El objetivo de este artículo es examinar cuáles deben ser los elementos para establecer un adecuado sistema de arbitrabilidad para la reparación del daño derivado de disputas medioambientales. Para ello, la autora se centra en las recientemente aprobadas Reglas de La Haya en Materia de Empresas y Derechos Humanos y analiza los principales desafíos en este campo. Al respecto, resalta la importancia de abordar temas de fondo como la transparencia y el acceso a la información, la necesidad de árbitros calificados, la posibilidad de intervención de terceros y la prevención de reclamaciones colectivas.

Palabras clave: Arbitraje; acceso a la justicia; medio ambiente; derechos humanos; Reglas de La Haya.

* Abogada. Master en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional y doctora en Derecho por la Universitat de València (UV). Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal en la UV (Valencia, España). Miembro de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas y del Instituto de Derecho Iberoamericano y responsable de su sección de Derecho Procesal Penal. Contacto: elena.deluis@uv.es.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2020.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

A lo largo de las últimas décadas la protección del medio ambiente ha evolucionado desde una concepción puramente instrumentalista, basada en la utilidad que para el ser humano tenía la naturaleza, a una concepción que se centra en la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente. En concreto, esta nueva concepción se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, a partir de la Declaración de Estocolmo de 1972, en la cual, por vez primera, se pone de relieve la relación existente entre medio ambiente y derechos humanos.

Así, el Principio 1 de dicho cuerpo normativo establecía que

> [el] hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras (1972).

En particular dicha declaración provocó una ola de reformas a nivel global la cual conllevó la introducción de los derechos ambientales en la inmensa mayoría de constituciones del mundo (Boyd, 2012, pp. 112-113); así como también en los principales instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

Así pues, el medio ambiente sano o adecuado se convierte en un bien jurídico que todas las personas tienen, por un lado, el derecho a disfrutar y; por otro, el deber de proteger para todas las generaciones presentes y futuras (Vernet & Jaria, 2007, pp. 515-516), lo que, a juicio de la doctrina mayoritaria, le otorgaría la naturaleza de derecho de tercera generación (Franco Del Pozo, 2000, pp. 11-12). En definitiva, ya no se protege el medio ambiente únicamente porque reporte utilidad como se hacía en la antigüedad sino, por el contrario, ahora se le protege por (i) su propia entidad e importancia; y, (ii) su relación directa con los derechos humanos, la dignidad humana y el desarrollo de las personas.

De ese modo, esta nueva concepción del medio ambiente como derecho hace surgir la necesidad de nuevos mecanismos para resolver los conflictos que puedan suscitarse, pues los tradicionales no siempre han resultado ser eficaces. En este contexto, surge la pregunta que abordaremos a lo largo del presente artículo: ¿qué papel podría jugar el arbitraje para resolver disputas en las que se encuentren en juego los derechos que se derivan del propio derecho a un medio adecuado, tales como la salud, el acceso a los recursos naturales, la vivienda y, en última instancia, la vida?

Para tal efecto, consideramos necesario partir de una serie de premisas básicas. La primera de ellas es que el arbitraje únicamente puede tener por objeto materias disponibles. Sin embargo, ello no implica que los derechos humanos se conviertan ahora en bienes jurídicos disponibles, sino que debemos buscar qué aspecto de estos es disponible, y ese será el que podamos someter a arbitraje. Nos referimos, por supuesto, a la reparación del daño por la vía de la responsabilidad civil, entendida, no únicamente como el reconocimiento de una compensación económica, sino también como toda obligación de hacer o no hacer que contribuya a la reparación del daño causado.

A partir de las precisiones anteriores, podemos concretar el ámbito de nuestro estudio como el de los conflictos derivados de vulneraciones de derechos ambientales y la obligación de reparar el daño a que las mismas den lugar, la cual podrá ser causada por diferentes actores, ya sean públicos o privados. La siguiente cuestión que debemos preguntarnos es, ¿puede el arbitraje integrarse en el acceso a la justicia a que tienen derecho las víctimas? Sobre este aspecto, la respuesta es afirmativa. Debemos partir del hecho que, en los últimos años, el paradigma de justicia ha evolucionado y el acceso a la justicia ya no se asienta exclusivamente sobre la concepción clásica que lo entendía como el derecho de acceder a la jurisdicción (Fairén Guillén, 1990, p. 35).

Así, hoy en día cuando hacemos referencia a la justicia ya no nos referimos exclusivamente a la Administración de Justicia, sino que entendemos incluidos dentro de esta a los denominados mecanismos *Adequated Dispute Resolution* (en adelante, ADR). Esto lleva al nacimiento de un moderno concepto de acceso a la justicia, el cual es denominado *the multi-rooms justice system*, en el cual los ADR y la jurisdicción estatal coexisten como mecanismos complementarios dentro de un sistema de justicia integral (Barona Vilar, 2018a, p. 438).

En ese sentido, sobre la base de esta nueva concepción de justicia, el arbitraje continúa su expansión y esto se ve particularmente evidenciado en la constante evolución de los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje, pero también en los inevitables problemas que surgen de la generalización del uso del arbitraje para diferentes ámbitos y materias (Esplugues Mota, 2016, p. 395), como es el caso de la materia que aquí nos ocupa. Por lo tanto, como adelantábamos, la respuesta es que el arbitraje sí que se integra en el concepto de acceso a la justicia y, por ende, podrá servir para complementar los mecanismos tradicionales de justicia y suplir sus carencias cuando estos demuestren ser ineficaces. Naturalmente, la configuración de un

mecanismo de arbitraje para la tutela de los derechos ambientales no estará exenta de dudas y eso es precisamente lo que trataremos de dilucidar en el presente artículo.

Dadas las limitaciones del presente trabajo, nuestro objeto será realizar una aproximación a algunos de los elementos que deberán tenerse en cuenta en el establecimiento de un sistema de arbitraje para aquellos conflictos en materia de derechos medioambientales. Para ello nos remitiremos principalmente a las nuevas Reglas de La Haya de Arbitraje en materia de Empresas y Derechos Humanos (en adelante, Reglas de La Haya), cuyo objeto es regular un procedimiento arbitral de aplicación a las disputas derivadas del impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos. De este modo, podremos analizar qué opciones se perfilan como las más adecuadas para la configuración de un mecanismo de arbitraje en materia de derechos medioambientales, cuya finalidad debe ser, en definitiva, la de reducir todas las barreras en el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones en tales derechos.

II. ARBITRAJE Y MEDIO AMBIENTE

En efecto, el arbitraje para la resolución de conflictos medioambientales no es una materia novedosa, sino que lleva ya varios años siendo debatida en los principales foros internacionales. Sobre este aspecto, uno de los primeros y grandes avances se produjo en el año 2001 con la aprobación del Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales (en adelante, Reglamento de la CPA), cuyo objeto se centra en aquellas "controversias que surjan de tratados u otros acuerdos o de relaciones entre partes una o varias de las cuales no es un Estado" (2001, p. 5).

En definitiva, el Reglamento de la CPA se presentó como un instrumento destinado a cubrir una laguna existente en la resolución de disputas relativas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, al que podrían acudir Estados, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, entidades privadas e incluso personas naturales (Blanc Altemir, 2003, p. 506). En concreto, la utilización del mencionado instrumento se ha ceñido principalmente a controversias entre Estados derivadas de distintos tratados bilaterales y multilaterales en materia medioambiental, tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Por su parte, la Corte Permanente de Arbitraje también ha administrado controversias relativas a tratados de inversiones en materia del marco estatal de protección ambiental o derecho internacional ambiental.

Concretamente en el ámbito del arbitraje de inversiones se plantean frecuentemente, y en aumento, conflictos de carácter ambiental, ya sea por denegación de licencias medioambientales, cambios legislativos en la materia o en cuanto entren en juego derechos de comunidades indígenas (agua, territorio, etc.). En este caso, se puede producir una colisión entre el fin último de proteger la inversión y la protección del medio ambiente o los derechos humanos, lo cual no siempre tiene fácil arreglo (Urueña Hernández, 2018, pp. 6-7).

Algunas de las soluciones que se han ido proponiendo son la integración de cláusulas medioambientales en los tratados de inversión, la concesión de mayor discrecionalidad al tribunal arbitral para la revisión del caso y sus elementos tomando en consideración el daño ambiental (Beharry & Kuritzky, 2015, p. 429), así como que el derecho aplicable se ciña al del Estado de la inversión, de forma que se otorgue mayor seguridad jurídica e información a todos los implicados (Adeleke, 2016, pp. 69-70). La diferencia entre este y el ámbito que aquí nos ocupa, es que, aun cuando puedan existir elementos de derechos humanos, aquí la controversia se ciñe al Estado y el inversionista, sin que tenga cabida la reclamación directa de las víctimas para la reparación del daño.

Sobre el particular, resulta de gran interés el informe emitido por la Cámara de Comercio Internacional titulado *Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR* (en adelante, Informe de la CCI). En el mismo, se plantea la aplicación del arbitraje para tres clases de controversias medioambientales: (i) las derivadas de contratos de transición, adaptación o mitigación, en consonancia con el Acuerdo del Clima de París de 2016; (ii) aquellas derivadas de contratos de los que surja alguna disputa relativa a cuestiones ambientales o climáticas; y, (iii) las relativas a cuestiones medioambientales cuando exista un impacto presente o potencial sobre grupos de población y las partes acuerden *ex post* someter el conflicto a la vía arbitral.

Este último supuesto que plantea el Informe de la CCI será el que analicemos en el presente artículo, esto es, aquel en el que víctimas e infractores fuesen parte en el mismo procedimiento arbitral con el objeto de contribuir a la reparación del daño causado. No nos encontramos, por tanto, en el ámbito de las controversias Estado-inversionista propias del arbitraje de inversiones, ni tampoco en el de las controversias Estado-Estado por incumplimiento de tratados bilaterales o multilaterales sobre medio ambiente.

Es por este motivo por el cual dedicaremos más adelante un epígrafe a las Reglas de La Haya, con la

finalidad de ver el encaje de los conflictos ambientales en las mismas. Sin embargo, con carácter previo, expondremos algunos de los elementos que deben tomarse en consideración a la hora de plantear la aplicación del arbitraje para la resolución de disputas de naturaleza ambiental, para evidenciar después su encaje con las reglas anteriormente mencionadas. Como hemos señalado, el supuesto de hecho del cual partiremos es la situación en la cual uno o varios individuos sufren un daño en sus derechos de naturaleza ambiental.

A. La especialización requerida

Uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos en materia medioambiental es la necesidad de que todos los actores involucrados cuenten con una importante especialización en la materia, se trate de un procedimiento judicial o arbitral. Por este motivo, cualquier planteamiento que implique la posibilidad de someter a arbitraje controversias ambientales, debería determinar *a priori* el grado de experiencia o conocimientos previos que se debe exigir a los árbitros para garantizar la mayor corrección técnica en la resolución de la disputa.

En este sentido, el Reglamento de la CPA no exige de manera expresa ninguna especialización concreta a los árbitros intervinientes. No obstante, su artículo 8 dispone que se pondrá a disposición de las partes y la autoridad nominadora una lista de personas que se consideran expertas en los temas del litigio. Por otro lado, el Informe de la CCI sí que hace un especial hincapié en la necesidad de que el árbitro tenga conocimientos y experiencia en materia ambiental, bien sea esta legal, científica o técnica. Así pues, al tratarse específicamente de un tribunal arbitral, el citado informe prevé que por lo menos uno de los miembros debe tener formación jurídica.

Por su parte, las Reglas de La Haya, a las que posteriormente nos remitiremos, señalan en sus exigencias la necesidad que el árbitro tenga experiencia en materia de derechos humanos y empresas, derecho nacional e internacional aplicable y/o en la industria o sector de qué se trate el arbitraje. A estos requisitos generales, añadiríamos que siempre que se trate de un conflicto ambiental, el conocimiento de esta materia debería prevalecer por encima de los demás, debiendo, además, apoyarse en cuantos informes técnicos sean necesarios para completar los conocimientos técnico-científicos de los que pudiera carecer el árbitro, máxime en materia probatoria.

Junto a la especialización requerida a los árbitros, aparece otra propuesta que ha tenido gran acogida entre la doctrina, la cual es la creación de un tribunal internacional dedicado exclusivamente a la resolución de controversias ambientales, al que pudiesen acudir los Estados, las organizaciones no gubernamentales, los individuos y las empresas. Entre las principales ventajas que tendría la creación de este tribunal internacional se encontraría el aumento de la seguridad jurídica, la armonización de las resoluciones y su contribución a complementar los sistemas legales existentes. En este sentido, puede verse la propuesta contenida en el informe emitido en el 2014 por la International Bar Association titulado *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*.

En definitiva, lo que será imprescindible para poder resolver adecuadamente una controversia relativa al medio ambiente es que el árbitro o árbitros tengan experiencia y/o conocimiento sobre la materia, de modo que se asegure una adecuada resolución del caso. Lo anteriormente señalado reviste especial importancia si tomamos en consideración que una de las características positivas que suelen predicarse del arbitraje por encima de la jurisdicción ordinaria es precisamente su alto grado de especialización.

B. La transversalidad de la materia

Junto a la especialización de los árbitros, encontramos otra característica inherente a los conflictos ambientales: la diversidad de materias que abarcan. Esta clase de disputas pueden involucrar cuestiones de diversas ramas, tales como el derecho internacional, civil, penal o administrativo. Ello es sumamente relevante, pues la solución será completamente distinta según el ámbito en el cual nos encontremos. Dado que hemos circunscrito el ámbito del presente trabajo a la búsqueda de la reparación del daño causado por parte de las víctimas, dejaremos de lado –por el momento– el derecho internacional.

Así pues, ante una controversia de naturaleza medioambiental, deberemos plantearnos las siguientes preguntas: ¿es delictiva la actuación lesiva?, ¿constituye una infracción administrativa?, ¿es responsabilidad de un ente estatal o una empresa privada?, ¿ha producido un daño susceptible de ser reparado? Mientras en el ámbito administrativo buscaremos la responsabilidad del Estado por su inactividad respecto de determinadas contrarias a la legislación ambientales; en el terreno del derecho penal o civil las víctimas perseguirán la declaración de responsabilidad de una persona natural o jurídica y la obtención de un resarcimiento en concepto de responsabilidad civil.

Los mayores problemas se van a producir cuando la conducta a consecuencia de la cual se originó el conflicto que quiere resolverse sea constitutiva de delito, pues en dichos casos entraría en juego el orden penal. En esta confluencia del arbitraje con el ordenamiento penal habrá varios aspectos que abordar, tales como la compatibilidad de la confidencialidad propia del procedimiento arbitral con el deber general de denunciar un delito que pesaría sobre el árbitro. Quizá la expectativa de confidencialidad que la empresa tiene en el procedimiento arbitral (con la finalidad de salvaguardar su imagen y reputación) deba ceder ante el deber de denunciar y la consecuente investigación que pesará sobre las autoridades estatales.

Por otro lado, cabe cuestionarse ¿qué ocurrirá con la reparación del daño si se inicia un proceso penal por los mismos hechos? En principio, consideramos que no habría problema en que la responsabilidad civil se dirimiese en un procedimiento arbitral, por ser una materia plenamente disponible (Montero Aroca, 2004, p. 126), mientras que la penal siguiese su cauce procedimental. Sin embargo, en la práctica no parece que esta situación pueda tener mucha virtualidad. En efecto, es probable que a la entidad infractora le interese que se resuelva todo en el marco de un proceso penal, y lo mismo puede ocurrir con la propia víctima.

Junto a las anteriores, podemos también mencionar, la compatibilidad que existe entre arbitraje y los procedimientos ante los tribunales de derechos humanos. Imaginemos el supuesto de una vulneración de derechos provocada por una actividad empresarial ilícita, cuyo cese no fue ordenado por el Estado (a pesar de ser este consciente de su ilicitud y del daño que estaba causando). En un caso como este, las posibilidades son variadas.

Por un lado, las víctimas podrían tratar de alcanzar un acuerdo con la empresa, de forma que puedan someterse a arbitraje y así obtener la reparación del daño por dicha vía. Además, existirían responsabilidades penales que depurar en el proceso correspondiente, tanto por la comisión de una actividad ilícita, como por la falta de respuesta de los funcionarios públicos responsables. Si el Estado fracasase en la investigación y punición de los hechos, la vía del tribunal regional de derechos humanos (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos) se habilitaría para demandar al Estado por la falta de investigación.

En definitiva, pueden darse situaciones de tan diferente y compleja casuística, las cuales resulta interesante, cuanto menos, dejarlas planteadas, pues lo cierto es que solamente la práctica real nos dirá cómo podrían resolverse.

C. La naturaleza colectiva del medio ambiente

Sumado a lo antedicho debemos tener en cuenta la naturaleza supraindividual del medio ambiente, pues ello influirá enormemente en la determinación de las partes. Así pues, el medio ambiente, según su propia definición, es un bien de naturaleza supraindividual, lo que implica que su titularidad pertenece a la sociedad en conjunto y no a los propios individuos concretos. No obstante, ello no significa que no haya derechos individuales relacionados con el medio ambiente que puedan verse vulnerados como consecuencia de actuaciones que dañan al medio ambiente en su conjunto.

Dentro de los intereses supraindividuales cabe distinguir, a su vez, entre aquellos que son colectivos y los difusos[1]. Sin embargo, dado que este no es el lugar oportuno para entrar en dicha discusión, nos limitaremos a dejar planteada la problemática a la que nos enfrentamos, diferenciando entre intereses individuales y supraindividuales. A manera de ejemplo, imaginemos una empresa que está provocando vertidos en un río próximo a una localidad. Por un lado, dicha acción causará un perjuicio al medio ambiente en general. Por otro lado, cada uno de los habitantes de la localidad próxima al río podrían sufrir un daño en su salud, en caso llegasen a ingerir el agua contaminada.

Por ello, cuando se produce un conflicto medioambiental es importante identificar los distintos daños, con la finalidad de determinar qué personas o entidades podrán actuar para instar su reparación. Esta especial característica del medio ambiente y los derechos ambientales, nos lleva a cuestionar un tema de especial relevancia: ¿cabe la posibilidad que se planteen acciones colectivas en el marco de un arbitraje? Esta posibilidad no es una realidad aún en el ordenamiento interno español ni en el de la Unión Europea, salvo para algunos supuestos excepcionales (Montesinos García, 2019)

Tal y como hemos señalado anteriormente, una de las finalidades de la introducción de un mecanismo arbitral para disputas de derechos ambientales es precisamente reducir las barreras de acceso a la justicia y mejorar las opciones que se presentan para lograr obtener reparaciones de las víctimas.

[1] Sobre el particular, véase a Montero Aroca (2007) y Planchadell Gargallo (2015).

Por ello, las acciones colectivas en el marco de un arbitraje podrían suponer una mejora en la tutela de los derechos y el acceso a la justicia, pues permitirían que determinadas entidades actuasen en defensa de una colectividad, reduciendo así el coste, el tiempo y la complejidad, tal como ocurre actualmente en el caso de las acciones colectivas judiciales. Es decir, una titularidad especial, como es la supraindividual, requiere de una tutela especial, como sería la colectiva.

Junto a ello, aunque tampoco exento de complejidad, será necesario prever y articular adecuadamente la posibilidad de intervención de terceras personas al arbitraje, ya sea por tener algún interés directo en la resolución del caso –por ejemplo, por ser parte en el mismo instrumento jurídico del que deviene el conflicto-, o bien por tener un interés general en la protección del medio ambiente en tanto bien jurídico común, como podrían ser las organizaciones no gubernamentales.

A la luz de lo expuesto, a continuación analizaremos algunos de los aspectos principales de las Reglas de La Haya, para ver su posible encaje en la materia que nos ocupa.

III. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA HAYA DE ARBITRAJE PARA EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Partiremos de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante, Principios Rectores). El Principio 27 establece que: "[l] os Estados deben establecer mecanismos de reclamación extrajudiciales eficaces y apropiados, paralelamente a los mecanismos judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación de las violaciones de los derechos humanos relacionadas con empresas" (Naciones Unidas, 2011, p. 37).

En concreto, el mandato incorporado en dicho precepto ha servido como fundamento para el desarrollo de reglas arbitrales para la protección de los derechos humanos en el seno de actividades empresariales. En efecto, frente a la ineficacia de los mecanismos tradicionales para garantizar un verdadero acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de derechos humanos derivadas de actividades empresariales; estas normas tienen como principal finalidad mejorar dicha tutela para que las víctimas logren obtener la reparación del daño sufrido.

Como hemos adelantado, la creación de un mecanismo arbitral para resolver disputas de derechos humanos no implica, en ningún caso, que los derechos humanos sean en su totalidad disponibles, ni tampoco que se altere la naturaleza esencial del arbitraje y que pasen a ser arbitrables materias no disponibles. Así pues, el objeto del proceso arbitral, entendido en el doble sentido de materias arbitrables y objeto del proceso (Barona Vilar, 2018b, pp. 134-135), será la responsabilidad civil, la cual nace como consecuencia de la vulneración de derechos producida.

Es más, no puede desconocerse que, en muchas ocasiones, la lesión de derechos será constitutiva de delito, en cuyo caso, también la denominada responsabilidad civil *ex delicto* será arbitrable, al ser materia plenamente disponible para la víctima, conforme lo ya expuesto. En definitiva, el objeto de este arbitraje serán materias que ya eran disponibles y, por tanto, arbitrales, pero para las cuales ahora se potencia su utilización mediante el desarrollo de unas normas especializadas.

Así pues, las Reglas de La Haya recogen en su artículo 45 una enumeración de las distintas posibles formas de reparación, ya sea monetaria o no monetaria, dentro de las cuales se incluyen (i) la restitución; (ii) la rehabilitación; (iii) obligaciones de hacer y no hacer; y, (iv) garantías de no repetición. Estas últimas hacen referencia a aquellos casos en los cuales estemos ante conductas reiteradas en el tiempo y que afecten de forma real o potencial a una pluralidad de personas, de manera que, mediante el establecimiento de garantías de no repetición, se logra volver a repetir la conducta lesiva en el futuro. El citado precepto añade que, en caso las partes lo acuerden, se podrán incluir recomendaciones de medidas vinculantes a ser adoptadas para corregir el conflicto desde su origen y evitar así su repetición.

El arbitraje regulado mediante las Reglas de La Haya no pretende sustituir, en ningún caso, a las jurisdicciones nacionales, sino que busca cubrir una laguna y tratar de reducir las barreras en el acceso a la justicia de las víctimas. En concreto, la existencia de dichas barreras trae como consecuencia que, en múltiples ocasiones, las conductas no sean perseguidas y castigadas, llegando a darse una situación de impunidad. Estos obstáculos pueden deberse a alguna de las siguientes circunstancias:

a) El desinterés del propio Estado en el que se desarrollan los hechos.

b) La existencia de obstáculos sustantivos, tales como los relativos a la determinación de la legislación aplicable.

c) La existencia de obstáculos procesales, tales como el coste del litigio, el tiempo de resolución, la determinación de la jurisdicción o la prueba de los hechos (que son los más frecuentes de ocurrir en la práctica).

Por tal motivo, el arbitraje puede contribuir a mejorar las opciones de las víctimas de obtener alguna clase de resarcimiento por dicho conducto en todos aquellos casos en los que los mecanismos tradicionales no lo logren. Es más, incluso en el caso de que la justicia ordinaria estatal interviniese, por ejemplo, en la determinación de las eventuales responsabilidades penales, las víctimas podrían dirimir lo relativo a la responsabilidad civil por la vía del arbitraje. Cosa distinta será entrar a valorar si a las empresas les interesará someterse a arbitraje en estos casos pero, como tal, dicha posibilidad siempre estará abierta.

Sentado todo lo anterior, nos detendremos a continuación en el ámbito de aplicación y las partes en el conflicto a tenor de las Reglas de La Haya, con la finalidad de completar el examen de su aplicabilidad a la materia que nos ocupa.

A. Ámbito de aplicación

Las propias reglas definen su ámbito de aplicación al de las disputas relativas al impacto de las actividades empresariales en los derechos humanos. Ahora bien, cabe cuestionarnos ¿qué debemos entender por **derechos humanos** y **actividad empresarial**? El punto de partida nos lo da su propio texto al señalar que se deberán interpretar en un sentido que sea, al menos, tan amplio como el recogido en los Principios Rectores. Añade, además, que la falta de definición de los términos en su texto es voluntaria.

1. Derechos humanos

En primer lugar, por lo que respecta a la definición de los derechos humanos, los Principios Rectores señalan que estos son todos aquellos que se encuentran contenidos en los siguientes textos: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así como los que se encuentran incluidos en los ocho convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Además, toda vez que las Reglas de La Haya prevén que los Principios Rectores se deben considerar una protección mínima, resulta comprensible que se incorporen los derechos humanos contenidos en otros tratados como son los casos del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH), la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (en adelante, CADH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (en adelante, CADHP), por ser estos los tres grandes instrumentos regionales de protección de los derechos humanos.

Es importante señalar que los derechos ambientales no se encuentran expresamente consagrados en los textos anteriormente referidos, con la excepción de los sistemas regionales de protección de derechos humanos en América y África. En lo que respecta al Protocolo de Salvador, el artículo 11 establece que "[t]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos" (1988). Por su parte, la CADHP dispone en su artículo 24 que "todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo" (1981).

Por su parte, en Europa la situación ha sido distinta y, ante la falta de inclusión en el CEDH de derecho ambiental alguno, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido el encargado de desarrollar una extensa jurisprudencia en torno a su protección, basada principalmente en la relación existente entre el medio ambiente sano y otros derechos expresamente recogidos en el convenio, como son la vida, la integridad física o la propiedad.

A esta lista de derechos consagrados internacionalmente debemos añadir aquellos reconocidos a nivel interno. Si acudimos nuevamente a los Principios Rectores, estos disponen que deben considerarse los derechos de grupos o poblaciones específicas cuando se vulneren los derechos de esas personas. Semejante disposición podría dar cabida a la inclusión de los derechos específicos de determinadas poblaciones indígenas. Consideramos, por lo tanto, que no existe argumento alguno por el cual se deba negar la inclusión de los derechos reconocidos por los ordenamientos internos[2].

Por último, en el borrador del instrumento vinculante para la cuestión de los derechos humanos y las empresas, que actualmente se encuentra desarrollando en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, se incluyen expresamente los derechos ambientales dentro de su ámbito de aplicación (2019).

[2] Es más, mediante la inclusión de los derechos reconocidos tanto a nivel nacional como comunitario, podríamos luchar contra el llamado imperialismo de los derechos humanos, que implica que los derechos humanos son los que la sociedad occidental ha reconocido como tal, tanto en su propio territorio, como mediante su imposición a otras culturas (Barona Vilar, 2017, p. 533).

En síntesis, los derechos ambientales quedarían incorporados en ese catálogo de derechos cuyas disputas podrían someterse a arbitraje en concordancia con las Reglas de La Haya. Es más, dada la propia naturaleza de los conflictos ocasionados por actividades empresariales y su frecuente relación con el medio ambiente, negar la inclusión de los conflictos ambientales en el ámbito de las Reglas de La Haya, supondría negar su aplicabilidad a un porcentaje elevadísimo de las disputas planteadas en este ámbito.

2. Actividades empresariales

En segundo lugar, consideramos necesario pasar a definir qué son "actividades empresariales" a tenor de las Reglas de La Haya. Atendiendo a su finalidad, así como a la interpretación "amplia" que imponen, podríamos señalar que cualquier actividad económica, sea local o transnacional, se encuentra incluida en su definición. Para complementar dicha concepción, el borrador del instrumento vinculante incluye dentro de la definición de actividad empresarial cualquier actividad económica de una empresa transnacional o de otra clase, sea productiva, comercial o de otra naturaleza, llevada a cabo por una persona física o jurídica. Dentro de este espectro de actividades también se incluyen aquellas desarrolladas por medios electrónicos.

En el mismo sentido, podemos definir una corporación como aquella entidad económica que opera en uno o varios países o un grupo de entidades que se desarrollan en uno o más países, con independencia de su forma jurídica, país de actividad o si son individuales o colectivas (Jernej, 2010, pp. 10-11).

Dentro del contexto de las actividades empresariales, en ningún caso, el ámbito de aplicación queda circunscrito a las relaciones laborales entre la víctima y la empresa causante de la vulneración de derecho. Por el contrario, las Reglas de La Haya serían de aplicación con independencia de la existencia o no de una relación jurídica previa entre las partes. En definitiva, lo verdaderamente relevante para que pueda someterse el conflicto a arbitraje es que exista una vulneración de derechos humanos provocada por actividades empresariales.

Por último, es importante señalar que el artículo 1 de las Reglas de La Haya dispone que no se exigirá que el conflicto se defina como una disputa relativa a empresas y derechos humanos si todas las partes en la disputa han acordado resolver la cuestión mediante estas. Ahora bien, si el convenio arbitral es previo al conflicto podrían suscitarse problemas de interpretación derivados de una falta de claridad o determinación de la eventual controversia (Barona Vilar, 2018b, pp. 145-146), especialmente cuando se trata de verificar si concurren los elementos de derechos humanos y actividades empresariales. En estos casos, será el tribunal arbitral el que deberá decidir sobre su propia competencia y la validez del convenio arbitral.

IV. PARTES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Por último, veremos qué personas o entidades pueden ser parte en el arbitraje para derechos humanos y empresas según lo regulado en las Reglas de La Haya. Es decir, si la vía arbitral se verá restringida únicamente a las víctimas y empresas infractoras, o si puede extenderse a otras partes intervinientes, tales como Estados u organizaciones civiles.

En los trabajos preparatorios que precedieron a las Reglas de La Haya se diferenciaban dos clases de conflictos. Por un lado, se encontraban aquellos entre víctimas y empresas, esto es, el supuesto en el que serían parte en el procedimiento arbitral una o varias víctimas frente a la empresa causante del daño. En este caso, no será necesaria ninguna relación previa de la víctima con la empresa infractora. Por otro lado, se encontrarían aquellos conflictos entre dos empresas, surgidos como consecuencia del incumplimiento de una cláusula contractual de derechos humanos. A diferencia del primer supuesto planteado, en este caso sí existe una relación jurídica previa entre las partes en el conflicto[3].

Sin embargo, el texto final de las Reglas de La Haya no se ha limitado a establecer que las víctimas y las empresas infractoras son las únicas que podrán acudir a la vía arbitral para resolver sus controversias, sino que, de forma muy positiva, este ha previsto dicha posibilidad a favor de Estados, sindicatos, organizaciones internacionales y organizaciones civiles, así como cualesquiera otros sujetos. En definitiva, cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, podrá ser parte en el procedimiento arbitral.

Esto merece una valoración muy positiva en la medida en que, cuando hacemos referencia a derechos humanos y, específicamente, a los relacio-

[3] Por ejemplo, un contrato de fabricación en el cual se estipula que las disputas relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de derechos humanos por parte de alguna de las dos empresas se someterán a arbitraje, de acuerdo con las Reglas de La Haya.

nados con el medio ambiente, no podemos cerrar el conflicto únicamente a empresas y víctimas, aun cuando sean estos los actores principales. Así pues, por una parte, tendremos a las víctimas, quienes pueden querer reclamar la compensación que les corresponde por el daño sufrido, pero también habrá en muchos casos organizaciones no gubernamentales de defensa del medio ambiente interesadas en el desarrollo del procedimiento, así como Estados u otras entidades públicas.

No podemos tampoco olvidar que será habitual la existencia de conflictos en los que haya una pluralidad de partes afectadas o que potencialmente pudieran estarlo, por la propia naturaleza de la materia en conflicto, como hemos adelantado en la sección II. C *supra*. Por dicho motivo, las Reglas de La Haya recogen dos situaciones que podríamos tildar de especiales en materia arbitral: el arbitraje multiparte y el arbitraje colectivo.

En relación con el primero, el arbitraje multiparte, el texto recoge la posible intervención de terceros que sean parte en el instrumento jurídico en el cual se inserta la cláusula de arbitraje o que pudiesen verse afectados por el mismo. Respecto del segundo, el arbitraje colectivo, no hay una mención expresa en el articulado, pero en el comentario del artículo 19 aparece reflejada la posibilidad del mismo. Naturalmente, esto último estará sujeto al criterio del tribunal arbitral, las circunstancias del caso, y también del contenido y contexto del acuerdo arbitral.

En el caso concreto del arbitraje colectivo debe valorarse su previsión, dado que actualmente ello no es una realidad en una buena parte de los ordenamientos jurídicos (Montesinos García, 2019). Por ello, cualquier inclusión al respecto que pueda dar pie a un futuro reconocimiento, debe ser más que bienvenida, igual que lo es la inclusión de una diversidad de partes que se puedan incorporar al proceso arbitral. Máxime si tenemos en cuenta la naturaleza colectiva del medio ambiente, que aconsejaría, en los ordenamientos en los que sea posible, su protección acorde a dicha naturaleza.

En definitiva, las Reglas de La Haya presentadas revisten de un carácter ambicioso y optimista, con la convicción de contribuir a mejorar la situación de millones de personas que sufren abusos derivados del impacto de actividades empresariales día a día. En este contexto, no puede negarse la relación íntima e inquebrantable que existe entre el medio ambiente y los derechos humanos, razón por la cual consideramos que el procedimiento regulado por las Reglas de La Haya podría complementar en gran medida los mecanismos ya existentes para la tutela de los derechos ambientales.

V. REFLEXIONES FINALES

En definitiva, el arbitraje en materia medioambiental no es actualmente solo una posibilidad, sino que este ya cuenta con precedentes asentados, especialmente en el ámbito de las controversias Estado-Estado o Estado-inversionista. Siendo ello así, ahora lo que se debe buscar es aplicarlo a otra clase de disputas. Específicamente, aquellas disputas en las cuales una o varias personas individuales sufren un perjuicio en su derecho a gozar de un medio ambiente adecuado –entendido aquel como el derecho de las personas a desarrollarse en un medio que les garantice unas condiciones mínimas inherentes a la dignidad humana, tales como la vida, la integridad física o el acceso a los recursos naturales–, pero también la protección del territorio o la propiedad privada.

Así, la aprobación de las Reglas de La Haya supuso una gran contribución en este ámbito, pues configura un procedimiento arbitral adaptado a la realidad de la materia que busca tutelar. Esto se plasma en los distintos elementos comentados en el presente texto, tales como la definición del ámbito de aplicación y la previsión de partes en el conflicto; así como en otros aspectos que no hemos podido abordar, como es el caso de la disposición referida a la designación de un árbitro de emergencia para la aprobación de medidas cautelares urgentes.

A mayor ahondamiento, creemos que si un elemento refleja la especialización de este tipo de controversias es el posible contenido del laudo, que puede ir desde la compensación puramente económica hasta inclusive garantías de no repetición en el futuro. Pues, qué duda cabe, en la mayoría de las ocasiones no se tratará de situaciones aisladas, sino situaciones que se reiteran en el tiempo y que, en efecto, afectan o puedan afectar a una pluralidad de personas, a las que se debe tratar de poner fin. Es por ello que el procedimiento arbitral regulado en las Reglas de La Haya se presenta, *a priori*, como una excelente vía para la tutela de los derechos ambientales.

Ahora bien, la realidad no resulta tan sencilla y, si bien puede parecer que el arbitraje es la solución idónea para todas las partes, no hay manera de poder asegurar que las empresas se presenten voluntariamente a un proceso de esta naturaleza. Además, suelen aparecer problemas referidos a la confluencia con el orden penal, en cuanto al deber de denunciar y la confidencialidad. Las empresas verían frustrado su objetivo de confidencialidad, si el árbitro se viese obligado a denunciar los hechos por ser constitutivos de infracción penal.

En el mismo sentido, aun cuando la conducta fuese ilícita (pero no delictiva), la confidencialidad propia de un procedimiento arbitral tampoco sería lo más aconsejable cuando se encuentran en juego el medio ambiente o los derechos de las personas, pues lo que se requiere en estos casos es transparencia y acceso a la información.

Por lo expuesto, consideramos que la configuración de un mecanismo arbitral para la tutela de los derechos ambientales efectivo debería partir de las siguientes premisas: (i) transparencia y acceso a la información; (ii) especialización de los árbitros; (iii) posibilidad de intervención de terceros; y, (iv) previsión de reclamaciones colectivas. Solamente de este modo podrá cumplir su cometido, el cual no es otro que reducir las barreras de los mecanismos de acceso a la justicia y que ninguna víctima quede sin reparación.

REFERENCIAS

Adeleke, F. (2016). Human rights and international investment arbitration. *South African Journal on Human Rights*, *32*(1), 48-70. https://doi.org/10.1080/02587203.2016.1162436

Barona Vilar, S. (2017). *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*. Tirant lo Blanch.

(2018a). Retrato de la justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz? *Revista Boliviana de Derecho*, (25), 416-444. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2070-81572018000100013&lng=es&nrm=iso

(2018b). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajurisdiccional de conflictos)*. Tirant lo Blanch.

Beharry, C., & Kuritzky, M. (2015). Going green: managing the environment through international investment arbitration. *American University International Law Review*, *30*(3), 383-429. https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1847&context=auilr

Blanc Altemir, A. (2003). Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las controversias relativas a los recursos naturales y/o al medio ambiente. *Revista Española de Derecho Internacional*, *55*(1), 506-510.

Boyd, D. (2012). *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights and the Environment*. UBC Press.

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (2019). *ICC Commission Report. Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR*. https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-through-arbitration-and-adr/

Esplugues Mota, C. (2016). Quo vadis arbitratio? En S. Barona Vilar (coord.). *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 393-420). Civitas.

Fairén Guillén, V. (1990). *Doctrina general del derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales*. Bosch.

Franco Del Pozo, M. (2000). *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*. Universidad de Deusto.

International Bar Association [IBA] (2014). *Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report. Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*. https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=0f8cee12-ee56-4452-bf43-cfcab196cc04

Jernej, L. C. (2010). *Human Rights Law and Business: Corporate Responsibility for Fundamental Human Rights*. Europa Law Publishing.

Montero Aroca, J. (2004). Artículo 2. Las materias de libre disposición. En Barona Vilar, S. (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Thomson Civitas.

(2007). *De la legitimación en el proceso civil*. Bosch.

Montesinos García, A. (2019). *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*. Tirant lo Blanch.

Planchadell Gargallo, A. (2015). La consecución de la tutela judicial efectiva en la litigación colectiva, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-31.

Urueña Hernández, R. (2018). Después de la fragmentación: ICCL, derechos humanos y arbitraje de inversiones. *MPIL Research Paper Series*, (30), 59-84.

Vernet, J., & Jaria, J. (2007). El derecho a un medio ambiente sano: su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho

internacional. *Teoría y realidad constitucional*, (20), 513-533. https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6774

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 27 de junio de 1981, CABI-LEG/67/3 rev. 5, I.L.M. 58.

Center for International Legal Cooperation, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, 12 de diciembre de 2019.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de Estocolmo*, U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1 (1973), 11 I.L.M. 1416 (16 de junio de 1972).

Consejo de Derechos Humanos, Res. 26/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/26/9 (16 de julio de 2019).

Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1114 U.N.T.S. 123.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 21 I.L.M. 1261, 1833 U.N.T.S. 397

Convenio Europeo de Derechos Humanos para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213. U.N.T.S. 221.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (10 de diciembre de 1948)

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar', U.N. Doc HR/PUB/11/04 (16 de junio de 2011).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, U.N. Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, U.N. Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de los Estados Americanos (Protocolo de San Salvador), 28 I.L.M. 156, O.A.S.T.S. No. 69 (17 de noviembre de 1988).

Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje [CPA] para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales de la Corte Permanente de Arbitraje, 19 de junio de 2001. https://docs.pca-cpa.org/2015/12/Reglamento-Facultativo-de-la-CPA-para-el-Arbitraje-de-Controversias-Relativas-a-Recursos-Naturales-yo-al-Medioambiente.pdf

10.18800/themis.202001.030

PONGAMOS A COMPETIR A LAS INSTITUCIONES ARBITRALES: A FAVOR DEL ESCRUTINIO DE LAUDOS EN EL PERÚ

LET'S PUT THE ARBITRAL INSTITUTIONS TO COMPETE: IN FAVOR OF THE SCRUTINY OF AWARDS IN PERU

Huáscar Ezcurra Rivero*
Universidad del Pacífico
Bullard Falla Ezcurra+

Daniel Masnjak Marín**
Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS
Pontificia Universidad Católica del Perú

The enforceability of awards is the most valued feature of arbitration. This alternative dispute resolution mechanism depends, almost entirely, on the efficiency of the final product it provides: the award. The quality of this instrument, however, may vary depending on the arbitrators in charge of rendering it and, most important, the institutions that fulfill the function of regulating the arbitral procedure.

In this article, the authors propose that arbitral institutions in Peru implement the scrutiny of awards in order to improve the quality and enforceability of awards. This scrutiny aims to be an additional competition factor among them as well as it leads them to having a higher quality standard in the services they offer. This measure is in accordance with the users' preferences and would demand great institutional effort, a technical design work, a strong policy in favor of internationalization and a determined teaching work. Nevertheless, it would generate benefits that would far outweigh its costs for the practice of arbitration in the country and, most importantly, direct benefits for the users.

Keywords: Arbitration; arbitral institutions; enforcement of awards; scrutiny; International Chamber of Commerce

La ejecutabilidad de los laudos es la característica más valorada del arbitraje. Este mecanismo alternativo depende, casi en su totalidad, de la eficiencia del producto último que brinda: el laudo. La calidad de este, no obstante, puede variar dependiendo de los árbitros encargados de su elaboración y, sobre todo, de las instituciones que cumplen la función de regular el procedimiento arbitral.

En este artículo, los autores proponen que las instituciones arbitrales en Perú implementen el escrutinio de laudos como mecanismo para mejorar la calidad y ejecutabilidad de los laudos. El objetivo es que sea un factor adicional de competencia entre ellas y las lleve hacia un nivel de calidad más exigente en los servicios que ofrecen. Esta medida está alineada con las preferencias de los usuarios y demandará un gran esfuerzo institucional, una labor técnica de diseño, una fuerte política de internacionalización y una decidida labor de docencia. Sin embargo, generará beneficios que superarán ampliamente sus costos para la práctica del arbitraje en el país y, sobre todo, beneficios directos para los usuarios.

Palabras clave: Arbitraje; instituciones arbitrales; ejecución de laudos; escrutinio; Cámara de Comercio Internacional

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Yale Law School. Ex asociado internacional de Shearman & Sterling, LLP. Ex secretario técnico del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual. Socio de Bullard Falla Ezcurra+ (Lima, Perú). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Contacto: hezcurra@bullardabogados.pe

** Estudiante de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Contacto: dmasnjak@bullardabogados.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de abril de 2020, y aceptado el mismo el 8 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un servicio y quienes pagan por él esperan que sea de calidad. Un servicio de calidad, cuando de arbitraje se trata, incluye recibir un laudo de calidad. Un laudo sin errores, bien fundamentado y listo para su ejecución efectiva.

No cabe duda de que la competencia es el combustible que mejora la calidad de bienes y servicios. Cuando hablamos de competencia en el arbitraje, la discusión se focaliza usualmente en cómo el proceso competitivo contribuye a mejorar la calidad de los árbitros. Finalmente, el proceso será tan bueno o tan malo como lo sean los árbitros a cargo. Por ello —de forma lógica—, si a mayor competencia, mejores árbitros, la mayor competencia debería redundar también en mejores laudos.

No obstante, la competencia parece no ser lo suficientemente intensa en el Perú como para asegurarnos mejores árbitros y laudos. Si bien se dice que el Perú es uno de los países de la región en que más se arbitra[1], sobre la base de nuestra experiencia en arbitraje doméstico, consideramos que no existen todavía —en nuestro país— suficientes árbitros de calidad y que, por ende, sean capaces de emitir laudos de calidad, como la demanda del servicio legítimamente exige.

Para lograr una mayor competencia, que redunde en mejores árbitros y, a su vez, en mejores laudos en el Perú, las instituciones arbitrales juegan un rol fundamental. Estas son las que, mediante mejoras en sus listas de árbitros y en el ejercicio de su facultad de ratificarlos, contribuyen decididamente a una mejora en la calidad. De forma similar, las instituciones arbitrales pueden mejorar el servicio descontando honorarios a los árbitros que no cumplen con resolver dentro de plazos razonables[2]. De esa forma, motivarían a los árbitros a gestionar eficazmente el proceso para lograr procesos bien dirigidos, así como laudos de calidad en tiempo razonable.

Las instituciones arbitrales también pueden contribuir a una mayor competencia publicando información sobre el récord de los árbitros en los procesos tramitados ante cada centro (como, por ejemplo, el número de casos en los que han participado, respeto por los plazos, recusaciones, entre otros). En efecto, contar con mayor información sobre los árbitros generaría mayor competencia y mejoraría la calidad. En este punto, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, Centro de Arbitraje de la CCL) ha dado un paso fundamental con el llamado Faro de Transparencia, plataforma digital a través de la cual pone a disposición de los usuarios información muy importante que permite conocer más sobre el récord de los árbitros designados en procesos tramitados ante el centro[3].

Creemos, sin embargo, que las instituciones arbitrales pueden y deben hacer mucho más para mejorar la calidad de los árbitros y la calidad de sus laudos. En arbitraje, las políticas públicas orientadas a mejorar el servicio de solución de controversias las deben dictar los particulares, en especial las instituciones arbitrales, y no el Congreso de la República. En efecto, para un sistema arbitral sólido se requieren instituciones arbitrales con perfil alto, que monitoreen permanentemente los problemas del sistema y se adelanten a corregirlos, dictando —cuando corresponda— disposiciones o mejoras al sistema, orientadas siempre a asegurar un sistema arbitral más transparente, célere, de calidad y efectivo.

Bajo esa perspectiva, estamos convencidos de que, mediante la implementación del servicio de escrutinio de laudos, las instituciones arbitrales contribuirían decididamente a mejorar la calidad

---

1 Este aspecto se debe a que el arbitraje, en nuestro ordenamiento, es obligatorio en los casos de contrataciones públicas. Por ejemplo, solo en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, CARC PUCP) se registraron 422 casos nuevos en el año 2018 y 485 en el 2019 (CARC PUCP, 2020). A su vez, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, Centro de Arbitraje de la CCL) registró 385 en el año 2015 y 508 en el 2016 (Centro de Arbitraje de la CCL, 2016). En el año 2018, por el contrario, la London Court of International Arbitration (en adelante, LCIA) registró 317 casos (LCIA, 2019), mientras que la Stockholm Chamber of Commerce (en adelante, SCC), en el 2018, registró 152 casos nuevos (SCC Arbitration Institute, 2019). Solo la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI) se mantiene por encima, con 842 casos en el año 2018 (CCI, 2019b, p. 4).

2 Esta es una medida que ha sido implementada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI desde el año 2016. En los arbitrajes que administra, la Corte está facultada a reducir entre el 5% y 20% de los honorarios de los árbitros que se demoran injustificadamente en laudar (McIlwrath, 2016). Esta es una política que aún está pendiente de ser acogida por las instituciones arbitrales en el Perú, pero cuya implementación es necesaria y urgente.

3 La plataforma Faro de Transparencia permite que el usuario acceda a cinco aspectos: (i) una base de datos de sanciones impuestas a árbitros; (ii) la composición de tribunales anteriores y los estudios de abogados que patrocinan a las partes; (iii) laudos de arbitrajes en los participó el Estado peruano; (iv) reseñas de laudos comerciales emitidos por tribunales arbitrales de la CCL; y, (v) laudos anulados y su respectiva sentencia judicial. Es la innovación más importante de los últimos años en el mercado de arbitraje de Perú y probablemente en América Latina. En efecto, la CCI ha desarrollado un mecanismo similar, aunque más limitado (publicando solo la composición del tribunal y si el árbitro fue designado por el demandado, demandante o los coárbitros).

del servicio. En el presente artículo proponemos que las instituciones arbitrales se animen a innovar en esta área, incorporando en sus reglamentos el escrutinio de laudos. Nuestro trabajo toma como referencia y ejemplo la experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). Si bien implementar la propuesta exige convicción, decisión y un enorme esfuerzo, creemos que los beneficios largamente los justifican. De hecho, impactará directamente en la mejora de la calidad y ejecutabilidad de los laudos, aspecto central del servicio de solución de controversias. Con ello se fortalecerá el liderazgo en la región de las instituciones arbitrales que tomen la iniciativa y, a través de ellas, se consolidará el liderazgo que el Perú ya posee.

II. ¿QUÉ ES CALIDAD? ESCUCHEMOS AL USUARIO

El cliente sabe lo que es mejor para él. Por lo tanto, si queremos mejorar nuestro producto o servicio, sea cual fuere la industria, lo primero es escuchar al consumidor. Lo mismo ocurre en el arbitraje. Si queremos mejorar el sistema, debemos primero escuchar al consumidor. Entonces, cuando uno se pregunta qué es lo más importante para un usuario que acude al sistema arbitral, la respuesta es clara: obtener una decisión final y ejecutable. Se acuerda arbitraje para que, de surgir una controversia, se obtenga una pronta decisión final que sea cumplida.

Precisamente, una de las características más valoradas del arbitraje es la ejecutabilidad del laudo. Como el objetivo de las partes es que un tercero resuelva su controversia de forma vinculante (Rodríguez Roblero, 2017, p. 801), es fundamental que el laudo que se emita sea final y ejecutable. En estricto, no necesitaríamos de una encuesta para conocer que el interés principal del usuario arbitral es obtener una decisión final y ejecutable. No obstante, existen encuestas a usuarios del arbitraje internacional que reflejan este punto y que son un referente muy pertinente para confirmar cuál es la percepción del usuario arbitral peruano.

La percepción del usuario arbitral sobre el servicio que recibe es conocida gracias, por ejemplo, al reporte 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, elaborado por Adrian Hodis y Stavros Brekoulakis, que involucró encuestas a 922 usuarios del sistema de arbitraje sobre sus preferencias y entrevistas a 142 de ellos, para complementar el análisis cuantitativo con uno cualitativo (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 41)[4].

En el análisis cuantitativo, el estudio encontró que la ejecutabilidad de los laudos arbitrales es la característica más valorada del arbitraje internacional, seguida por la posibilidad de evitar pasar por las cortes locales de determinados países. Estas características fueron seguidas, aunque calificadas con un porcentaje sustancialmente menor de las preferencias, por otras que parecerían igual de esenciales para el arbitraje, como la flexibilidad o la posibilidad de elegir a quien solucionará la controversia (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 7).

Este resultado que ubica la ejecutabilidad de los laudos como la característica claramente más valorada por los usuarios del arbitraje internacional mantiene y confirma una tendencia que ya había sido identificada por un estudio similar previo, del año 2015 (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 6). Al comentar dichos datos, los autores del estudio señalan que "refuerza el éxito continuado de la Convención de Nueva York y el beneficio de eludir potenciales sesgos y especificidades de las cortes locales" (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 7).

El gráfico 1 ilustra la preferencia del 64% de los encuestados por la ejecutabilidad del laudo como la característica más valorada del arbitraje, seguida muy de cerca por el 60% que destacó *avoiding national courts* como la siguiente más valorada. Este aspecto valorativo de los usuarios se expresa, entonces, muy claramente en favor de preferir el arbitraje a su alternativa (el proceso judicial); puesto que en el arbitraje los laudos se ejecutan de forma efectiva, sin apelaciones y sin problemas en cortes locales. Merece comentario aparte que la siguiente característica más valorada sea su flexibilidad, como indicó un 40% de los encuestados. Es notable que sea una característica menos destacada que la ejecutabilidad.

En el Perú, aún se encuentra pendiente la tarea de realizar un estudio similar; de ahí que el aporte del estudio citado sea tan valioso. Sin embargo, no

[4] Para el análisis cuantitativo, los autores del estudio enviaron un formulario de 53 preguntas, la cuales fueron respondidas por 922 participantes entre el 10 de octubre y el 17 de diciembre del año 2017. De los participantes, 66% declaró haber participado en más de cinco arbitrajes internacionales en los cinco años previos. De estos, 47% eran abogados dedicados a la práctica privada, 10% eran árbitros *full-time*, 12% ejercían su práctica profesional como árbitro y como abogado, y 10% eran abogados *in-house*. Para el análisis cualitativo, los autores realizaron 142 entrevistas en persona o por teléfono, de entre 10 y 100 minutos de duración, entre el 1 de noviembre y el 18 de diciembre del año 2017. Los entrevistados provenían de 30 países distintos (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 41).

Gráfico 1
What are the three most valuable characteristics of international arbitration?

Fuente: Queen Mary University of London y White & Case (2018, p. 7).

existen razones para dudar de que estas preferencias son perfectamente trasladables al mercado peruano. Si lo que se busca es una decisión vinculante para las partes, un laudo ejecutable es indispensable en cualquier parte del mundo. De hecho, nuestro contexto nos ayuda a deducir que los usuarios del sistema arbitral peruano lo prefieren a su alternativa, el Poder Judicial, principalmente porque es más efectivo para resolver sus disputas. Esa efectividad supone poder llevar lo decidido en el papel y la teoría a la realidad.

Por lo tanto, una mejora en la calidad del arbitraje no puede desligarse del contenido de los laudos. Las instituciones arbitrales deben buscar mecanismos que garanticen que los laudos emitidos en sus arbitrajes cumplan estándares mínimos para ser ejecutados donde se requiera, sin riesgo de anulaciones.

Además de las características más valoradas por los usuarios del arbitraje ya comentadas, el estudio en mención concluye que los factores que más influyen en el usuario al elegir una institución arbitral son la reputación, el alto nivel de la administración, las experiencias previas, la neutralidad y la posibilidad de acceder a una lista de árbitros de alta calidad (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 14). Destacamos aquí que los usuarios prefieren elegir una institución arbitral por la calidad de su lista de árbitros.

A nivel local, merece destacarse que las principales instituciones arbitrales del país (como lo son el Centro de Arbitraje de la CCL, el Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio del Perú y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú), vienen trabajando decididamente en la mejora de sus listas de árbitros. No obstante, mejorar la lista de árbitros solo es el primer paso de una larga tarea a ejecutar. El gran salto hacia una mejor calidad se dará cuando las instituciones arbitrales peruanas se animen a introducir un servicio de escrutinio de laudos, bien pensado y diseñado. A fin de contribuir en esa mejora, en las siguientes secciones explicaremos en qué consiste el escrutinio de laudos y propondremos cómo podría implementarse en el Perú.

III. EL ESCRUTINIO DE LAUDOS

A. ¿Qué es?

Para entender qué es y cómo funciona el escrutinio de laudos, debemos revisar la experiencia internacional. Veamos, en primer lugar, el caso de la CCI, una institución cuyo reglamento de arbitraje recoge el escrutinio de laudos desde hace décadas. La versión actual del Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente desde marzo del año 2017, regula el escrutinio de laudos en su artículo 34. Este mismo establece lo siguiente:

> Artículo 34: Escrutinio del laudo por la Corte
> 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 (Reglamento de la CCI, 2017).

En el caso de la CCI, el órgano a cargo del escrutinio es su Corte y el reglamento limita cuáles son sus facultades en el proceso de esta misma. Dichos límites son claves para entender en qué consiste el escrutinio, puesto que la Corte puede formular observaciones en cuanto a la forma y fondo del laudo, pero solo las observaciones de forma son vinculantes para los árbitros. El reglamento enfatiza que la Corte respeta la libertad de decisión del tribunal arbitral y que el laudo no podrá emitirse antes de haber sido aprobado en cuanto a su forma.

Estos elementos esenciales también se encuentran en el reglamento actual del Singapore International Arbitration Centre (en adelante, SIAC), vigente desde el año 2016. Aunque el órgano a cargo del escrutinio es el *Registrar* del SIAC (quien cumple una función asemejable a la del Secretario General en otras instituciones) y no la Corte de Arbitraje del SIAC, la distinción en el trato de las observaciones de forma y de fondo se mantienen. En efecto, tal reglamento expresa lo siguiente:

> Rule 32: The Award
> [...]
> 32.3 Before the making of the Award, the Tribunal shall submit such Award in draft form to the Registrar. Unless the Registrar extends the period of time or unless otherwise agreed by the parties, the Tribunal shall submit the draft Award to the Registrar no later than 45 days from the date on which the Tribunal declares the proceedings closed. The Registrar may, as soon as practicable, **suggest modifications as to the form of the Award and, without affecting the Tribunal's liberty to decide the dispute, draw the Tribunal's attention to points of substance**. No Award shall be made by the Tribunal until it has been approved by the Registrar as to its form[5] (SIAC, artículo 32) [el énfasis es nuestro].

El escrutinio de laudos es, entonces, un proceso interno de control de calidad, previo a la firma de un laudo. En dicho proceso, un órgano de la institución arbitral revisa el proyecto en forma y fondo, siendo vinculantes solo las observaciones de forma. Es un procedimiento que puede ser aplicado a cualquier laudo, sea parcial o final (Flecke-Giammarco, 2014, p. 48).

En ese sentido, que los árbitros conserven la competencia sobre el fondo del caso y tengan libertad para resolver definitivamente los asuntos controvertidos es lo que distingue al escrutinio de una **segunda instancia**. Como señala Waincymer, las instituciones que utilizan el escrutinio no buscan actuar como una corte de apelación:

> the institutions are not concerned with evaluating the decision on the merits and are not seeking to engage in an appellate function. Instead, the institutions are concerned to review draft awards to see if the terms of reference or memorandum of issues have been properly addressed, that there are no other inconsistencies between the awards structure and the institutional requirements[6] (2012, p. 207).

El escrutinio busca evitar que se emitan laudos que ignoren puntos controvertidos, que se hayan pronunciado sobre temas que las partes no discutían, que contengan errores de cálculo o que tengan otros vicios que puedan dar pie a su anulación o inejecutabilidad, como los casos en que la motivación es confusa y da lugar a observaciones de **motivación aparente** en jurisdicciones como la peruana. De hecho, busca satisfacer el principal interés de los usuarios: que, al culminar el arbitraje, el producto que emita el tribunal arbitral pueda ser ejecutado, es decir, que tenga efectos en la práctica (Verbis *et al*., 2015, p. 182).

B. ¿Cómo lo aplica la CCI?

La CCI y el SIAC se encuentran en el *top* cinco de instituciones arbitrales preferidas por los usuarios en arbitraje internacional (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 13). De forma coincidente, resaltan por ser las únicas de ese grupo que aplican el escrutinio que hemos mencionado. Por el contrario, la Corte de Arbitraje Internacional

[5] Regla 32: El Laudo
[...]
Antes de emitir el Laudo, el Tribunal deberá presentar en forma de proyecto al Registrador. A menos que el Registrador extienda el periodo de tiempo o a menos que lo contrario sea acordado por las partes, el Tribunal deberá presentar el Laudo al Registrador a más tardar 45 días desde la fecha en que el Tribunal declare el cierre del procedimiento. El Registrador podrá, en cuanto sea posible, **sugerir modificaciones con relación a la forma del Laudo y, sin afectar la libertad del Tribunal para decidir la controversia, llamar la atención del Tribunal a puntos sustantivos. Ningún Laudo será emitido por el Tribunal hasta que sea aprobado por el Registrador con relación a su forma** [el énfasis es nuestro] [traducción libre].

[6] Las instituciones no son competentes para evaluar el fondo de la decisión ni tampoco buscan ejercer las funciones de una instancia de apelación. Al contrario, las instituciones son competentes para revisar preliminarmente los laudos, a fin de supervisar que los términos de referencia hayan sido adecuadamente abordados, que no haya otra clase de inconsistencias entre la estructura del laudo y los requisitos institucionales [traducción libre].

Gráfico 2
What are your or your organisation's most preferred institutions?

Fuente: Queen Mary University of London y White & Case (2018, p. 13).

Gráfico 3
What are your or your organisation's three preferred institutions (if any)?

Fuente: Queen Mary University of London y White & Case (2015, p. 17).

de Londres (por sus siglas en inglés, LCIA), la Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (por sus siglas en inglés, HKIAC) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (por sus siglas en inglés, SCC) no lo aplican.

El liderazgo de la CCI en las preferencias de los usuarios es evidenciado por el estudio elaborado por Hodis y Brekoulakis (2018, p. 13), cuyo trabajo confirma una tendencia identificada por un anterior estudio (Queen Mary University of London & White & Case, 2015, p. 17).

Como apreciamos de los gráficos precedentes, la marcada preferencia de los usuarios por los servicios que brinda la CCI incluye el servicio de escrutinio y la calidad de un laudo efectuado por dicha institución. Por esa razón, consideramos fundamental estudiar la experiencia de la CCI en la aplicación del escrutinio de laudos, a fin de luego implementarla en el Perú.

La CCI recoge el escrutinio en sus reglamentos de arbitraje desde el año 1927 (Flecke-Giammarco, 2014, p. 48). Durante casi cien años, dicha institución se ha vuelto una figura distintiva de los arbitrajes de la CCI e incluso es considerada por la Corte como una regla que no admite pacto en contra de las partes. Sobre este último aspecto, Smit ha comentado que

> the Court considers on a case-by-case basis whether to accept to administer an arbitration where the parties' agreement purports to derogate from the ICC Rules [...] certain of the ICC Rules will likely be deemed inviolate in all cases because they are absolutely essential to the fairness and efficacy of the process and/or constitute a distinctive and essential feature of ICC arbitration. The Court's scrutiny of awards is probably the best example of such an inviolate feature of ICC arbitration[7] (2005, p. 850).

El escrutinio es un proceso de tres fases en general. La primera consiste en un "pre-escrutinio" que el consejero a cargo del caso realiza informalmente, identificando defectos formales del borrador de laudo antes de que el tribunal lo envíe a la Corte (Hyder Ali *et al*., 2019, p. 47). Este aspecto le permite al tribunal corregir potenciales observaciones de la Corte, incluso antes de que las formule.

En la segunda fase, los árbitros envían el borrador del laudo al secretario general, al secretario general adjunto o al consejero general de la CCI (Hyder Ali *et al*., 2019, p. 47). Estos asignan la elaboración de una primera evaluación al abogado de la Secretaría General encargado del caso, en la que estudia la complejidad de los asuntos discutidos u otras características que puedan hacerlo un caso especial. Ejemplos de casos especiales serían arbitrajes en que una de las partes es un Estado, la cuantía es muy elevada, hay una opinión disidente o se discute un asunto de mucha novedad.

Por último, en la tercera fase, el laudo pasa a revisión de la Corte. La Secretaría remite los casos complejos para que sean revisados por la Corte en pleno, en su reunión mensual (Verbist *et al*., 2015, p. 185). Los casos que no tienen mayor complejidad son enviados a evaluación de un Comité Especial, conformado por miembros de la Corte que se reúnen semanalmente (Bond, 2015, pp. 422-423).

A diferencia de los comités, conformados por tres miembros, la Corte tiene ciento dieciséis miembros, más el presidente y los diecisiete vicepresidentes (CCI, 2018). Además, para facilitar la logística en el escrutinio por parte de la Corte en pleno, se designa a un miembro para que sirva como *rapporteur*. Este tiene la misión de estudiar el proyecto de laudo y recomendar su aprobación o desaprobación (Bond, 2015, p. 423). En ese sentido, el *rapporteur*, que expone su informe oralmente a la Corte, es elegido en función de su familiaridad con la ley aplicable, los asuntos controvertidos en el caso y el idioma del arbitraje (Flecke-Giammarco, 2014, p. 60). Además del reporte, los miembros de la Corte cuentan con el proyecto del laudo, los laudos previos del caso (si los hubiese), los términos de referencia y un informe del consejero a cargo del caso, explicando los hechos relevantes del arbitraje (Schwartz & Derains, 2005, pp. 314-315).

Tras escuchar el reporte, la Corte puede decidir aprobar la emisión del laudo tal como fue enviado por los árbitros, aprobarla con sujeción a ciertas modificaciones o rechazar la aprobación del proyecto. Sobre este aspecto, la aprobación sujeta a cambios es el resultado más común. Cuando la Corte rechaza aprobar un proyecto de laudo, invita al tribunal a presentar un nuevo proyecto, enviando además comentarios para su consideración (Bond, 2015, p. 423). Este proceso toma entre cinco y seis semanas (CCI, 2019a, p. 134).

C. ¿Cuáles son sus beneficios?

1. Beneficios para el usuario

Como se puede entender de lo estudiado, el escrutinio es un procedimiento que busca solucionar un problema real y su importancia salta a la vista cuando uno revisa los números de la CCI sobre el particular. Según el reporte ICC Dispute Resolution 2018 Statistics, la Corte de la CCI aprobó 599 laudos en el año 2018. De estos, únicamente cuatro fueron aprobados sin observación alguna. Este número contrasta con el de los 63 laudos que no fueron aprobados en primera revisión y fueron, por lo tanto, devueltos al tribunal para que presente un nuevo proyecto. En efecto, la gran mayoría de proyectos de laudo recibe la aprobación condicionada a la subsanación de algunas observaciones (CCI, 2019b, p. 14).

Las cifras anteriores reflejan que muchos errores y defectos en la versión final del laudo podrían evitarse si se contara con un procedimiento interno de control de calidad. Vinculado a lo anterior, es interesante observar que, en el caso de la CCI, en el año 2018 apenas se aceptaron sesenta y dos solicitudes de corrección o interpretación presentadas por las partes con relación a laudos emitidos (CCI, 2019b, p. 14). Apenas el 10% de laudos requirió un pronunciamiento posterior del tribunal, porcentaje que uno podría imaginarse hubiera sido mayor

[7] La Corte estima caso por caso si aceptará administrar un arbitraje en que las partes quieran abstraerse de la aplicación de las Reglas de la CCI […] ciertas Reglas de la CCI muy probablemente serán consideradas inviolables para todos los casos, pues su aplicación resulta absolutamente esencial para garantizar la equidad y eficacia del proceso y/o porque constituyen una característica esencial y distintiva del arbitraje de la CCI. El escrutinio de laudos que realiza la Corte es probablemente el mejor ejemplo de una característica inviolable del arbitraje de la CCI [traducción libre].

de no haberse corregido (mediante el escrutinio) varios errores del laudo antes de su publicación.

Schlaepfer y Paralika señalan que el escrutinio "es una tarea importante y frecuentemente muy útil, [pero observan que puede] ser también la fuente de mayores retrasos (causados por la carga de trabajo de la institución o por tribunales arbitrales que presentan proyectos de laudo de baja calidad)" (2015, p. 331).

Si bien la observación es correcta, en el sentido de que el arbitraje puede tomar más tiempo, la observación no considera el panorama completo. El objetivo de las partes es obtener una decisión que le ponga fin a su controversia y continuar luego con sus actividades, con su negocio. Como explican Rivarola Reisz y Núñez del Prado Chaves, este interés tiene un correlato en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de efectividad de las resoluciones, el cual supone "que los laudos y las sentencias deben ser susceptibles de ejecución coercitiva" (2017, p. 72). No obstante, un laudo con errores de cálculo genera todo lo contrario, puesto que, al no ser un título liquidable, el usuario pierde la posibilidad de lograr su ejecución (p. 88).

Un laudo con defectos da pie a solicitudes de rectificación e interpretación, a oposiciones en el proceso de ejecución e incluso a procesos de anulación. El conflicto se prolonga y, con ello, ambas partes pierden. Es todo lo contrario a lo que los usuarios esperan del arbitraje y esa es una de las razones por las que las instituciones arbitrales en el Perú deberían implementarlo. Es en ese sentido que consideramos que el escrutinio, en el agregado, reduciría la duración de las controversias.

2. Beneficios para el mercado del arbitraje

Sin perjuicio del beneficio directo que tendría para los usuarios, las instituciones también deben considerar el beneficio que tendría para la práctica del arbitraje en el Perú. Como dijimos en un inicio, su implementación es la oportunidad de intensificar el proceso competitivo y, con ello, la calidad de todo el sistema.

Como sostenía Becker (2002, pp. 56-57), la competencia no es una "carrera hacia abajo", en la que las empresas reducen la calidad de sus productos para atraer más compradores. Al contrario, la competencia es una "carrera hacia arriba", en las que los competidores buscan poner en el mercado el producto más atractivo para los compradores informados y, con ellos, también a los menos informados. En ese sentido, la forma en que las empresas atraen al comprador informado es ofreciéndole un producto que se adecúe a sus preferencias.

En el caso del arbitraje, hemos visto que las preferencias de los usuarios están asociadas, de forma principal, con la ejecutabilidad de los laudos. Una institución arbitral mejora la calidad de su servicio cuando atiende esta preferencia y, con ello, se vuelve más competitiva. Sin embargo, en cuanto esta mejora empiece a rendir frutos, causará que otras instituciones intenten replicar su éxito. Por ello, el escrutinio pasaría a ser un **factor de competencia** en el mercado arbitral peruano en lo que a las instituciones arbitrales se refiere.

El usuario del sistema arbitral se preguntará lo siguiente: ¿Quién ofrece una corte de arbitraje más experimentada? ¿Quién ofrece un proceso de escrutinio más transparente? ¿Quién ofrece mejores garantías de no retrasar el proceso innecesariamente? Todas estas preguntas y sus respectivas respuestas serían consideradas por el usuario del sistema arbitral al momento de elegir y decidir por una institución arbitral. El resultado será que el escrutinio de laudos se habrá convertido en un factor clave de la competencia. Al implementar el escrutinio en sus reglamentos, las instituciones arbitrales estarán mejor posicionadas en la "carrera hacia arriba" de la competencia.

IV. ¿CÓMO IMPLEMENTARLO CORRECTAMENTE?

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que la implementación de lo estudiado no será sencilla. En efecto, requerirá que la institución que dé el primer avance invierta tiempo y dinero en estructurar un sistema idóneo para satisfacer las necesidades de los usuarios. En ese sentido, a continuación, se presentarán tres ideas fundamentales para el éxito de una innovación de este tipo.

A. Un proceso bien diseñado

En primer lugar, es necesario que la institución invierta en un procedimiento de escrutinio bien diseñado. Este aspecto implica, de forma lógica, definir con claridad el rol que implementará cada órgano de la institución y las etapas que tendrá el procedimiento. Para ello, la experiencia de la CCI es muy importante.

Sin embargo, hace falta que la institución vaya más allá y diseñe con precisión las fichas y formularios que se utilizarán en el escrutinio. Este aspecto de **ingeniería** no es trivial. Por ejemplo, en el caso de la CCI, los resultados de su procedimiento de escrutinio experimentaron variaciones importantes después de que implementara su *award checklist* en el año 2010, junto con otras medidas para hacer más riguroso el procedimiento (Flecke-Giammarco, 2014, p. 52).

Ese impacto se vio registrado en los números estadísticos de dicha institución. En el año 2004, antes de las mejoras implementadas por la CCI, el 26.12% de los laudos escrutados fue aprobado sin comentarios por la Corte, 70.79% fue aprobado con comentarios y 3.09% no fue aprobado. Para el año 2013, tras las reformas, apenas 0.98% fue aprobado sin comentarios, 91.19% fue aprobado sujeto a comentarios y 7.83% no fue aprobado (Flecke-Giammarco, 2014, p. 51). Como hemos visto, estos porcentajes se mantienen a la fecha, puesto que, de los 599 laudos aprobados en el año 2018, apenas 4 (un 0.66%) fueron aprobados sin comentarios, frente a 63 (un 10.51%) que fueron desaprobados en el mismo periodo (CCI, 2019b, p. 14).

Asimismo, la institución debe considerar la carga de trabajo que tendrá el órgano cuya labor será la de realizar el escrutinio. Es en función de dicha carga que se tendrá que definir aspectos el número de integrantes y la dinámica interna de trabajo. Por ahora, podría parecer innecesario que se creen comités especializados por idioma, como ocurre en la CCI. Sin embargo, por mencionar un ejemplo, la institución podría tener un gran número de arbitrajes con el Estado y considerar necesario crear un comité especializado para el escrutinio de los proyectos de laudo que provienen del arbitraje con el Estado o de casos relacionados con industrias especializadas.

Las instituciones deberían trabajar en lograr un proceso bien diseñado, en el que las fichas y formularios del escrutinio sean rigurosos, pero también prácticos y comprensibles. Dicho requerimiento permitirá que la calidad del procedimiento dependa menos del talento de la persona que lo administra y, además, brindaría mayor uniformidad al procedimiento. Las instituciones también deben lograr que el procedimiento que diseñen se adecúe a la realidad de sus usuarios. En ese sentido, para estas labores, lo ideal sería que la institución arbitral recurra al consejo de un funcionario de trayectoria en la CCI y, sobre todo, de técnicos especialistas en gestión de procesos.

B. Una corte de primer nivel

Además de diseñar el procedimiento, la institución que implemente el escrutinio tendrá que hacer un importante trabajo de *head-hunting*. En efecto, debe adoptar decididamente una política institucional que le permita tener una corte con los mejores árbitros de la región. Se requiere, entonces, grandes esfuerzos por parte de la institución, pero tener a los mejores de la región participando en el procedimiento es clave para que el escrutinio pueda cumplir también una función pedagógica.

Las personas a cargo de juzgar casos, como los jueces o árbitros, tienden a creer a que siempre (o casi siempre) están en lo correcto. En el caso de los jueces, por ejemplo, un estudio demostró que la mayoría tiende a creer que sus colegas tienen más decisiones revertidas en apelación que ellos mismos (Sussman, 2014, pp. 88-90). Es necesario que la corte que realice el escrutinio esté conformada por árbitros de solvencia reconocida, que sean percibidos por los árbitros locales como figuras con una trayectoria de la que podemos aprender, con autoridad para identificar y corregir los errores que puedan identificar.

Verbist, Schäfer e Imhoos, al comentar la posibilidad de que la Corte de la CCI emita comentarios sobre el fondo de la controversia al escrutar un laudo, señalan que "aunque esas situaciones no siempre son sencillas de manejar psicológicamente [por los árbitros], los tribunales arbitrales usualmente aprecian la opinión de la Corte sobre sus proyectos de laudo" (2015, p. 184). Para la implementación del escrutinio, es muy importante que los árbitros perciban que es una oportunidad de crecimiento. Es necesario, por lo tanto, que quienes lo realicen sean profesionales de talla internacional.

Para conseguirlo, las instituciones arbitrales peruanas tienen que aprovechar la ventaja de que el Perú es uno de los países donde más se arbitra. En efecto, a diferencia de otros países, cuya legislación sigue reservando a las cortes locales la competencia sobre casos que involucran al Estado; en el Perú, el arbitraje con el Estado es la regla. Por ello, este puede ser un factor que debe ser explotado.

Asimismo, no debemos olvidar que la ley peruana permite que en casos domésticos se designe a árbitros extranjeros[8]. Adicionalmente, todas las instituciones arbitrales más importantes tienen en su lista a árbitros extranjeros[9]. Ello ha permitido que

[8] El Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 20 menciona que

> pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro (2008).

[9] Entre las instituciones arbitrales que cuentan con árbitros internacionales en sus listas se encuentran las siguientes: (i) el Centro de Arbitraje de la CCL, con 104 árbitros internacionales (Centro de Arbitraje de la CCL, 2020); (ii) el CARC PUCP, con 46 árbitros internacionales (CARC, 2020); y, (iii) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Americana de Comercio del Perú, con 161 árbitros internacionales (AmCham, 2020).

en el último tiempo se vea frecuentemente tribunales arbitrales de casos domésticos con la participación de árbitros no nacionales de muchísimo prestigio. En los últimos años, entonces, el Perú ha convocado para casos domésticos a árbitros de la región y ello, sin duda alguna, viene contribuyendo a enriquecer la práctica peruana con las mejores prácticas internacionales. De lo que se trata en este momento es de aprovechar esta realidad como una oportunidad para convocar a los árbitros regionales que han mostrado interés en el mercado peruano y así colaboren también en el proceso de escrutinio de laudos.

Todo lo anterior, sumado al reconocimiento internacional del que goza la ley de arbitraje peruana, puede ayudar a que las instituciones posicionen al país como la principal sede arbitral de la región y atraigan, con ello, a árbitros de larga trayectoria. Por ello, y considerando el volumen de casos registrados anualmente por las instituciones arbitrales en Perú y el volumen de casos de la CCI, no haría falta que la corte de una institución peruana tenga los más de cien miembros que tiene la Corte de la CCI[10]. Asumiendo, por ejemplo, que cada mes se laudara alrededor de cincuenta casos no complejos, la corte podría repartir la función de los casos no complejos entre diez comités de tres integrantes. Cada comité podría reunirse a escrutar alrededor de uno o dos laudos semanalmente. En ese esquema, bastaría una corte con treinta miembros para manejar la carga de casos.

C. Medidas complementarias

1. Penalidades para árbitros e instituciones

Las ideas que hemos mencionado están orientadas a que el mercado arbitral peruano mejore. En efecto, el objetivo es que, impulsando la "carrera hacia arriba" de la competencia, el escrutinio permita lograr mejores instituciones arbitrales, mejores árbitros y, en último término, mejor arbitraje. Todo lo anterior tiene como fin lograr que el sistema sirva mejor al usuario de este servicio.

Así como la ejecutabilidad del laudo es lo más importante para los usuarios, según Hodis y Brekoulakis, la peor característica del arbitraje para los mismos son sus elevados costos. Estos, de forma inherente a sus características, también son un importante factor de competencia (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 8).

En efecto, el 67% de los usuarios encuestados contestó que los elevados costos del proceso son la peor característica del proceso arbitral. Considerando este último aspecto, nuestra opinión es que deben introducirse mecanismos que penalicen a los árbitros que someten sus proyectos de laudo a escrutinio fuera del plazo que se prevea para ello. La penalización al árbitro que se retrasa debería darse a través de una reducción de sus honorarios. Lo mismo puede hacerse con relación a la institución arbitral que se retrasa, penalizándola con la

Gráfico 4
What are the three worst characteristics of international arbitration?

Fuente: Queen Mary University of London y White & Case, (2018, p. 8).

[10] Como hemos mencionado previamente, la información disponible más reciente indica que en el año 2018, la CCI registró 842 casos nuevos (CCI, 2019b, p. 4), mientras la CCL registró 508 en el año 2016 (Centro de Arbitraje de la CCL, 2016) y el CARC PUCP registró 422 en el año 2018 (CARC PUCP, 2020).

reducción de los costos administrativos que cobra cuando incumpla con el plazo que disponga para realizar el escrutinio del laudo. Aunque no lo solucione por completo, es una medida que estaría en sintonía con otra de las grandes preocupaciones de los usuarios.

Estas medidas ya han sido implementadas por la CCI, según las Notas a las partes y al Tribunal sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, publicadas en enero del 2019. En caso el tribunal entregue tardíamente el borrador de laudo a la Corte, sus honorarios pueden verse reducidos en más de 20%. En el caso de la institución, los gastos administrativos reconocidos en hasta 20% por demora en el proceso de escrutinio (CCI, 2019a, párr. 127-136). En aplicación de estas reglas, en el año 2018 la CCI redujo honorarios a 68 tribunales arbitrales por la entrega tardía de proyectos para su escrutinio (CCI, 2019b, p. 15).

2. Labor de docencia

Por último, consideramos que las instituciones que implementen el escrutinio tendrán que complementarlo con una exhaustiva labor de docencia. Aunque el escrutinio goza de reconocimiento a nivel internacional, no siempre ha sido así en todos los países. Si empezara a implementarse en Perú, podría dar pie a que resurjan aquí cuestionamientos que ya han sido superados en otros lugares del mundo. De allí la importancia de revisar la experiencia internacional y aprender de ella.

Existen algunos casos, ocurridos en la segunda mitad del siglo pasado, en los que las cortes locales anularon laudos de arbitrajes administrados por la CCI debido al escrutinio. Es el caso, por ejemplo, de una decisión emitida en el año 1976 por la Corte Suprema de Turquía, que anuló un laudo que pasó por el escrutinio de la CCI, señalando que este vulneraba el orden público (Kassis, 1989, p. 98).

En un artículo publicado en 1989, Kassis sostuvo una postura similar. En este, señaló que el escrutinio vulnera aspectos esenciales del arbitraje, como la confidencialidad de las deliberaciones, la prohibición de adelantar opinión sobre un caso en curso y el derecho de defensa de las partes. En sus palabras:

> It is undisputed and indisputable that, whatever the legal system, the right of defence includes the partie's right to be kept aware of whatever action is taken by a tribunal and whatever documents or evidence are in its hands (*principe du contradictoire* or *principe de la contradiction*). The parties must have access to all documents issued or received by a tribunal. *A fortiori,* a tribunal cannot receive and examine written comments, from an external source, on the contents of the award it intends to issue at the end of the proceedings[11] (pp. 87-88).

Todas estas son alarmas que podrían sonar en el Perú si una institución implementa el escrutinio. Se trata de riesgos reales que pueden terminar haciendo que el remedio sea peor que la enfermedad, al exponer a los laudos de esa institución a una serie de recursos de anulación e, incluso, de amparos.

Por ello, es necesario que se conozca que las viejas críticas de Kassis o la de la Corte Suprema de Turquía no han tenido acogida en el tiempo. Creemos que la razón fundamental para rechazarlas se encuentra en uno de los ejes angulares del arbitraje: el consentimiento. Como señala Steingruber:

> Party autonomy is the primary source of the arbitration jurisdiction and procedure. Indeed, the first and foremost principle of law in commercial arbitration is that it is founded on the autonomy of the parties' will. The crucial difference between arbitration and courts thus lies in the fact that the basis of the jurisdiction of an arbitral tribunal is the will of the parties, while courts owe competence to the procedural norms of a State or of an international convention[12] (2012, p.12).

El pacto de las partes es la medida de la jurisdicción y el procedimiento en el arbitraje. En ese sentido, se implica que, en el marco de la libertad contrac-

[11] No se cuestiona ni resulta cuestionable que, independientemente del sistema jurídico, el derecho de defensa incluye el derecho de la parte a estar informada de cualquier acción adoptada por el tribunal y de cualquier documentación o evidencia que se encuentre en sus manos (principio del contradictorio). Las partes deben tener acceso a todos los documentos expedidos o recibidos por el tribunal. *A fortiori*, un tribunal no puede recibir y examinar comentarios escritos, provenientes de una fuente externa, acerca del contenido del laudo que pretende emitir al culminar los procedimientos arbitrales [traducción libre].

[12] La autonomía de las partes es la fuente de la que emanan la jurisdicción arbitral y su procedimiento. En efecto, la autonomía de la voluntad de las partes es el principio primordial del arbitraje comercial. La diferencia crucial entre el arbitraje y los juzgados estatales radica en que la voluntad de las partes constituye la fuente de la jurisdicción del tribunal arbitral, mientras que la competencia de la judicatura radica en las normas procesales de un Estado o de un convenio internacional [traducción libre].

tual, los usuarios del arbitraje son libres de elegir a qué institución acudirán para que administre su controversia. A su vez, significa que son libres de elegir entre instituciones que aplican el escrutinio de laudos e instituciones que no lo aplican.

Quien termine siendo parte de un arbitraje con escrutinio lo será porque en el convenio arbitral se pactó que sea así. No puede admitirse que una parte del convenio, probablemente ante un laudo que no le conviene, pretenda impedir su ejecución o, incluso, buscar su anulación alegando que se aplicó una herramienta a la que ella misma se sometió.

A este aspecto se le tiene que agregar que el escrutinio es una herramienta respetuosa de la competencia de los árbitros. Como hemos explicado, reconoce que hay observaciones que pueden ser vinculantes (las de forma) y observaciones que no (las de fondo), justamente para respetar el fuero del tribunal o del árbitro único. Si se mantiene esa deferencia por las competencias del árbitro ante quien se plantea el caso (que, además, es una deferencia por el pacto de las partes para decidir quién resolverá la controversia), consideramos que no hay afectación a los derechos procesales del usuario.

En cuanto a la confidencialidad y la prohibición de adelantar opinión, consideramos que son elementos que el desarrollo del arbitraje ya ha relativizado. Aplicarlos en su sentido más estricto supondría menguar considerablemente, por ejemplo, la participación de los secretarios arbitrales. En efecto, quedarían privados de la posibilidad de asistir a los árbitros en la deliberación y de conocer sus opiniones antes de que se emita el laudo.

En la actualidad se acepta que los árbitros recurran al apoyo de los secretarios con tal de que no deleguen la toma de decisiones (Menz & George, 2016, pp. 319-320). Creemos que una lógica similar debe emplearse con el escrutinio. De hecho, la confidencialidad y la prohibición de adelantar opinión deben adaptarse para facilitar una labor adecuada de la institución arbitral.

Por lo demás, si los cuestionamientos han perdido vigencia es porque se reconoce el valor agregado que el escrutinio da al servicio de las instituciones que lo ofrecen. Por ejemplo, recientemente la Corte de Casación de Egipto se pronunció sobre un caso en el que una empresa alegaba que una cláusula arbitral bajo reglas ICC era inválida, puesto que el escrutinio vulneraba su derecho de defensa. La Corte resaltó que la empresa se sometió voluntariamente al reglamento de la CCI y agregó lo siguiente:

> El escrutinio del borrador del laudo arbitral genera un beneficio para el sistema de arbitraje bajo el auspicio de la CCI en París, asegurando la calidad de los laudos y reduciendo la probabilidad de que sean anulados, o emitidos sin poder ser ejecutados, lo que preserva para el sistema de arbitraje de la Cámara la reputación internacional que disfruta en el campo del comercio internacional.

Como hemos mencionado, en la actualidad el escrutinio es plenamente aceptado en el mundo (Gerbay, 2016, pp. 144-146). De hecho, no conocemos caso alguno de un laudo emitido en un arbitraje de la CCI que haya sido anulado en el Perú por haber sido objeto de escrutinio. Si las instituciones arbitrales desean implementar el escrutinio para servir mejor a sus usuarios, deben emprender una labor de docencia para que el público conozca sus beneficios y el prestigio del que goza. Es necesario el diálogo con usuarios, abogados, estudiantes, pero, sobre todo, con los jueces. En efecto, es importante que instituciones arbitrales, árbitros y jueces mantengan un diálogo continuo para intercambiar criterios y, con ello, servir mejor a los usuarios del arbitraje.

V. CONCLUSIONES

El arbitraje es un servicio al que los usuarios acuden con el objetivo de solucionar sus controversias de forma definitiva. No le es útil a las partes un laudo que no tenga efectos en la realidad. Por ello, lo que más valoran es su ejecutabilidad.

Es importante que las instituciones arbitrales del Perú atiendan esta necesidad de los usuarios. Una forma de hacerlo es implementar un procedimiento de escrutinio en sus reglamentos. Este mismo tiene el fin de evitar que laudos con defectos de forma sean emitidos y queden expuestos a recursos de interpretación y rectificación, a objeciones a su ejecución o, incluso, a procesos de anulación. En efecto, un laudo que se publica con defectos es un laudo que alarga el conflicto y perjudica a los usuarios.

Iniciar este proceso para llevar la calidad del arbitraje en el Perú a un siguiente nivel más exigente no solo beneficiaría a los usuarios del arbitraje, al tener más garantías de que el laudo final será ejecutable, sino que beneficiaría a todo el mercado arbitral en general. De implementarse el escrutinio de laudos en el Perú, se habrá incorporado un nuevo factor de competencia entre las instituciones arbitrales peruanas, estimulando con ello de forma más intensa la competencia para contribuir a una mejora sustantiva de la calidad en el sistema arbitral peruano.

Implementarlo correctamente no será fácil. Las instituciones deberán recurrir a especialistas para que el proceso tenga un diseño adecuado y deberán, además, adoptar políticas para atraer como escrutadores a los mejores árbitros de la región. Para ese objetivo, el Perú tiene la ventaja de contar con una ley de arbitraje reconocida a nivel internacional y ser uno de los países donde más se árbitra en la región.

Finalmente, para que esta implementación hacia una mejor calidad sea exitosa, es fundamental que las instituciones arbitrales tomen medidas que complementen el servicio de escrutinio de laudo alineadas con el interés del usuario del sistema. Es necesario, por lo tanto, que asuman un rol activo en penalizar el incumplimiento de los plazos del escrutinio, a fin de evitar que este prolongue el arbitraje más de lo necesario. Las instituciones arbitrales deben realizar una ardua labor de docencia y diálogo, especialmente con los jueces, para que en el país se conozca más sobre el prestigio y aplicación del escrutinio a nivel internacional.

REFERENCIAS

Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce [SCC]. (2019). *SCC Statistics 2018.* https://sccinstitute.com/statistics/

Becker, G. (2002). La naturaleza de la competencia. *THĒMIS–Revista de Derecho*, (44), 55-61. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10058

Bond, S. (2015). ICC Rules of Arbitration Awards: Article 33. En L. Mistelis (Ed.), *Concise International Arbitration* (2da ed., pp. 421-424). Kluwer Law International.

Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2018, 1 de julio). *Court members*. https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/icc-international-court-arbitration/court-members/#1478195489936-1a1acd15-7f6d

Centro de Arbitraje de la Cámara de Americana de Comercio del Perú [AmCham]. (s.f.). *Lista de árbitros internacionales*. https://amcham.org.pe/arbitraje/arbitros/internacionales/

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [CARC PUCP] (s.f.). Nómina de árbitros. Recuperado el 5 de abril de 2020 de https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/nomica-de-arbitros/

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI]. (2019a). *Notas a las partes y al Tribunal Arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de la CCI.* https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf

(2019b, 11 de junio). *ICC Dispute Resolution 2018 Statistics*. https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima [CCL] (2016). *Histórico de casos (1993-2016)*. https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/arb-institucional/institucional.pdf

(s.f.). *Lista de árbitros internacionales*. Recuperado el 5 de abril de 2020 de https://www.arbitrajeccl.com.pe/internacionales-2

Flecke-Giammarco, G. (2014). The ICC Scrutiny Process and Enhanced Enforceability of Arbitral Awards. *Journal of Arbitration Studies*, 24(3), 47-77. https://doi.org/10.18356/b73b4166-es

Gerbay, R. (2016). *The Functions of Arbitral Institutions*. Kluwer Law International.

Hyder Ali, A., Wessel, J., de Gramont, A. & Mellske, R. (Eds.). (2019). Overview of Arbitral Institutions and Regimes. En *The International Arbitration Rulebook: A Guide to Arbitral Regimes* (pp. 1-120). Kluwer Law International.

Kassis, A. (1989). The Questionable Validity of Arbitration and Awards under the Rules of the International Chamber of Commerce. *Journal of International Arbitration*, (6), 79-100.

London Court of International Arbitration [LCIA]. (2019, 1 de abril). *2018 Annual Casework Report*. https://www.lcia.org/News/2018-annual-casework-report.aspx

Marco Steingruber, A. (2012). *Consent in International Arbitration*. Oxford University Press.

Menz, J. & George, A. (2016). How Much Assistance Is Permissible? A Note on the Swiss Court's Decision on Arbitral Secretaries and Consultants. *Journal of International Arbitration*, (33), 311-324.

McIlwrat, M. (6 de enero de 2016). ICC To Name Sitting Arbitrators and Penalize Delay In Issuing

Awards. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/01/06/icc-to-name-sitting-arbitrators-and-penalize-delay-in-issuing-awards/?doing_wp_cron=1593308896.1479930877685546875000

Queen Mary University of London & White & Case (2015). 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf

(2018). International arbitration survey: the evolution of international arbitration. School of International Arbitration Centre for Commercial Studies. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF

Rivarola Reisz, D. & Núñez del Prado Chaves, F. (2017). Nulla executio sine titulo: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú. Derecho PUCP, (78), 69-114. https://doi.org/10.18356/06e64a80-es

Rivarola Reisz, D. & Núñez del Prado Chaves, F. (2017). *Nulla executio sine titulo*: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú. *Derecho PUCP*, (78), 69-114. https://doi.org/10.18356/06e64a80-es

Rodríguez Roblero, M. I. (2017). Algunos "otros" métodos de prevención, resolución y solución adecuada de conflictos. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de inversiones*, 10(3), 799-847.

Schlaepfer, A. V. & Paralika, M. (2015). Striking the Right Balance: The Roles of Arbitral Institutions, Parties and Tribunals in Achieving Efficiency in International Arbitration. *BCDR International Arbitration Review*, 2(2), 329-342.

Schwartz, E. & Derains, Y. (2005). *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International.

Smit, R. (2005). Mandatory ICC Arbitration Rules. En G. Aksen & R. G. Briner (Eds.), *Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (pp. 845-870). ICC Publishing.

Sussman, E. (2014). Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do About Them. *Revista Brasileira de Arbitragem*, (42), 76-105.

Verbist, H., Schäfer, E. & Imhoos, C. (2015). Arbitral Proceedings Under The ICC Rules of Arbitration of 2012. En H. Verbist, E. Schäfer & C. Imhoos (Eds.). *ICC Arbitration in Practice*, (2da ed., pp. 23-230). Kluwer Law International.

Waincymer, J. M. (2012). The Process of an Arbitration Chapter 3: The Procedural Framework for International Arbitration. En J. Waincymer (Ed.), *Procedure and Evidence in International Arbitration* (pp. 207- ss.). Kluwer Law International.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje en Perú, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de septiembre de 2008.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], del 1 de marzo de 2017. https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf

Singapore International Arbitration Centre [SIAC] Rules 2016, del 1 de agosto de 2016. https://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016

10.18800/themis.202001.031

¿MÁS MUJERES ÁRBITROS? LA EQUIDAD DE GÉNERO EN LOS TRIBUNALES ARBITRALES

MORE FEMALE ARBITRATORS? GENDER EQUALITY IN ARBITRAL TRIBUNALS

Tatiana Herrada Sánchez*
Construction and Dispute Resolution Consulting (CDR)

In the last decades, different public and private initiatives for closing gender-gaps in professional environments have been designed, presented and implemented. Likewise, these initiatives also aim to progressively strengthen female representation on the aforementioned environments. However, some fields are still far from reflecting the real level of presence or sufficient representation of women, as is the case of arbitration.

In this article, the author analyzes and contextualizes the importance of this issue through data collected and elaborated from national and international institutions in order to show how many women are effectively appointed in arbitral tribunals and who are the actors involved in this process. Thus, although the presence of more women in the professional scene could be beneficial to achieve a diversity of perspectives in the arbitration process, it is also necessary to identify, mitigate and/or solve the issues that prevent more equitable spaces.

Keywords: Arbitration; gender equality; equal representation; arbitral institutions.

A lo largo de las últimas décadas se han diseñado, presentado e implementado diversas iniciativas públicas y privadas dirigidas a disminuir las brechas de género en distintos escenarios profesionales, promoviendo así la progresiva inclusión de las mujeres en los mismos. Sin embargo, algunos espacios todavía distan de reflejar el verdadero nivel de presencia o de representación suficiente de las mujeres, como es el caso del arbitraje.

En este artículo, la autora analiza y contextualiza la importancia de este problema a través de data nacional e internacional recolectada de distintas instituciones para así mostrar cuántas mujeres son efectivamente designadas en tribunales arbitrales y quiénes son los actores involucrados en este proceso. Así, si bien la presencia de más mujeres en el escenario profesional podría ser beneficiosa para lograr una diversidad de perspectivas en el proceso arbitral, para conseguirla será necesario identificar, mitigar y/o dar solución a los problemas que impiden conseguir espacios más equitativos.

Palabras clave: Arbitraje; género; equidad de género; representación igualitaria; centros de arbitraje.

* Abogada. Master en Administración y Habilidades Directivas por la EADA Business School de Barcelona y Master in Construction Law (MConstrLaw) por la Universidad de Melbourne. Ex profesora de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Directora de Construction and Dispute Resolution Consulting (CDR) (Lima, Perú). Miembro de la Society of Construction Law de Australia y de la Society of Construction Law del Reino Unido.

La autora agradece a Nickoll Bedoya, Diego Prado, Fernanda Cusman, Víctor Sobrado e Iván Quispe por su valiosa colaboración en la elaboración de este artículo. Asimismo, agradece a todas las mujeres a que contribuyeron a que hoy exista un poco más de igualdad en los espacios académicos, profesionales y laborales para las mujeres.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 4 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 29 de julio de 2020.

"The only way to deal with gender inequality is by openly talking about it, discussing what can be done and sharing experiences"

Flavia Mange

I. INTRODUCCIÓN

La discusión sobre la igualdad de género frecuentemente está impregnada de una visión de la mujer como víctima o persona desfavorecida. Sin negar que el camino profesional de una mujer ha sido o puede ser un poco más sacrificado que el de los hombres, es preferible ver a la mujer como un ser empoderado, capaz de forjarse un camino en el ambiente profesional a base de dedicación, preparación y esfuerzo.

Pese a que históricamente en el mundo del Derecho los hombres han tenido mayor participación y protagonismo, esta es felizmente una realidad que va cambiando diariamente. En el arbitraje es agradable observar una mayor participación de las mujeres actuando como árbitras. Las organizaciones que promueven la igualdad de oportunidades y espacios que permitan reducir la brecha de género y el rol proactivo de los centros de arbitraje han sido claves para la configuración de esta nueva realidad.

Hoy en el arbitraje internacional alrededor del 20% de las designaciones arbitrales son efectuadas a favor de las mujeres[1]. En el arbitraje nacional no tenemos indicadores sobre sus designaciones como árbitras. Sin embargo, los centros de arbitraje nacionales están tomando mayor conciencia de la relevancia de promover la mayor participación de la mujer en el arbitraje, lo que se plasma en la implementación de políticas de equidad de género, en la inclusión de árbitras en sus nóminas, así como en una mayor designación de ellas.

La promoción de la mujer en el arbitraje no parte de la premisa de pretender lograr el mismo número de árbitras y árbitros. Más bien busca crear igualdad de oportunidades para aquellas mujeres preparadas para desempeñarse en estos puestos, independientemente del número o porcentaje que representen. Es deseable que esta cifra vaya en aumento.

Asimismo, aunque no hay consenso a nivel internacional respecto a si la equidad de género en los tribunales arbitrales permite una mejor calidad de los laudos arbitrales, este es –hay que decirlo– uno de los principales beneficios para la comunidad arbitral, ya que la diversidad y la complementariedad en los equipos de trabajo permite el logro de sinergias. Existe una mayor probabilidad de arribar a un mejor resultado y mayor valor bajo este esquema del que se obtendría con equipos compuestos por miembros de un único perfil.

Este escenario motiva el presente artículo, el cual explica en qué consiste la equidad de género en el arbitraje, describe cuál es el diagnóstico actual de la participación de la mujer en el arbitraje a nivel nacional e internacional y, finalmente, propone algunas medidas que podían contribuir a crear más espacios para que mujeres preparadas se desempeñen como árbitras. De esta manera, la comunidad arbitral podrá gozar de una mayor equidad de género, un proceso arbitral conducido con mayor legitimidad y un laudo arbitral de mayor calidad, producto del contraste de perspectivas y del análisis efectuado por árbitros con distintos perfiles.

II. LA EQUIDAD DE GÉNERO EN EL ARBITRAJE

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) define a la equidad de género como

> la imparcialidad en el trato que reciben mujeres y hombres de acuerdo con sus necesidades respectivas[,] ya sea con un trato igualitario o con uno diferenciado[,] pero que se considera equivalente en lo que se refiere a los derechos, los beneficios, las obligaciones y las posibilidades (2014, p. 86).

Es decir, la equidad de género hace referencia a una igual apreciación de la dignidad que poseen tanto los hombres como las mujeres. La ONG Ayuda en Acción[2] señala que la equidad propone un tratamiento diferenciado a mujeres y hombres según las desigualdades existentes con el objetivo de alcanzar una igualdad real en materia de oportunidades (2004, p. 3).

En el arbitraje, concretamente, la equidad de género alude e invita a la apreciación del hombre y la mujer por igual, sin diferencias de trato basadas en las características inherentes al género. Concuerdo con este enfoque.

---

1 Véase la Tabla 2, ubicada en el apartado tercero.

2 Ayuda en Acción es una Organización No Gubernamental (ONG) apartidista y aconfesional que lucha contra la pobreza y la desigualdad. Esta ONG tiene más de 38 años de historia, y tiene presencia en 20 países de América Latina, Asia, África y Europa, incluidos España y Portugal. Para mayor información, véase la página web de Ayuda en Acción: https://ayudaenaccion.org/ong/.

Lucy Greenwood sostiene que desde la perspectiva de la equidad de género en el arbitraje se busca que los órganos rectores y representativos arbitrales introduzcan una representación equitativa de las mujeres (2017, p. 102). Personalmente, no estoy de acuerdo con esta aproximación. En realidad, en los órganos rectores y entes representativos arbitrales deben participar aquellas mujeres que se encuentren preparadas y capacitadas para asumir tales funciones. El logro de la igualdad numérica será progresivo en la medida que haya más mujeres preparadas para ocupar los puestos en dichas organizaciones. Forzar una igualdad representativa podría generar más perjuicios que beneficios en detrimento de los usuarios del arbitraje y de la concepción que se podría tener del desempeño de las mujeres en esas posiciones.

Si bien la participación de la mujer en el arbitraje puede observarse desde diversas aristas[3], el presente análisis se centrará en la participación de la mujer como árbitra.

El arbitraje, en términos generales y especialmente el arbitraje internacional, se caracteriza por la diversidad. Ella puede encontrarse en las disputas a resolverse, en los sectores de la economía en que se gestaron las disputas, en los países que establecen relaciones jurídicas entre sí que posteriormente terminan en un arbitraje, en las legislaciones aplicables y de tradiciones jurídicas, entre otros aspectos. No obstante, esta diversidad no se ve reflejada aún en las designaciones arbitrales.

Pese a los avances que se han logrado respecto a las designaciones arbitrales, aún la mayoría de estas recaen en hombres[4]. El solo hecho de designar a hombres como árbitros no constituye un problema por el que la comunidad arbitral deba preocuparse. Pero, por otro lado, invita a formular distintas reflexiones. Una de ellas es la asociación inconsciente que todavía existe de que los árbitros son o deben ser únicamente hombres.

En el International Congress and Convention Association[5] convocado en Miami en el 2014, la comunidad arbitral internacional trató de responder la siguiente pregunta: "¿Quiénes son los árbitros?". La respuesta del panel fue "varón, blanco y adulto mayor" (Mamounas, 2014). Esto evidenció que, pese a que el arbitraje internacional tenga como objetivo resolver alrededor del mundo disputas de múltiples países y sectores de la economía, el común denominador de los árbitros tiende a encasillarse en un mismo tipo de persona, lo cual pone en duda los parámetros dentro de los cuales se puede llegar a ser árbitro.

Esta idea preconcebida de que los árbitros debieran ser hombres, mayores y de tez blanca fue sacada a la luz hace solo seis años. Sin embargo, la antigüedad de esta idea es notoria, pues desde la década pasada ya existían iniciativas que buscaban generar un cambio en la mentalidad de los agentes del mundo arbitral. Así, casi diez años después de la creación de la fundación ArbitralWomen[6], ONG de alcance mundial que promueve la equidad de género en la resolución de controversias a nivel internacional, en 2015 se fundó la ONG Equal Representation in Arbitration Pledge[7].

A. ArbitralWomen

ArbitralWomen es una ONG que promueve la participación de mujeres en el ámbito de la resolución de controversias a nivel internacional, así como la diversidad en la resolución de disputas. Dentro de sus objetivos principales se encuentran los siguientes: (i) hacer posible la ocurrencia de reuniones profesionales, culturales y académicas de mujeres relacionadas con la industria; (ii) establecer y alimentar una red de mujeres profesionales que participan en la resolución de disputas, desde cualquier rol, sea como árbitras, mediadoras, expertas, adjudicadoras, surveyor, facilitadoras, abogadas, peritas, entre otros; y, (iii) finalmente, crear conciencia acerca del rol de la mujer y la diversidad en la resolución de disputas.

[3] La mujer puede jugar diversos roles en un proceso arbitral: árbitra, abogada, perita, testigo, secretaria arbitral, etcétera.

[4] Este problema se agudiza en el arbitraje internacional, ya que sus tribunales están compuestos principalmente por hombres anglo-europeos. Ello quiere decir que los árbitros, en especial al presentarse los primeros precedentes de un caso, suelen ser hombres y en términos de factores étnicos, geográficos, de edad y socioeconómicos, la situación en la comunidad internacional de arbitraje en general es casi ridículo. Al respecto, véase Greenwood (2019, pp. 94-95).

[5] Para mayor información, véase la página web de International Congress and Convention Association (https://www.iccaworld.org/). Esta organización representa a los proveedores líderes del mundo en el manejo, transporte y alojamiento de reuniones y eventos internacionales. Comprende en la actualidad a más de 1100 empresas y organizaciones con presencia en alrededor de cien países en todo el mundo.

[6] Para mayor información, véase la página web de ArbitralWomen (https://www.arbitralwomen.org/aw-outline/).

[7] Cuadro creado a partir de datos recuperados de las respectivas páginas web de los centros de arbitraje. Para mayor información, véanse CARC-PUCP (https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL) (https://www.arbitrajeccl.com.pe/lista-de-arbitros) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante, AmCham Perú) (https://amcham.org.pe/arbitraje/arbitros/nacionales/).

B. Equal Representation in Arbitration Pledge

En el 2015, miembros de la comunidad arbitral redactaron un manifiesto con el propósito de tomar medidas frente al reconocimiento de la infrarrepresentación de las mujeres en tribunales arbitrales internacionales. Este documento presentaba como objetivos fundamentales incrementar la igualdad de oportunidades y el número de mujeres designadas como árbitras para lograr una representación justa, siendo la paridad completa la meta final.

En ese sentido, Equal Representation in Arbitration Pledge estableció dos lineamientos centrales. El primero, mejorar el perfil y la representación de las mujeres; el segundo, designar a mujeres como árbitras en igualdad de oportunidades.

Cabe precisar que estos lineamientos no se justifican bajo el propósito de satisfacer cuotas estadísticas o de apoyar a la mujer por considerarla una parte débil. Más bien, buscan contribuir a la mejora del arbitraje por las razones que se exponen a lo largo del siguiente documento.

III. LA REALIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN EL ARBITRAJE A PARTIR DE LAS ESTADÍSTICAS

Darius Khambata describe con claridad la realidad que se vive hoy en el arbitraje, anotando lo siguiente (2015, p. 2):

(i) Existe una marcada desproporción en la cantidad de árbitros y árbitras.
(ii) Dicha desproporción pone en tela de juicio los méritos que se deben poseer para llegar a ser árbitros.
(iii) Las partes suelen ignorar las mejores capacidades de los árbitros que podrían resolver sus disputas por priorizar factores como la familiaridad o la expectativa a que un árbitro en particular decida a su favor.

Este diagnóstico amerita ser validado con las estadísticas.

A. Las estadísticas

Las estadísticas relevantes que se deben analizar para establecer un diagnóstico apropiado sobre la participación de la mujer en el arbitraje cubren tres aspectos. El primero, y más básico, es determinar el porcentaje a nivel internacional y nacional de las mujeres incorporadas a las listas de árbitros de los principales centros de arbitraje. El segundo, determinar el porcentaje de designaciones a árbitras efectuado por las cortes de arbitraje. El tercero, determinar el porcentaje que representan las designaciones efectuadas por las partes (sus abogados internos y asesores legales externos) y los propios árbitros.

1. Porcentaje de mujeres inscritas en los principales centros de arbitraje peruanos

En lo concerniente a los porcentajes de árbitras incorporadas en las nóminas de los centros de arbitraje peruanos, se accedió a la data de las principales instituciones arbitrales. Ellas son los siguientes: (i) el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el CARC-PUCP), (ii) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL), y (iii) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante, AmCham Perú).

Los datos se plasman en el siguiente cuadro:

Tabla 1: Porcentaje de árbitras[8]

Centros Arbitrales	Árbitras
CARC-PUCP[9]	18.29%
CCL[10]	18%
Amcham Perú[11]	30%

8 Cuadro creado a partir de datos recuperados de las respectivas páginas web de los centros de arbitraje. Para mayor información, véanse CARC-PUCP (https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras/), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, CCL) (https://www.arbitrajeccl.com.pe/lista-de-arbitros) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (en adelante, AmCham Perú) (https://amcham.org.pe/arbitraje/arbitros/nacionales/).

9 Para la obtención de este porcentaje, se tomó en consideración las cuatro nóminas de árbitros que el CARC-PUCP posee: (i) la nómina de árbitros extranjeros, (ii) la nómina de árbitros para arbitrajes comerciales nacionales, (iii) la nómina de árbitros para arbitrajes derivados de contratos bajo el Decreto Legislativo 1444 y (iv) la nómina de árbitros para arbitrajes derivados de contratos bajo la Ley 30225.
Se contabilizó luego desde tales nóminas el número de árbitros y árbitras. Después, se sumó la cifra total de árbitros y árbitras obtenidas en cada una de ellas. Finalmente, se sumaron ambas cifras para obtener la cifra total de árbitros y se calculó el porcentaje de mujeres que forman parte de todos los árbitros registrados en el CARC-PUCP.

10 Esta información fue obtenida a partir de la entrevista realizada a la presidenta del Consejo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima Rosa Lercari en la Revista Cosas (Ferreyros, 2019).

11 El Centro de Arbitraje de AmCham Perú ha demostrado su compromiso para lograr la paridad de género en su lista de árbitros, incorporando a 50 árbitras a su nómina, donde 15 son nacionales y 35 extranjeras. Esto ha dado como resultado que el 30% de árbitros nacionales sean mujeres y 40% en el caso de internacionales (AmCham Perú, 2020).

Figura 1: Árbitros designados por la Corte del CARC-PUCP

Como se desprende de lo anterior, un promedio de 22% del total de los árbitros registrados en los principales centros de arbitraje peruanos son mujeres. La cifra mayor corresponde a AmCham Perú con un 30%, debido a que recientemente ha implementado una política agresiva de igualdad de género –digna de reconocimiento–. Además, es el primer y único centro de arbitraje peruano que tiene una Corte de Arbitraje con participación mayoritariamente femenina.

2. Porcentaje de la designación de árbitras

El número de designaciones a árbitras ha incrementado en los últimos años[12], pudiendo afirmarse que en la actualidad bordea un promedio de 20% (CARC-PUCP, 2020). A nivel nacional, solo el CARC-PUCP tiene información disponible sobre el porcentaje de designaciones a árbitras efectuados por su propia Corte de Arbitraje (ver figura 1).

Se ha verificado que las cámaras de arbitraje de AmCham Perú y la CCL todavía no cuentan con información disponible respecto de las designaciones arbitrales que efectúan sus cortes.

A nivel internacional, se puede tomar como referencia los tres centros de arbitraje preferidos según el International Arbitration Survey elaborado por White & Case y la Queen Mary University of London en el 2018. Son los siguientes: (i) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), (ii) la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA), y (iii) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (en adelante, CIADI).

La siguiente tabla muestra el porcentaje de las designaciones a árbitras correspondientes a los casos administrados por dichas instituciones arbitrales.

Tabla 2: Porcentaje de designación de árbitras

Centros Arbitrales	*Árbitros*	*Árbitras*
CCI[14]	81.6%	18.4%
LCIA[15]	77%	23%
CIADI[16]	81%	19%

Como se observa, el porcentaje promedio de las designaciones a árbitras a nivel internacional asciende al 20.1%.

B. Los centros arbitrales han asumido un rol activo en la designación de árbitras

Como se sabe, las cortes tienen la facultad de designar árbitros si las partes lo pactan o en caso estas no lleguen a un acuerdo. Gracias a la aplicación de políticas de promoción de la diversidad en el arbitraje, la CCI es el centro de arbitraje que designa a más árbitras, alcanzando un porcentaje de 46.5%

[12] De acuerdo con la página oficial de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la designación de árbitras en el arbitraje internacional ha incrementado considerando los números del 2010. Se puede apreciar que las nominaciones a árbitras alrededor del mundo en los cuarenta y siete países donde la CCI tiene presencia ha aumentado en un 9.5% a lo largo de los últimos siete años.

[13] Véase CARC-PUCP (2020).

[14] Véase CCI (2019, p. 13).

[15] Véase LCIA (2018, p.14).

[16] Véase CIADI (2018, p. 49).

del total de las designaciones efectuadas a favor de árbitras (2017). Según el Boletín del 2018 de este centro, cuando los comités y grupos nacionales de la CCI proponen árbitros para ser nombrados por la Corte, **la Corte los alienta a observar la diversidad generacional, de género y en cuanto a los diversos componentes de las comunidades locales de arbitraje** (2018, p. 59).

Asimismo, la LCIA refiere que, en las designaciones a cargo de la Corte, el 43% son realizadas a favor de mujeres (2018, p. 14). En esa misma línea, las mujeres representaron el 25.8% en las designaciones efectuadas directamente por la Corte de Arbitraje del CIADI (2020, p. 30). Esta cifra inferior se explica en una mayor designación de árbitras efectuadas por las partes y los co-árbitros.

A nivel nacional, es posible apreciar durante el 2019 un mayor compromiso por partes de los centros de arbitrajes tales como la CARC-PUCP y los pertenecientes a la CCL y la AmCham Perú dirigidas a contribuir la disminución de la brecha de género e infrarrepresentación de la mujer en el arbitraje. Se ha arribado a esta conclusión teniendo en cuenta las propias declaraciones, designaciones efectuadas y los eventos que los propios centros de arbitraje han organizado para promover la equidad de género en el arbitraje[17].

C. Los centros arbitrales designan más árbitras que las partes y los co-árbitros

Pese a que los centros de arbitrajes designan más árbitras que las propias partes o los co-árbitros, el porcentaje de designación que los centros de arbitraje realizan es significativamente bajo respecto del total de las designaciones arbitrales que se llevan a cabo en los procedimientos arbitrales administrados por dichos centros.

La siguiente tabla intenta graficar los porcentajes de las designaciones efectuadas directamente por los centros arbitrales respecto de aquellas designaciones efectuadas por las partes y los co-árbitros. Se puede apreciar que en el mejor de los escenarios este alcanza el 71%. Esta última cifra puede parecer alta, pero ello no cambia el hecho de que las mujeres son designadas tan solo en un promedio de 20.1% de los casos[18].

Estas cifras son bastantes lógicas, ya que la designación de los árbitros en la mayoría de las ocasiones corresponde a las partes, quienes tienen la obligación y derecho de designar a sus propios árbitros de parte, salvo pacto en contrario. Así, como se sabe, el presidente es designado por los árbitros de parte, teniendo estos últimos la toma de decisión final. Las cortes de arbitraje siguen jugando un rol protagónico en los casos en los que se designa a una mujer como árbitro.

Las cortes de los centros de arbitraje intervienen en aquellos casos en los cuales las partes pactaron un árbitro único y le encargan la designación al centro, o cuando los árbitros de parte no logran consenso respecto a quién actuaría como presidente, o en defecto de la designación del árbitro de parte que le corresponde efectuar a una de las partes.

Los porcentajes de designaciones efectuadas por las cortes (del total de casos en que se designa a una mujer como árbitro) son los siguientes:

Tabla 3: Porcentaje de designaciones a árbitras, según quien designa

Centros Arbitrales	Partes	Co-árbitros	Cortes de Arbitraje
ICC[19]	42%	17%	**41%**
LCIA[20]	13%	17%	**71%**
ICSID[21]	52%	5%	**43%**[10]

17 Los días 14, 15 y 16 de agosto de 2019 se celebró el II Congreso de la Red Latinoamericana de jóvenes en Arbitraje llevado a cabo en la CCL y teniendo como anfitriones a Peruvian Young Arbitrators y Lima Very Young Arbitration Practicioners. Uno de los temas que se discutió en referido evento, denominado "Los Retos Actuales del Arbitraje Internacional", fue la diversidad en el aºrbitraje y la equidad de género. El 9 de abril de 2019 se llevó a cabo en la AmCham Perú una exposición denominada "Igualdad de Género y Equidad Social". El 30 de marzo de 2020, la Corte de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú incorporó a su lista de árbitros a 50 mujeres.

18 Véase Tabla 2.

19 Véase CCI (2019, p. 13).

20 Véase LCIA (2018, p. 14).

21 Véase CIADI (2018, p. 48). El resto del porcentaje se refiere al Estado o a la parte demandante.

22 Los porcentajes presentados por la CIADI siguen someten las designaciones arbitrales bajo distintos criterios de análisis. Hemos arribado a los porcentajes expuestos a través de los criterios utilizados por la CCI y la LCIA.

A partir de todas las estadísticas expuestas anteriormente, se arriba a las siguientes conclusiones:

(i) En el mejor de los casos el 30% de los incluidos en las nóminas de los centros de arbitrajes peruano son mujeres. En los otros casos, solo el 18% en promedio son mujeres.

(ii) No se posee información respecto al porcentaje de árbitras inscritas en las nóminas de la CCI, la LCIA y el CIADI.

(iii) A nivel internacional, el rango de porcentajes de designaciones a árbitras fluctúa entre el 18% y el 23%.

(iv) A nivel nacional, no se cuenta con información sobre el porcentaje de designaciones a árbitras. Únicamente el CARC-PUCP reporta las designaciones que realiza su corte de arbitraje, a partir de lo cual se obtiene que el 20% corresponden a mujeres.

(v) Los agentes más activos en la designación de árbitras, a nivel internacional, son los centros de arbitrajes. Ello se debe a la implementación de una política de equidad de género. Sin embargo, las cifras distan de corregir el problema.

(vi) En contrapartida, a nivel internacional, la designación de árbitras efectuada por las partes y los árbitros es sustancialmente menor a la efectuada por las propias cortes de arbitraje. En el reducido porcentaje de los casos donde se designa a mujeres como árbitras, las partes las designan en un promedio de 36% de los casos, mientras que los co-árbitros las designan en un promedio de 13%. En cambio, los centros de arbitraje las designan en un promedio de 52% de los casos. Se desconocen las razones que explican este fenómeno; sin embargo, se observa aquí una oportunidad para contribuir a disminuir la brecha de género.

IV. RAZONES PARA PROMOVER UNA MAYOR DESIGNACIÓN DE ÁRBITRAS

1. La diversidad de tribunales arbitrales

La mayor diversidad en el nombramiento de los árbitros ha sido la constante en los últimos años, y va en incremento (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 17). Esta diversidad incluye, además del género, otros criterios tales como la procedencia étnica y cultural, la raza de los árbitros e incluso su edad (Freshfields Bruckhaus Deringer, 2019, p. 24). Sin embargo, es posible sostener que con una mayor participación de mujeres en tribunales arbitrales se contribuye a la constitución de tribunales arbitrales más diversos.

La diversidad en el arbitraje contrarresta el riesgo de que un tribunal arbitral se vea y actúe de la misma forma que sus predecesores. En esta línea, Khambata sostiene que "la diversidad contrarresta los prejuicios y la discriminación inherentes y a menudo silenciosos en el nombramiento de árbitros" y que "la perspectiva de un tribunal diversificado tiene mayor probabilidad de ser imparcial y más justo" (2015, pp. 615-616).

Se sabe que los antecedentes típicos de un árbitro generarán una respuesta típica y un tribunal predecible actuará de manera predecible, lo cual en muchas ocasiones puede generar un problema en la medida de que los árbitros puedan inclinarse inconscientemente a promover ciertos grupos, incluidos ellos mismos. Como señala Benjamin Franklin, "si todos piensan igual, nadie está pensando" (Mamounas, 2014, p. 2).

La ausencia de pluralismo es además una negación al mercado, al abogado, y –en general– al mundo del Derecho del beneficio de llegar a conclusiones o resultados a partir del contraste de distintas perspectivas. Si se incentiva la existencia de tribunales arbitrales más diversos, se permite también elevar sus estándares de rendimiento, lo que podría materializarse en un mejor análisis y resolución de las controversias. Sin embargo, no es posible aseverar que este sea el resultado en todos los casos, pues las distintas personalidades y perspectiva de los integrantes de un tribunal arbitral podrían generar una interacción tediosa debido al continuo contraste de las ideas y creencias. Pese a ello, personalmente, opino que a mediano y largo plazo la diversidad generará más ventajas que desventajas.

Adicionalmente, otros autores sostienen que para que los tribunales arbitrales adquieran mayor legitimidad frente a las partes deben reflejar mejor las sociedades e industrias a las que sirven. Así, la diversidad en los tribunales arbitrales podría dotar de mayor legitimidad a tales instituciones. Ello adquiriría relevancia si se tiene en cuenta que los poderes de los árbitros encuentran su origen en la autonomía de voluntad de las partes y en la legislación nacional que ha permitido su inclusión como mecanismo alternativo de resolución de controversias. Por tanto, se requiere que las partes y las instituciones confíen en sus procesos y en su legitimidad (Freshfields Bruckhaus Deringer, 2019, p. 24).

2. Los usuarios del arbitraje valoran la diversidad de los tribunales arbitrales

– ¿Mayor calidad en la toma de decisiones?

Los usuarios del arbitraje valoran la diversidad en los tribuna les arbitrales y la

promueven, pese a no existir consenso respecto a si efectivamente existe un vínculo directo entre la diversidad y la calidad en la adopción de decisiones.

El 40% de los encuestados en el International Arbitration Survey asocia la diversidad con una mejor calidad de las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales, pero solo el 18% indicó que la diversidad tenía un impacto significativo en la toma de decisiones. Por otro lado, el 19% consideró que la diversidad es valiosa en sí misma, y asumen que esta es razón suficiente para promoverla. Solo el 13% declaró no apreciar diferencia en términos de calidad. Y, únicamente el 2% sostuvo que la diversidad podría disminuir la calidad de las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales (Queen Mary University & White & Case, 2018, p. 17).

– La diversidad es la clave para alcanzar mejores resultados

La diversidad de los miembros de un equipo para lograr los mejores resultados es una idea reconocida y promovida por los expertos en la formación de equipos de alto rendimiento.

Así, lo que cada miembro del equipo aporta al grupo en forma de antecedentes, valores, preferencias y experiencias pasadas influirá en su contribución y visión del equipo y compañeros de trabajo (Gandenswartz & Rowe, 2003, p. 80)[23]. La mayor diversidad de perspectivas ofrecerá una amplia gama de puntos de vista y conocimientos, que a su vez producirán una mejor toma de decisiones, más innovación y mayores niveles de eficacia (West, 2012, p. 52)[24], es lo comúnmente denominado **sinergia**.

La sinergia grupal es un término ampliamente utilizado que alude a la tendencia de un grupo de individuos a lograr una mayor productividad o rendimiento sobre lo que cada uno podría hacer trabajando independientemente para alcanzar los mejores resultados. En otras palabras, la sinergia grupal abraza la creencia de que el todo es mayor que la suma de las partes (Thye & Lawler, 2006, p. 48)[25].

Figura 2*:* Relación entre la diversidad y calidad en la adopción de decisionesa

Fuente: Queen Mary University of London & White & Case (2018, p. 17).

[23] El texto original señalaba lo siguiente:
What each team member brings to the group in the form of background, values, preferences, and past experiences will color his or her contribution to and view of the team and co-workers. Together, this combination of backgrounds, values, and perspectives forges the team's ability to make progress on its tasks, to form productive relationships, to work shoulder to shoulder, and to manage its process so that it can achieve its desired results.

[24] El texto original señalaba lo siguiente:
Their greater diversity of perspectives will offer a broad range of views and knowledge, which will in turn produce better decision making, more innovation and higher levels of effectiveness. But such synergy will be achieved only with a high level of effort to ensure effective, integrated team working.

[25] El texto original señalaba lo siguiente:
Group synergy is a widely used term that refers to the tendency for a group of individuals to achieve greater productivity or performance over what each could do working independently and then aggregating their outcomes. Thus, group synergy refers to the belief that the whole is greater than the sum of the parts.

Por ello, los equipos de alto rendimiento utilizan las diversas habilidades y destrezas de cada miembro del equipo de manera sinérgica para lograr un alto rendimiento (Dyer *et. al.*, 2013, p. 16)[26].

Esta lógica de los equipos de alto rendimiento es perfectamente aplicable al rendimiento de un tribunal arbitral, ya que estos usualmente están compuestos por varios miembros, quienes aportan su conocimiento jurídico, experiencia, así como el bagaje cultural, étnico, social, político que acompaña a cualquier ser humano y que determinan que su mirada de los problemas o situaciones sea única.

Sin embargo, la originalidad de las perspectivas no necesariamente asegura su superioridad. Pese a que se inviertan esfuerzos en la realización de un análisis omnicomprensivo, la mayoría de las veces se escaparán algunos otros aspectos detectables con mayor facilidad por otros individuos. Es el contraste de perspectivas el que valida las ideas y enriquece el análisis, permitiendo alcanzar mejores conclusiones o decisiones.

3. Propuestas de medidas para promover una mayor participación de árbitras

Al existir un significativo reconocimiento por la comunidad arbitral de la necesidad de promover la diversidad de género en los tribunales arbitrales, sea porque la diversidad es un valor en sí mismo o por los beneficios que ella genera para las partes en términos de introducir mejoras en la toma de decisiones del tribunal arbitral, surgen las siguientes preguntas:

(i) ¿Qué medidas se pueden adoptar para contribuir a la promoción de las árbitras?
(ii) ¿Qué actores en la comunidad arbitral están en mejor posición de implementarlas?

Veamos:

– Los centros de arbitrajes son los principales agentes en la reducción de la brecha de género en los tribunales arbitrales

Según los encuestados por el International Arbitration Survey, los centros de arbitraje son los principales agentes para asegurar la diversidad en los tribunales arbitrales. Dicho de otro modo, la comunidad arbitral asume que las instituciones arbitrales son las que deben liderar la diversidad en el arbitraje. En consecuencia, se traslada la responsabilidad de la diversidad de género en los tribunales arbitrales a las instituciones arbitrales (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 18).

Varios representantes de las instituciones de arbitrajes más importantes del mundo se pronunciaron indicando que el aumento de la participación femenina en los tribunales arbitrales ocupa uno de los primeros órdenes de prioridades en sus agendas. Sin perjuicio de lo cual, recordaron que las **partes, sus abogados de parte y los co-árbitros también desempeñan un rol crucial en este propósito** (2018, p. 18).

En efecto, a nivel internacional, los centros de arbitrajes detentan el liderazgo de la promoción de las mujeres en los tribunales arbitrales, gracias a la implementación de las políticas de género que los conduce a considerar en su terna de árbitros –cuando actúan como entes nominadores– a árbitras, y cuando las designan. Esta es una iniciativa muy valiosa y altamente valorada por las árbitras y no árbitras, ya que otorgan visibilidad y oportunidad a árbitras de ingresar al mercado arbitral, desempeñándose como tales.

En el caso del ICC y de la LCIA, casi el 50% de las designaciones a árbitras es realizada por las propias cortes. Esto permite inferir que **la designación de *árbitras* efectuada por las propias partes** –a recomendación de sus abogados patrocinantes– y por los árbitros **es significativamente menor**. Esta inferencia es confirmada por el International Arbitration Survey (p. 18).

– La dicotomía de la diversidad en el arbitraje

La diversidad en el arbitraje que comprende los temas asociados al género está en medio de una paradoja.

[26] El texto original señalaba lo siguiente:

> Teams saddled with members who are not motivated to accomplish the task or lack the skills to achieve team goals are doomed to failure from the outset. Of course, team composition also refers to assembling a group of individuals with complementary skills. **High-performing teams use the diverse skills and abilities of each team member in a synergistic way to achieve high performance**. The members of high-performing teams clearly understand their roles and assignments and carry them out with commitment".

De un lado, el 66% de los usuarios del arbitraje, comprendiendo a las partes, sus abogados y los co-árbitros, reconocen la importancia y el efecto positivo de promover la diversidad en los tribunales arbitrajes, a través de la búsqueda de la equidad de género, promoviendo la designación de más árbitras (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 17). Además, los usuarios declaran que los centros de arbitraje son los llamados a implementar estas políticas de género y promover la diversidad (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 18).

No obstante, solo el 27% indica que las partes pueden contribuir en la promoción de la diversidad en el arbitraje. El 23% de los encuestados respondió que los abogados externos o patrocinantes están en mejor posición para promover la diversidad en la composición de un tribunal arbitral. Finalmente, solo el 7% de los encuestados consideró que los árbitros de parte tenían la posibilidad de influir en una composición del tribunal arbitral más diversa (Queen Mary University of London & White & Case, 2018, p. 19).

De otro lado, se reconoce que la mayor cantidad de designaciones arbitrales es la efectuada por las propias partes con asesoría de sus abogados patrocinantes (2018, p. 19).

En otras palabras, los usuarios del arbitraje declaran reconocer la importancia de la diversidad en la conformación de tribunales arbitrales. Los usuarios admiten que la mayor cantidad de designaciones arbitrales es efectuada por las partes, pero identifican a los centros de arbitraje como los llamados a encargarse del logro de la diversidad en el arbitraje. Aquello provoca que sea poco probable que los centros de arbitrajes puedan lograr esta meta de la diversidad, por simple operación aritmética. En un tribunal arbitral, 2 de los 3 árbitros son designados por las partes. Solo el tercero es designado por común acuerdo de los árbitros de parte, o en su defecto por las propias cortes de arbitraje.

4. La resistencia de las partes y los co-árbitros a designar a mujeres

Los usuarios del arbitraje observaron que la mayor resistencia en la designación de árbitras reside en las partes y en sus abogados internos y externos, como se desprende de la siguiente cita:

> Indeed, a vast majority of interviewees across all subgroups based on primary role provided a clear indication of the fact **the diversity meets its fiercest resistance from parties and, by extension, their in-house or external counsel, rather than arbitral institutions**[27] (Queen Mary University of London & Queen Mary, 2018, p. 19) [énfasis agregado].

Esta afirmación no es descabellada y, de hecho, encuentra correlato en las estadísticas de las designaciones arbitrales desarrolladas en el segundo acápite. No es sabido a ciencia cierta cuáles son las razones que explican este fenómeno:

– Sobre la existencia de los sesgos de género

Se ha ensayado como hipótesis la existencia de sesgos de género en la comunidad arbitral. Eleanora Coehlo, una de las adeptas de esta teoría, aconseja advertir e identificar su presencia tanto en mujeres como en hombres (Mange, 2016, p. 231).

A partir de esta advertencia, formula algunas recomendaciones para paliar los efectos del sesgo. Una de ellas es la elección de tribunales arbitrales diversos con árbitros de diversos perfiles. Otra, que no se confíe en la memoria ni en las primeras impresiones. La última es la revisión y reflexión respecto de cómo se toman las decisiones de designaciones arbitrales (2016, p. 231).

– Sobre la supuesta resistencia de las partes y sus árbitros a designar árbitras

Para empezar, podrían existir sesgos de género inconscientes. Sin embargo, este fenómeno no es exclusivo del arbitraje, sino que se extiende a otros ámbitos, incluso los personales.

Por otro lado, no todas las partes o sus abogados poseen una resistencia a designar a árbitras. Hoy en día, hay varios partidarios de la participación femenina en el arbitraje que actúan desde múltiples posiciones: socios de estudios de abogados, líderes de asociaciones que organizan eventos arbitrales, profesores, árbitros y gerentes legales o gerentes de proyectos de reconocidas empresas. Pero también es cierto que existe

[27] Efectivamente, la mayoría de entrevistados de los subgrupos a partir del rol primario indicaron claramente que **la más fuerte resistencia contra la diversidad proviene de las partes y, por extensión, de sus asesores internos o externos, más que de las instituciones arbitrales** [el énfasis es nuestro] [traducción libre].

una encubierta resistencia a la sanción social que instiga la inhibición de promover dichas políticas de equidad de género, tanto por la tendencia internacional como por la comunidad profesional y arbitral peruana.

En este último caso, considero que las razones de la resistencia no tienen que ver con una animadversión hacia las mujeres, ni a un propósito de querer entorpecer o ralentizar la incorporación de las mujeres.

Más bien esta podría ser un sesgo de preferencia por las experiencias familiares y de resistir inconscientemente el proceso de cambio sobre la diversidad en los tribunales arbitrales. En consecuencia, la promoción de la mujer en los tribunales arbitrales podría encontrarse frente a dos desafíos.

– Primer desafío: La inclinación a lo familiar

Los seres humanos normalmente nos sentimos más a gusto dentro de nuestra zona de confort. En el campo del arbitraje, la zona confort de las partes y sus abogados patrocinantes consiste en designar a árbitros que hayan resuelto sus controversias previamente, pues conocen su estilo de conducción del arbitraje y su posición frente a determinadas discusiones jurídicas.

Sin perjuicio de ello, existen efectos negativos derivados de la **preferencia a lo familiar**. De un lado, se crea una barrera de entrada para nuevos árbitros al mercado arbitral independientemente del género. Sin embargo, en el caso de las mujeres, esta barrera de entrada podría representar un obstáculo mayor, ya que lo familiar o lo conocido podría ser compensado con una buena referencia de un colega, lo que constituye un tipo de apoyo más frecuente en las relaciones profesionales entre hombres. Las mujeres aún estamos en proceso de construir estas redes y aprender a apoyarnos y recomendarnos la una a la otra. La buena noticia es que el concepto de **sororidad** está calando y creemos más en las alianzas.

De otro lado, las partes y sus abogados patrocinantes se privan de la posibilidad y oportunidad de designar a otros árbitros que pueden ser igual o más competentes y aptos para resolver sus controversias, privando así a otros árbitros de adquirir mayor participación en el mercado arbitral. La preocupación sobre el desempeño de los árbitros en un tribunal arbitral y sus posiciones sobre determinadas discusiones jurídicas puede ser resuelta a través del pedido de referencias a colegas, la cual además constituye una práctica usual a nivel nacional e internacional. Adicionalmente, hoy existen plataformas artificiales como Arbitrator Intelligence creadas precisamente para paliar la asimetría de la información, y las partes puedan informarse en este respecto[28].

– Segundo desafío: la resistencia al cambio

La participación de mujeres como árbitras es un fenómeno relativamente reciente que se ha ido consolidando en los últimos diez años. En consecuencia, la incursión de mujeres en la comunidad arbitral –como árbitros– altera el orden de las cosas preexistente y, como tal, representa un cambio.

Los procesos de cambio en todo tipo de situaciones generan en los seres humanos reacciones variadas, siendo las más típicas la resistencia y la negación. No todas las personas abrazan el cambio, por lo que suele afirmarse que consiste en un proceso que se implementa paulatinamente.

Al respecto, Ordóñez sostiene que "la resistencia al cambio tiene maneras muy directas de acción y otras no tan manifiestas. Los resistentes encuentran razones para oponerse a lo nuevo y construyen argumentos legítimos en torno a motivos no tan sólidos" (2013, p. 70). Además, agrega que

> avanzar en esta etapa de la curva del cambio implica vencer la pereza de los destinatarios de la transformación. Para ello, adaptarse a una novedad supone realizar el esfuerzo de modificar hábitos propios, y no siempre es fácil persuadir al grupo de los resistentes para que emprendan el cambio (2013, p. 70) [énfasis agregado].

V. ALGUNAS PROPUESTAS SENCILLAS PARA PROMOVER LA PARTICIPACIÓN DE ÁRBITRAS

Es admirable el compromiso manifestado por AmCham Perú de promover más designaciones de árbitras. Su Corte de Arbitraje conformada mayoritariamente por mujeres y hombres de vanguardia,

[28] Para mayor información, véase la página web de Arbitrator Intelligence (https://arbitratorintelligence.com/).

y la incorporación de cincuenta árbitras es un muy buen indicio de que los cambios que seguirán esta dirección.

El CARC-PUCP no ha hecho muchas declaraciones a favor de la equidad de género, pero pone este concepto en práctica en una medida considerable a través de la designación tanto a árbitros jóvenes como de árbitras. Especialmente, es transparente, ya que hasta el momento es el único centro de arbitraje que publica sus cifras de designación. Además, si bien en los últimos años se aprecia un incremento en los porcentajes de las árbitras, la cantidad es todavía proporcional al crecimiento de designaciones a árbitros, lo que tiene como consecuencia la pervivencia de la brecha de género.

En el caso de CCL, la presidenta del Consejo Superior de Arbitraje y la Secretaria General del Centro de Arbitraje son mujeres. Además, a inicios del 2020, la CCL suscribió un convenio de cooperación institucional con el Comité Ejecutivo del Woman Way in Arbitration LATAM mediante el cual se comprometieron a trabajar en conjunto para fortalecer y promover la práctica del arbitraje en sus respectivas jurisdicciones. Sin embargo, lo que llama la atención es que la CCL no ha profundizado en los planes que tienen de cara a la implementación de políticas de género.

A. Para los centros de arbitraje

El rol que juegan los centros de arbitrajes en la promoción de equidad de género en el arbitraje, como se ha visto, es un factor clave pues poseen el poder de influenciar y liderar los principales cambios en la industria arbitral.

Los principales aportes dirigidos a reducir la brecha de género en los tribunales arbitrales consisten en (i) actualizar su lista de árbitros e incorporar a aquellas árbitras que cuenten con las calificaciones y certificaciones necesarias para desempeñarse como tal y (ii) considerar en su terna de potenciales árbitros a mujeres cuando actúen como autoridades nominadoras. De esta manera, se les brindará la visibilidad y acceso necesarios permitirles el inicio de su carrera como árbitras.

Realizar o participar en eventos que promuevan la participación de la mujer en el arbitraje también agrega mucho valor: el mensaje que se transmite a los usuarios es que la equidad de género en el arbitraje cuenta con soporte institucional. Y dado que los centros de arbitrajes gozan de prestigio y otorgan mayor visibilidad a este tipo de iniciativas.

Finalmente, es necesario que los centros de arbitrajes elaboren y publiquen estadísticas anuales de los porcentajes de designación a árbitras, según los agentes designadores: (i) las partes, (ii) los co-árbitros, y (iii) el centro arbitral. El análisis de la data nos permitirá evaluar con mayor precisión la evolución de la participación de las mujeres en los tribunales arbitrales.

Cabe señalar que, los planteamientos previamente propuestos para los centros de arbitraje peruanos están alineados con los compromisos que asumen los signatarios del Equal Representation in Arbitration Pledge.

B. Para las partes, abogados patrocinantes y árbitros

1. Actualizar la base de datos de potenciales árbitros e incluir mujeres en la terna de árbitros que se proponen a los clientes o a los co-árbitros

El compromiso en la promoción de árbitras requiere la modificación de comportamientos. Usualmente, los primeros nombres que aparecen en la mente de un usuario del arbitraje cuando tiene que proponer a un árbitro corresponden a aquellos con los que ya se ha contado como árbitros en algún caso previo o, en el caso de los co-árbitros, de aquellos con los que se ha compartido tribunales arbitrales o se conocen personalmente por el ámbito académico o profesional. Si se persiste en esta metodología, las probabilidades de que nuevos árbitros o árbitras ingresen al mercado arbitral serán mínimas.

Algunos estudios de abogados comprometidos con la equidad de género en el arbitraje han dado un paso más allá, al establecer lineamientos concretos que deben ser seguidos por sus socios y abogados. A manera de ejemplo, es interesante observar el caso de DLA Piper, estudio internacional con sede en 41 países del mundo y también en Perú.

La última conferencia global de Arbitraje Internacional se realizó en Londres en octubre del 2019. Acudieron a ella socios y algunos abogados representantes de cada país, con la finalidad de discutir las políticas que se implementarán en todas las oficinas el próximo año. En esa oportunidad, uno de los temas centrales fue la promoción de la equidad de género en los tribunales arbitrales[29].

[29] Estos lineamientos fueron expuestos en el evento privado International Arbitration Training Day 2019 organizado por DLA Piper Perú. Véase (Herrada Sánchez (2019).

Un hecho notorio fueron el establecimiento de lineamientos por los líderes de las áreas de arbitraje. Ellos invitaron firmemente a los socios de las áreas de arbitraje y litigios a llevar a cabo dos acciones concretas:

(i) Actualizar su base de datos de árbitros y hacer un esfuerzo consciente de buscar en el mercado árbitras con las calificaciones necesarias para actuar como tales.
(ii) Incluir mujeres en la terna de potenciales árbitros que se envían a los clientes.

La explicación de la implementación de estas medidas se justificó en la necesidad de incorporar comportamientos que permitieran la ocurrencia del cambio deseado. En efecto: si se quieren más mujeres capaces que participen en tribunales arbitrales, hay que empezar por brindarles una oportunidad de desempeñarse como árbitras **proponiéndolas y designándolas**.

Es momento de pasar a un segundo nivel desde el reconocimiento de la importancia de la participación de las árbitras hacia la adopción de medidas que posibiliten su participación real y efectiva a través de políticas de género. Si estas mismas medidas fueran replicadas por otros estudios de abogados que litigan en arbitraje e incluso por los propios árbitros, el porcentaje de la participación de árbitras se incrementaría reduciendo también las brechas de género en el arbitraje se reducirían.

2. ArbitralWomen: el directorio de árbitras

Un dato adicional. El capítulo peruano de ArbitralWomen ha elaborado un Directorio de Árbitras a partir de las nóminas de los principales centros de arbitrajes del Perú. La primera versión de este Directorio consideró a la CCL, CARC-PUCP y AmCham Perú; la segunda y próximas versiones incluirán a otros centros arbitrales de Lima y provincias.

El propósito de esta iniciativa es poner a disposición de los agentes del arbitraje un Directorio de árbitras, por especialidad y área del derecho en la que ejercen su práctica, para que tengan a la mano una versión consolidada del registro de árbitras que podrían considerar en sus ternas, y respecto de las cuales siempre se puede pedir referencias. Esta iniciativa también es propuesta por Equal Representation in Arbitration Pledge como medida para lograr la equidad en el arbitraje.

VI. CONCLUSIONES

La equidad de género en ambientes profesionales es, en general, un tema que involucra a todos: una sociedad inclusiva debe abrazar y respetar las diferencias y crear igualdad de oportunidades para sus integrantes. En los equipos de alto rendimiento se aplica la misma lógica, como también debería suceder en los ambientes arbitrales.

La diversidad y la equidad de género tienen valor en sí mismos, pues se fundan en principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, en el arbitraje representan beneficios significativos para la comunidad arbitral pues brindan la posibilidad de acceder a mejores procesos arbitrales y obtener un mejor servicio ofrecido por los tribunales arbitrales, decisores de las controversias que se someten a su conocimiento.

El arbitraje brinda a sus usuarios la oportunidad de optimizar este contexto. Las partes como usuarios principales del mismo poseen el poder para liderar este proceso de mejora y, lo que es mejor aún, podrían promover el cambio si son apoyadas por las instituciones arbitrales.

Se ha progresado a nivel nacional e internacional en la promoción de la mujer en los tribunales arbitrales, ello gracias a la valiosa labor realizada por ONG como ArbitralWomen y el Equal Representation in Arbitration Pledge que se atrevieron a discutir abiertamente sobre las problemáticas y los desafíos que experimentaban varias mujeres en el ámbito de la resolución de disputas. Esta iniciativa obtuvo eco en la respuesta de las instituciones arbitrales, quienes se comprometieron con la causa e implementaron políticas de igualdad de género.

Incluso en el caso peruano se aprecia que entre los centros de arbitraje limeños existe consenso al respecto, pero como Perú no es únicamente Lima, hay un trabajo pendiente de concientización dirigida a los centros de arbitraje localizados en las provincias, donde perviven los comportamientos patriarcales e incluso sexistas.

El compromiso de una sociedad civil inclusiva debería implicar colaborar en primer lugar con la difusión y explicación de lo que supone la equidad de género, y el derecho de las mujeres a acceder a una igualdad en las oportunidades laborales. Una buena manera de hacerlo es yendo a provincias, participando en los eventos que estos centros realicen, y tratando de explicar empáticamente la relevancia de contar con su compromiso. Es muy importante el enfoque que se dan a estas iniciativas, y dejar en claro que no se trata en absoluto de una competencia entre hombres y mujeres, ni entre árbitros mayores y árbitros jóvenes, sino de la colaboración y apoyo recíprocos con externalidades positivas para los involucrados.

Seguramente las reacciones iniciales serán de desconcierto; sin embargo, con el tiempo las ideas van calando, las realidades van sensibilizando y no resulta muy lejano el momento en que la equidad de género y la diversidad en los tribunales arbitrales también sea una realidad en las provincias. Sucederá seguramente después y a un ritmo más lento en comparación a cómo se llevó a cabo en Lima. Sin embargo, debemos añadir que ocurrió lo mismo cuando se creó el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias: al principio nadie lo entendía y perduraba la desconfianza, ahora la demanda del servicio de arbitraje en provincias es considerable.

En relación con las partes y sus abogados patrocinantes, las resistencias y los sesgos de género, aunque existen, no son mayoritarias. En mi opinión, como expliqué en el acápite anterior, lo que hace falta más que concientizar y empatizar es poner en práctica medidas simples, concretas y sencillas, que permitan cambios de metodologías en la designación de árbitros, a fin de poder crear espacios en los que participen las árbitras.

Para reducir la brecha de género en la composición de los tribunales arbitrales y lograr tener tribunales diversos, se necesita fundamentalmente promover a las árbitras. Conocerlas, averiguar sobre su experiencia, sus especialidades, y, sobre todo, darles un voto de confianza. La oportunidad que se necesita para empezar, y que luego sea el mercado quien sancione o premie su desenvolvimiento.

Por supuesto, las árbitras o aspirantes a árbitras deben cumplir con su parte y prepararse, estudiando, capacitándose y aprendiendo de aquellas áreas del Derecho en la que se especialicen, pero también comprendiendo el funcionamiento de la industria.

El Derecho alejado de la realidad es como letra muerta, pierde valor. Ahí es donde se nota la diferencia y se valora la experiencia. Ser árbitro es un proyecto que supone un compromiso profesional y ético por parte de los árbitros a mediano y largo plazo, desafiante y exigente, pero también gratificante.

Ana Weber –árbitra brasileña– en un evento realizado sobre la diversidad en el arbitraje concluyó invitando a los hombres a participar activamente en las iniciativas que promueven la equidad de género en el arbitraje. Esta invitación es admirable, pues, es a través de las pequeñas modificaciones en nuestros comportamientos, que se logran cambios importantes (Mange, 2016, p. 230).

No nos cabe duda de que ocurrirá lo mismo si tanto hombres como mujeres colaboramos a través de la adopción de estas sencillas medidas, pero de gran impacto en la equidad de género y diversidad en la constitución de los tribunales arbitrales.

REFERENCIAS

Cámara de Comercio Americana de Perú [AmCham Perú] (1 de abril de 2020). Incorporación de 50 mujeres a la lista de árbitros de AmCham Perú [Actualización de estado]. LinkedIn. https://www.linkedin.com/posts/american-chamber-of-commerce-of-peru_incorporaci%C3%B3n-de-50-mujeres-a-la-lista-de-activity-6651136100721049600-Sq0-

Cámara de Comercio Internacional [CCI] (31 de mayo de 2017). *ICC Court sees marked progress on gender diversity.* https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-sees-marked-progress-gender-diversity/#:~:text=According%20to%20ICC%20figures%2C%20of,of%20those%2073%20were%20women.

(2020). 2019 ICC Dispute Resolution Statistics. International Centre for IDR. https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú [CARC-PUCP] (2020). *Arbitraje en cifras*. https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/arbitraje-en-cifras

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones [CIADI] (2020). *2018 Annual report*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/en/ICSID_AR18_Interior_English_CRA_web.pdf

Corte de Arbitraje Internacional de Londres [LCIA] (2018). *2018 Annual Casework Report*. http://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=772

Dyer, W. G., Dyer, J. H., y W. G. Dyer (2013). *Team Building: Proven Strategies for Improving Team Performance* (5ta ed.). Jossey-Bass.

Ferreyros, M. (17 de mayo de 2019). Rosa Bueno de Lercari: el arbitraje en el punto de quiebre. *Cosas Perú*. https://cosas.pe/personalidades/157601/rosa-bueno-de-lercari-el-arbitraje-en-el-punto-de-quiebre/

Freshfields Bruckhaus Deringer (2019). *International Arbitration: Looking ahead to the top trends in 2019.* https://www.freshfields.com/49f7eb/globalassets/our-thinking/campaigns/international-arbitration/international-arbitration--top-trends-in-2019.pdf

Gandenswartz, L. y Rowe, A. (2003). *Diverse teams at work: Capitalizing on the power of diversity.* Society for Human Resource Management.

Greenwood, L. (2017). Tipping the Balance – Diversity and Inclusion in International Arbitration. *Arbitration International*, *(33)*, 99-108. https://doi.org/10.1093/arbint/aix001

(2019). Moving Beyond Diversity Toward Inclusion in International Arbitration. En A. Calissendorff y Schöldström, P. (Eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook 2019* (pp. 93-101). Wolters Kluwer.

Khambata, D. (2015). Tensions Between Party Autonomy and Diversity. En E. A. van den Berg (Ed.) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Vol. 18, pp. 612-637). Wolters Kluwer.

Thye, S.R y Lawler, E. J. (2006). *Social psychology of the workplace*. Emerald Group Publishing.

Mamounas, J. (2014). ICCA 2014: Does "Male, Pale, and Stale" Threaten the Legitimacy of International Arbitration? Perhaps, but There's No Clear Path to Change [Entrada de blog]. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/04/10/icca-2014-does-male-pale-and-stale-threaten-the-legitimacy-of-international-arbitration-perhaps-but-theres-no-clear-path-to-change

Mange, F. (2016). Brazil Joins the Discussion About Gender (in)Equality in International Arbitration. *Revista Brasileira de Arbitragem, XIII*(52), 229-238.

Ordoñez, R. (2013). *Cambio, creatividad e innovación.* Granica.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO] (2014). *Indicadores de la UNESCO de cultura para el desarrollo: Manual Metodológico.* https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/iucd_manual_metodologico_1.pdf

West, M. A. (2012). *Effective teamwork: Practical lessons from organizational research* (3ra ed.). BPS Blackwell.

White & Case y Queen Mary University of London (2018*). 2018 International Arbitration Survey.* https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf

SAMANIEGO

Madrid | Miami (for Latin America)

www.samaniegolaw.com

Iberoamerican Alternative Law Firm

10.18800/themis.202001.032

CIBERSEGURIDAD Y ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL PROTOCOLO DE CIBERSEGURIDAD EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL ICCA, EL NYC BAR Y EL CPR (EDICIÓN 2020)

CYBERSECURITY AND INTERNATIONAL ARBITRATION: ICCA — NYC BAR — CPR PROTOCOL ON CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL ARBITRATION (2020 EDITION)

Javier Fernández-Samaniego*
Samaniego Law
Gonzalo Hierro Viéitez**
Samaniego Law
Yaiza Araque Moreno***
Samaniego Law

The Protocol on Cybersecurity in International Arbitration constitutes an innovative proposal providing a rigorous approach aimed towards raising awareness on cybersecurity risks in arbitration for its participants. Likewise, it seeks to be a guide to which the parties and arbitrators can recur in order to determine which cybersecurity measures can reasonably be adopted. The Protocol is a soft-law instrument that acknowledges cybersecurity measures may vary for each particular case.

In this article, the authors evaluate the innovations proposed in the Protocol's 2020 edition. Thus, they address its evolution, reviewing the newest types of cyber threats, previous regulatory efforts and, in greater detail, the principles and schedules proposed in this document. Finally, the authors also reflect on the opportunities that the Protocol provides in a global emergency situation due to the COVID-19 pandemic.

Keywords: Protocol on Cybersecurity in International Arbitration; cybersecurity threats; privacy in international Arbitration; cyber incidents; virtual hearings.

El Protocolo sobre Ciberseguridad en el Arbitraje Internacional constituye una innovadora propuesta que recoge un enfoque riguroso con el propósito de incrementar la conciencia de los riesgos de ciberseguridad en el arbitraje para los participantes. Asimismo, busca proporcionar una guía que las partes y los árbitros sean capaces de consultar, a fin de determinar cuáles medidas de ciberseguridad es razonable adoptar. El Protocolo se configura como una norma de soft-law y reconoce que las medidas de ciberseguridad pueden variar caso a caso.

En el presente artículo, los autores evalúan las innovaciones propuestas por la edición 2020 del Protocolo. Así, abordan su evolución, repasando los incipientes tipos de ciberamenazas, los esfuerzos normativos previos y, con mayor detalle, los principios y schedules propuestos en este documento. Finalmente, los autores reflexionan también acerca de la oportunidad que el Protocolo representa ante una situación de emergencia global a causa de la pandemia producida por la COVID-19.

Palabras clave: Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje internacional; amenazas de ciberseguridad; privacidad en el Arbitraje internacional; incidentes cibernéticos; audiencias virtuales.

* Abogado. Socio fundador y director de Samaniego Law (Madrid, España). Contacto: javier.samaniego@samaniegolaw.com.

** Abogado. Máster en Acceso a la Abogacía y en International Law, Foreign Trade and International Relations por la Universidad Carlos III de Madrid y el ISDE y Master of Laws (LL.M.) en Banking, Corporate and Finance e Information Technology por la Fordham University de Nueva York. Asociado de Samaniego Law (Madrid, España). Contacto: gonzalo.hierro@samaniegolaw.com.

*** Abogada. Máster de Acceso a la Profesión de Abogado y doctoranda por la Universidad Complutense de Madrid y máster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad de La Rioja. Asociada de Samaniego Law (Madrid, España). Contacto: yaiza.araque@samaniegolaw.com.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 17 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional ha evolucionado de forma drástica y continua en las últimas décadas. En efecto, no solo se han presentado modificaciones en el ámbito legislativo o jurisprudencial; sino que dichos cambios se han ido implementando mediante factores de gran relevancia práctica, como es el uso de la tecnología. Asimismo, la situación provocada por la pandemia generada por la COVID-19 ha acelerado exponencialmente dicha tendencia.

De hecho, el 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, elaborado conjuntamente por White & Case y Queen Mary University of London, así lo reconoce cuando establece que la tecnología "is widely used in international arbitration, and an overwhelming majority of respondents favor the greater use in the future of hearing room technologies, […] cloud-based storage, videoconferencing, AI [Artificial Intelligence] and virtual hearing rooms"[1] (2018, p. 28).

No obstante, debemos tener en cuenta el panorama actual y, a su vez, ser conscientes de que el número de vulneraciones de datos personales e incidentes cibernéticos se ha incrementado considerablemente en los últimos años. En efecto, como expusimos en un artículo previo[2], un claro ejemplo de ello (en el ámbito empresarial) fue la filtración de las bases de datos de informes de crédito de Equifax en el año 2017, la cual conllevó a la exposición de información personal de más de 145.5 millones de personas. Para conocer los motivos que habían ocasionado dicha filtración, la Oficina General de Cuentas del Gobierno de Estados Unidos (GAO, por sus siglas en inglés) publicó un exhaustivo informe en agosto del año 2018 en el que se resumían los principales errores que se habían producido, tales como la falta de controles internos y exámenes de seguridad rutinarios (Fernández-Samaniego & Hierro Viéitez, 2019, pp. 1-2).

Ese mismo año, la base de datos de Aadhar se vio comprometida al permitir el acceso no autorizado por parte de terceros a información privada de 1.100 millones de residentes hindúes (incluyendo datos como nombres y apellidos, números de identificación de 12 dígitos o cuentas bancarias). Asimismo, otras muchas compañías, como Uber, Verizon[3] o Facebook[4] también se han visto afectadas por este tipo de incidentes (2019, p. 2).

Ante la gran relevancia de las vulneraciones cibernéticas, influyentes entidades del sector público y privado han elaborado informes sobre este riesgo cada vez más crítico. Entre ellos, podemos reseñar, en primer lugar, el realizado por la Online Trust Alliance, denominado Cyber Incident & Breach Trends Report[5]. En dicho informe se analizaron los diferentes incidentes cibernéticos acaecidos en el año 2018. En ese sentido, se mostró que los ataques de *ransomware* se habían multiplicado por cuatro entre los años 2015 y 2016; y, asimismo, que los archivos vulnerados se habían incrementado por cuatro en el año 2017.

El segundo informe que podemos destacar es el elaborado por el Gobierno del Reino Unido[6], cuya encuesta[7] del año 2018 identificó los siguientes aspectos: (i) más del 40% de las empresas habían sufrido un ataque en los doce meses anteriores; (ii) las cuestiones relativas a la ciberseguridad eran una alta prioridad para el 74% de los directores de empresas; y, (iii) solo el 27% de las compañías tenían una política formal o políticas que cubrían los riesgos de ciberseguridad (2018). Esta encuesta fue nuevamente realizada en marzo del año 2020 y en ella se subrayó, entre otras cuestiones de interés, que el número de empresas víctimas de ciberataques en los doce meses anteriores se había incrementado en un 46%[8].

Similares conclusiones se ratifican en el Data Breach Investigations Report que Verizon publica

---

1 Es ampliamente empleada en el arbitraje internacional, y una gran mayoría de los encuestados se encuentra a favor de que hacia el futuro se incremente el uso de las tecnologías en las salas de audiencias, […] el almacenamiento en la nube, las videoconferencias, la inteligencia artificial y las salas de audiencias virtuales [traducción libre].

2 Para mayor información, véase Fernández-Samaniego & Hierro Viéitez (2019). En dicho artículo, comentamos el Protocolo sobre Ciberseguridad en Arbitraje Internacional cuando todavía se encontraba en estado de borrador.

3 Verizon adquirió Yahoo en el año 2017. No obstante, esta adquisición se realizó por un importe menor del originalmente pactado, debido a dos ciberataques en los que se filtraron los nombres, fechas de nacimiento, números de teléfono y contraseñas de alrededor de un billón de usuarios de Yahoo.

4 Cobra vital importancia señalar, aunque sea de forma breve, que estos incidentes pueden provocar serios perjuicios económicos a las empresas, ya que pueden verse demandadas en procedimientos de reclamaciones monetarias. Tal es el caso, por ejemplo, de Facebook, empresa que ha sido demandada por el escándalo en el que está involucrada Cambridge Analytica. Para más información, véase Hern (2018); Cadwalladr & Graham-Harrison (2018).

5 Para mayor información, véase Online Trust Alliance (2019).

6 Para mayor información, véase United Kingdom Government, Department for Digital, Culture, Media & Sport (2020).

7 Para mayor información, véase United Kingdom Government, Department for Digital, Culture, Media & Sport (2018).

8 Para mayor información, véase United Kingdom Government (2017).

todos los años y que, para su edición de 2020, ha analizado 157.525 incidentes (Verizon, 2020). Sin embargo, dichas amenazas no se presentan únicamente en el mundo empresarial; sino que se encuentran presentes en otras instituciones también. En efecto, entre las organizaciones más afectadas por los ciberataques se encuentran los hospitales[9], despachos de abogados[10], e incluso instituciones y procedimientos arbitrales.

Ahora bien, centrándonos en el arbitraje internacional, no es controvertido afirmar que una de las grandes ventajas por las que los usuarios deciden dirimir sus controversias mediante este método alternativo es la confidencialidad que provee[11]. Este último aspecto es una de las piezas clave que diferencia al arbitraje de la litigación ante cortes nacionales. En ese sentido, para mantener esta diferencia, algunos despachos de abogados han adoptado su propio protocolo de ciberseguridad[12]. Sin embargo, dicha confidencialidad también se ha visto comprometida en varias ocasiones, a causa de la actuación de las diversas personalidades involucradas en los procedimientos arbitrales (empresas, despachos de abogados, Estados, entidades públicas, entre otras) y, asimismo, a causa de la presencia de datos sensibles y del impacto que el resultado de dichos procedimientos puede llegar a tener en el mercado financiero.

Prueba de este último aspecto, fue el hackeo en el año 2015 de la página web de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA). Dicho ataque se produjo durante la celebración de una audiencia entre los países de China y Filipinas sobre una delicada controversia fronteriza marítima. Este suceso provocó que los datos personales de todo aquel que accediera a la web estuvieran expuestos (Fernández-Samaniego & Hierro Viéitez, 2019, p. 5).

En ese mismo año se dio un suceso similar que involucraba al despacho de abogados Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle. Este interpuso una demanda en nombre de la República de Kazajistán tras conocer que las cuentas de correo electrónico y ordenadores de varios funcionarios del gobierno habían sido hackeadas mientras el despacho asesoraba a dicho Estado con respecto a un acuerdo con el consorcio dedicado a desarrollar el yacimiento de petróleo y gas de Kashagan[13].

Además, es común que un tribunal arbitral tenga que decidir, durante la tramitación del procedimiento, sobre la admisión de documentos que habían sido objeto de hackeos o filtraciones[14]. Tal es el caso, por ejemplo, de *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía*, en el cual el demandante presentó una solicitud informando al tribunal que había tenido conocimiento:

> [t]urkish court orders requested and obtained by [r]espondent in 2007 and 2008, expressly to conduct intercepts of emails and MSN instant messages not only sent by and to persons associated with [c]laimant, but also approximately 1,000 privileged, private and confidential emails sent by, to and between [c]laimant's counsel of record in connection with this arbitration over the past year[15] (*Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía*, 2008, pár. 19).

En este caso en particular, el tribunal arbitral finalmente reconoció la importancia de la confi-

[9] A modo de ejemplo, en el año 2017 se produjo un ciberataque que tuvo como objetivo las vulnerabilidades de los hospitales de Ontario y en el año 2016 otro ataque bloqueó el sistema informático del hospital de Ottawa (CBC News, 2017).

[10] Recordemos que DLA Piper fue objeto de un ciberataque en el año 2017 que supuso la interrupción del trabajo por varios días. Asimismo, que la firma de abogados panameña Mossack Fonseca desapareció en julio del año 2016 por el incidente de los Papeles de Panamá. Este tipo de ataques fueron previstos en el año 2016 por el Federal Bureau of Investigation de los Estados Unidos, que emitió la "alerta 160304-001" en la que se advertía de posibles ciberataques a despachos de abogados. Dichos ataques tenían como objetivo principal la obtención de información no pública para realizar, posteriormente, ofertas en el mercado de valores y así obtener beneficios significativos. Para más información, véase Federal Bureau of Investigation, Cyber Division (2016).

[11] En este sentido, el 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, elaborado por White & Case y Queen Mary University muestra cómo la confidencialidad y privacidad constituye una de las características más valiosas del arbitraje internacional (White & Case & Queen Mary University of London, 2018, p. 7).

[12] Los despachos de abogados Debevoise & Plimpton LLP y Bryan Cave Leighton Paisner (BCLP) son algunos de ellos. En efecto, el BCLP publicó en el año 2019 su International Arbitration Survey: Don't be the weakest link. En ese sentido, véase Debevoise & Plimpton LLP (2017).

[13] Para mayor información, véase el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. Kaz*. (2017).

[14] En el presente artículo no se profundizará sobre qué criterios pueden adoptar los tribunales ordinarios o arbitrales sobre la admisión de documentos obtenidos ilícitamente por las partes. Para ello, véase Bertrou & Alekhin (2018).

[15] Órdenes del tribunal judicial turco fueron solicitadas y obtenidas por la demandada en 2007 y 2008 expresamente para llevar a cabo la interceptación de correos electrónicos y mensajería instantánea de MSN tanto enviada por y hacia personas asociadas a la demandante, así como alrededor de mil mensajes de correo electrónico de carácter privilegiado, privado y confidencial que fueron enviados por, hacia y entre los representantes legales de la demandante vinculados a este arbitraje a lo largo del año pasado [traducción libre].

dencialidad de la información y decidió excluir del expediente todos los documentos e información privilegiados que se habían presentado[16].

No obstante, los tribunales arbitrales no siempre han mostrado una actitud negativa respecto de la aportación de documentos que previamente habían sido objeto de hackeo o filtración. Un ejemplo de ello es el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. Kazajistán* (2017). En este caso, los demandantes solicitaron la admisión de un total de once documentos que, a pesar de haber sido filtrados, estaban disponibles públicamente en una página web apodada KazakhLeaks[17].

En ese sentido, la parte demandada objetó la admisión de dichos documentos alegando que, además de haber sido filtrados, varios de ellos gozaban de una protección especial por estar sujetos al secreto profesional entre abogado y cliente. El tribunal arbitral emitió su decisión y autorizó lo siguiente: "the submission by the Claimants on the record of non-privileged leaked documents, but not of privileged leaked documents (namely privileged attorney-client communications)"[18] (*Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. Kazajistán*, 2017, pár. 156).

A pesar del aumento de este tipo de amenazas, cabe mencionar que en los últimos años también se han promulgado tres instrumentos legislativos en Europa con importantes efectos sobre la ciberseguridad: (i) el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)[19]; (ii) la Directiva 2016/1148[20], relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión (en adelante, Directiva NIS por sus siglas en inglés); y, (iii) el Reglamento (UE) 2019/881[21] relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación (Reglamento sobre la Ciberseguridad).

El RGPD entró en vigor el año 2018; es decir, entro a regir más de seis años después de la propuesta sobre una nueva regulación que realizó la Comisión Europea el 25 de enero del año 2012. El RGPD aumenta los requisitos de ciberseguridad en su artículo 25, mediante el establecimiento de obligaciones de notificación de violaciones de seguridad a la autoridad de control y al propio afectado en determinados supuestos. Asimismo, establece una serie de medidas de responsabilidad activa entre las que se incluyen, entre sus artículos 37 a 39, la obligación en determinados supuestos de nombrar a un Delegado de Protección de Datos (DPO, por sus siglas en inglés).

Por su parte, la Directiva NIS supuso un importante impulso para la ciberseguridad en sectores vitales de la economía como el de la energía, transporte, agua, banca, infraestructuras del mercado financiero, sanidad e infraestructura digital (Fernández-Samaniego & Hierro Viéitez, 2019, p. 2). Asimismo, el recientemente aprobado Reglamento sobre la Ciberseguridad en Europa, además de reforzar el rol de la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA), establece un marco para la creación de esquemas europeos de certificación de la ciberseguridad, con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de ciberseguridad de los productos, servicios y procesos.

De forma independiente a los instrumentos legislativos mencionados, en los últimos años se han promulgado diferentes normas de *soft-law*, cuyo fin es informar a los usuarios sobre la importancia de la ciberseguridad y proporcionarles unas guías que pueden seguir para mitigar este tipo de ciberamenazas. Entre estas normas se encuentra el Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional (en adelante, el Protocolo). Este ha sido

16 Para mayor información, véase el caso *Libananco Holdings Co. Limited c. Turquía.* Otro caso similar en el que el tribunal arbitral examinó la ilicitud de las pruebas aportadas por las partes y finalmente rechazó su inclusión en el procedimiento; este es el caso *EDF ´Services´ Limited c.* Rumanía (2009).

17 El acceso público a estos documentos se debió al hackeo que sufrieron numerosos funcionarios del Gobierno de Kazajistán en sus cuentas de correo electrónico y, aproximadamente, el número de documentos filtrados ascendió a 60.000. Para mayor información, véase Ross (2015b).

18 La presentación en el expediente a cargo de los demandantes de documentos filtrados no privilegiados, mas no de documentos filtrados privilegiados (es decir, comunicaciones entre abogado-cliente de carácter privilegiado) [traducción libre].

19 Para mayor información, véase el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, acerca de la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos).

20 Para mayor información, véase la Directiva 2016/1148 de la Unión Europea, de 6 de julio de 2016.

21 Para mayor información, véase el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n. 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad).

elaborado por la International Council for Commercial Arbitration (en adelante, ICCA), la New York City Bar Association (en adelante, NYC Bar) y el International Institute for Conflict Prevention and Resolution (en adelante, CPR).

II. EL PROTOCOLO DE CIBERSEGURIDAD EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DEL ICCA, NYC BAR Y CPR (EDICIÓN 2020)

El 21 de noviembre del año 2019, el Protocolo[22] se dio a conocer en la *New York Arbitration Week*. Este ha sido elaborado por la ICCA, la NYC Bar y el CPR. Asimismo, representa el resultado de dos años de trabajo en el que participaron más de 240 personas procedentes tanto de instituciones arbitrales como de despachos de abogados, expertos en procedimientos arbitrales y organizaciones no gubernamentales; las cuales presentaron sus comentarios y sugerencias al borrador del Protocolo (en adelante, *Draft*) publicado en abril del año 2018[23].

Ahora bien, como su nombre indica –*2020 Edition*–, el Protocolo estará en continua revisión porque podrá recibir comentarios de los usuarios (por ejemplo, sobre su experiencia práctica al aplicarlo) y se adecuará a los cambios que se produzcan en el futuro en el sector de la tecnología.

En ese sentido, el Protocolo (2020) tiene dos objetivos principales señalados en su preámbulo. El primero es proporcionar un marco a través del cual se pueda determinar qué medidas de seguridad resulta razonable aplicar en cada arbitraje según los riesgos que existan en él. El segundo, concientizar a todos los usuarios sobre cuán importante es que la información proporcionada en un procedimiento arbitral esté segura, puesto que, como afirma Allen Waxman[24], "ensuring that proceedings in arbitration protect the security of the information at issue is critical to arbitration's continued vitality"[25] (International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR], 2019).

Ahora bien, a diferencia del *Draft*, el Protocolo (International Council for Commercial Arbitration [ICCA], New York City Bar Association, & International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR], 2020) está dividido en catorce principios complementados con comentarios y *schedules*[26]. Asimismo, a través de sus diferentes principios se muestra la relevancia de la ciberseguridad en el arbitraje internacional[27]. En efecto, como hemos visto, el arbitraje internacional y los procedimientos arbitrales también pueden ser víctimas de ciberataques y, por ello, podemos afirmar que su integridad depende del grado de protección que se proporcione a los datos y a la información intercambiada entre las partes, el tribunal arbitral y, en su caso, la institución arbitral.

En ese sentido, si bien debemos tener en cuenta que el Protocolo no pretende otorgar una solución única para todos los casos, los principios 1, 2 y 5 especifican que este debe adaptarse a las circunstancias del caso concreto y que tanto los árbitros como las partes[28] (y la institución arbitral, de haberla) deben considerar cuáles medidas de seguridad resultan razonablemente aplicables en su procedimiento. A su vez, tiene la finalidad de medir el impacto que tendrían en el mismo. Para ello, los principios 6 a 8 (así como el *schedule* B) son de gran ayuda al enumerar los factores y riesgos a tener en cuenta a la hora de determinar qué medidas se podrían adoptar.

Ahora bien, una de las cuestiones a considerar es el perfil del arbitraje y los riesgos que en él se puedan dar. Por ello, es relevante estudiar la naturaleza de la información que se va a aportar. Es decir, se debe saber si esta contiene datos confidenciales o sensibles y cómo será almacenada durante el procedimiento. Asimismo, se aconseja perfilar el objeto de la disputa para prever si es susceptible de ser víctima de algún tipo de ciberamenaza[29]. La identidad de las partes en el arbitraje también juega un papel relevante ya que el riesgo de amenaza se intensifica de las siguientes formas: (i) si

22 Para mayor información, véase International Council for Commercial Arbitration [ICCA], New York City Bar Association, International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR] (2020).

23 Para mayor información, véase ICCA, New York City Bar Association y CPR (2018).

24 Allen Waxman es presidente y *CEO* de CPR.

25 Garantizar que los procedimientos arbitrales protejan la seguridad de la información en cuestión es crítico para la continua vitalidad del arbitraje [traducción libre].

26 Para conocer cuáles son las principales diferencias entre el *Draft* y el Protocolo, véase ICCA, New York City Bar Association y CPR (2019).

27 Si bien el Protocolo se ha redactado teniendo en mente al arbitraje comercial internacional, también se estipula en su preámbulo que puede ser una buena referencia para arbitrajes domésticos o de inversiones.

28 El propio Protocolo (2020) menciona que con el término "partes" hace referencia tanto a las partes del procedimiento como a sus representantes legales. De igual modo, define "tribunal arbitral" como árbitro único o panel de árbitros.

29 Para mayor información, véase el principio 6 (a) y (b); s*chedule* B. I y III del Protocolo (2020).

está involucrada una entidad que previamente ha sufrido un ciberataque o posee gran cantidad de información comercial confidencial; (ii) si está involucrada una figura pública, un funcionario o ejecutivo de alto rango o celebridad; o, (iii) si el asunto afecta a algún gobierno o involucra información gubernamental[30].

Otro extremo a tener en cuenta son los recursos de los que dispone cada una de las partes, los costos que puede ocasionarles la implementación de las medidas de seguridad y las consecuencias que se pueden derivar en el arbitraje en caso de no adoptarlas[31]. Por su parte, el contenido del *schedule* C es muy útil, puesto que, además de complementar los principios 7 y 8 del Protocolo, proporciona un listado no exhaustivo de ejemplos sobre las medidas y procedimientos de seguridad que se pueden adoptar atendiendo a las peculiaridades del arbitraje. En efecto, incide en que las medidas que se detallan no tienen que adoptarse en su integridad, puesto que algunas son alternativas o complementarias a otras, e incluso pueden quedar obsoletas con el transcurso del tiempo.

No obstante, surge la siguiente pregunta: ¿quién debe proponer y autorizar la adopción de estas medidas de seguridad? Y, sobre todo, ¿en qué momento? En este sentido se pronuncian los principios 9 a 13 del Protocolo. En efecto, las partes conocen el objeto del arbitraje y son las que se encuentran en mejor posición para saber sus implicancias y el impacto que el resultado puede tener en el mercado. Por ello, deben ser ellas las que tienen que intentar acordar las medidas o procedimientos de seguridad que podrán llevarse a cabo durante la tramitación del procedimiento.

Sin embargo, el Protocolo concede al tribunal arbitral[32] la potestad de autorizarlas y modificarlas. Es importante subrayar que, para ello, tendrá que tener en consideración las posiciones de las partes, los acuerdos que hayan podido alcanzar y la evolución de las circunstancias del caso. En ese sentido, resultarán de especial interés los casos en los que el tribunal arbitral tenga que decidir sobre la adopción de una medida especialmente onerosa o desproporcionada, puesto que en esos supuestos se dejan en el aire varias cuestiones como ¿quién deberá sufragar los costes? Si la respuesta es ambas partes, ¿en qué proporción? Y, ¿qué ocurriría si la institución arbitral o alguna de las partes, una vez adoptada la medida, no es capaz de llevarla a cabo?

Sin embargo, independientemente de quién adopte la medida (sea por acuerdo entre las partes o por decisión del tribunal arbitral) sobre lo que no hay que tener duda alguna es sobre el momento de su adopción. El Protocolo es claro al establecer, de forma lógica, que estas deben adoptarse "as early as practicable in the arbitration, which ordinarily **will not be later than the first case management conference**"[33] (2020, p. 3) [el énfasis es nuestro] y ello porque puede ponerse en riesgo y frustrarse el propósito de la medida de ciberseguridad.

Como puede apreciarse, el Protocolo aborda diversas cuestiones que son actualmente controvertidas. No obstante, en este no se menciona la responsabilidad en la que podrían incurrir las partes, los árbitros y la institución arbitral a causa de la adopción de este tipo de medidas. Por este motivo, sería conveniente añadir en las próximas ediciones del Protocolo un comentario sobre la conveniencia de que los árbitros, las partes y, en su caso, la institución arbitral consideren la contratación de un seguro de ciber-responsabilidad a la hora de decidir sobre la adopción de estas medidas de ciberseguridad.

III. EL PROTOCOLO COMO INSTRUMENTO DE *SOFT-LAW* Y OTRAS NORMAS SOBRE CIBERSEGURIDAD EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

El número de normas *soft-law* en arbitraje internacional se ha visto incrementado considerablemente en los últimos años[34]. En efecto, dependiendo del enfoque que los autores quieran dar al texto, estas normas pueden aparecer bajo la forma de directrices, códigos, recomendaciones, reglas, no-

30 Para mayor información, véase el *schedule* B. II del Protocolo (2020).

31 Para mayor información, véase el principio 6 (c); *schedule* B. IV del Protocolo (2020).

32 Existe cierta controversia con respecto a la naturaleza de las medidas de ciberseguridad. En efecto, ¿tienen carácter procedimental o administrativo? La diferencia radica en que, si es procedimental, el órgano apropiado para su adopción será el tribunal; mientras que si es considerada como administrativa, podrá entenderse que la medida es capaz de ser adoptada por la institución arbitral que supervise el procedimiento. En este sentido, para mayor información véase Morel de Westgaver (2017; 2019).

33 Tan pronto como puedan ser aplicables en el arbitraje, lo que usualmente no excede la primera conferencia para el manejo de la causa [traducción libre].

34 Para más información sobre qué son las normas de *soft-law* en arbitraje internacional y cuál es su impacto, véase Erdem (2017).

tas, guía, entre otras. En ese sentido, su fin es proporcionar a las partes un estándar recomendado sobre una cuestión para que puedan adoptarlas voluntariamente o bien usarlas como orientación y adaptarlas a sus necesidades. Así ocurre, por ejemplo, con las Reglas de la International Bar Association (en adelante, IBA) sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional[35].

Ahora bien, que el Protocolo sea un instrumento de *soft-law* es un gran acierto. En el arbitraje internacional, las partes están sujetas a una pluralidad de normas que originan, en ocasiones, potenciales conflictos de intereses. Por ello, es mucho más útil elaborar una norma de *soft-law* que un elenco de reglas estrictas que puedan provocar más problemas y cuestiones controvertidas que soluciones[36]. En efecto, con la finalidad de evitar este aspecto, el principio 4 dispone que el Protocolo no prevalecerá sobre las leyes aplicables, ni sobre cualquier otra ley que establezca obligaciones vinculantes (tales como aquellas reglas procedimentales a las que se hayan sometido las partes u obligaciones éticas o profesionales).

Asimismo, para garantizar su eficacia, el Protocolo declara la necesidad de que la medida de ciberseguridad adoptada en el seno de un procedimiento arbitral sea conocida y cumplida por todas las personas que estén involucradas en el arbitraje, ya sea directa o indirectamente. Se hace, de tal forma, referencia al término *weak link*, en el sentido de que todos los participantes son interdependientes entre sí y que el fallo en la custodia de la información que pueda cometer uno afecta a todos.

Además del Protocolo, no debemos olvidar que recientemente se han publicado otras normas de *soft-law* que abordan temas de ciberseguridad. Por un lado, la ICCA y la IBA han unido sus fuerzas y han creado un grupo de trabajo en Data Protection in International Arbitration[37]. Su objetivo es elaborar una guía práctica sobre el impacto que tienen los principios de protección de datos, en particular el RGPD, en los procedimientos de arbitraje internacional. Asimismo, posee la finalidad de ayudar a los usuarios a identificar y comprender las obligaciones de protección de datos y privacidad a las que pueden estar sujetos en un contexto de arbitraje internacional.

Por otro lado, la IBA publicó en el 2018 las Cybersecurity Guidelines[38] y son un excelente complemento para el Protocolo. Estas directrices se centran en analizar y explicar las mejores prácticas que los despachos de abogados pueden adoptar para prevenir la vulneración de datos y podrían ser útiles, *mutatis mutandis*, para todos los participantes de un procedimiento arbitral.

Inclusive existen varias instituciones arbitrales que, debido al incremento de estas ciberamenazas, han decidido incorporar en sus reglamentos de arbitraje referencias sobre ciberseguridad. Tal es el caso del reglamento de arbitraje del Hong Kong International Arbitration Centre (en adelante, HKIAC) cuyo artículo 3.1(e) dispone lo siguiente: "Any written communication pursuant to these Rules shall be deemed to be received by a party, arbitrator, emergency arbitrator or HKIAC if […] uploaded to any secured online repository that the parties have agreed to use"[39] (2018). Asimismo, la Corte de Arbitraje Internacional (en adelante, CCI) también ha dedicado varios apartados a cuestiones de ciberseguridad en su documento Note to parties and arbitral tribunals on the conduct of the arbitration under the ICC Rules of Arbitration (2019).

Sobre este último aspecto, los apartados 80 a 91 de esta nota aclaran que, al aceptar participar en un arbitraje de la ICC, todas las partes[40] involucradas aceptan que sus datos personales sean recopilados, transferidos, archivados y, según sea el caso, publicados. Además, se aconseja a los tribunales arbitrales que mencionen esta cuestión en los *Terms of Reference* y que tanto ellos como las partes se remitan cuando lo estimen necesario al Report on the Use of Information Technology in International Arbitration[41], documento elaborado por la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI para asegurar que las medidas de protección sobre estos datos se preservan durante todo el procedimiento arbitral.

35 Para mayor información, véase International Bar Association (IBA) (2010).

36 Para mayor información, véase Kaufmann-Kohler (2010).

37 Para mayor información, véase ICCA-IBA (2020).

38 Para mayor información, véase International Bar Association (IBA) (2018).

39 Cualquier comunicación escrita acorde a estas Reglas debe ser considerada como apta para ser recibida por las partes, árbitros, árbitros de emergencia o la HKIAC de ser […] subida a cualquier repositorio en línea seguro cuyo uso haya sido acordado por las partes [traducción libre].

40 Se hace así referencia a las partes, sus representantes, los árbitros (y, en su caso, el secretario administrativo), los testigos, los expertos y cualquier otra persona que pueda tener alguna implicación en el arbitraje.

41 Para mayor información, véase Corte Internacional de Arbitraje [CCI] (2017).

Como podemos apreciar, existe un elenco de normas que abordan, con mayor o menor detalle, temas de ciberseguridad y proporcionan a los usuarios las herramientas necesarias para intentar prevenir brechas en la seguridad o vulneraciones de datos. En lo que respecta al Protocolo, no es extraño pensar que, con el tiempo, este pueda convertirse en un código de buenas prácticas, tal y como ahora es, por ejemplo, el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje[42].

IV. INFLUENCIA DEL PROTOCOLO EN LAS NORMAS DE *SOFT-LAW* SOBRE AUDIENCIAS VIRTUALES ORIGINADAS POR LA PANDEMIA A CAUSA DE LA COVID-19

Desde que, a mediados de marzo del año 2020, la pandemia de la COVID-19 tomó dimensiones históricas, las principales instituciones arbitrales del mundo empezaron a adoptar instrumentos de *soft-law* para poder continuar sus procedimientos de forma telemática y guiar a los participantes en la conducción de audiencias en remoto o virtuales. Esta nueva realidad ha demostrado que el Protocolo es una guía imprescindible o *leading light* en esta materia.

Ahora bien, el Protocolo ha tenido en cuenta los siguientes instrumentos: (i) Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19[43]; (ii) KCAB International's Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration[44]; (iii) Nota sobre organización de audiencias virtuales elaborado por la Corte de Arbitraje de Madrid[45]; (iv) CPR's Annotated Model Procedural Order for Remote Video Arbitration Proceedings[46]; (v) el artículo Draft Zoom Procedural Order[47]; (vi) AAA-ICDR's Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy[48]; (vii) CIArb's Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings[49] y; (viii) African Arbitration Academy's Protocol on Virtual Hearings in Africa[50].

Asimismo, la propia administración de justicia como el Consejo General del Poder Judicial en España han referenciado al Protocolo en su Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas[51], lo que demuestra la importancia de este instrumento como ya vaticinamos cuando todavía se encontraba en fase de borrador.

V. CONCLUSIONES

Resultaba de vital importancia adoptar una norma de *soft-law* que estableciera el marco de actuación sobre la ciberseguridad en arbitraje internacional. En el actual contexto de implantación progresiva de actuaciones remotas y audiencias virtuales –acelerado por la pandemia originada por la COVID-19–, entendemos que este Protocolo puede ser útil no solo para el arbitraje (doméstico, comercial internacional o de inversiones), sino también para otras áreas del derecho.

En ese sentido, el Protocolo, sienta unas bases claras que permiten que se constituya como un documento completo y de referencia ante un panorama en el que las vulneraciones de datos y brechas en la ciberseguridad son comunes. Los comentarios y *schedules* que forman parte del Protocolo (y, por ello, complementan los principios) no solo aportan conciencia a los usuarios acerca de los riesgos que pueden darse en el arbitraje internacional; sino también les ofrece un marco que les sirve como guía y que pueden consultar para mitigar la producción de riesgos.

El Protocolo, asimismo, insiste en que el elenco de medidas sobre ciberseguridad que en este se detallan deben acogerse atendiendo a las circunstancias y peculiaridades del caso concreto. Sugiere también que los usuarios –en la medida de lo posible– tienen que garantizar el cumplimiento de dichas medidas.

Finalmente, para que estas medidas no queden obsoletas, es encomiable que el Protocolo haya manifestado su seria intención de actualizarse acogiendo las mejores prácticas de ciberseguridad. Para ello, será vital observar diversos aspectos, tales como la evolución del sector tecnológi-

42 Para mayor información, véase el Club Español del Arbitraje (2019).

43 Para mayor información, véase la Corte Internacional de Arbitraje [CCI] (2020).

44 Para mayor información, véase KCAB International (2020).

45 Para mayor información, véase la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Madrid (2020).

46 Para mayor información, véase International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR] (2020).

47 Para mayor información, véase Cohen (2020). Draft Zoom Hearing Procedural Order.

48 Para mayor información, véase American Arbitration Association (2020).

49 Para mayor information, véase Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2020).

50 Para mayor información, véase African Arbitration Academy (2020).

51 Para mayor información, véase Consejo General del Poder Judicial de España (2020).

co, su regulación, los nuevos riesgos que podrían producirse en el seno de un procedimiento o las experiencias prácticas de los usuarios a la hora de aplicar el Protocolo.

REFERENCIAS

Bertrou, G., & Alekhin, S. (2018). The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means? *Les Cahiers de l'Arbitrage*, (4), 11-71.

Bienvenu, P., & Grant, B. (2019). Data protection and cyber risk issues in arbitration. En Rogers, J. (Ed.), *International Arbitration Report* (pp. 19-21). Norton Rose Fullbright. https://www.nortonrosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/knowledge-pdfs/emea_15747_newsletter__international-arbitration-report-_issue-13.pdf?la=fr-ca&revision=

Bryan Cave Leighton Paisner (2019). *International Arbitration Survey: Don't be the weakest link*. Bryan Cave Leighton Paisner. https://www.bclplaw.com/images/content/1/6/v2/160089/Bryan-Cave-Leighton-Paisner-Arbitration-Survey-Report-2018.pdf

Cadwalladr, C., & Graham-Harrison, E. (17 de marzo de 2018). *Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach*. The Guardian. https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election

CBC News (14 de mayo de 2017). *Oshawa hospital among thousands of global 'ransomware' cyberattack victims*. https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/oshawa-hospital-cyberattack-1.4114758

Cohen, S. (2020, en preparación). *Draft Zoom Hearing Procedural Order*. TDM. https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1815

Corte Internacional de Arbitraje [CCI] (2017) *Report on the Use of Information Technology in International Arbitration*. ICC Commission on Arbitration and ADR. https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-adr/

Curtis, Mallet-Prevost, Colt y Mosle LLP (19 de enero de 2016). *Curtis Advises Kazakhstan on Amended Agreement for Kashagan Project*. Curtis. https://www.curtis.com/our-firm/news/curtis-advises-kazakhstan-on-amended-agreement-for-kashagan-project

Debevoise & Plimpton LLP (2017). *Protocol to Promote Cybersecurity in International Arbitration*. http://www.debevoise.com/~/media/files/capabilities/cybersecurity/protocol_cybersecurity_intl_arb_july2017.pdf

Erdem, M. (10 de marzo de 2017). *Turkey: Soft Law in International Arbitration*. Mondaq. https://www.mondaq.com/turkey/arbitration-dispute-resolution/575696/soft-law-in-international-arbitration

Federal Bureau of Investigation, Cyber Division (4 de marzo de 2016). *Criminal-Seeking-Hacker" Requests Network Breach for Insider Trading Operation* [Alerta]. FBI Bulletin. https://info.publicintelligence.net/FBI-Insider-TradingHacking.pdf

Fernández-Samaniego, J. & Hierro Viéitez, G. (2019). The Draft ICCA-CPR-New York City Bar Association Protocol for Cybersecurity in Arbitration: A Leading Light, at Least. *TDM*, (3). https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2645

Fiegerman, S. (21 de febrero de 2017). *Verizon cuts Yahoo deal price by $350 million*. CNN Business. https://money.cnn.com/2017/02/21/technology/yahoo-verizon-deal/index.html

White & Case & Queen Mary University of London (2018). *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. White & Case; Queen Mary University of London. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF

Hern, A. (19 de diciembre de 2018). *Facebook: Washington DC sues tech giant over Cambridge Analytica data use*. The Guardian. https://www.theguardian.com/technology/2018/dec/19/facebook-cambridge-analytica-washington-dc-lawsuit-data

International Council for Commercial Arbitration [ICCA-IBA] (2020). The ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration [Borrador para consulta pública]. *The ICCA Reports*, 7. https://www.arbitration-icca.org/media/14/18191123957287/roadmap_28.02.20.pdf

International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR] (21 de noviembre de 2019). *Working Group Releases Cybersecurity Protocol for International Arbitration*. https://www.cpradr.org/news-publications/press-releases/2019-11-21-working-group-releases-cybersecurity-protocol-for-international-arbitration-2020

Kaufmann-Kohler, G. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, *2*(11), 1-17. https://doi.org/10.1093/jnlids/idq009

Morel de Westgaver, C. (6 de octubre de 2017). *Cybersecurity in International Arbitration – A Necessity And An Opportunity For Arbitral Institutions*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/06/cyber-security/?doing_wp_cron=1596504328.3245139122009277343750

(15 de febrero de 2019). *Cybersecurity in International Arbitration: Don't be the Weakest Link*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/15/cybersecurity-in-international-arbitration-dont-be-the-weakest-link/?doing_wp_cron=1596503920.9210839271545410156250

Naish, V. (25 de noviembre de 2018). *Cybersecurity in Arbitral Proceedings: How to Kick-Start the Conversation about Protecting your Clients'*. Kluwer Arbitration Blog. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/25/cybersecurity-in-arbitral-proceedings-how-to-kick-start-the-conversation-about-protecting-your-clients-data/?doing_wp_cron=1596504680.5694000720977783203125

Online Trust Alliance (2019). *2018 Cyber Incident & Breach Trends Report. Review and Analysis of 2018 Cyber Incidents and Key Trends to Address*. https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2019/07/OTA-Incident-Breach-Trends-Report_2019.pdf

Pinsent Masons & Queen Mary University of London (2019). *International Arbitration Survey - Driving Efficiency in International Construction Disputes*. Pinsent Masons. https://www.pinsentmasons.com/-/media/pdfs/en-gb/special-reports/international-arbitration-survey-november-2019.pdf?la=en-gb&hash=2BF84CD21097CCBAD3C1A9DCD9263EBB

Ross, A. (2015a, 23 de julio). *Cybersecurity and confidentiality shocks for the PCA*. Global Arbitration Review. https://globalarbitrationreview.com/article/1034637/cybersecurity-and-confidentiality-shocks-for-the-pca

(2015b, 22 de septiembre). *Tribunal rules on admissibility of hacked Kazakh emails*. Global Arbitration Review. https://globalarbitrationreview.com/article/1034787/tribunal-rules-on-admissibility-of-hacked-kazakh-emails

Thompson, B. (6 de julio de 2017). *DLA Piper still struggling with Petya cyber-attack*. Financial Times. https://www.ft.com/content/1b5f863a-624c-11e7-91a7-502f7ee26895

United Kingdom Government (2017). *National Cyber Security Strategy 2016 to 2021*. https://www.gov.uk/government/publications/national-cyber-security-strategy-2016-to-2021

United Kingdom Government, Department for Digital, Culture, Media & Sport (2018). *Cyber Security Breaches Survey 2018*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/702074/Cyber_Security_Breaches_Survey_2018_-_Main_Report.pdf

(2020). *Cyber Security Breaches Survey 2020*. https://www.gov.uk/government/publications/cyber-security-breaches-survey-2020/cyber-security-breaches-survey-2020

U.S. Government Accountability Office [GAO]. (30 de Agosto de 2018). *Actions Taken by Equifax and Federal Agencies in Response to the 2017 Breach* [Reporte]. https://www.gao.gov/products/GAO-18-559

Verizon (2020). *2020 Data Breach Investigations Report*. https://enterprise.verizon.com/resources/reports/2020-data-breach-investigations-report.pdf

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

African Arbitration Academy (2020). *Protocol on Virtual Hearings in Africa.* https://www.africaarbitrationacademy.org/wp-content/uploads/2020/04/Africa-Arbitration-Academy-Protocol-on-Virtual-Hearings-in-Africa-2020.pdf

American Arbitration Association [AAA] (2020). AAA-ICDR Best Practices Guide for Maintaining Cybersecurity and Privacy. https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA258_Best_Practices_Cybersecurity_Privacy.pdf

Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. Kaz, Caso CIADI ARB/13/13, Laudo 27 de septiembre de 2017. https://www.italaw.com/cases/2131

EDF 'Services' Limited c. Rum, Caso CIADI ARB/05/13, Laudo 8 de octubre de 2009. http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C57/DC1215_En.pdf

Hong Kong International Arbitration Centre [HKIAC] (2018). *Administered Arbitration Rules*. https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018

International Bar Association [IBA] (2010). *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC

(2018). *Cyber Security Guidelines*. https://www.ibanet.org/LPRU/cybersecurity-guidelines.aspx

International Council for Commercial Arbitration [ICCA], New York City Bar Association, & International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) (2018). *Draft Cybersecurity Protocol for International Arbitration*. https://www.arbitration-icca.org/media/10/43322709923070/draft_cybersecurity_protocol_final_10_april.pdf

(2019). *Protocol Consultation Process*. https://www.arbitration-icca.org/media/14/44059883674056/protocol_consultation_process.pdf

(2020). *Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020 Edition)*. http://documents.nycbar.org/files/ICCA-NYCBar-CPR-Cybersecurity-Protocol-for-International-Arbitration-Electronic-Version.pdf

International Institute for Conflict Prevention & Resolution [CPR] (2020). *Annotated Model Procedural Order for Remote Video Arbitration Proceedings*. https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/model-procedure-order-remote-video-arbitration-proceedings

KCAB International (2020). *Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration*. http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice_view.do?BBS_NO=548&BD_NO=169&CURRENT_MENU_CODE=MENU0025&TOP_MENU_CODE=MENU0024

Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía, Caso CIADI ARB/06/8, Decisión sobre cuestiones preliminares 23 de junio de 2008. https://www.italaw.com/cases/626

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), 2016 O.J. (L 119), 1. https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf

Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n. 526/2013 (Reglamento sobre la Ciberseguridad), 2019 O.J. (L 151), 15. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R0881&from=ES

MISCELÁNEAS

10.18800/themis.202001.033

LA VALORIZACIÓN DE ACCIONES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DE ACCIONISTAS EN UNA SOCIEDAD ANÓNIMA

THE VALUATION OF SHARES IN EXCERCISE OF THE RIGHT OF SEPARATION FROM A STOCK CORPORATION

Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*
Pontificia Universidad Católica del Perú
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría

The valuation methodology of shares in the exercise of the right of separation of a shareholder from the company has generated debate and is treated differently in a number of legislations. In this article, the author analyzes the various methods for the valuation of shares and their treatment in different countries, making reference to relevant jurisprudence and legislation on the matter.

In addition to that, the author enters to the world of corporate finance in order to perform an analysis of Cash Flow at Present Value and the use of that valuation method in new business fields such as technology.

Keywords: Right of separation; stock appreciation; stock corporation; fair value; cash flow at present value.

El método de valorización de acciones en el ejercicio del derecho de separación de accionistas en una sociedad anónima ha generado debate entre los expertos y es tratada de manera distinta en diversas legislaciones. En el presente artículo, el autor analiza las diversas metodologías de valorización de acciones en ejercicio del derecho de separación y su tratamiento en diversos países, haciendo referencia a jurisprudencia y legislación de la materia.

Asimismo, el autor entra en el mundo de las finanzas corporativas con la finalidad de realizar un análisis del Flujo de Caja a Valor Presente y el uso de dicho método de valorización en nuevos campos empresariales como la tecnología.

Palabras clave: Derecho de separación; valorización de acciones; sociedades anónimas; valor razonable; Flujo de caja a Valor Presente.

** Abogado. Master of Laws (LL.M.) en Derecho Corporativo por la Universidad de Nueva York y Master of Business Administration (M.B.A.) por la Universidad de Cambridge. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio director de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: guillermo.ferrero@ppulegal.com.

El autor realiza un especial agradecimiento a Jesibel Rosillo Quiroz y Alejandra Quintanilla Gutiérrez, quienes lo asistieron en la elaboración del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 23 de marzo de 2020, y aceptado el mismo el 29 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analizan las metodologías de valorización más adecuadas para estimar el valor de las acciones en ejercicio del derecho de separación. Dicha necesidad es muy relevante dada la evidente diferencia entre las reglas de valorización aplicadas para las transacciones externas (o de mercado) frente a las de transacciones internas, es decir, aquellas que se producen dentro de la sociedad (Paz-Ares Rodríguez & Perdices Huetos, 2010, p. 5).

En el escenario de las transacciones externas, "el valor real o razonable se obtiene empíricamente: observando lo que de manera usual ocurre en los mercados" (Paz-Ares Rodríguez & Perdices Huetos, 2010, p. 5). Por su parte, en las transacciones internas, dicho valor se extrae "aplicando los principios y criterios que se desprenden de la ley societaria y de los estatutos" (Paz-Ares Rodríguez & Perdices Huetos, 2010, p. 5) o importando jurisprudencia extranjera, figuras contables y/o financieras para alcanzar una valorización, supuestamente, acorde con la situación financiera de la sociedad.

Así, para el presente análisis revisamos lo dispuesto en la legislación nacional, en concreto en la Ley 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), y el Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de Compra de Valores por Exclusión (en adelante, Reglamento de OPA y OPC). Luego de ello, se realiza un repaso de la legislación extranjera de jurisdicciones del *common law*, como Estados Unidos e Inglaterra y la de otras jurisdicciones que, por su cercanía cultural e histórica con la nuestra, nos sirven de guía, como son el caso de España y la Unión Europea. Asimismo, estudiamos el tratamiento del tema en cuestión en los países miembros de la Alianza del Pacífico, de la cual el Perú es miembro desde el 2011 junto con México, Chile y Colombia. A continuación, repasamos las decisiones más relevantes emitidas por las cortes del Estado de Delaware, por poseer quizá la jurisprudencia más avanzada en el tratamiento del ejercicio del derecho de separación.

Tras lo mencionado, nos introduciremos brevemente al mundo de las finanzas corporativas, con la finalidad de analizar si el flujo de caja descontado a valor presente (en adelante, Flujo de Caja a Valor Presente) mantiene su vigencia como el método de valorización predominante, inclusive en industrias muy cambiantes e innovadoras, tales como la tecnológica. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones y recomendaciones sobre la materia investigada.

II. DERECHO DE SEPARACIÓN: LEGISLACIÓN PERUANA EN MATERIA DE SOCIEDADES Y MERCADO DE VALORES

A. Introducción y disposición de la Ley General de Sociedades peruana

Con la finalidad de realizar un correcto análisis, consideramos relevante hacer referencia al derecho de separación y su tratamiento en la legislación peruana. El derecho de separación es aquel que le otorga a un accionista el derecho a desinvertir, ante un cambio en las bases esenciales de contratación lo suficientemente graves como para modificar los fundamentos que tuvo en cuenta un inversionista al momento de realizar su inversión en una sociedad (Abramovich Ackerman, 2007, pp. 169-175).

Dicho derecho se encuentra regulado en el artículo 200 de la LGS, el cual, en términos generales, establece (i) los supuestos en los que puede ser ejercido por los accionistas con legitimación activa para hacerlo; (ii) los criterios para valorizar las acciones que son materia del ejercicio del derecho y la entidad que debe valorizarlos; (iii) el reembolso que los accionistas deben recibir por el valor de sus acciones; y, (iv) el plazo que tiene la sociedad para pagar el valor de las acciones adquiridas (Abramovich Ackerman, 2007, pp. 170). En ese sentido, en el presente artículo nos concentramos principalmente en realizar un análisis del presupuesto (ii) antes referido, aunque también haremos algunas menciones aisladas a los supuestos (i), (iii) y (iv).

Con respecto al precio que el accionista debe recibir como consecuencia del ejercicio del derecho de separación, la LGS plantea hasta tres soluciones diferentes: (i) el acuerdo entre las partes, y, en defecto de este, (ii) el valor en libros, o (iii) la cotización media ponderada del último semestre. A estos supuestos haremos referencia en la sección siguiente.

B. Formas de valorización de acciones: regulación actual

1. Acuerdo entre las partes

La LGS dispone en su artículo 200 que "las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad" (Ley 26887, 1997). Asimismo, en el mismo artículo establece que "el valor fijado acordado no podrá ser superior al que resulte de aplicar la valuación que corresponde" (1997) en función a las dos soluciones valorativas que establece la misma ley que son el valor contable o en libros y, para el caso de empresas cuyas acciones se encuentran inscritas en el Registro Público de

Mercado de Valores (en adelante, RPMV), la cotización media ponderada del último semestre.

La experiencia nos dice que es poco común que, ante el ejercicio del derecho de separación, la sociedad y el accionista que se separa convengan en el valor a ser pagado al accionista saliente, por lo que a continuación pasaremos a analizar las dos soluciones valorativas que propone la norma.

2. Valor contable o en libros

La única referencia en la LGS con relación a que las acciones deben valorizarse según el valor contable está contenida dentro del derecho de separación. En efecto, la ley dispone que las acciones que no tuvieran cotización, y siempre que no medie acuerdo entre las partes, se estimarán al "valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones" (Ley 26887, 1997).

Con relación a ello, nosotros consideramos que el valor en libros o contable del patrimonio es un mal referente para valorizar acciones de una empresa debido a tres razones:

a. El valor en libros o contable del patrimonio se encuentra sujeto a prácticas contables que se limitan a reflejar valores de crecimiento histórico –salvo por ciertas excepciones. Es decir, al encontrarse bajo la sujeción de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), lamentablemente, en un gran número de casos:

> Tan solo refleja los valores históricos, es decir, pasados y en algunos presentes, más no proyecta el potencial de crecimiento futuro del valor de una empresa ya sea a través del incremento de sus ingresos en el tiempo, la reducción futura de sus costos operativos (costos de venta y administración) o de su carga financiera, entre otros (Ferrero Álvarez-Calderón, 2003, p. 320).

b. Es susceptible de usos arbitrarios de los métodos de depreciación de los activos tangibles y el tratamiento del costo de los inventarios, entre otros factores.

c. Ignora o no refleja adecuadamente el valor de los activos intangibles, los cuales pueden ostentar mayor valor que los activos tangibles y son más difíciles de valorizar. Estos son los casos de las marcas, patentes, *know-how* e, incluso, la reputación de una empresa.

En ese sentido, a efectos de entender este método de valorización, exponemos a continuación un Estado de Situación Financiera de la empresa Corporación S.A.:

Corporación S.A. tiene emitidas 115,000.00 acciones de un valor nominal de S/ 1.00 (un y 00/100 Soles) por acción y su patrimonio neto asciende a S/. 215,000.00 (doscientos quince mil y 00/100 Soles). El valor en libros o contable es aquel valor que resulta del valor de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones de Corporación S.A. Entonces, a valor patrimonial, cada acción de Corporación S.A. está valorizada en S/.1.87.

3. Valor de Cotización

3.1. Cotización de media ponderada del último semestre

Según lo establecido en la LGS, siempre que no medie acuerdo entre las partes, "las acciones que

Tabla 1. Estado de Situación Financiera de Corporación S.A.
Al 31 de diciembre de 2019 (en miles de soles)

ACTIVO		**PASIVO**	
Caja	90	Cuentas por Pagar Comerciales	30
Cuentas por cobrar	30	Impuestos por pagar	20
Inventarios	45	Remuneraciones por pagar	90
Activo Corriente	165	Pasivo Corriente	140
Inmueble	200	Deuda a Largo Plazo	100
Maquinaria y equipo	90	Pasivo No Corriente	100
Activo No Corriente	290		
		PATRIMONIO	**215**
		Capital Social	115
		Resultados Acumulados	100
Total	**455**	**Total**	**455**

tengan cotización en Bolsa se reembolsarán al **valor de la cotización media ponderada del último semestre**" (Ley 26887, 1997) [el énfasis es nuestro]. De ese modo, la cotización media ponderada debe ser entendida como

> [e]l resultado de multiplicar los valores de negociación de cada acción en cada día de Bolsa[1] del último semestre por el número de acciones de cada negociación (el cual debe ser entendido como peso). Luego, cada resultado obtenido debe sumarse y dividir esa suma por la suma de todas las acciones negociadas (todos los pesos) (Elías Laroza, 2000, p. 468).

Así, "cada transacción bursátil tiene no solamente el peso de su precio, sino también el peso del mayor o menor número de acciones de cada operación" (Elías Laroza, 2000, p. 468).

A manera de ejemplo, el cuadro expuesto a continuación refleja el número de acciones negociadas por la empresa Corporación S.A. en la Bolsa de Valores de Lima durante el periodo de julio a diciembre del año 2019, así como el precio unitario y los valores de negociación:

El ejercicio consiste en tres pasos concretos:

(i) Multiplicar (A) x (B);
(ii) Realizar la sumatoria de los valores individuales indicados en la cuarta columna (A) x (B); y
(iii) Dividir la sumatoria de los valores (A) x (B) entre el total de acciones negociadas durante el periodo.

Una vez realizados todos los pasos anteriormente descritos se obtiene el valor de **S/ 1.84**.

Sin embargo, consideramos que la cotización de media ponderada del último semestre puede no ser necesariamente apropiada. Ténganse en cuenta dos razones. En primer lugar, muchas empresas cuyas acciones se cotizan en la Bolsa de Valores de Lima no tienen valor de cotización. En el caso de aquellas que sí lo tienen, este valor no es representativo del valor real de las acciones debido a la poca liquidez, escasa frecuencia de negociación y limitada profundidad de la institución bursátil limeña (Abramovich Ackerman, 2007, p. 173). En segundo lugar, si, en efecto, estuviéramos frente

Tabla 2. Número de acciones negociadas por Corporación S.A.

Mes	Número de acciones negociadas (A)	Precios de negociación[2] (B)	(A) x (B)
Julio	10,000.00	2.00	20,000.00
Julio	15,000.00	1.90	28,500.00
Agosto	20,000.00	1.85	37,000.00
Agosto	30,000.00	1.80	54,000.00
Agosto	10,000.00	1.85	18,500.00
Septiembre	40,000.00	1.85	74,000.00
Septiembre	10,000.00	1.84	18,400.00
Octubre	10,000.00	1.83	18,300.00
Noviembre	10,000.00	1.80	18,000.00
Noviembre	1,500.00	1.78	2670.00
Diciembre	20,000.00	1.78	35,600.00
Diciembre	20,000.00	1.78	35,600.00
Total de acciones negociadas en el periodo	196,500.00	**Sumatoria de montos negociados (A) x (B)**	361,170.00

$$\frac{\sum \text{ de los montos negociados}}{\text{Total de acciones negociadas en el periodo}} = 1.84$$

[1] Esta descripción, sin embargo, no es completamente exacta. En una sesión de rueda de bolsa, la acción puede tener muchas cotizaciones diferentes. La norma no pide tomar la cotización de cierre (o la de apertura o cualquier otra), sino que habla simplemente de cotización media ponderada por lo que, en estricto, habría que tomar todas las cotizaciones.

[2] La información señalada en esta columna (precios de negociación) es un ejemplo del precio de negociación de acciones en rueda de bolsa.

a un mercado profundo y eficiente, la única cotización relevante sería la vigente. Efectivamente, el promedio de un semestre o de un trimestre no dice nada respecto del valor de la compañía a un momento dado.

3.2. Cotización o precio promedio ponderado del último trimestre

El artículo 262 de la LGS señala que cuando una sociedad anónima abierta acuerde excluir del Registro Público del Mercado de Valores las acciones que tiene inscritas en el mismo y de ello se desprenda que la sociedad pierda la calidad de sociedad anónima abierta por lo que deba adaptarse a otra forma de sociedad anónima, los accionistas que no votaron a favor del acuerdo de exclusión tienen expedito su derecho de separación, el cual deberá ser ejercido conforme a lo expuesto en el artículo 200 de la LGS (Ley 26887, 1997).

La exclusión de estos valores se hace a través de una oferta pública de compra por exclusión. En conformidad con esto, el Reglamento de OPA y de OPC regula el procedimiento para determinar el precio mínimo a ser pagado en el marco de una oferta pública de compra (OPC) por exclusión de valores. Asimismo, el mismo cuerpo normativo prevé un supuesto de valorización distinto y adicional al antes indicado para aquel derecho de separación que se sustenta en la exclusión de los valores del RPMV, aplicable a cualquier tipo de sociedad que tenga valores inscritos.

En ese sentido, pensando en una valorización a un precio justo, el artículo 36 del Reglamento de OPA y OPC establece que el precio mínimo a ofrecerse en la OPC por exclusión será el que resulte de cualquiera de las dos opciones presentadas a continuación.

– Precio promedio ponderado

Según el artículo 36 del Reglamento de OPA y OPC[3], para obtener el precio promedio ponderado, las operaciones deben ordenarse durante el último trimestre considerando el volumen trasado de menor a mayor, agrupándolas en cuatro (4) tramos con igual cantidad de operaciones por tramo y excluyéndose de los cálculos el primer y el cuarto tramo, que son las que contienen las operaciones de menor y mayor volumen, respectivamente. El presente criterio solo será aplicable cuando durante dicho periodo el total de las acciones negociadas represente más del cinco (5) por ciento del total de valores en circulación y registre una frecuencia de negociación mayor al sesenta (60) por ciento. Al respecto, la exposición de motivos para el artículo 37 del Reglamento de OPA y OPC establece que

> [l]os criterios establecidos para determinar el precio al que debe formularse la OPC obedecen a la búsqueda de una contraprestación razonable para los titulares de valores que decidan aceptarla, [lo pueden hacer] tomando en cuenta el objetivo de protección a los mismos y la circunstancia de la obligatoriedad de la oferta (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, 2006, p. 17).

El siguiente cuadro refleja los volúmenes de las acciones negociadas correspondientes a la empresa Corporación S.A. en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019. Estos se encuentran ordenados de menor a mayor y agrupados en cuatro tramos con igual cantidad de operaciones (ver Tabla 3).

A efectos de calcular el precio promedio ponderado del último trimestre, se debe ordenar de menor a mayor el volumen de acciones negociadas y solamente se debe tomar en consideración el segundo y tercer tramo para realizar las operaciones de acuerdo con los siguientes pasos:

(i) Se divide el volumen de acciones negociadas en la operación en particular (A) entre el total de acciones en circulación que corresponden a la sumatoria del tramo 2 y tramo 3 denominado (X). Esta es la ponderación indicada en la cuarta columna del cuadro anterior;
(ii) Multiplicar (B) x (C); y
(iii) Sumatoria de los valores individuales obtenidos en el paso 2.

Una vez realizados los tres pasos anteriormente señalados se obtiene el valor de **S/ 1.87**.

– Determinación de una entidad valorizadora

A través de la determinación que realice una entidad valorizadora sujetada a las disposiciones del título IV del Reglamento de OPA y OPC siempre que no existan transacciones durante el período señalado anteriormente o que estas no cumplan con las condiciones indicadas anteriormente (Reglamento de OPA y OPC, art. 36). Asimismo, de conformidad con el artículo 50 del mismo reglamento,

[3] El artículo 36 de la Resolución de la Conasev 009-2006-EF, Reglamento de OPA y OPC, establece que el valor será el que resulte de la cotización o precio promedio ponderado del valor durante los tres meses previos a la ocurrencia de ciertos eventos.

Tabla 3: Acciones negociadas por Corporación S.A. entre octubre, noviembre y diciembre de 2019

Tramos	Volumen de acciones negociadas (A)	Precios de negociación (B)	Ponderación (A)/(X) (C)	(B) x (C)
1	1,500.00	1.78		
	10,000.00	1.78		
	10,000.00	1.80		
2	10,000.00	1.80	0.12	0.22
	10,000.00	1.81	0.12	0.22
	10,000.00	1.83	0.12	0.22
3	15,000.00	1.84	0.18	0.33
	20,000.00	1.85	0.24	0.44
	20,000.00	1.85	0.24	0.44
4	20,000.00	1.85		
	30,000.00	1.90		
	40,000.00	2.00		
Total de acciones en circulación sumatoria tramo 2 y tramo 3 (X)	85,000.00	**Sumatoria total de (B) x (C)**		1.87

la entidad valorizadora deberá determinar el precio de las acciones usando las prácticas de valorización aceptadas internacionalmente: (i) valor en libros, (ii) valor de liquidación de la sociedad y, (iii) valor de la sociedad como negocio en marcha, entre otras[4].

C. Conclusiones preliminares

La regulación actual peruana del valor según la cual se puede separar un accionista es confusa. No obstante, a la fecha existen cuatro mecanismos:

1. El acuerdo entre las partes, siempre como primera opción, que se sujeta a los límites de valorización señalados en los literales 2 y 3 siguientes, salvo que el acuerdo de la junta general de accionistas haya tenido por objeto excluir los valores del Registro Público del Mercado de Valores y la sociedad anónima deje de ser abierta.

2. El valor patrimonial por acción, en caso las acciones no tengan cotización en bolsa.

3. El valor de **cotización media ponderada del último semestre**, cuando las acciones sean cotizadas en bolsa y siempre que la junta general de accionistas no haya adoptado el acuerdo al que se refiere el literal 1 previo.

4. El valor de cotización o **precio promedio ponderado del último trimestre** o el valor por acción que resulte de la valorización que haga la entidad valorizadora (como pueden ser el valor en libros, el de liquidación y el de negocio en marcha, entre otros), cuando las acciones coticen en bolsa y la junta general de accionistas haya adoptado el acuerdo al que se refiere el literal 1 precedente.

Nosotros no nos encontramos a favor de la utilización de dos metodologías de valorización distintas para las empresas cuyas acciones se cotizan en la bolsa –las recogidas en los literales 3 y 4 previos–, dado que en ambos escenarios se ofrece una protección preferencial a los intereses del accionista minoritario frente a los posibles acuerdos adoptados por el accionista mayoritario de la sociedad. Consideramos, en ese sentido, que dicha distinción no tiene fundamento ni lógica alguna con la que podamos estar de acuerdo.

III. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

A. Legislación extranjera

Cuando se examina la legislación extranjera, podemos encontrar que esta no es uniforme con relación a la metodología que debe utilizarse para el

[4] En relación a la cita anterior, la entidad valorizadora no hará un promedio que resulte de la aplicación de dos o más de estas metodologías de valorización, sino que simplemente elegirá la que considere más adecuada para cada caso en concreto.

ejercicio válido del derecho de separación en las sociedades[5]. No obstante, casi todas las jurisdicciones materia de análisis –salvo el caso de los países de la Alianza del Pacífico– aplican el concepto de **valor razonable** o **valor justo** de la acción.

De este modo, la pregunta de fondo del análisis es ¿qué debe entenderse por valor razonable? A continuación, respondemos esta pregunta explicando el tratamiento del derecho de separación en algunas legislaciones.

1. Estados Unidos

– Delaware General Corporation Law

Según la sección 262 de la Delaware General Corporation Law (en adelante, DGCL), adoptada en 1899 y modificada en 2013, al determinar el **valor razonable** de las acciones del accionista que se separa, la Corte de Equidad del Estado de Delaware (Court of Chancery of Delaware)[6] deberá tener en cuenta "todos los factores relevantes". Por el momento, consideramos que el análisis de la expresión "todos los factores relevantes" debe quedar reservada para el acápite IV de este artículo, donde analizaremos la jurisprudencia que sobre dicha materia ha desarrollado la judicatura del Estado de Delaware.

– Revised Model Business Corporation Act

La Revised Model Business Corporation Act (en adelante, RMBCA) es una ley modelo societaria elaborada por la American Bar Association que puede ser adoptada voluntariamente por cualquier estado de los Estados Unidos. Tal como lo hace el DGCL, la sección 13.26(a) de la RMBCA plantea que al accionista disidente se le debe pagar el **valor razonable** por sus acciones[7].

– New York Business Corporation Law

La sección 623 del New York Business Corporation Law (en adelante, NYBSC), en el contexto de una fusión de una sociedad subsidiaria o fusión de corporaciones nacionales y extranjeras, señala que, ante un caso de separación del accionista, la sociedad es quien debe iniciar un procedimiento frente a la Corte Suprema de Justicia para fijar el "valor razonable" de sus acciones; sin embargo, si la sociedad no solicita el procedimiento, el accionista disidente se encuentra a su vez facultado para iniciar dicho procedimiento.

2. Reino Unido

En el Reino Unido, el **Companies Act** 2006 (en adelante, UKCA) no contempla un derecho de separación claramente establecido como el que se puede observar en los distintos estados de los Estados Unidos, sino que contiene disposiciones de protección para el accionista minoritario. De acuerdo con las secciones 994 a 996 del UKCA, el miembro – para efectos de este artículo, entiéndase el accionista– de una sociedad puede recurrir a las Cortes de Justicia para pedir que esta resuelva que los asuntos de la sociedad han sido manejados de forma "unfairly prejudicial to the interests of members generally or of some part of its members"[8] (sección 994(1)). En ese contexto, la Corte de Justicia puede ordenar, *inter alia*, la compra de las acciones del accionista afectado por otro accionista de la sociedad o por la propia sociedad (sección 996(2)).

Podemos ver, entonces, que, en el derecho anglosajón, tanto estadounidense como británico, mientras el DGCL, el RMBCA y el NYBSC utilizan el **valor razonable** para estimar el valor de las acciones del accionista disidente –veremos en el acápite IV de este artículo lo que debe entenderse por valor razonable–, se puede evidenciar que el UKCA no prefiere una metodología de valorización.

3. Unión Europea

En el caso de la Unión Europea, en lo que concierne a las garantías para los accionistas, en el marco de una fusión transfronteriza entre empresas pertenecientes a Estados miembros de la Unión Europea, el artículo 126a de la **Directiva 2017/1132** del

[5] No encontramos uniformidad sobre la entidad que debe valorizar las acciones. Respecto a ello, en el derecho anglosajón es el juez quien designa al valorizador; en España, es el registrador mercantil; en Colombia, lo fue la Cámara de Comercio y hoy lo es la Superintendencia de Sociedades; y, en México, el legislador deja la potestad a las sociedades para establecer el procedimiento más conveniente para la valorización de las acciones, sin contemplar un procedimiento subsidiario.

[6] La Corte de Equidad del Estado de Delaware, Estados Unidos (Court of Chancery of Delaware) es una corte especializada que resuelve sobre la base de la equidad con jurisdicción específica sobre disputas corporativas.

[7] Según esta disposición

> En caso el accionista disidente se encuentre en desacuerdo con el valor estimado por la sociedad, deberá notificar por escrito su disconformidad y proponer el valor que él considere como "razonable", así como demandar el pago de dicho valor (Revised Model Business Corporation Act, 2016, sección 13.26(a)) [traducción libre].

La determinación final del valor razonable de las acciones, en dichos casos, la hará la corte pertinente, previa designación de tasadores que le harán una recomendación –que no es vinculante– sobre dicho valor a la corte.

[8] Injusta y perjudicial para los intereses de todos sus accionistas o de una parte de ellos [traducción libre].

Parlamento Europeo y del Consejo (en adelante, la Directiva), dispone en su última modificación que los Estados miembros garantizarán la adecuada compensación de aquellos accionistas que deseen ejercer su derecho de separación al encontrarse en desacuerdo con la fusión (2019).

Según el artículo 125.2 de la Directiva, previa petición conjunta de las sociedades que se fusionan, la autoridad judicial o administrativa del Estado miembro de la Unión Europea del que dependa cualquiera de las sociedades que se fusionen podrá determinar que todas las sociedades involucradas utilicen el mismo informe pericial. Este incluye la compensación para el accionista disidente en virtud del cual se considerará el precio de mercado de las acciones en las compañías que se fusionan antes del anuncio de la fusión o el valor de las compañías excluyendo el efecto de la fusión, así como la ecuación de canje.

En ese sentido, el informe pericial deberá contener, al menos, el método utilizado para la compensación del accionista disidente y la adecuada ecuación de canje (artículo 96.2 de la Directiva) y deberá incorporar (i) una declaración del perito referida a si, en su opinión, la relación de canje y la compensación del accionista disidente es o no "pertinente y razonable", (ii) indicación de los métodos (entiéndase valorización) seguidos para la determinación de la relación de canje propuesta, (iii) indicación de si estos métodos utilizados son los adecuados en el caso concreto y (iv) una mención de los valores a los que conducen cada uno de los métodos seguidos, brindando una opinión sobre la importancia relativa dada a cada uno de dichos métodos en la determinación del valor considerado.

En conclusión, el legislador europeo ha diseñado un sistema a través del cual los socios de las sociedades fusionadas pueden recibir un **informe pericial**, cuyo contenido fundamental es la explicación de la ecuación de canje. En ese sentido, el valor obtenido será uno "pertinente y razonable" para el accionista disidente.

4. España

Por su parte, la **Ley de Sociedades de Capitales** española, en el contexto del derecho de separación del socio, dispone en su artículo 353 que

> [a] falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el **valor razonable** de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, (estas) serán valoradas por un experto independiente, **designado por el registrador mercantil del domicilio social** […] (2010) [el énfasis es nuestro].

En España, por tanto, esta ley permite a la sociedad y al socio que se separa de la misma pactar lo que consideren deba ser el valor razonable de las acciones y, en ausencia de pacto expreso, deberá ser un experto independiente designado por el registrador mercantil quién lo determine.

La interpretación de este artículo ha suscitado un encendido debate doctrinal, registral y jurisprudencial, debido a que existen quienes creen que su contenido es de carácter dispositivo. En ese sentido, los socios pueden sustituirlo por la vía estatutaria (por ejemplo, fijando un sistema ex ante de valoración de las participaciones o de las acciones en el estatuto de la sociedad) y quienes interpretan que se trata de un artículo de aplicación imperativa para las sociedades de capital.

En línea con lo anterior, la doctrina registral tradicional[9] había considerado que el criterio de **valor razonable** es un criterio de orden público y, por tanto, no puede ser modificado a través de los pactos entre los socios. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid (por primera vez el 24 de julio de 2015) interpretó que el contenido del antes citado artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capitales tiene carácter dispositivo, sobre todo cuando la decisión de determinación del valor razonable se ha adoptado por unanimidad (sentencia civil 216/2015, 2015)[10].

Por tanto, aunque sigue siendo una cuestión controvertida en la doctrina y jurisprudencia, la tendencia actual en lo que respecta a la separación de accionistas es la de considerar como imperativo el concepto de valor razonable y como dispositivo (bien por vía estatutaria o a través de un pacto *ad hoc*) el acuerdo entre las partes sobre la fórmula de cálculo a emplear para la determinación del valor razonable.

Finalmente, cabe hacer referencia que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capitales bajo comentario establece en su apartado 2 que "si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre". Esta fórmula es

[9] Al respecto, véase la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) de 28 de julio de 2009.

[10] Criterio que ha sido aceptado por la DGRN en una resolución posterior (vía la Resolución de la DGRN de 15 de noviembre de 2016).

parecida a la contenida en la LGS y el Reglamento de OPA y OPC para el ejercicio de la OPC.

Podemos ver, entonces, que tanto la Directiva del Parlamento Europeo como la Ley de Sociedades de Capital española consideran al **valor razonable** como el adecuado para el ejercicio del derecho de separación[11]. No obstante, ninguna de aquellas normas establecen con precisión lo que debe entenderse por **valor razonable**. Más aún, la Ley de Sociedades de Capitales de España señala que para las sociedades cuyas acciones se cotizan en bolsa, el valor será el precio medio de cotización del último trimestre.

5. Chile

En Chile, según el artículo 69 de la **Ley de Sociedades Anónimas**, el precio a pagar por las acciones del accionista disidente en uso del derecho a retiro será, en el caso de las sociedades anónimas cerradas, el valor en libros de la acción y en las abiertas, el valor de mercado de la misma, en ambos casos determinados en la forma que fije el reglamento (Ley 18046, 1981).

– Sociedades anónimas cerradas

El Decreto Supremo de Hacienda 702, del 27 de mayo de 2011, que aprueba el Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas establece que

> [e]l valor de libros de la acción que se deberá pagar en las sociedades anónimas cerradas a los accionistas que ejercieren su derecho a retiro, se determinará dividiendo el patrimonio por el número total de las acciones suscritas y pagadas de la sociedad (art. 130).

Esta fórmula de valorización es la misma que utiliza la LGS para las acciones de sociedades que no se cotizan en la Bolsa de Valores. Siendo así que a falta de acuerdo entre las partes se utilizará el valor contable.

– Sociedades anónimas abiertas

Respecto a las sociedades anónimas abiertas, en Chile el valor a pagarse al accionista disidente es el que resulte del promedio ponderado de las transacciones bursátiles de la acción durante el período de 60 días hábiles bursátiles comprendidos entre el trigésimo y el nonagésimo día hábil bursátil anterior a la fecha de la Junta General de Accionistas que motiva el retiro. Dicha fórmula es bastante parecida a la recogida en la LGS y el Reglamento de OPA y OPC.

6. Colombia

– Sociedades cerradas

El **Código de Comercio** de 1995 añade el derecho de retiro y su procedimiento para el reembolso de las acciones. El artículo 16 del mismo cuerpo normativo establece que el derecho de retiro se ejerce al **valor reembolsable** como resultado del común acuerdo entre las partes y, a falta de este, al "autovalúo que se hará por peritos designados por la Superintendencia de Sociedades" (Ley 222). No obstante, se aclara que en "los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor de reembolso".

– Sociedades listadas

Con respecto a las sociedades listadas en la Bolsa de Valores de Colombia, el Decreto 2555 de 2010, de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), establece que en el caso de una oferta pública de adquisición dirigida a la cancelación de las acciones en el Registro Nacional de Valores y Emisores, y el deslistado de estas –norma muy similar a la que regula la OPC peruana–, el precio de la acción deberá ser determinado por una entidad valorizadora independiente cuya idoneidad e independencia sea calificada previamente por la SFC[12].

7. México

– Sociedades cerradas

El Artículo 206 de la **Ley General de Sociedades Mercantiles** (LGSM) establece que, para el caso de las sociedades de capital variable[13], cuando la asamblea general de accionistas adopte ciertas resoluciones de relevancia[14], "cualquier accionista que haya votado en contra tendrá derecho a separarse de la sociedad y obtener el **reembolso de sus**

[11] Aun cuando la Directiva del Parlamento Europeo añade el término "pertinente" ante de "razonable".

[12] Para este caso, y cuando se pongan en consideración de la SFC varias valorizadoras, los accionistas interesados en realizar la OPA de deslistado tendrán un plazo de 5 días hábiles para proponer una sola entidad valorizadora. De lo contrario, la SFC elegirá al evaluador de los candidatos presentados.

[13] El término es un homólogo al de "sociedad anónima" en el caso peruano.

[14] Como el cambio de objeto social y el cambio de nacionalidad de la sociedad, entre otros (incisos IV, V y VI del artículo 182 de LGSM).

acciones, en proporción al activo social" (1934) [el énfasis es nuestro][15].

Consideramos que la forma de valorizar las acciones del accionista que se separa no es la más adecuada, ya que utiliza el valor del activo social según el último balance. Sabemos que esto está sujeto a prácticas y normas contables, las cuales, como lo hemos comentado, mayoritariamente reflejan valores históricos y, además, pueden llegar a ser usadas de manera arbitraria.

Para mayor entendimiento, presumamos que el valor de los activos de la sociedad se mide a valor contable. Según este mecanismo, a modo de ejemplo, si los activos contables de la sociedad valen S/ 100,000.00, la empresa no tiene deuda y el accionista disidente tiene el 20% de las acciones de la sociedad, ésta deberá devolverle la suma de S/ 20,000.00. Ahora bien, si el valor comercial o de realización de los activos fuese S/ 1'000,000.00, la empresa no tiene deuda y el reembolso se diese a valor contable, cabe preguntarse ¿estaría motivado el accionista disidente en separarse de la sociedad sabiendo que ésta le pagará S/20,000.00, cuando usando el valor de realización le correspondería recibir S/ 200,000.00; creemos que la respuesta es, no. A dicha cifra se llega aplicando la metodología del "valor de reemplazo o de realización", la que debiera aplicar solamente para las sociedades próximas a su liquidación, ya que éstas no valen por su capacidad de generar flujos de caja a futuro, sino su valor depende del valor de venta de sus activos.

– Sociedades listadas

Respecto a las sociedades listadas, en el caso mexicano, la Ley del Mercado de Valores (LMV), regula el tema dependiendo de la modalidad de sociedad de que se trate. Con respecto a las sociedades que adopten o se constituyan con el carácter de sociedades anónimas promotoras de inversión, el artículo 13 de LGSM otorga la posibilidad que en sus estatutos sociales se regule el precio de reembolso o las bases para su determinación.

Ahora bien, en caso de no existir pacto al respecto en los estatutos de una sociedad anónima promotora de inversión, se deberá atender a los criterios establecidos por la LGSM mexicana. Sin embargo, la LGSM mexicana no regula el mecanismo de valorización de las acciones para una sociedad anónima promotora de inversión, por lo que debemos entender y concluir que la legislación mexicana guarda silencio con respecto a la forma en las que se deben valorar las acciones de este tipo de sociedades.

B. Conclusiones preliminares sobre la legislación extranjera

Del análisis realizado hasta el momento, podemos señalar las siguientes conclusiones preliminares sobre las distintas legislaciones:

a. En el derecho anglosajón, el DGCL, el RMBCA y el NYBCL –con la excepción del UKCA– tienen una marcada preferencia por el método de valorización del **valor razonable** para determinar la cuantía que la sociedad debe pagar al accionista disidente.
b. Por su parte, la legislación española pareciera compartir un común denominador con las legislaciones del *Common Law* al tener una marcada preferencia por el **valor razonable** como método a usarse para valorizar las acciones del accionista disidente, aunque, proporciona libertad en el sentido que permite que las partes puedan fijar el valor de las acciones vía el estatuto social.
c. Asimismo, cabe mencionar que la regulación de la Unión Europea se asimila a la española al establecer, en el marco de una fusión transfronteriza, que la ecuación de canje y la compensación puede ser determinada usando el **valor pertinente y razonable** de las acciones del accionista disidente.
d. Finalmente, en los países de la Alianza del Pacífico existe una diversidad de criterios para determinar el valor a ser usado para la misma, siendo que
   (i) La regulación peruana sobre el tema es bastante similar a la regulación chilena, en tanto que para valorizar a las sociedades anónimas cuyas acciones no se cotizan en bolsa se utiliza el valor contable o valor en libros y para valorizar las sociedades anónimas abiertas, el valor de cotización bursátil;
   (ii) La experiencia colombiana contribuye a la determinación del valor de las acciones para las sociedades listadas, al señalar que éste debe ser determinado por una entidad independiente regulada por la Superintendencia Financiera de Colombia; y,
   (iii) La experiencia mexicana nos da pocas luces sobre la materia, ya que utiliza el valor de los activos contables de la sociedad para valorizar a la sociedad cuyas acciones no se cotizan en la bolsa.

[15] La LGSM guarda silencio respecto a qué mecanismo de valorización se deba establecer de manera supletoria.

C. Legislación peruana sobre el flujo de caja a valor presente

Actualmente, ya existen, en la legislación peruana, metodologías distintas a la del valor en libros y al precio bursátil de las acciones para valorizar acciones. En efecto, en nuestra legislación ya se viene aplicando el **flujo de caja a valor presente** en las valorizaciones independientes que deben darse en el marco de una OPC o de una OPA indirecta –entre otros supuestos–, conforme al artículo 50 del Reglamento de OPA y OPC, específicamente en el inciso 3 (Superintendencia del Mercado de Valores, 2006).

Asimismo, el artículo 110 del Reglamento de la Ley de Impuesto a la Renta peruano dispone que, para los efectos de la aplicación de precios de transferencia en la adquisición de acciones entre partes vinculadas se debe tomar en cuenta –como parte del análisis de comparabilidad de transacciones– el valor presente de las utilidades o flujos de efectivo proyectados. Finalmente, en el marco de una venta indirecta de acciones, tanto el inciso e) del artículo 10 de la Ley de Impuesto a la Renta, como el artículo 4-A del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta también usan el método del flujo de caja a valor presente como referencia al valor de mercado (Decreto Supremo 122-94-EF, 2018; Decreto Supremo 774, 1993).

IV. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA[16]

En Estados Unidos, existen precedentes judiciales y normativos que difieren, de un Estado a otro, en la interpretación del concepto de **valor justo o valor razonable**. En las líneas siguientes, revisaremos el desarrollo casuístico de la materia por la Corte Suprema de Delaware, cuya jurisprudencia consideramos que es la más desarrollada en derecho corporativo –en conjunto con la del Estado de Nueva York–, en todo el país norteamericano. Dicha Corte aclaró por primera vez el significado del valor justo o *fair price* en 1950, definiéndolo así, de manera genérica, como el valor que ha sido tomado del accionista disidente al ejercer su derecho de separación (*Tri-Continental Corporation c. Battye et al.,* 1950).

A partir de aquella decisión judicial hasta el día de hoy, se puede observar que el concepto de **valor justo** ha mutado en distintas formas, entendiéndose actualmente por el mismo el valor del flujo de caja a valor presente –como lo explicaremos en la presente sección– y hasta el valor que se considere para la relación de canje en el marco de una fusión, siempre que se configuren otros elementos, como se hará referencia en los siguientes apartados.

A. Flujo de caja a valor presente

1. Uso por las cortes

Hasta hace poco más de tres años, las cortes del Estado de Delaware tuvieron una fuerte predilección por considerar al flujo de caja a valor presente como la metodología más adecuada para determinar el **valor justo** de las acciones.

Sobre este aspecto, para Hamermesh y Wachter, cuando el precio de la transacción es prefijado unilateralmente en un *freeze-out* por un accionista de control y, consecuentemente, el mercado de control corporativo no prevé una corroboración del valor del precio de la transacción, una valorización responsable haciendo uso del flujo de caja a valor presente debiera resultar en una valorización que excede el precio de la transacción. Consecuentemente, esta metodología se usó frecuentemente para operaciones en las que se dudaba de la eficacia o transparencia de una transacción de venta por considerar que las partes habían actuado en el supuesto de un conflicto de intereses (2018, p. 15).

Un ejemplo del uso de la metodología del flujo de caja a valor presente se pudo evidenciar en *Cede & Co. c. MedPointe Healthcare, Inc.,* en el que, frente a la venta y fusión de Carter-Wallace, algunos de sus accionistas presentaron una acción de valorización ante la Corte de Equidad de Delaware en 2004. En este caso, los expertos de ambas partes acordaron que el método del flujo de caja a valor presente era el apropiado para valorizar las acciones de los demandantes. Sobre dicho particular, la Corte de Equidad afirmó que

> [i]n determining the fair value to which the Petitioners are entitled, "the Court shall take into account all relevant factors." […] In this case, a DCF [discounted cash flow method] analysis is the preferred methodology for valuing Carter Wallace[17] (Cede & Co. c. MedPointe Healthcare, Inc., 2004, p. 37).

[16] Respecto a la jurisprudencia nacional, no se han encontrado sentencias cuya parte resolutoria incluya la forma de valorización de acciones de los accionistas que ejercen su derecho de separación. No obstante, la Casación 1075-2000 se manifiesta respecto al devengo de intereses moratorios y compensatorios ante el supuesto de no pago del reembolso por ejercicio de derecho de separación de un accionista.

[17] A fin de determinar el valor razonable al que tienen derecho los demandantes, el "Tribunal tendrá en cuenta todos los factores relevantes". En este caso, un análisis DCF (flujo de caja descontado a valor presente) es la metodología preferida para valorar a Carter-Wallace [traducción libre].

2. *Deal Price – Non-Interested Transaction*

– Cuestionamientos al flujo de caja a valor presente

La Corte Suprema de Delaware se apartó de este criterio para considerar al *deal price* o "precio de la transacción" como el valor adecuado para compensar al accionista disidente. La aplicación de este nuevo método obedecía a lo subjetivo que podía resultar valorizar las acciones de una empresa usando la metodología del flujo de caja a valor presente. En ese sentido, se puede observar que, en *Dell, Inc. c. Magnetar Global Event Driven Master Fund Lt.,* la Corte resolvió que

> [a]s is common in appraisal proceedings, each party –petitioners and the Company– enlisted highly paid, well-credentialed experts to produce DCF valuations. But their valuations landed galaxies apart –diverging by approximately $28 billion, or 126%[18] (2017).

Ya antes, sin embargo, frente a otro pedido de correcta valorización de las acciones de una compañía, la Corte de Equidad había establecido en *ISN Software* que

> [i]n a competition of experts to see which can generate the greatest judicial skepticism regarding valuation, […] this case, so far, takes the prize: one of the Petitioners' experts opines that fair value is greater than eight times that implied by the DCF provided by the Respondent's expert[19] (2016, p. 2).

En este caso, las diferencias entre las valorizaciones se debieron a factores tales como (i) el plazo para la estimación de los flujos de caja futuros, (ii) las necesidades incrementales de capital de trabajo y (iii) el tamaño de la prima para determinar el costo de capital (Hamermesh & Wachter, 2018, p. 19). Más aún, en *Peltz c. Hatten* la Corte de Distrito de Delaware había concluido que "[t]he DCF method involves projections of future cash flows […] and judgments about liquidity and the cost of capital[20] (2002, pp. 337-338).

De acuerdo con lo indicado por Hamermesh y Wachter, el frecuente uso del método de flujo de caja a valor presente como remedio para valorizar acciones –también conocido como *appraisal remedy*–, desapareció como tendencia con las decisiones de la Corte Suprema de Delaware en *DFC Global Corp. c. Muirfield Value Partners, L.P.* y en el ya antes mencionado *Dell, Inc. c. Magnetar Global Event Driven Master Fund Ltd*. En ambos casos del 2017 se concluyó que "en una transacción entre partes no vinculadas […] libres de cualquier conflicto de interés […] la mejor evidencia de valor justo es el precio de la transacción" (2018, p. 24).

– El uso del deal price

Respecto al uso del *deal price*, Hamermesh y Wachter, citando una serie de decisiones de las cortes de Delaware que establecen los criterios para que este método sea considerado para el uso y ejercicio del *appraisal right*, señalan dichos seis criterios: (i) la existencia de un proceso competitivo de compra entre varios posibles adquirentes; (ii) de no existir un proceso competitivo, el que las partes prueben que el proceso se publicitó adecuadamente y no existió deslealtad o interés personal; (iii) la duración del proceso de venta; (iv) los esfuerzos realizados por la empresa objetivo y sus banqueros de inversión sobre el número de potenciales compradores que fueron contactados; (v) si la información entregada a las partes interesadas fue adecuada o no lo fue; y, (vi) el grado de conocimiento público sobre la transacción de venta, entre otras (Hamermesh & Wachter, 2018, p. 36).

En adición a lo anteriormente mencionado, correctamente, ambos, en el contexto de una fusión de empresas, concluyen que

> the developing framework invites the courts to **accept the deal price as the proper measure of fair value**, not because of any presumption that would operate in the absence of proof, but where **the proponent of the transaction affirmatively demonstrates that the transaction would survive judicial review under the enhanced scrutiny standard applicable to fiduciary duty-based challenges** to sales of corporate control[21] (2018, p. 1) [el énfasis es nuestro].

[18] Como es común en los procesos de valorización cada parte –los solicitantes y la empresa– contrata expertos bien remunerados y con grandes credenciales, cuyas valorizaciones pueden diferir significativamente, con diferencias de hasta US$ 28 billones o 126 %" [traducción libre].

[19] En una competencia entre expertos para ver cuál podía generar mayor duda en la valorización, […] como en este caso, se llegó al precio usando el flujo de caja descontado a valor presente con una valorización 8 veces mayor a la del experto del demandado [traducción libre].

[20] La metodología de valorización bajo el flujo de caja descontado involucra necesariamente presunciones de la tasa de crecimiento de la empresa […] y juzgamientos sobre la liquidez y la tasa del costo de capital [traducción libre].

[21] El marco de desarrollo invita a las cortes a que el precio de la transacción sea la medida adecuada para determinar el valor razonable, no debido a cualquier presunción que vaya a actuar por ausencia de prueba, si no cuando el proponente

Es decir, las cortes de Delaware aceptan actualmente el precio fijado en la relación de canje de una fusión como aquel valor razonable para valorizar las acciones del accionista disidente, en tanto este se de en el marco de una transacción de fusión de empresas y el accionista controlador haya actuado cumpliendo los más altos estándares de sus deberes fiduciarios, lo que es conocido como el *enhanced scrutinty*.

– Aplicación a la realidad peruana

Ahora bien, para que en el Perú podamos llegar a la misma conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia mayoritaria y la reciente jurisprudencia de la Corte del Estado de Delaware debemos considerar, en concreto, tres factores:

(i) Si es que el ejercicio del derecho de separación puede ser ejercido en el contexto de una transacción de adquisición de una empresa: por ejemplo, en la LGS –a diferencia de lo que establece la DGCL– se admite el ejercicio de dicho derecho en múltiples circunstancias (como son los casos del cambio del objeto social, el cambio del domicilio al extranjero y otros más), en adición a la utilización de este mecanismo en los casos de fusión y escisión de sociedades, pero no en el caso de la transferencia del control de una empresa;

(ii) Si al tomar la decisión el accionista controlador actuó respetando sus deberes fiduciarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la LGS. Consideramos que dicho artículo establece un estándar de deber de lealtad innecesario, ya que prohíbe que el accionista de control adopte decisiones en las cuales tenga conflicto de intereses, aun cuando este haya revelado la existencia del conflicto y la transacción se realice en condiciones de mercado; y,

(iii) Si es que la sociedad está obligada a pagar el valor razonable por las acciones, ya que la LGS no aplica dicho criterio. Nosotros creemos que ello no ocurre, salvo en el supuesto del deslistado de las acciones que indica el Reglamento de OPA y OPC, en que dada la gama de métodos de valorización que puede utilizar una entidad valorizadora, se puede colegir que el legislador quiso incorporar un criterio similar al del valor razonable.

Creemos que, para poder aplicarse en el Perú el principio del *enhanced scrutiny* en el marco de la toma de control de una empresa, deberían realizarse –en primer lugar– diversos cambios normativos, tales como (i) incorporar el ejercicio del derecho de separación en el caso de la transferencia de control de una empresa; (ii) flexibilizar la rigidez del artículo 133 de la LGS; (iii) permitir que el uso del principio del **valor razonable** pueda ser usado en el caso de sociedades cuyas acciones no se cotizan en la Bolsa de Valores, o no estén inscritas en el RPMV; y, (iv) definir con mayor claridad el uso del valor razonable en el caso de la fusión de sociedades cuyas acciones sí se cotizan en la Bolsa, entre otras medidas.

V. METODOLOGÍA PARA VALORIZAR ACCIONES EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

A. Ejemplo del uso del flujo de caja a valor presente neto

A pesar de que las cortes del Estado de Delaware y las de otras jurisdicciones en los Estados Unidos han minimizado el uso del flujo de caja a valor presente, en la práctica financiera esta metodología de valorización sigue siendo la predilecta por la mayoría de los banqueros, asesores financieros y empresarios que ejercen su práctica en distintas jurisdicciones. Por ello, y dado que hemos citado en varias oportunidades la metodología del flujo de caja a valor presente de una empresa, consideramos necesario hacer un repaso de esta metodología de cálculo y sus principales variables.

Para valorizar al flujo de caja a valor presente de una empresa en particular se deben, en primer lugar, proyectar sus flujos de ingresos y egresos de caja (no ingresos o egresos contables) por un plazo razonable, que puede estar entre los 5 a 10 años (Proyección). Para dicha Proyección, por el lado de los ingresos, se usan diversos factores como el crecimiento porcentual histórico de las ventas de la empresa valorizada, el tamaño del mercado relevante y el potencial de crecimiento de la empresa para captar una mayor cuota de participación de dicho mercado, entre otros. Por el lado del costo y el gasto, se estima el crecimiento porcentual histórico y, de otro lado, los ahorros que se puedan generar por avances tecnológicos, sinergias de integración vertical u horizontal, entre otras variables.

de la transacción puede sustentar afirmativamente que (dicho precio) sobrevive la revisión del estándar de escrutinio más elevado aplicable a los deberes fiduciarios basados en cuestionamientos a la transferencia del control de una empresa [traducción libre].

Luego de ello, dicha Proyección se lleva a perpetuidad, dado que la mayoría de las empresas se constituyen por plazo indefinido. Pero cabe cuestionarnos ¿cómo proyectar los flujos de ingresos y egresos caja a perpetuidad? Esto se calcula usando la fórmula de la perpetuidad (Perpetuidad)[22].

De ese modo, el resultado de la sumatoria de (i) la Proyección, más (ii) la aplicación de la fórmula de Perpetuidad nos da como resultado el valor futuro de la empresa (Valor Futuro). Pero ello no es suficiente, ya que aún debemos traer el Valor Futuro a valores del día de hoy o presentes (Valor Presente). Para dicha finalidad, se debe aplicar una tasa de descuento o costo de oportunidad (Tasa de Descuento). Respecto a la Tasa de Descuento, esta debe incorporar, como mínimo, dos factores[23]: por un lado, el valor del dinero en el tiempo y, por el otro, el factor de riesgo[24].

La razón es sencilla, la promesa de recibir un dólar a futuro siempre valdrá menos que recibir el mismo dólar el día de hoy. Es decir, si depositamos un dólar en una cuenta bancaria a plazo actualmente, en un año este habrá acumulado una rentabilidad del 2% o 3%, que es la tasa de interés que el banco paga por este tipo de depósitos. Asimismo, puede ser que ese mismo dólar a futuro no lo termine recibiendo por distintas razones (por ejemplo, por una mala gestión) y es por ello que el riesgo debe tomarse en cuenta.

Por ello, si al Valor Futuro se le aplica la Tasa de Descuento hallaremos el valor presente neto de la inversión (Valor Presente Neto). Ello se ve representado por la fórmula matemática expuesta a continuación:

$$VP = \frac{VF}{(1 + i)^n}$$

VP	Valor Presente Neto
VF	Valor Futuro
i	Tasa de Descuento o Costo de Oportunidad
n	Períodos

Ahora bien, para establecer el monto del Valor Presente Neto que les corresponde a los accionistas, se debe descontar el valor de la deuda de la empresa a corto y largo plazo, ya que este representa fondos que la empresa le debe a terceros (Deuda). Por consiguiente, se desprende que el valor del patrimonio será igual al Valor Presente Neto menos el monto de la Deuda (Valor del Patrimonio). Finalmente, para hallar el valor que debiera pagársele al accionista que se separa de la sociedad, se debe multiplicar el Valor del Patrimonio por el porcentaje de acciones que dicho accionista tiene en la empresa[25].

Es decir, ello se vería reflejado por la siguiente fórmula:

$$VP = \frac{\text{[VF +(Valor a la Perpetuidad)-Valor de Deuda] x \% de acciones de titularidad accionista disidente)}}{(1 + i)^n}$$

B. ¿Debe usarse siempre la metodología de Flujo de Caja a Valor Presente?

Según lo expuesto por el autor de este artículo antes (2003), el Flujo de Caja a Valor Presente era la mejor metodología para valorizar empresas, sin importar el sector. Existían casos muy excepcionales en los que podían utilizarse los métodos de compañías comparables, transacciones comparables y el valor de reemplazo, entre otros mecanismos.

Debido al paso del tiempo desde la redacción de dicho artículo y el *boom* tecnológico que vive la economía global, consideramos que no podemos dejar de analizar el cuestionamiento referido a cómo es que se valorizan actualmente las empresas de tecnología. Ello resulta fundamental de cara a la jurisprudencia que establezcan las Cortes de los distintos estados de los Estados Unidos ya que, tal como hemos visto, esta podría variar según la industria de la empresa que sea materia de la valorización.

C. Metodologías para valorizar empresas de tecnología

De acuerdo con The Economist, cuatro de las cinco principales empresas de tecnología en los Estados Unidos (Alphabet[26], Amazon, Apple y Microsoft[27]) están valorizadas, cada una, en más de un trillón de dólares. Cabe resaltar que estas cinco empresas –sumadas con Facebook– superan los US$ 5.6

22 $VP = \frac{(Flujo)}{i}$

23 No estamos considerando el riesgo país para estos efectos.

24 También puede incorporar el costo de endeudamiento, llegando a una tasa de descuento conocida como el Weighted Average Cost of Capital o WACC.

25 Por ejemplo, las denominadas acciones de inversión no le otorgan a su titular el derecho de separación.

26 Sociedad matriz de Google.

27 Facebook es la quinta empresa de tecnología en términos de valor y está valorizada en US$ 620 billones.

trillones, es decir, casi la quinta parte del valor total de las acciones que cotizan en el índice de S&P 500[28] (2020).

Algunas de estas empresas, a la fecha, solo han tenido flujos de caja a valor presente muy limitados y, sin embargo, están valorizadas en más de un trillón de dólares, como es lo que ha ocurrido con Alphabet, la sociedad matriz de Google (Elías, 2020). La multinacional, en su individualidad, vale más de tres veces el producto bruto interno peruano (PBI).

Todas estas empresas inclusive han superado por varios kilómetros la valorización bursátil de empresas ya bien establecidas a nivel internacional como General Electric o General Motors. Entonces, la pregunta que nos surge es ¿cómo se valorizan estas empresas que aún tienen flujos de caja a valor presente limitados?

Sobre este particular, Koller *et al.* afirman que aun cuando el flujo de caja a valor presente parece pertenecer a la vieja escuela, funciona ahí donde otros métodos de valorización no lo hacen: los principales principios de las finanzas aplican aún en territorios inexplorados, como es el caso de las *start-ups* y muchas empresas de tecnología (2015). Otras alternativas de valorización, como el precio a utilidad o el valor como múltiplo de las ventas, son de uso limitado cuando las utilidades son negativas y cuando no existen buenos comparables del múltiplo de las ventas (2015).

Según el artículo citado, no obstante los componentes para la valorización de las empresas de tecnología son los mismos, su orden y énfasis defieren en algunos elementos: en vez de comenzar por medir el performance pasado para proyectar el flujo de caja a valor presente, se inicia examinando el potencial de desarrollo y crecimiento del mercado relevante donde opera la empresa –que debiera tener una curva marcadamente acentuada de crecimiento durante los primeros años– y la participación estimada que de dicho mercado pueda llegar a tener la empresa en cuestión. Luego de ello, el plazo por el que ese crecimiento acelerado y sostenido puede durar hasta que el crecimiento se estabilice. De acuerdo con el artículo, para el caso de las *start-ups* –incluyendo a las de tecnología–, sus mercados relevantes tienden a estabilizarse en un plazo que va de entre 10 a 15 años proyectados a futuro (Koller *et al.*, 2015).

Ahora bien, valorizar acciones en el sector tecnológico resulta, en definitiva, altamente complejo. Hennessy resalta principalmente cinco dificultades para lograr dicha valorización. Nosotros nos referiremos a dos de ellas: (i) estimar el tiempo que perdurará el crecimiento acelerado de la empresa en cuestión e (ii) identificar qué empresas van a ser las primeras en capturar una cuota importante del mercado relevante (*first mover advantage*) (2017). Consideramos que estos dos factores son fundamentales para poder proyectar los flujos de caja futuros de la empresa en cuestión y traerlos a valores presente.

VI. CONCLUSIONES

Luego de realizar una revisión y análisis de legislación nacional y extranjera, así como de la jurisprudencia de las cortes de Delaware y las metodologías de valorización más modernas, consideramos que los límites de valorización establecidos en el artículo 200 de la LGS deberían contemplar distintos métodos de valorización. Principalmente, esto se da en adición al acuerdo entre las partes y el valor en libros, tales como son los casos del valor de negocio en marcha, valor de liquidación de la sociedad y el flujo de caja a valor presente, entre otros.

De ese modo, nuestra recomendación, en relación al uso de una metodología en específico en el ejercicio del derecho de separación, se aplica para cualquiera de los siguientes supuestos establecidos en el artículo 200 de la actual LGS: (i) el cambio del objeto social; (ii) el traslado del domicilio al extranjero; y (iii) la creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes (ello no puede ser aplicable para el caso de las sociedades anónimas abiertas). Sin embargo, debe identificarse de manera independiente la metodología de valorización a utilizar en los casos del ejercicio de derecho de separación por exclusión de valores del RPMV y en los casos de fusión y escisión. En ese sentido, pasamos a detallar nuestro análisis y conclusiones.

1. En el caso de las sociedades anónimas regulares –es decir, todas aquellas sociedades que no tienen acciones que se cotizan en la bolsa, ni son sociedades anónimas cerradas– o las sociedades anónimas cerradas la metodología, en nuestra opinión, debiera ser la siguiente:

[28] Es el principal índice bursátil de Estados Unidos el cual incluye las 500 empresas más representativas de la Bolsa de Nueva York.

(i) El método de flujo de caja a valor presente que toma en consideración el factor del valor del dinero en el tiempo y el riesgo, así como la capacidad del negocio para generar flujos de caja a futuro (a excepción de que medien circunstancias excepcionales que hagan que otra metodología sea preferida). Por ejemplo, en el caso de una sociedad que será objeto de liquidación, será lógico que se use el valor de reemplazo;

(ii) En caso de fusión o escisión, la metodología debiera ser el valor por acción considerado para la relación de canje, siempre que se demuestre que ha sido acordada entre partes desinteresadas –que no tienen vinculación económica entre sí– y en función a los valores de mercado.

2. En el caso de las sociedades anónimas abiertas o en el de aquellas sociedades cuyas acciones se cotizan en la Bolsa de Valores y que no han sido materia de un acuerdo de exclusión del RPMV, la metodología podrá adaptarse a cualquiera de los siguientes supuestos:

(i) En caso de fusión o escisión entre partes que no tengan conflicto de interés, la valorización debe responder al valor pactado por las partes para la relación de canje por cada acción, en tanto dichos valores sean de mercado;

(ii) En caso de fusión o escisión entre partes con conflicto de interés, el método debe ser el de flujo de caja a valor presente;

(iii) En los demás casos, la valorización debe responder al valor dado por el mercado, siempre que al momento de ejercer el derecho de separación se cumplan los requisitos establecidos por el Reglamento de OPA y OPC, los cuales son dos específicos: (i) que el total de acciones negociadas represente más del cinco (5) por ciento del total de valores en circulación y (ii) tenga una frecuencia de negociación mayor al sesenta (60) por ciento. En efecto, de no cumplirse estos supuestos, deberá recurrirse a una entidad valorizadora.

Es importante señalar que, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Reglamento de OPA y OPC (2006), el trasfondo detrás de establecer un volumen mínimo de transacciones respecto del total de acciones en circulación, así como de regular una frecuencia de negociación mínima, tiene como principal objetivo que el precio que se determine en base a esos criterios responda a un valor de mercado. Se excluyen aquí las transacciones extremas, es decir, las transacciones más grandes y las más pequeñas.

3. En el caso de las sociedades cuyas acciones se cotizan (o están registradas) en la Bolsa de Valores de Lima y que han acordado su deslistado a través de la junta general de accionistas, los métodos pueden ser los siguientes:

(i) El flujo de caja a valor presente, o,

(ii) El valor promedio ponderado del último semestre y no del último trimestre como lo señala la norma actual, a efectos de homogenizar lo señalado por el Reglamento de OPA y OPC y la LGS. Con este propósito, se considerará el precio de cierre de cotización respecto del día en el que se ejerció el derecho de separación, siempre que en ese momento se cumpla con que el total de acciones negociadas represente más del cinco (5) por ciento del total de valores en circulación y tenga una frecuencia de negociación mayor al sesenta (60) por ciento, en relación con lo establecido por el Reglamento de OPA y OPC. De lo contrario, la valorización deberá ser aquella que resulte de múltiplos de transacciones o compañías comparables, realizada por una entidad valorizadora.

Finalmente, no podemos dejar de hacer mención los métodos de valorización de las empresas de tecnología. Aun cuando en los antecedentes más recientes se ha utilizado el flujo de caja a valor presente, no nos atrevemos a recomendar que deba utilizarse dicho mecanismo en todos los casos hacia futuro, dada la gran capacidad de innovación de dicha industria que se encuentra en permanente cambio.

REFERENCIAS

Abramovich Ackerman, D. (2007). El derecho de separación del accionista: una regulación insuficiente. *Ius et Veritas,* (34), 169-175. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12316

Elías Laroza, E. (2000). *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades del Perú.* Lima: Gaceta Jurídica.

Elías, J. (16 de enero de 2020). Alphabet, Google's parent company, hits trillion-dollar market cap for first time. *CNBC*. https://www.cnbc.com/2020/01/16/alphabet-stock-hits-1-trillion-market-cap-for-first-time.html

Ferrero Álvarez-Calderón, G. (2003). Aspectos económicos y financieros en las fusiones en el Perú. *Advocatus,* (9), 317-328.

Hamermesh, L. A., & Wachter, M. L. (2018). *Finding the Right Balance in Appraisal Litigation: Deal Price, Deal Process, and Synergies*. Faculty Scholarship at Penn Law.

Hennessy, C. (05 de diciembre de 2017). 5 reasons valuing tech firms is tough. *London Business School*. https://www.london.edu/think/5-reasons-valuing-tech-firms-is-tough---5-ways-to-tackle-doing-it

Koller, T., Goedhart, M., & Wessels, D. (2015). *Valuation: Measuring and Managing the Value of Companies.* McKinsey & Company.

Paz-Ares Rodríguez, J., & Perdices Huetos, A. B. (2010). Lógica y límites de los descuentos por inliquidez y minoría en la valoración de participaciones sociales. *Revista española de capital riesgo,* (2), 3-19.

The Economist (20 de febrero de 2020). How to make sense of the latest tech surge. https://www.economist.com/leaders/2020/02/20/how-to-make-sense-of-the-latest-tech-surge

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Cede & Co., Inc. c. MedPointe Healthcare, Inc., No. Civ. A. 19354-NC, 2004 WL 2093967 (Delaware Ch. 2004).

Código de Comercio [C. Com.] (Colom.).

Companies Act 2006, c. 46 (U.K.).

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Permanente, sentencia de casación 1075-2000, de 2 de junio de 2000 (Perú).

Decreto Legislativo No. 774, Ley del Impuesto a la Renta, 30 de diciembre de 1993, El Peruano (Perú).

Decreto Supremo de Hacienda No. 702, Nuevo Reglamento de Sociedades Anónimas, Mayo 27, 2011, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Decreto Supremo No. 122-94-EF, Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, 19 de septiembre de 1994, El Peruano (Perú).

Delaware Code, Tit. 8, Ch. 1 (General Corporation Law).

Dell, Inc. c. Magnetar Global Event Driven Master Fund Ltd., 177 A.3d 1 (Del. 2017)

Directiva 2019/1151, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, 2019 O.J. (L 186), 80.

DFC Global Corp. c. Muirfield Value Partners, L.P., 172 A.3 346 (Del. 2017).

In re ISN Software Corp. Appraisal Litigation, 2016 Del. Ch. LEXIS 125 (Del. Ch.).

Ley de Sociedades de Capitales (B.O.E. A 2010, 10544) (Esp.).

Ley No. 18.046, Ley de Sociedades Anónimas, Octubre 21, 1981, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley No. 26887, Ley General de Sociedades, 5 de diciembre de 1997, El Peruano (Perú).

Ley del Mercado de Valores [LMV], Diario Oficial [DOF] 30-12-2005, últimas reformas DOF 9-1-19 (Méx.).

Ley General de Sociedades Mercantiles [LGSM], Diario Oficial de la Federación [DOF] 4-8-1934, últimas reformas DOF 14-6-18 (Méx.).

N. Y. Bus. Corp. Law (N.Y.).

Peltz c. Hatten, 279 B.R. 710 (D. Del. 2002).

Resolución Conasev 0009-2006, Reglamento de Oferta Pública y Adquisición de Compra de Valores por Exclusión, de 2 de marzo de 2006 (Perú).

Revised Model Business Corporation Act, 2016.

S.A.P. (Madrid), 24 de julio de 2015 (216/2015) (Esp.).

Tri-Continental Corp. c. Battye et al, 74 A.2d 71 (C.S. Delaware 1950).

10.18800/themis.202001.034

EL APORTE POR REGULACIÓN A FAVOR DEL OEFA BAJO LA LUPA: ¿TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD?

THE REGULATION CONTRIBUTION IN FAVOR OF THE OEFA UNDER SCRUTINY: TRANSGRESSING THE NON-CONFISCATION TAXATION PRINCIPLE?

Lucía Rodrigo Rohrhirsch*
Exmiembro de THĒMIS
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

One of the principles that limit the State's taxing power is the principle of non-confiscation. In 2019, the Constitutional Court analyzed the scope of the aforementioned principle in a judgment that dismissed a constitutional action filed by a mining company that requested the non- application of Supreme Decree No. 130-2013-PCM, for breaching the principles of non-confiscation, legality and matter for loi.

In this paper, the author analyses whether the Regulation Contribution in favor of the OEFA violates the principle of non-confiscation and for this purpose, she explains the types of taxes that are regulated in the Peruvian legal system and which is the legal treatment that has been established for each type. In addition, she briefly makes some comments with regard to the Constitutional Court's judgment.

Keywords: Regulatory fee; differential tax benefit; principle of non-confiscation; contribution; tax.

Uno de los principios que limitan la potestad tributaria es el principio de no confiscatoriedad. En el año 2019, el Tribunal Constitucional debatió los alcances del mencionado principio en la sentencia que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por una empresa minera que solicitó la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM, por vulnerar los principios de no confiscatoriedad, legalidad y reserva de ley.

En el presente artículo, la autora analiza si el Aporte por Regulación a favor del OEFA vulnera el principio de no confiscatoriedad y para ello, explica qué tipos de tributo se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico peruano y cuál es el tratamiento legal que se ha establecido para cada tipo. Asimismo, expone brevemente algunos comentarios en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Aporte por regulación; beneficio diferencial; principio de no confiscatoriedad; contribución; impuesto.

* Abogada. Asociada del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: lrodrigo@estudiorodrigo.com.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 1 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 13 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Los tributos son uno de los principales recursos del Estado, por lo que garantizar su efectiva recaudación es necesario para el cumplimiento de sus funciones.

En un Estado Constitucional y Social de Derecho, como el peruano, la potestad tributaria debe ejercerse cumpliendo con los principios constitucionales que la rigen y la limitan. De este modo, se garantiza que la afectación al derecho de propiedad de los contribuyentes sea razonable y proporcional y, en su ejercicio, no se vulnere la seguridad jurídica.

Estos principios se recogen en la Constitución. Algunos están expresamente reconocidos mientras que otros tienen un fundamento implícito, lo que no implica que por ello no deban ser respetados con el mismo rigor que los que están expresamente estipulados.

Entre los principios que limitan la potestad tributaria, se encuentra el de no confiscatoriedad, principio sobre el que mucho se ha escrito, pero cuyo contenido aún no se encuentra pacíficamente delimitado.

Recientemente el debate sobre los alcances de tal principio se ha visto enriquecido por la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05410-2015-PA/TC. En ella, este órgano declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por una empresa minera que solicitó la inaplicación del Decreto Supremo 130-2013-PCM a su caso concreto porque vulneraba los principios de no confiscatoriedad, legalidad y reserva de ley[1].

¿Por qué se afirma que el Aporte por Regulación a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) vulnera el principio de no confiscatoriedad? En síntesis, porque al considerar que desde una perspectiva formal, este tributo tiene la naturaleza de contribución, lo recaudado no puede exceder el costo de la prestación del servicio o de la actividad del Estado que ha justificado su creación. Ello sin perjuicio de que su creación fue efectuada por medio de un decreto supremo vulnerándose el principio de legalidad.

II. LOS TIPOS DE TRIBUTOS REGULADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El propósito de este artículo es analizar si el Aporte por Regulación a favor del OEFA vulnera el principio de no confiscatoriedad. Para ello es necesario conocer qué tipos de tributo se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico peruano y cuál es el tratamiento legal que se ha establecido para cada tipo; esto es, la norma de creación, los límites en la cuantía, el destino de lo recaudado, entre otros.

El artículo 74 de la Constitución recoge la clasificación tripartita de los tributos: tasas, contribuciones e impuestos. Por su parte, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario establece la definición de cada uno de estos tributos:

> a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
>
> b) Contribución: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
>
> c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.
>
> No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.
>
> Las Tasas, entre otras, pueden ser:
>
> 1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
>
> 2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
>
> 3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización (Decreto Supremo 133-2013-EF, 2013).

La Norma II del Título Preliminar del Código Tributario también establece lo siguiente: "[…] [e]l rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir

[1] Este artículo se limitará a analizar si el Aporte por Regulación vulnera el principio de no confiscatoriedad, teniendo en cuenta que, desde una concepción formal y a pesar de que hay serios cuestionamientos sobre su naturaleza jurídica, se concibió como una contribución.

Se debe tener en cuenta que la compañía demandante también alegó la vulneración a los principios de legalidad y reserva de ley.

el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación" (Decreto Supremo 133-2013-EF, 2013).

Profundicemos un poco más en el análisis de cada tipo de tributo.

Para que un tributo califique como una tasa, su hipótesis de incidencia debe necesariamente contemplar una actividad estatal que esté directamente individualizada en el contribuyente. En estos casos, la cuantía del tributo se determina por el costo de la actividad estatal. Al respecto, el Tribunal Fiscal, en su Resolución 00416-1-2009, estableció lo siguiente:

> [S]egún sostiene Giuliani Fonrouge, en el caso de las tasas, existe una actividad estatal que afecta especialmente al obligado[2], actividad que, en el caso del ordenamiento peruano, consiste en la prestación de un servicio público. En igual sentido, Ataliba explica que en el caso de los tributos vinculados, lo primordial es que siempre existe una actuación estatal referida al obligado, siendo que la tasa tiene por hipótesis de incidencia la prestación de un servicio por el Estado, la realización de una obra, la expedición de un certificado, el otorgamiento de una licencia, autorizaciones, etc. A ello agrega que para que se configure la tasa basta que la actuación estatal tenga referibilidad, esto es, que se refiera concretamente a alguien (2009)[3].

Hernández Berenguel establece que "en las tasas, el hecho generador de la obligación tributaria es una actuación estatal, consistente en la prestación de un servicio público o de interés colectivo directamente relacionado con el contribuyente" (2011, p. 173).

Adicionalmente, Bullard González y Zumaeta Castro señalan lo siguiente sobre las tasas:

> [E]l límite es que el servicio, además de estar perfectamente identificado, no permite cobrar más que el costo de suministrarlo. La razón es lógica. Lo que se pague por encima del costo es en realidad un impuesto, pues no está asignado a financiar la prestación del servicio individualizado. Si emitir una licencia de conducir cuesta 100 pero el Estado cobra 150, entonces los 50 adicionales son un impuesto, que será utilizado por el Estado en una actividad no vinculada al contribuyente que pagó por su licencia (2015, p. 241).

El segundo tipo de tributo contemplado en la Constitución y en el Código Tributario es la contribución. Esta se define como aquel tributo cuyo hecho generador se basa en la realización de obras públicas o de actividades estatales que generan un beneficio diferencial en el contribuyente. Al respecto, el Tribunal Fiscal en su Resolución 00416-1-2009 precisa lo siguiente:

> [S]e afirma que la contribución es un tributo vinculado porque se asocia en su generación a una actividad estatal (actuación u obra pública) que además de producir beneficios generales a toda la colectividad, genera beneficios diferenciales a cierto número de sujetos dentro de dicha colectividad. En ese sentido, Sotelo Castañeda, afirma que 'El beneficio es diferencial porque la obra pública o la actuación estatal provoca un beneficio general primero, a toda la colectividad, pero, a la vez, es posible identificar dentro de esa colectividad, un subgrupo **diferencialmente** beneficiado, con relación a dicha colectividad. Este subgrupo muestra o proyecta (en la contribución por obra pública el beneficio no es actual al momento de aprobar el tributo) un incremento de capacidad contributiva proveniente de la obra o actuación públicas, ergo, el Estado se legitima para pedirle, exigirle una porción de esa capacidad contributiva provocada en calidad del tributo contribución'[4] (2009) [el énfasis es nuestro].

No obstante, ¿qué debe entenderse por beneficio diferencial? García Novoa señala que, en el caso de las contribuciones, el

> hecho imponible incluye, pues, un elemento objetivo: una obra pública o la implantación de un servicio público de incidencia o interés general. Esa obra debe provocar el elemento subjetivo: un beneficio singular en alguno (no todos) los miembros de la colectividad (2009, p. 301).

Este segundo beneficio es el que se conoce como diferencial.

En relación con el destino de los fondos recaudados por las contribuciones, en la Resolución 02862-Q-2016, el Tribunal Fiscal señala que

[2] En este sentido, véase Giuliani Fonrouge (2001, p. 1075); Jarach (1996, p. 234) y Ferreiro Lapatza (1991, p. 89). Fuentes citadas en la Resolución 00416-1-2009 (Tribunal Fiscal, 2009).

[3] Consúltese Ataliba (1987, p. 177), citado en la Resolución 00416-1-2009 (Tribunal Fiscal, 2009).

[4] Sobre el particular, véase a Sotelo Castañeda (2008). En igual sentido, véase a Ríos Grandos (2010, p. 128). Ambas fuentes fueron citadas en la resolución 00416-1-2009 del Tribunal Fiscal (2009).

> si se tratase de una contribución, el rendimiento de los ingresos no podría tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación, no obstante, ello no se cumple en el presente caso pues la cuantificación de la denominada tasa por explotación comercial del servicio de radiodifusión se determina en función de los ingresos brutos de los titulares de las autorizaciones para prestar este servicio y no en función al costo de alguna obra o servicio que preste el Estado, ni en función a algún beneficio que reciban dichos titulares (2016) [el énfasis es nuestro].

Sobre la base de lo expuesto por el Tribunal Fiscal podemos concluir que, (i) el destino de los fondos recaudados por las contribuciones no puede ser ajeno a cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación (como bien lo señala la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario); y (ii) la cuantía de las contribuciones debe fijarse en función del beneficio diferencial que reciban los contribuyentes y no puede exceder el costo de la actividad estatal que genera tal beneficio.

Finalmente, el Código Tributario define al impuesto como el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. El Tribunal Fiscal en su Resolución 02862-Q-2016 establece que: "Ataliba define al impuesto como un tributo no vinculado, pues su hipótesis de incidencia consiste en un hecho cualquiera que no sea una actuación estatal, hecho de contenido económico" (2016)[5].

Medrano señala que el impuesto

> se exige aun cuando el sujeto pasivo no sea el beneficiario directo de una actividad del Estado. Este tributo se paga en razón a hechos imponibles que no guardan relación alguna con la actividad del Estado respecto de los contribuyentes específicos obligados al pago.

Consecuentemente, los impuestos son aquellos tributos cuyo hecho generador no está vinculado a la realización de una actuación estatal.

III. EL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El artículo 74 de la Constitución establece que "ningún tributo puede tener carácter confiscatorio" (Const., 1993). Pero, ¿qué significa que un tributo tenga carácter confiscatorio?

El Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC que

> el principio precitado es un parámetro de observancia que la Constitución impone a los órganos que ejercen la potestad tributaria al momento de fijar la base imponible y la tasa del impuesto. […] Como tal, tiene la estructura propia de lo que se denomina un "concepto jurídico indeterminado" (2003).

En ese sentido, Danós Ordóñez sostiene que

> es explicable que el texto constitucional no establezca parámetros o límites cuantitativos fijos para determinar la confiscatoriedad de un tributo, porque corresponderá a la justicia constitucional apreciar con arreglo a la circunstancias políticas, sociales y económicas concretas, si el tributo en cuestión supera el máximo tolerable (1994, p. 139).

El mismo autor señala que el Tribunal Constitucional "ha empleado los principios de razonabilidad y proporcionalidad como criterios para evaluar la posible confiscatoriedad de un tributo" (2006, p. 145). En concreto, el máximo interprete constitucional señala lo siguiente:

> [E]s posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (sentencia recaída en el Expediente 041-2004-AI/TC, 2004).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC resalta que

> **el principio de no confiscatoriedad**, supone la necesidad de que, al momento de establecerse o crearse un impuesto, con su correspondiente tasa, el órgano con capacidad para ejercer dicha potestad respete exigencias mínimas derivadas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (2003) [el énfasis es nuestro][6].

[5] Consúltese Ataliba (1987, p. 162), citado en la resolución 02862-Q-2016 del Tribunal Fiscal (2016).

[6] Si bien el Tribunal Constitucional hace referencia específicamente a los impuestos, consideramos que este análisis puede extenderse también a los otros tipos de tributos.

Al respecto, Landa Arroyo señala que:

> […] de hecho, la obligación de tributar comporta, desde ya, una afectación, tolerada por el ordenamiento constitucional, del derecho fundamental a la propiedad. Se debe cuidar, pues, que mediante el ejercicio desproporcionado o irrazonable de la potestad tributaria del Estado no se llegue a privar a los contribuyentes de sus propiedades y rentas (2006, p. 46).

Ahora bien, ¿qué implica que un tributo respete los principios de razonabilidad y proporcionalidad? El Tribunal Constitucional ha reconocido que la confiscatoriedad de los tributos puede evaluarse desde una perspectiva cuantitativa y otra cualitativa. La primera "se presenta por la excesiva dimensión de la carga que soporta el contribuyente, en atención al tipo de tributo que debe sufragar" (Danós Ordoñez, 2006, p. 151). Por el contrario, la segunda se presenta "por la vulneración de cualquier principio constitucional sin importar cual fuere la cuantía de la carga tributaria" (Danós Ordoñez, 2006, p. 151).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente, en la sentencia recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC:

> Debe tomarse en cuenta, además, que la confiscatoriedad puede evaluarse no solo desde el punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo, cuando se produzca una sustracción ilegítima de la propiedad por vulneración de otros principios tributarios, sin que en estos casos interese el monto de lo sustraído, pudiendo ser incluso perfectamente soportable por el contribuyente (2004).

De manera similar, en la sentencia recaída en el Expediente 00053-2004-AI/TC, al analizar la confiscatoriedad de los arbitrios establecidos por la Municipalidad de Miraflores, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente en relación con la vertiente cualitativa del principio de no confiscatoriedad: "[l]a confiscatoriedad no solo se constata cuantitativamente, sino que podría verificarse de manera cualitativa cuando se exige el pago sin respetar otros principios tributarios" (2005).

En la misma línea, algunos autores consideran que, en efecto, todo tributo que vulnera otros principios constitucionales es confiscatorio. Por ejemplo, Hernández Berenguel sostiene que

> [u]n derecho fundamental de la persona es el derecho de propiedad. Hemos visto anteriormente cómo la violación del principio de capacidad contributiva generará una confiscación de esa propiedad, **desde el punto de vista cuantitativo.** Pero, además, la violación de los principios de legalidad o de igualdad hará que el tributo sea ilegítimo y en cuanto ese tributo ilegítimo se aplique a un determinado contribuyente, obligándolo a detraer una parte de su propiedad, el resultado será una confiscación de su propiedad, **desde un punto de vista cualitativo**. Es decir, sin que interese el monto del tributo y aun cuando dicho monto sea perfectamente soportable por el contribuyente y esté de acuerdo con su capacidad contributiva (1993, p. 24) [el énfasis es nuestro].

Por el contrario, hay aquellos que objetan la necesidad de que exista una vertiente cualitativa del principio de no confiscatoriedad. Así, se cuestiona el hecho de que

> no guarda consistencia la existencia y persistencia de un principio jurídico o de una faceta de él (no confiscatoriedad), que tenga como condición para considerarse violentado, el hecho de que se violente o viole previamente alguno otro principio jurídico (legalidad, igualdad, etc.) (Sotelo Castañeda, 2007, p. 187).

Ahondar en el debate no resulta posible en este artículo, pero no puede dejar de mencionarse que el reconocimiento de una faceta cualitativa del principio de no confiscatoriedad no es una cuestión pacífica en la doctrina.

En la medida que el Aporte por Regulación a favor del OEFA se creó formalmente como una contribución, reviste especial importancia analizar cuándo una contribución se considera confiscatoria. Al respecto, Sotelo Castañeda ha establecido lo siguiente:

> La confiscatoriedad, entonces, en los tributos contribución se configurará cuando exista una falta de adecuación o razonabilidad entre la carga real o efectiva y el monto estimado del beneficio diferencial producido por la obra o actividad estatal, o cuando, siguiendo el desarrollo de la jurisprudencia local, la medición de la cuantía de la contribución individual no se detenga o contraiga al tope del costo total de financiamiento de la obra o actuación pública o –entrando ya en el terreno de la confiscatoriedad cualitativa– cuando los recursos recaudados por las contribuciones se destinen a financiar actividades y obras estatales distintas de las que generan el beneficio general y el beneficio diferencial (2007, p. 203)[7].

[7] Como señalamos anteriormente, en este artículo no se realizará un análisis profundo sobre la confiscatoriedad cualitativa. Sin embargo, es importante tener en cuenta lo que señaló el Tribunal Constitucional sobre la confiscatoriedad cualitativa en la sentencia recaída en el Expediente 001-1999-AI/TC:

Si dejamos de lado la discusión sobre la perspectiva cualitativa del principio de no confiscatoriedad[8], es posible afirmar que una contribución será confiscatoria cuando el tributo exceda el beneficio diferencial obtenido por el contribuyente o el costo de la realización de la actividad estatal. Como señala Sotelo Castañeda,

> en todos estos casos se puede ver que el principio de no confiscatoriedad, en paralelo a configurar una inconstitucionalidad, hace patente una traición al hecho causal del tributo, esto es, a su esencia de tributo vinculado, o sea relacionado causalmente con una actuación, obra o servicio estatal determinado, en tanto, desvincula su exigencia, cuantificación y aplicación del destino del financiamiento concreto de tales actuaciones, obras o servicios (2007, p. 203).

IV. ANÁLISIS SOBRE EL APORTE POR REGULACIÓN A FAVOR DEL OEFA Y LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE NO CONFISCATORIEDAD

Para poder determinar si el Aporte por Regulación a favor del OEFA vulnera el principio de no confiscatoriedad, se analizará, formalmente, qué tipo de tributo es[9].

Formalmente, el Aporte por Regulación a favor del OEFA grava el hecho de ser una empresa o entidad, que, debido a su giro tiene que ser –por mandato de ley– supervisada y fiscalizada por dicho organismo, en la medida que éste desarrolla las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental[10].

En ciertos casos, como en este, el aspecto material de la hipótesis de incidencia se encuentra estrechamente vinculado con su aspecto personal, pues como destaca Ataliba:

> Tan íntima es la conexión entre el aspecto material y el personal –los dos más importantes– de la hipótesis de incidencia, que no se puede analizar uno con abstracción del otro. Así, no se puede considerar la propiedad inmobiliaria con abstracción del propietario, ni la renta, sin la persona que la recibe, etc. (1987, p. 125).

De lo expuesto, la primera característica que se puede observar del Aporte por Regulación a favor

---

> [L]a única posibilidad que tiene la disposición 6.2, antes señalada, para ser constitucional, sería que, al compensarse los activos existentes con los pasivos del FONAVI, estos últimos resulten siendo mayores, o que ambos se encuentren equiparados sin que exista un saldo negativo o positivo. De lo contrario, el estado, al apropiarse del saldo positivo a través del Ministerio de Economía y Finanzas, ya no tendría la obligación de darle a ese saldo el destino predeterminado, fijado en las normas legales, convirtiéndose en confiscatoria tal acción, puesto que se desconocería la consecuencia jurídica en virtud de la cual el estado consideró válida su actividad recaudadora tomando una parte de las riquezas de los particulares; en otras palabras, se desconocería la finalidad a la que estaba designada la recaudación del FONAVI (1999).

El Tribunal Constitucional postula que una contribución puede ser confiscatoria, desde una perspectiva cualitativa, cuando lo recaudado se destina a un fin distinto a aquél originalmente previsto ¿Es acaso ésta una manifestación de la confiscatoriedad de un tributo o la desnaturalización de un tributo vinculado para convertirlo en un impuesto? Dejamos la pregunta abierta para analizarla en otra oportunidad.

8 No porque descartemos su reconocimiento sino porque, como hemos mencionado, excede de los límites de este artículo analizar a detalle esta faceta.

9 Si bien vamos a hacer referencia a la Ley 27332, a la Ley 29901 y a la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, ello no necesariamente implica que estas efectivamente sean las normas (leyes o decretos legislativos) que establecen el marco regulatorio exigido por el artículo 74 de la Constitución para la creación de un tributo (distinto de las tasas y aranceles).

10 Esta opinión se basa en un análisis de las siguientes disposiciones:

a) El artículo 10 de la Ley 27332 establece que "los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación […]" (2000).

b) Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 29901 dispone lo siguiente:

Artículo 4. Financiamiento de las funciones del Osinergmin en actividades mineras

El aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, alcanza a los titulares de las actividades mineras bajo el ámbito de supervisión y fiscalización del Osinergmin (2012).

c) Finalmente, la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 dispone que:

A partir de la vigencia de la presente ley, las funciones de supervisión y fiscalización en materia ambiental, relacionadas a las actividades de energía y minería que desarrolla el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) se financian con cargo al aporte por regulación a que se refiere el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, que financia las actividades de supervisión y fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, Osinergmin).

Si bien para este análisis hemos hecho referencia a la Ley 27332, a la Ley 29901 y a la Cuadragésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951, ello no necesariamente implica que éstas efectivamente sean las normas (ley o decreto legislativo) que establecen el marco regulatorio exigido por el artículo 74 de la Constitución para la creación de un tributo (distinto de las tasas y aranceles).

del OEFA es que el aspecto material de su hipótesis de incidencia se encuentra vinculado con una actividad estatal, precisamente, la realización de las labores de supervisión y fiscalización del OEFA.

Ahora bien, existen dos clases de tributos vinculados: las tasas y las contribuciones. Por lo tanto, si la actividad que despliega el Estado genera un beneficio individualizado en el contribuyente, el tributo será considerado una tasa. Por el contrario, si la actividad realizada por el Estado genera un beneficio colectivo pero, a la vez, produce un beneficio diferencial a favor del contribuyente, el tributo será considerado una contribución.

La parte considerativa del Decreto Supremo 130-2013-PCM establece lo siguiente:

> […] [E]s importante destacar que la fiscalización ambiental genera beneficios para las empresas que realizan sus actividades invirtiendo en el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables a su cargo, toda vez que se expresa mediante acciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción que contribuyen a optimizar el funcionamiento del mercado, evitando que las empresas que no cumplen con sus obligaciones ambientales compitan de manera desleal con las que sí cumplen […] (2013).

Tomando en consideración lo dispuesto por los considerandos del Decreto Supremo No. 130-2013, en su concepción, el Aporte por Regulación se diseñó como una contribución bajo el argumento de que las actividades de supervisión y fiscalización en materia ambiental que realiza el Estado generan un beneficio a toda la colectividad (por reducir los índices de contaminación ambiental) pero, también, generan un beneficio diferencial para los contribuyentes, dado que la actuación del OEFA contribuye a optimizar el funcionamiento del mercado, garantizando una competencia leal entre las empresas del sector[11].

En la medida que el Aporte por Regulación, formalmente, se concibió como una contribución, el análisis sobre la vulneración del principio de no confiscatoriedad se realizará desde esta perspectiva.

Como mencionamos, en el caso de las contribuciones, el principio de no confiscatoriedad cuantitativo se vulnera cuando el tributo excede el costo de la realización de la actividad estatal o el beneficio diferencial obtenido por el contribuyente. Por lo tanto, ¿el Aporte por Regulación excede el costo de la realización de las actividades de fiscalización y supervisión del OEFA o el supuesto beneficio diferencial obtenido por el contribuyente?

En primer lugar, debemos determinar si el Aporte por Regulación excede el costo de la realización de las actividades de fiscalización y supervisión en materia ambiental que realiza el OEFA. El primer paso para realizar este análisis es establecer el costo de qué actividades no debe excederse. La finalidad de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario es que los tributos recaudados no se destinen a financiar actividades del Estado que no generan un beneficio diferencial en el contribuyente. Ello ocurre porque el Estado está legitimado para exigir al contribuyente el pago de una contribución por el beneficio que le reporta la actividad estatal de fiscalización y supervisión, pero no debe exceder del costo de aquellas que son las que generan el beneficio diferencial.

La norma busca evitar que los fondos recaudados se destinen a financiar operaciones que no se encuentran directamente vinculadas con las previstas en el supuesto de la obligación tributaria, toda vez que el legislador está legitimado para imponer el pago de una contribución solo respecto de aquellas actividades que le generan un beneficio diferencial al contribuyente.

Por ejemplo, Bullard González y Zumaeta Castro señalan que

> un aporte por regulación no debería poder utilizarse para financiar una fiesta de fin de año de la entidad, donaciones a los bomberos o entidades sin fines de lucro, o ser transferido a otras entidades públicas que no estén a cargo de la actividad regulatoria específica (2015, p. 253).

Consecuentemente, los contribuyentes no tendrían por qué financiar labores que no se encuentran directamente vinculadas con las actividades de fiscalización y supervisión que son las que, de

[11] No debe perderse de vista que hay serios cuestionamientos sobre la naturaleza de contribución del Aporte por Regulación. Así, se debate si las actividades de supervisión y fiscalización que realiza el OEFA generan un beneficio diferencial para las empresas mineras o, por el contrario, si forman parte de las labores de policía que debe llevar a cabo el Estado peruano para la protección del medio ambiente. En el segundo caso, estaríamos ante labores del Estado que no generan un beneficio diferencial en el contribuyente y, por lo tanto, el Aporte por Regulación sería un impuesto encubierto.

El objetivo de este artículo no es analizar cuál es la naturaleza del Aporte por Regulación desde una perspectiva sustantiva sino determinar si, considerando que formalmente este tributo se concibió como una contribución, vulnera el principio de no confiscatoriedad.

acuerdo con los considerandos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, les generan un beneficio diferencial y cuyos costos para el OEFA deben determinarse y compararse con el monto recaudado por el Aporte por Regulación, a fin de concluir si existe o no confiscatoriedad.

Por ello, para efectuar un análisis de la confiscatoriedad del Aporte por Regulación, necesariamente se debe determinar cuáles son los costos de las actividades de supervisión y fiscalización del OEFA y cuál es el monto recaudado por dicho tributo.

De acuerdo con la información proporcionada en el Informe 155-2017-OEFA/OPP, los ingresos recaudados por el Aporte por Regulación (este concepto comprende todos los ingresos recaudados por el OEFA incluyendo los del sector minero, sector de hidrocarburos y sector eléctrico) exceden los costos incurridos para llevar a cabo las labores de supervisión y fiscalización en los ejercicios 2014, 2015 y 2016. En el cuadro siguiente se puede observar el monto efectivamente recaudado y el monto ejecutado, demostrándose que los importes cobrados por el tributo exceden los costos de las actividades realizadas por el OEFA[12]:

Año	Importe Recaudado	Importe Ejecutado	Monto no ejecutado
2014	S/ 109’605,747.00	S/ 80’154,181.00	S/ 29,451,566.00
2015	S/ 118’661,292.76	S/ 127,404,340.13	(S/ 8’833,047.37)
2016	S/ 133’041,397.55	S/ 121’083,222.18	S/ 11’958,175.37
TOTAL	S/ 361’308,436.55	S/ 328’725,797.00	S/ 32’576,694.00

De acuerdo con los considerandos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, el beneficio diferencial es el ahorro de los costos de transacción que los contribuyentes van a percibir como resultado de la fiscalización y supervisión del OEFA, dado que las empresas no tendrán que determinar qué entidades no cumplen con las normas ambientales.

Según Bullard González y Zumaeta Castro, “en el caso de contribución por actividad estatal, la base imponible será el ahorro en los costos de transacción obtenido por los titulares de actividades económicas reguladas (supervisadas y fiscalizadas)” (2015, p. 251).

A pesar de que no nos encontramos en la posibilidad de medir el beneficio diferencial obtenido por las empresas mineras bajo la supervisión y fiscalización del OEFA (si es que hay alguno), sí es posible analizar si la facturación mensual de tales contribuyentes es una correcta medida del supuesto beneficio diferencial obtenido por aquellas.

Consideramos que el hecho de que una empresa minera tenga una facturación mensual más alta que otra no significa que para aquella el ahorro en los costos de transacción es mayor. La pregunta que debemos hacernos es por qué una empresa que tiene una facturación anual que supera la de otra tendría un ahorro mayor en costos de transacción por las actividades de fiscalización y supervisión del OEFA.

Una razón podría ser que una mayor facturación mensual supone que existe una mayor producción, lo que determina que el OEFA tenga que invertir mayores recursos en fiscalizarla y supervisarla. Sin embargo, no debemos perder de vista que, bajo la tesis de que las empresas mineras obtienen un beneficio diferencial por el ahorro en los costos de transacción que las actividades de supervisión y fiscalización del OEFA les reportan, éstas se beneficiarían formalmente con las labores que se realiza a otras empresas, no a ellas mismas. Consecuentemente, consideramos que ésta no es una medida adecuada para determinar cuál es el beneficio diferencial, si es que hubiera alguno, obtenido por las empresas mineras.

Además, debemos tener en cuenta que la facturación mensual de las empresas fluctúa por factores ajenos a sus propias actividades tales como la situación económica en los países que importan los minerales extraídos en el Perú, de manera que el beneficio diferencial (ahorro en los costos de transacción) se estaría sujetando a factores ajenos a las actividades de la empresa minera y el OEFA.

En consecuencia, concluimos que el monto del Aporte por Regulación vulnera la faceta cuantitativa del principio de no confiscatoriedad al exceder el costo de las actividades realizadas por el OEFA y no fijarse en función al alegado beneficio diferencial obtenido por los contribuyentes.

[12] Para la preparación de este cuadro se han incluido todos los gastos en los que se ha incurrido con cargo a lo recaudado por concepto de Aporte Por Regulación de acuerdo con el Informe 155-2017-OEFA/OPP. No se ha analizado si, en efecto, todas las labores que se mencionan están directamente vinculadas con las actividades de supervisión y fiscalización del OEFA. Por tanto, si hubiera algunas que no están directamente vinculadas con las de supervisión y fiscalización en materia ambiental, el monto no destinado a la actividad estatal que da origen al tributo podría ser mayor.

Por otro lado, desde una perspectiva cualitativa, si bien es debatible que esta deba ser reconocida, se vulneraría el principio de no confiscatoriedad si lo recaudado por la contribución no se destina a la realización de las actividades estatales que sustentan su creación.

En el caso concreto, debemos tener en cuenta que, a pesar de que la Norma II del Código Tributario impone el límite comentado al rendimiento de las contribuciones, la Cuadragésima Disposición Transitoria Final establece lo siguiente:

> Para tal efecto, mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro del Ambiente y el Ministro de Energía y Minas, se determina el porcentaje que corresponde al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) del aporte por regulación al que se refiere el párrafo precedente, constituyendo dichos recursos ingresos propios de esta entidad, los cuales serán incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme al artículo 42 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en la fuente de financiamiento Recursos Directamente Recaudados (Decreto Supremo 133-2013, 2013).

Además, en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, se señala lo siguiente:

> De conformidad con lo señalado en la Ley 29951, mediante decreto supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros y por los Ministerios del Ambiente y de Energía y Minas se determina el porcentaje que corresponde al OEFA del Aporte por Regulación a que se refiere el párrafo precedente, constituyendo dichos recursos ingresos propios de esta entidad, los cuales serán incorporados al presupuesto institucional del OEFA conforme a lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 28411 –Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto– en la fuente de financiamiento de Recursos Directamente Recaudados (2013).

Asimismo, la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Equilibrio Financiero de Presupuesto del Sector Público para el año 2015, Ley 30282, también señala expresamente que el Aporte por Regulación estará destinado a financiar todas las actividades por el OEFA. En estricto, la disposición citada establece lo siguiente:

> Autorizase, de manera excepcional, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), la utilización de recursos provenientes del aporte a que se refiere la cuadragésima octava disposición complementaria final de la ley 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y la tercera disposición complementaria final de la Ley 30011, Ley que modifica la Ley 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para financiar actividades de sostenimiento institucional durante el Año Fiscal 2015.
>
> Asimismo, Autorizase al OEFA, durante el Año Fiscal 2015, a efectuar transferencias financieras a favor del Ministerio del Ambiente y sus Organismos adscritos, con cargo a la fuente de financiamiento de recursos directamente recaudados, mediante resolución del titular del pliego, para continuidad de la gestión ambiental y de la conservación del ambiente, propician el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos (2014).

Lo expuesto atenta contra la faceta cualitativa del principio de no confiscatoriedad, pues no es conceptualmente admisible que lo recaudado por una contribución se encuentre destinado a financiar todos los gastos de una entidad específica dado que los recursos generados por el tributo no deben tener un destino ajeno al de financiar la actividad desarrollada por la entidad estatal que genera un beneficio diferencial en el contribuyente.

Además, el hecho de que el OEFA pueda efectuar transferencias de lo recaudado por el Aporte por Regulación a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, también vulnera la vertiente cualitativa del principio de no confiscatoriedad porque, nuevamente, los fondos no se utilizarán para llevar a cabo la supervisión y fiscalización en materia ambiental que sustentan la creación de dicho tributo. Si bien la continuidad de la gestión ambiental, la conservación del ambiente, y las actividades que propician el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica, las áreas naturales protegidas, el desarrollo sostenible de la Amazonía, y otras acciones de carácter ambiental propias del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos, buscan proteger el medio ambiente; no generan el supuesto beneficio diferencial en las empresas mineras. Ni siquiera son actividades necesarias para la realización de la fiscalización y supervisión en materia ambiental. Por lo tanto, destinar lo recaudado por el Aporte por Regulación a financiarlas resulta confiscatorio.

Asimismo, es importante notar que el informe del OEFA al que nos hemos referido cuando ana-

lizamos si el Aporte por Regulación vulneraba la faceta cuantitativa del principio de no confiscatoriedad al exceder el costo de las actividades realizadas por el Estado, no diferencia entre los costos de la supervisión y fiscalización incurridos para el sector minero, el sector de hidrocarburos y el sector eléctrico. Todos los ingresos del Aporte por Regulación se suman para financiar los costos que corresponden a las actividades de fiscalización y supervisión de los sectores mencionados. Consideramos que ello atenta contra el principio de no confiscatoriedad desde una perspectiva cualitativa, dado que no distingue claramente entre las actividades que supuestamente generan un beneficio diferencial en el contribuyente y aquellas que no lo hacen. La ley exige que lo recaudado por el tributo se destine exclusivamente a financiar las actividades contempladas en el supuesto de la obligación, lo que no ocurre en este caso dado que las empresas mineras podrían estar financiando las actividades de supervisión y fiscalización del sector eléctrico, por ejemplo.

V. TRES REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objetivo de este artículo no es analizar a profundidad la posición del Tribunal Constitucional sobre la vulneración del principio de no confiscatoriedad del Aporte por Regulación. Sin embargo, expondremos algunos comentarios generales para reflexionar sobre ellos.

a) El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC, señala que:

> […] el hecho generador de la obligación tributaria en el presente caso tiene su origen básicamente en las actividades de supervisión, fiscalización, evaluación, control y sanción en materia ambiental que desarrolla el OEFA, esto es, las labores institucionales que realiza dicha entidad de protección ambiental y que genera beneficios no solo para la sociedad en general, sino además para las mismas empresas contribuyentes del aporte por regulación, pues a través de dichas acciones se optimiza, a su vez, el funcionamiento del mercado (2019).

Que el Tribunal Constitucional considere que las actividades de supervisión y fiscalización que realiza el OEFA generan un beneficio diferencial en las empresas mineras no puede ser una carta libre para que el Estado busque financiar todos los gastos del OEFA con la contribución que exige a los contribuyentes. Las actividades que, de acuerdo con los considerandos del Decreto Supremo 130-2013-PCM, dan legitimidad a la creación del Aporte por Regulación no son aquellas que están destinadas a la protección del medio ambiente, sino las de supervisión y fiscalización en materia ambiental que optimizarían el funcionamiento del mercado y; por lo tanto, generarían un beneficio en las demás empresas del sector.

Como hemos señalado anteriormente, "[…] un aporte por regulación no debería utilizarse para financiar una fiesta de fin de año de la entidad, donaciones a los bomberos o entidades sin fines de lucro, o ser transferido a otras entidades públicas que no estén a cargo de la actividad regulatoria específica" (Bullard Gonzales & Zumaeta Castro, 2015, p. 253). En este caso particular, lo mencionado resulta aún más grave por cuanto la Ley 30282 establece que el OEFA puede efectuar transferencias de los ingresos recaudados del Aporte por Regulación a favor del Ministerio del Ambiente y sus organismos adscritos.

b) El Tribunal Constitucional también establece que:

> [E]l costo de la actividad que se busca financiar sería mayor si se toma en cuenta las consecuencias del impacto medio ambiental que podría producirse debido al incumplimiento de las normas que regulan la materia ambiental, tanto más si la lógica en que se inspira dicho tributo se asienta sobre la base del principio precautorio y el principio de prevención (sentencia recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019).

El propósito de este artículo no es analizar la finalidad extrafiscal que pueden tener ciertos tributos sino, destacar que, de conformidad con la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, lo recaudado por una contribución no puede exceder el costo de la actividad realizada por el Estado. En este caso, la actividad estatal comprende las actividades de fiscalización y supervisión en materia ambiental, y no los gastos que se requieren para solucionar los problemas de contaminación que ciertos contribuyentes puedan causar. Esta última, es una actividad del Estado que no genera un beneficio diferencial en las empresas mineras.

c) Finalmente, el Tribunal Constitucional resalta que:

> […] el aporte por regulación se calcula sobre la base de la facturación mensual de la empresa minera, deduciendo a ello el impuesto general a las ventas y el impuesto de promoción municipal, con lo cual objetivamente pagan más quienes más facturan y quienes más facturan es porque más minerales extraen para su pro-

ducción, esto es, la magnitud de los impactos generados por el desarrollo de las actividades económicas está directamente relacionada con el volumen (cantidad) de la producción y/o extracción de algún tipo de bien (sentencia recaída en el Expediente 5410-2015-PA/TC, 2019).

El Tribunal Constitucional no analiza cómo la facturación mensual de las empresas está directamente vinculada al costo de los servicios de fiscalización y supervisión ambiental, y al supuesto beneficio diferencial obtenido por los contribuyentes. Asimismo, el hecho de que una empresa minera facture más no implica que requiera una mayor fiscalización, como parece señalarlo dicho colegiado. Muy por el contrario, las grandes empresas mineras invierten millones para garantizar que sus procesos no impacten de manera desproporcionada en el medio ambiente. En cambio, hay pequeñas empresas, que facturan menos, y que invierten montos inferiores en garantizar que sus procesos no contaminen el medio ambiente.

Además, la contaminación que puede o no realizar una empresa minera no está vinculada al supuesto beneficio diferencial que generarían las actividades de fiscalización y supervisión ambiental. La protección del ambiente es también una obligación del Estado que debe sufragarse con el cobro de los impuestos que todos los ciudadanos pagan.

REFERENCIAS

Ataliba, G. (1987). *La Hipótesis de Incidencia Tributaria*. Instituto Peruano de Derecho Tributario.

Bullard González, A., & Zumaeta Castro, F. (2015). Contrabando tributario: El aporte de regulación de cómo hacer pasar un impuesto como si fuera una contribución. Themis-Revista de Derecho, (67), 239-254.

Danós Ordoñez, J. (1994). El régimen tributario en la Constitución. Estudio preliminar. *Themis-Revista de Derecho,* (29), 131-145.

(2006). El principio constitucional de no confiscatoriedad de los tributos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. En Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller (pp. 135-167). Palestra Editores.

Ferreiro Lapatza, J. (1991). Tasas y Precios. Los Precios Públicos. Revista del Instituto *Peruano de Derecho Tributario,* (21), pp. 89-102.

García Novoa, C. (2009). *El concepto de tributo*. Tax Editor.

Giuliani Fonrouge, C. (2001), *Derecho Financiero*. Depalma.

Hernández Berenguel, L. (1993). El Poder Tributario y la nueva Constitución. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario* (24), 17-29.

(2011). El tributo: definición y clasificación. En *Del Derecho la Hacienda Pública al Derecho Tributario: Estudios en honor a Andrea Amatucci*, (Vol. 2, pp. 153-180). Editorial Temis.

Jarach, D. (1996). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. Abeledo Perrot.

Landa Arroyo, C. (2006). Los principios tributarios en la Constitución de 1993: Una perspectiva constitucional. En *Temas de derecho tributario y de derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller* (pp. 37-50). Palestra Editores.

Medrano Cornejo, H. (1991). En torno al concepto y la clasificación de los tributos en el Perú. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, (18), 45-65.

Ríos Granados, G. (2007). *Tributación Ambiental: La Contribución por Gasto.* Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.

Sotelo Castañeda, E. (2007). Notas para una aproximación a la aplicación del principio de no confiscatoriedad en materia tributaria. *Ius Et Veritas*, (35), 182-216.

(2008). Referéndum sobre la contribución al FONAVI y la Sentencia del Exp. 01708-2007-PA/TC: Algunas reflexiones en materia tributaria. *Jus Constitucional*, (1), 295-328.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Decreto Supremo 130-2013-PCM. Decreto Supremo que establece disposiciones referidas al Aporte por Regulación del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental–OEFA a cargo de las empresas del Sector Minería. Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre de 2013 (Perú).

Código Tributario [Cod. Trib.], Diario Oficial *El Peruano,* 21 de junio de 2013 (Perú).

Ley 27332. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Diario Oficial *El Peruano*, 13 de julio de 2000 (Perú).

Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2004 (Perú).

Ley 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Diario Oficial *El Peruano*, 1 de marzo de 2009 (Perú).

Ley 29901. Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin). Diario Oficial *El Peruano*, 21 de junio de 2012 (Perú).

Ley 29951. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Diario Oficial *El Peruano*, 30 de noviembre de 2012 (Perú).

Ley 30011. Ley que modifica la Ley 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 2013 (Perú).

Ley 30282. Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015. Diario Oficial *El Peruano*, 2 de diciembre de 2014 (Perú).

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 2017, Informe 155-2017-OEFA/OPP (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 11 de mayo de 2001, sentencia recaída en el Expediente 001-1999-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 11 de noviembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0041-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 16 de mayo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0054-2015-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 16 de mayo de 2005, sentencia recaída en el Expediente 0053-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 19 de diciembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 2727-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional (T.C.), 27 de septiembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 001-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Fiscal (T.F.) (alta corte para asuntos fiscales), 8 de marzo de 2016, Resolución 02862-Q-2016 (Perú).

Tribunal Fiscal (T.F.) (alta corte para asuntos fiscales), 15 de enero de 2009, Resolución 00416-1-2009 (Perú).

10.18800/themis.202001.035

GESTIÓN DE LOS BIENES PROPIOS EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: UNA VISIÓN CRÍTICA

MANAGEMENT OF PERSONAL PROPERTY IN THE COMMUNITY OF PROPERTY: A CRITICAL VIEW

Romina Santillán Santa Cruz*
Universidad de Zaragoza

Community of property is a regime of relative community. It is legally configured by the existence of the common property of the spouses, although each spouse could retain the personal property. Thus, complicated legal situations may arise as a result of the management of such property. The management of the personal property is chaired by the rule of spouses' freedom of action. For this motive, there are no explicit limits to the Administration and disposal of that property. However, this does not imply there are no limits to their actions.

In this article, the author seeks to point on the study of the legal restrictions and implicit limits that would be applicable to the management of the personal property in the community of property in the Peruvian legal framework. She also analyses the concept of unilateral unrenounceability of acts of liberality because it appears to be the only exception to the rule of freedom of action.

Keywords: Community of property; common property; personal property; acts of administration; acts of disposition.

La sociedad de gananciales es un régimen de comunidad relativa. Se configura legalmente por la existencia de bienes comunes de los cónyuges, sin perjuicio de que, durante su vigencia, cada uno pueda tener bienes propios. Se genera, entonces, un entramado de situaciones jurídicas que emergen de la gestión de dichos bienes. La gestión de los bienes propios está presidida por una regla de libre actuación de los cónyuges. Por ello, no existen límites expresos a los actos de administración y disposición de estos bienes. Sin embargo, ello no significa que no los haya.

En el presente artículo, la autora se centra en el estudio de las restricciones legales y límites implícitos que resultarían aplicables a la gestión de los bienes propios en la sociedad de gananciales en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, analiza también la figura de la irrenunciabilidad unilateral de actos de liberalidad, pues parece ser la única excepción prevista a la regla de libre actuación.

Palabras clave: Sociedad de gananciales; bienes comunes; bienes propios; actos de administración; actos de disposición.

* Abogada. Máster en Especialización e Investigación en Derecho, con mención en Derecho de la Familia y de la Persona, y doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigadora contratada en la misma universidad (Zaragoza, España). Contacto: rsantillan@unizar.es

El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón Ius Familiae, I.P. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. En ese sentido, forma parte de la investigación doctoral que ha llevado a cabo la autora en la Universidad de Zaragoza, cuyo título es el siguiente: "La legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo régimen de sociedad de gananciales en el Derecho peruano. Estudio comparado con el Derecho español". El presente artículo es el resultado de una reformulación y actualización del trabajo en mención.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho el 20 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 4 de junio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando abordamos el estudio de la sociedad de gananciales solemos centramos en el patrimonio común. Su gestión es justamente la que se torna más compleja y la que más dificultades puede plantear, en particular cuando la actuación de los cónyuges se realiza al margen de las reglas previstas en la materia en cuestión (Santillán Santa Cruz, 2020a, pp. 639-642, 650-652). No obstante, no debemos olvidar que durante la vigencia de esta sociedad pueden coexistir, junto con los bienes comunes, aquellos otros bienes que son propios de cada cónyuge. La gestión de estos bienes y sus efectos, aun cuando su naturaleza sea totalmente distinta, no se encuentran divorciados del concepto de comunidad, por lo que, en la práctica, pueden generar tantos problemas como la gestión del patrimonio común.

Como en la sociedad de gananciales es posible distinguir tres masas patrimoniales (dos privativas y una común), este régimen económico se caracteriza por ser uno de comunidad relativa[1] (Gutiérrez Barrenengoa, 2002, p. 179). Es cierto que el régimen de gananciales se configura legalmente a través de la existencia de unos bienes que, en la teoría, se hacen comunes de los cónyuges. No obstante, ello no significa que, durante su vigencia, estos sean los únicos que se encuentren presentes. En efecto, el artículo 301 del Código Civil (en adelante, CC) se encarga de poner de relieve la coexistencia de estas tres masas patrimoniales cuando señala que "en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad" (1984).

Dado el entramado de situaciones y relaciones jurídicas que pueden surgir a causa de la gestión de estos patrimonios de los cónyuges, el ordenamiento contiene unas reglas concretas de responsabilidad, administración, disposición, disolución y liquidación. En el presente trabajo nos centraremos, de forma específica, en la gestión de los bienes propios. En ese sentido, la gestión de estos está presidida por una regla de libre actuación de los cónyuges. No existen límites expresos a los actos de administración y disposición de estos bienes. Sin embargo, esto no significa que tales límites no existan.

Bajo la rúbrica de la "administración de bienes propios", el artículo 303 del CC establece que "cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos" (1984). Este precepto –cuyo rótulo legal más acertado quizá hubiese sido gestión de los bienes propios– es aplicable tanto a la administración como a la disposición de los mencionados bienes y es en virtud de él que cada cónyuge conserva en ambos supuestos una facultad de libre actuación. De tal forma, se puede administrar y disponer de dichos bienes sin necesidad de contar con el consentimiento o la aprobación del consorte correspondiente. Sobre este asunto, he tenido la oportunidad de desarrollar la facultad que tendrían los cónyuges para atribuir de mutuo acuerdo[2], a través de los denominados "pactos de atribución de ganancialidad", una naturaleza social a sus bienes propios constante sociedad de gananciales, pues el artículo 312 del CC no limitaría la libertad de los cónyuges para contratar entre sí respecto de estos bienes (Santillán Santa Cruz, 2020b, pp. 494-497).

Ahora bien, la jurisprudencia contiene escasas referencias a las facultades que comprende el artículo 303 del CC. No obstante, puede que el pronunciamiento más importante que exista sobre este aspecto sea el que compila Ledesma Narváez en relación con la sentencia recaída en el Expediente 712-95-Huaura, la cual puso de relieve la libertad de cada cónyuge de disponer a título gratuito de sus bienes propios sin requerir del consentimiento del otro cónyuge para retirarlos de su acervo patrimonial privativo vigente la sociedad de gananciales[3]. En efecto, el criterio jurisprudencial en cuestión menciona que

> la porción donada por uno de los cónyuges sólo comprende el cincuenta por ciento del bien inmueble, como extensión superficial, sin referirse a ninguna edificación que pudiera existir sobre dicho terreno. Pero, tratándose de un bien propio del marido, en lo que se refiere exclusivamente al terreno y en la proporción que le correspondía en bien indiviso, no requería del consentimiento de su cónyuge para efectuar la donación a favor de su madre (citado en Ledesma Narváez, 1997, p. 170).

Aun con todo ello, ha de advertirse que las facultades reguladas por el artículo 303 del CC no son

[1] En ese mismo sentido, Solé Resina (2005, p. 225) prefiere usar la expresión "comunidad parcial". Con esta indica que un régimen de comunidad de bienes, además de implicar la existencia de un patrimonio común a los cónyuges, admite la existencia de unos patrimonios privativos, cuyos frutos se reputan igualmente comunes.

[2] Mutuo acuerdo que, en este caso, se necesita para que el bien propio de uno de los cónyuges ingrese al patrimonio social, pero que no significa que la disposición del bien propio en sí misma esté supeditada a la aprobación del otro.

[3] Y en la misma medida, según debemos entender, cada cónyuge tendrá plena libertad para disponer de sus bienes propios a título oneroso, puesto que el artículo 303 del Código Civil (en adelante, CC) no aplica diferenciación alguna sobre el particular.

tan amplias como pareciera resultar de su redacción, puesto que los frutos y productos de los bienes propios son sociales rigiendo para ellos unas reglas especiales. Los patrimonios privativos de los cónyuges responderán también, en determinadas ocasiones, por las deudas sociales y su gestión siempre comprometerá el interés familiar. De ahí que todas estas razones se constituyan en justificación suficiente para limitar, cuando así resulte conveniente, la libre administración y disposición de los bienes propios en concretos casos de excepción que en breve serán desarrollados.

La única excepción expresamente prevista frente a este principio de libre actuación de los cónyuges está contenida en el artículo 304 del CC que se refiere a actos que, en esencia, correspondería realizar individualmente a cada cónyuge, pero que, por exigencia legal, precisan del consentimiento del otro. A su vez, no se trata tanto de actos de disposición sobre bienes que ya son propios, sino de actos de rechazo que impedirían que sean propios del cónyuge que rechaza (la herencia o la donación) unos bienes que de momento no son suyos (hasta que se acepte la herencia o la donación), supuesto que se analiza más adelante.

Como se puede entender, el tópico que aquí se plantea es uno de importancia primaria en el estudio del régimen peruano de sociedad de gananciales, puesto que su adecuado tratamiento posibilitará un conocimiento claro y bien delimitado del ámbito de acción que compete a los cónyuges sobre sus bienes propios cuando han decidido someter sus relaciones patrimoniales y económicas a un régimen de comunidad de bienes. Sin embargo, es de advertir que en la doctrina peruana existe escasa bibliografía sobre la materia pues, la que se presenta de forma común suele ser descriptiva y, en ocasiones, superficial. La doctrina jurisprudencial tampoco ha contribuido mucho en el estudio de la cuestión, ya que responde a los mismos parámetros doctrinarios y resulta, por ende, insuficiente cuando se pretende lograr un mayor entendimiento del tema tratado.

Por ello, para afrontar adecuadamente las cuestiones planteadas, este trabajo se centra en el estudio de las restricciones legales y límites implícitos que resultarían aplicables a la gestión de los bienes propios. Dentro de este concepto de gestión, se concentran los actos de administración y de disposición, siendo el principio del interés familiar el que va a adquirir en ellos un especial valor. También se analiza la figura de la irrenunciabilidad unilateral de actos de liberalidad por sus particulares implicaciones prácticas. En ese sentido, y en forma previa a todo lo mencionado, para delimitar el marco legal y conceptual dentro del que se enmarca el objeto central de este trabajo, se hace un breve análisis de la sociedad de gananciales como comunidad relativa de bienes, así como de los criterios legales para determinar la privatividad de los bienes.

II. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO COMUNIDAD RELATIVA DE BIENES

La sociedad de gananciales es un régimen patrimonial que se configura legalmente por la existencia de ciertos bienes que se hacen comunes de los cónyuges. En el Derecho peruano, estos bienes no son otros que los denominados bienes sociales, los cuales, en su conjunto, conforman el patrimonio social. La propiedad de estos bienes es actual y no exclusivamente virtual como ha llegado a afirmar alguna sentencia[4]. En ese sentido, la titularidad de los mismos corresponde a ambos cónyuges bajo la forma de una comunidad de bienes, que no es una copropiedad sobre cada uno de ellos –en la que corresponde la determinación de partes alícuotas y, por lo tanto, se puede dar lugar a tantas situaciones de comunidad como bienes comunes–, sino una comunidad que recae sobre el patrimonio común en su conjunto: aquel conformado por dichos bienes sociales.

Los bienes sociales son comunes, pero no de forma individual puesto que constituyen una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges y que es diferente de los patrimonios personales de cada uno de ellos, que son los patrimonios propios o privativos. De ahí que se afirme en la doctrina comparada:

> es característica de la sociedad de gananciales la existencia de tres masas patrimoniales (o patrimonios) diferentes: el común de ambos cónyuges, formado por los bienes gananciales, y los privativos de cada uno de los cónyuges, formados por sus respectivos bienes privativos (Martínez de Aguirre, 2016a, p. 251).

Esta idea general, que pertenece a la sociedad de gananciales del sistema común español, es perfectamente aplicable al régimen de comunidad adoptado en el sistema peruano, salvo en cuanto al concepto legal con que se designa a los bienes comunes de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad, como luego se verá con más detalle.

[4] Para mayor información, véase la sentencia recaída en el Expediente 1144-98-Lima, de fecha 16 de junio de 1998, compilada por Torres Vásquez (2008, p. 109).

Ahora bien, el artículo 301 del CC pone de relieve la coexistencia de estas tres masas patrimoniales cuando señala que "en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad" (1984). Esta disposición se encuentra redactada en términos de posibilidad de existencia, ya que en la sociedad de gananciales puede que haya bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, como puede que sencillamente no llegue a haberlos. No obstante, lo que sí queda claro es que en un régimen de gananciales puede haber tres patrimonios posibles: el patrimonio común y los patrimonios propios de cada uno de los cónyuges; los cuales, según corresponda, van a encontrarse formados por dichos tipos de bienes. En ese sentido, Aguilar Llanos dice que es, precisamente, en la coexistencia de dichos bienes donde radica la característica de este sistema (2008, p. 147).

En los comentarios al mencionado artículo, Jiménez Vargas-Machuca ha señalado que en el régimen de gananciales hay dos tipos de bienes: los propios de cada cónyuge y los comunes de la sociedad (2007a, p. 196). En efecto, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 301 del CC, en un matrimonio sujeto a sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales. Esta concepción de la tipología de los bienes que pueden existir durante la vigencia del indicado régimen (los propios y los comunes) en nada se opone a la afirmación de la vigencia de tres patrimonios perfectamente diferenciados, a la vez que simultáneos. Estos se forman a causa de la presencia de los bienes comunes y de los bienes propios de cada cónyuge. Se trata de acervos patrimoniales diferentes, pero relacionados entre ellos.

Estas tres masas patrimoniales no son compartimentos estancos que no guardan relación entre sí, sino que, muy por el contrario, destacan por su recíproca permeabilidad (Martínez de Aguirre, 2016a, p. 251). Entre estos patrimonios van a producirse relaciones y desplazamientos que pueden ocasionar un desequilibrio en favor de alguno de ellos y, como efecto inmediato, en detrimento del otro. Por ello, el ordenamiento establece mecanismos para procurar un adecuado equilibrio entre los diferentes patrimonios conyugales. Entre estos mecanismos se encuentran, de forma principal, la subrogación real[5] y el sistema de reintegros y reembolsos[6].

Ya en el ámbito de las finalidades que dichas masas patrimoniales están abocadas a cumplir, en un régimen de sociedad de gananciales se le presta especial atención al patrimonio común. Este patrimonio se encuentra legalmente destinado a hacer frente a los gastos familiares y a otros determinados por el CC[7] quedando, por ello, sujeto a unas reglas concretas de responsabilidad, administración y disposición, disolución y liquidación. Sin embargo, de esta finalidad, que es propia del patrimonio común, tampoco se encuentran tan distantes los patrimonios propios de cada uno de los cónyuges pues, en situaciones expresamente previstas por el citado Código, tales también coadyuvarán a hacer frente a los gastos que se irroguen con motivo del sostenimiento del hogar.

Sin embargo, la sociedad de gananciales no solo se caracteriza por la existencia de estas tres masas patrimoniales, entre las que destaca especialmente el patrimonio común o social –puesto que este únicamente se forma en un régimen de comunidad de bienes–, sino por el reparto de unos gananciales entre los cónyuges cuando finaliza el régimen. Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, el patrimonio común es autónomo e indivisible de forma tal que no se puede adjudicar

---

5 Un mecanismo que se encuentra regulado en el artículo 311 inciso b) del CC, que es citado posteriormente.

6 En el capítulo del CC relativo al régimen de gananciales, el sistema de reintegros y reembolsos recibe un tratamiento aislado, puesto que dicho código le dedica una única norma. Se trata del artículo 310, que establece lo siguiente:

> Son bienes sociales todos los no comprendidos en el Artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor. También tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a éste el valor del suelo al **momento del reembolso** (1984) [el énfasis es nuestro].

De su sola lectura no es posible encauzar el acto del reembolso a un momento específico, pudiendo entenderse, por tanto, que podría llevarse a cabo durante la vigencia del régimen o, incluso, durante la liquidación del mismo. El artículo 322 del CC regulador de la liquidación de la sociedad de gananciales, tampoco contempla en forma expresa el tema de los reintegros y reembolsos, aunque estos bien podrían efectuarse en este momento –que es cuando suelen dejarse satisfechos–. Para mayor información, véase Quispe Salsavilca (2007). Para operar este reembolso se tendría que recurrir, ya de modo específico, a las normas previstas en el Libro VI del CC que corresponden a "Las Obligaciones".

7 Además de los gastos propiamente familiares –sostenimiento de la familia y educación de los hijos comunes–, el patrimonio social también soporta los gastos que cause la administración de la sociedad de gananciales, el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por ambos cónyuges, las mejoras necesarias y las reparaciones de mera conservación o mantenimiento hechas en los predios propios, así como las retribuciones y tributos que los afecten, entre otros gastos que conforme a los distintos numerales del artículo 316 del CC son de cargo de la sociedad.

a cada cónyuge un porcentaje de propiedad sobre los bienes sociales que lo componen. Finalizada la sociedad de gananciales es cuando se procede a la división de dicho patrimonio y se hace por mitad entre ambos cónyuges, siempre y cuando algo de patrimonio quedase por repartir después de la liquidación. Con este propósito, el artículo 323 del CC dice que "son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el Artículo 322. Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos" (1984).

De acuerdo con este artículo, antes de dividir los bienes comunes se debe proceder a la liquidación del régimen –que es la que da lugar a la aparición de los bienes gananciales– cuyas reglas específicas se encuentran previstas en el artículo 322 del CC. Ahora bien, la liquidación incluye la realización de un inventario, el pago de las obligaciones y las cargas sociales, los reintegros y reembolsos que procedieran entre patrimonios, así como la devolución de los bienes propios a cada cónyuge. Solo después de la liquidación es posible conocer si queda remanente alguno que repartir y, de haberlo, si podrá tener lugar la división establecida. La liquidación se configura, entonces, como el procedimiento necesario para determinar si hay o no gananciales.

Plácido Vilcachagua apunta que es el artículo 323 del CC el que determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales después de la liquidación del régimen (2007a, p. 291). Los gananciales son, en palabras de este autor, "el saldo patrimonial que, debido a la comunidad de esfuerzo y de vida de los cónyuges, se dividen por mitad entre ambos o sus respectivos herederos" (p. 291). La sociedad de gananciales, como queda evidenciado, no está regida por un criterio de reparto proporcional de las ganancias en función de lo aportado por cada cónyuge. De hecho, el régimen se orienta a una igualdad de trato, disponiéndose por esa razón un reparto paritario de los bienes gananciales. Ello es así porque el fundamento de la ganancialidad "reside en la existencia de una presunción sobre la concurrencia de ambos cónyuges en un esfuerzo solidario para llevar adelante los fines del matrimonio" (Sambrizzi, 2015, p. 214).

Ahora bien, no se atribuyen por mitad a los cónyuges todos los bienes que formaron parte de la comunidad por aplicación de específicas reglas legales, sino solo aquellos que resultasen tras efectuarse la liquidación del régimen; es decir, los bienes remanentes. Estos últimos son los que, en conformidad con el artículo 323 del CC, reciben el nombre de bienes gananciales –o simplemente gananciales– que no existen en sentido estricto, sino hasta después de la liquidación. Por ello, a estos bienes –y no a los bienes sociales– les resulta aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la mera propiedad virtual y no actual de los cónyuges, establecida en el Expediente 1144-98-Lima[8]. En efecto, durante la vigencia de la sociedad, los cónyuges tienen una propiedad virtual sobre los bienes gananciales.

Dicho esto, se debe tomar en cuenta el esquema seguido por Martínez de Aguirre (2016a) cuando hace la distinción entre bienes gananciales y ganancias en el Derecho común español[9]. Se puede afirmar que la configuración legal peruana de la sociedad de gananciales permite distinguir, en esa misma medida, entre bienes sociales –aquellos que se hacen comunes de los cónyuges mientras el régimen está en vigor– y bienes gananciales –aquellos que se presentan solo si tras la liquidación del régimen, efectuados los pagos y reintegros legalmente dispuestos, hay remanentes a ser repartidos por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos–.

No está de más especificar que el patrimonio social no solo estará compuesto por los denominados bienes sociales, sino también por aquellas deudas igualmente sociales. Aunque en el artículo 301 del CC no se mencionen dichas deudas, limitando el contenido del régimen de gananciales a los bienes que pueden conformarlo, una lectura

[8] El extracto más relevante de la sentencia recaída en el Expediente 1144-98-Lima aparece compilado por Torres Vásquez, el cual establece que

> **la propiedad de los bienes sociales, no es actual sino virtual** y solo se concretiza, fenecida que sea la sociedad conyugal, previa liquidación. Por ello, **no es posible asignar** –**por ahora**– **porcentaje alguno de propiedad, respecto de los bienes sociales, a cada cónyuge**, pues este se asignará solo cuando hayan quedado establecidas las gananciales (citado en Torres Vásquez, 2008, p. 109) [el énfasis es nuestro].

[9] Martínez de Aguirre distingue entre bienes gananciales y ganancias en el Derecho común español. Los primeros –bienes gananciales– son aquellos a los que en el Derecho peruano se denominan bienes sociales, y las segundas –ganancias–, las que reciben en este último ordenamiento el nombre de bienes gananciales o, en su versión abreviada, simplemente gananciales. Véase que la diferencia entre uno y otro ordenamiento con relación a "los gananciales" no es meramente terminológica, puesto que el concepto de bienes gananciales en el Derecho peruano es además indicador de la finalización de la sociedad. En el régimen peruano de gananciales, tales bienes solo podrían aparecer una vez efectuada la liquidación del mismo, mientras que en el Derecho español los gananciales son los bienes que se presentan durante la vigencia del régimen, recibiendo tal calidad de acuerdo a lo establecido en su propia regulación (2016a, p. 251).

sistemática y teleológica de la normativa que lo regula permite advertir que el patrimonio común incluye tanto al activo (conformado por los bienes y derechos) como al pasivo, que comprende las deudas y cargas (Arias-Schreiber Pezet, 2007, p. 289). A esto último, no resultan ajenos los patrimonios privativos de los cónyuges que responderán también en determinadas ocasiones por las deudas sociales[10]. No obstante, sobre este aspecto no se ahondará en tanto no es parte del objeto central del estudio.

En suma, como en la sociedad de gananciales es posible distinguir tres masas patrimoniales (dos privativas y una común) esta nota permite caracterizar al régimen peruano de gananciales como uno de comunidad relativa (Gutiérrez Barrenengoa, 2002, p. 179)[11]. Durante la vigencia del régimen van a coexistir bienes propios de titularidad de cada uno de los cónyuges, así como bienes comunes, cuya titularidad corresponde a ambos conjuntamente. En la práctica, la determinación de estas titularidades suele ser más compleja de lo que a simple vista parece. Debido a ello, no resulta recomendable considerar a la titularidad formal como único referente al momento de valorar la adscripción de los bienes a una u otra masa patrimonial, puesto que puede que cada cónyuge sea titular de bienes pertenecientes a las distintas masas. Dada esa complejidad, por ahora el trabajo se centrará solo en los bienes claramente propios según criterios legales.

III. BIENES PROPIOS Y PRINCIPIOS RECTORES PARA LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA PRIVATIVIDAD DE LOS BIENES

Son propios de cada cónyuge los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia del régimen de sociedad de gananciales –sea que dicha vigencia se produzca a partir de la celebración del matrimonio o con posterioridad, una vez operada la sustitución convencional del régimen de separación de patrimonios inicialmente elegido por los cónyuges–, o durante la vigencia del mismo si tienen su causa de adquisición en un título gratuito. Entiéndase entonces que solo lo serán en la medida de lo taxativamente catalogado en el artículo 302 del CC[12].

El referido artículo contiene incluso algunos supuestos que van más allá de los criterios referidos al momento y a la gratuidad de la adquisición y que, finalmente, asignan, por atribución legal, un carácter privativo a determinados bienes. En esta medida, son también propios los bienes adquiridos durante el matrimonio por causa onerosa precedente[13], los de naturaleza personal señalados en la ley y aquellos que durante el régimen sustituyan o subroguen a otros bienes propios, pudiendo ser estos corporales o incorporales, muebles o inmuebles, rentas o créditos[14].

El CC de 1984, siguiendo la técnica empleada por el CC de 1936, recurre a una relación enumerativa

---

10 Véase el artículo 317 del CC sobre la responsabilidad por deudas de la sociedad, el cual menciona que "los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de estos, los propios de ambos cónyuges responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad" (1984).

11 Cuyas consideraciones sobre el Derecho español sirven también para una lectura de la sociedad de gananciales regulada en el Derecho peruano.

12 En efecto, esta norma atribuye la calidad de propios de cada cónyuge a los siguientes bienes:

> 1.- Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales. 2.- Los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquélla. 3.- Los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito. 4.- La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad. 5.- Los derechos de autor e inventor. 6.- Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio. 7.- Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio. 8.- La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio. 9.- Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia (1984).

13 Sobre el particular, la jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

> Son bienes propios de cada cónyuge los que se adquieren durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella. El término causa debe entenderse como el motivo o el antecedente necesario que origina un efecto, y también el fundamento necesario por el cual se adquiere un derecho. Se trata en consecuencia, de aquellos bienes sobre los cuales uno de los esposos ya tenía un derecho antes de casarse (Casación 1715-1996-Piura, de 11 mayo de 1998, citada en Varsi Rospigliosi, 2012, p. 176).

14 La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este criterio para la consideración de los bienes propios de la siguiente forma:

> Se califica como propios de cada cónyuge los bienes que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales, que la fórmula general empleada por el legislador comprende todos los bienes que cada uno de los cónyuges tenían al momento de iniciarse el régimen, sea corporales o incorporales, muebles o inmuebles, créditos o rentas; en general, todos los valores patrimoniales de cualquier naturaleza, sin atender al origen o título de adquisición (Casación 2201-1999-Lima, de 1 septiembre de 2000, citada en Varsi Rospigliosi, 2012, p. 175).

de bienes propios y lo hace con un matiz abstracto para poder acoger el mayor número de casos posibles que se ajusten a los enunciados previstos. No obstante, aun cuando estas formulaciones abstractas otorgan un mayor ámbito de aplicación a la norma[15], no están exentas de presentar deficiencias a causa de la complejidad de los casos que eventualmente pudieran acaecer (originando así confusiones doctrinarias o jurisprudenciales, como más adelante se verá). Este es un problema propio de toda aplicación normativa, es decir, de esa típica adecuación recíproca de los hechos a la norma y de la norma a los hechos. Sin embargo, no por ello deja de ser cierto que una enumeración como la del artículo 302 del CC facilita el trabajo de calificación de los bienes, debido a que serán propios de cada cónyuge todos aquellos que se acomoden a los supuestos en él contemplados.

El indicado artículo 302 del CC es de gran importancia dentro de la sistemática ideada para la adscripción de los bienes del matrimonio a las masas patrimoniales personales de cada cónyuge, puesto que la lectura conjunta de los distintos supuestos en él previstos permite extraer tres principios rectores de fundamental observancia en la materia (Plácido Vilcachagua, 2007b, p. 199; Lora Álvarez, 2012, p. 259). Tienen precisamente este carácter porque en ellos se habría inspirado el legislador al momento de establecer los casos de atribución legal de carácter propio a determinados bienes.

Esos principios rectores para la determinación de la privatividad de los bienes, los cuales se desprenden con carácter genérico de la propia relación enumerativa del artículo 302 del CC, son los siguientes: (i) la época o momento de la adquisición; (ii) el carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones constante matrimonio; y (iii) el origen de los fondos empleados en las adquisiciones. Aunque tales principios son extraíbles de las disposiciones relativas a los bienes propios, su aplicación también podría valer para determinar la naturaleza social de los bienes. Así, en ocasiones muy concretas, el carácter social de los bienes se deducirá incluso como consecuencia de la no calificación del bien como propio. Por ello, y dado que dichos principios se complementan, se aconseja su aplicación conjunta para la correcta calificación del bien cuando no sea suficiente con un simple trabajo de subsunción en alguno de los supuestos taxativamente numerados por el artículo en cuestión (Plácido Vilcachagua, 2007b, p. 203).

Conforme al principio de la época o momento de la adquisición, se debe entender que tienen la calidad de propios todos aquellos bienes adquiridos por los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio sujeto a régimen de gananciales, así como aquellos que, habiendo sido adquiridos constante matrimonio, lo son en virtud de un título anterior, sea o no oneroso. Una lectura en sentido contrario permite advertir, entonces, que serán sociales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio o después de su disolución por causa anterior, salvo excepciones previstas en el artículo 302 del CC.

En ese sentido, según el principio del carácter oneroso o gratuito de las adquisiciones constante matrimonio, tienen la condición de propios todos los bienes que los cónyuges adquieran durante el matrimonio a título gratuito. La causa de estas adquisiciones puede ser una herencia, un legado o una donación en su favor. También puede deberse a la distribución gratuita de nuevas acciones o participaciones de sociedades, producidas con motivo de la revaluación patrimonial, siempre que las que le dieron origen también hubiesen sido propias. Del mismo modo, son propias la renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso siempre que la contraprestación constituya bien propio.

El principio relativo al origen de los fondos empleados en las adquisiciones, por su parte, marca la pauta para considerar como propios a determinados bienes aun cuando estos hayan sido adquiridos a título oneroso durante el matrimonio. Esto será así siempre que dichos bienes tengan su origen en el empleo de fondos pertenecientes a un patrimonio privativo. Se entiende, por lo tanto, que lo adquirido será propio en virtud de una subrogación real.

Estos principios son de aplicación inmediata en el trabajo de calificación de los bienes propios, debido a que se encuentran predeterminados por el artículo en cuestión en una enumeración cerrada y abstracta de bienes. Asimismo, como ya se ha adelantado, esta enumeración no solo busca limitar qué bienes pueden ser considerados como propios, sino que también tiene como función posibilitar la atribución legal del carácter social a los bienes que no aparezcan comprendidos en ella puesto que, como preceptúa el artículo 310 del CC en su parte inicial: "son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302" (1984).

[15] Respecto de la enumeración de los bienes matrimoniales, como criterio general, Basset considera que "lo abstracto es más apropiado cuando hay que calificar como propios o gananciales innumerables supuestos concretos cuya variabilidad puede ser infinita" (2012, p. 523).

En caso de insuficiencia para determinar la naturaleza propia del bien a partir de su mera subsunción en alguno de los supuestos del artículo 302 del CC –de donde se extraen los tres principios rectores antes mencionados–, siempre se podrá recurrir a la aplicación de las reglas generales de calificación de los bienes, basadas en un sistema de presunciones contenidas en el artículo 311 de la misma norma[16]. Sin embargo, en última instancia, de no poder acreditarse la privatividad del bien, se le atribuirá carácter social por prevalencia de la presunción de ganancialidad.

IV. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS Y POSIBLES RESTRICCIONES

El artículo 303 del CC especifica que "cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios" (1984). De esta cita se concluye que el gobierno y conservación de estos bienes corresponde, en principio, al cónyuge titular de los mismos. Se hace esta matización por cuanto la "libre administración" a la cual se refiere la norma no es absoluta. Esto se debe a que estará subordinada al interés familiar[17] en casos muy concretos, para los que el CC considera que debe restringirse dicha facultad y las razones pueden estar fundadas en diversas situaciones (ya sea en el incumplimiento de obligaciones por parte del cónyuge titular de los bienes propios o en la imposibilidad de este de encargarse de la administración de tales bienes).

En las diversas situaciones (expresamente previstas por el CC) la mencionada regla general por la cual cada cónyuge administra libremente sus bienes propios y lo hace a título personal, se verá afectada y la facultad de administración será transferida al otro cónyuge, siempre –como antes se ha señalado– en salvaguarda del interés familiar –pudiendo incluso llevarse a cabo por propia decisión del cónyuge titular de los bienes–. En ese sentido, el CC opta por un "sistema de administración transferida" que posibilita al otro cónyuge, en casos excepcionales, asumir dichas facultades de administración para destinar los rendimientos producidos por los bienes propios de su consorte al sostenimiento de la familia (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 83).

Según el título que la cause, esa transferencia de la facultad de administración de los bienes propios de un cónyuge presenta tres modalidades[18]: (i) la administración transferida por resolución judicial; (ii) la administración transferida por decisión del cónyuge titular de los bienes propios; y, (iii) la administración transferida por ministerio de la ley.

En primer lugar, con respecto a la administración transferida por resolución judicial, se entiende que esta se produce cuando uno de los cónyuges no cumple con su deber de contribuir con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar. En ese sentido, la administración del otro cónyuge –entiéndase, el no titular de los bienes propios– se ejercerá en forma total o parcial de acuerdo con el artículo 305 del CC. Adicionalmente, esta norma señala que el cónyuge que ha de encargarse de la administración de los bienes propios "está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba" (1984). Este aspecto debe ser entendido como una forma de garantizar el cumplimiento de las funciones transferidas y de cautelar el patrimonio privativo del cónyuge cuya facultad de administración se ve restringida.

En segundo lugar, con respecto a la administración transferida por decisión del cónyuge titular de los bienes propios, se comprende que esta se presenta cuando se autoriza al otro cónyuge a ejercer la administración de estos bienes (en su totalidad o en parte) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 306 del CC. Este precepto delimita las funciones del cónyuge administrador al establecer que "no tiene este sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario" (1984). Se excluye, entonces, de ese conjunto de facultades cualquier acto de disposición o afectación a los bienes propios (Castro Pérez Treviño, 2010, p. 120; Jiménez Vargas-Machuca, 2007b, p. 215), pues para estos últimos actos debe existir poder con las formalidades exigidas por el artículo 156 del CC, el cual menciona "que el en-

[16] Dicho artículo, en su literalidad, comenta lo siguiente:

> Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior (1984).

[17] Principio que rige los actos de gestión de los bienes matrimoniales y acerca del cual se hace una breve referencia en el siguiente epígrafe.

[18] Estas modalidades son desarrolladas siguiendo el mismo orden propuesto por Plácido Vilcachagua (2016, p. 83), pero se les ha asignado una denominación personalizada y su desarrollo, en algunos aspectos, difiere del elaborado por el citado autor, como queda debidamente justificado en el cuerpo del trabajo y en algunas notas a pie de página.

cargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad" (1984).

La forma que debe revestir la "delegación voluntaria de facultades" del artículo 306 del CC –conforme al cual la facultad de administración se transfiere "cuando uno de los cónyuges permite que sus bienes propios sean administrados en todo o en parte por el otro" (1984)– queda a potestad del cónyuge propietario que las confiere. Puede ser una delegación expresa, es decir, escrita o verbal. Ahora bien, si es escrita, debe ser efectuada por documento público o privado. Lo importante es que los medios empleados por el consorte tengan como finalidad comunicar su voluntad interna directamente al otro cónyuge. Por otro lado, también puede ser tácita, es decir, que resulte de actos por los que se da a conocer la existencia de la voluntad del cónyuge propietario de permitir que el otro cónyuge asuma las facultades de administración de sus bienes propios (Jiménez Vargas-Machuca, 2007b, p. 214).

En tercer lugar, con respecto a la administración transferida por ministerio de la ley, esta se aplica cuando el cónyuge titular de los bienes propios se encuentra impedido por interdicción u otra causa (Plácido Vilcachagua, 2016, pp. 83-84; Varsi Rospigliosi, 2012, p. 189). Ahora bien, dicha causa debe entenderse análoga[19] a la que encabeza el primer inciso del artículo 294 del CC[20]. Del mismo modo, esta modalidad de transferencia de administración también se presentará cuando se ignore el paradero del cónyuge antes indicado[21], salvo que exista apoderado con facultades inscritas. Ambos supuestos proceden conforme a lo dispuesto por el artículo 314 del CC párrafo primero[22], concordado a su vez con el artículo 294 incisos 1 y 2, de forma respectiva.

En todos estos supuestos trabajados, el cónyuge administrador solo está facultado a realizar actos tendientes a la conservación de los bienes propios del otro y a posibilitar que estos produzcan sus frutos, los cuales luego deberán ser destinados al levantamiento de las cargas familiares. Por otra parte, dado que los supuestos de transferencia de administración son excepcionales, el cónyuge administrador está obligado a devolver los bienes propios a requerimiento del propietario una vez desaparecida la causa que motivó la transferencia de la administración. Dicha devolución operará en la misma forma en que dicha transferencia quedó constituida en un inicio. Además, al propio tiempo, la obligación de devolver los bienes propios lleva implícita la de rendir cuentas y la de indemnizar al cónyuge titular de los bienes propios por los daños causados en virtud de actos dolosos o culposos (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 84).

V. LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES PROPIOS Y SUS LÍMITES

Junto con la libre administración, el artículo 303 del CC regula que "cada cónyuge puede disponer de sus bienes propios o gravarlos" (1984). De la lectura del precepto se advierte que el cónyuge propietario tiene facultades para gravar y disponer libremente de sus bienes propios sin la intervención necesaria del otro. La norma, según se puede interpretar de su estricta literalidad, pone de relieve una facultad de disposición en su sentido más amplio: el cónyuge titular de los bienes propios no se encuentra sometido a ninguna limitación de forma tal que puede disponer de ellos y gravarlos cuantas veces lo estime conveniente.

No obstante, ya la doctrina peruana se ha encargado de matizar el precepto para sujetar estas facul-

[19] Con la reforma del CC del año 2018, operada por acción del Decreto Legislativo 1384, se incorporó un noveno numeral al artículo 44 mediante el cual se regula que las personas que se encuentren en estado de coma –siempre que no hubieran designado un apoyo con anterioridad– tienen capacidad de ejercicio restringida. En este caso, corresponde que se designe judicialmente dicho apoyo (porque existe expresa disposición legal para tal efecto), pudiendo recaer esta figura en la persona del otro cónyuge.

[20] Este precepto sobre la "Representación unilateral de la sociedad conyugal" comprende lo siguiente:

> Uno de los cónyuges asume la dirección y representación de la sociedad: 1.- Si el otro está impedido por interdicción u otra causa. 2.- Si se ignora el paradero del otro o éste se encuentra en lugar remoto. 3.- Si el otro ha abandonado el hogar" (1984).

[21] Aunque Plácido Vilcachagua prefiera considerar a este aspecto como un supuesto de transferencia de administración por vía judicial, sustentando su posición en el artículo 314 del CC. De otra parte, señala el mismo autor que la transferencia judicial de las facultades de administración al otro cónyuge procedería también cuando el cónyuge titular de los bienes propios ha abandonado el domicilio conyugal; apoyándose para ello en lo dispuesto en el artículo 314 del CC (2016, p. 83). Sin embargo, este precepto es contundente al expresar que "la administración de los bienes propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del artículo 294, incisos 1 y 2". Es decir, cuando el otro cónyuge se encuentra impedido por interdicción u otra causa y cuando se ignora su paradero o se encuentra en lugar remoto, aclarando enfáticamente que, "si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales", mas no la de los bienes propios del abandonante, como parecería entender el citado autor.

[22] En su texto este artículo recoge que "la administración de los bienes de la sociedad y de los propios de uno de los cónyuges corresponde al otro en los casos del Artículo 294, incisos 1 y 2. Si uno de los cónyuges ha abandonado el hogar, corresponde al otro la administración de los bienes sociales" (1984).

tades de disposición y gravamen al límite implícito del interés familiar. Este interés de la familia actúa como un principio rector en la gestión de los bienes del matrimonio (Plácido Vilcachagua, 2007c, p. 206; Varsi Rospigliosi, 2012, p. 51). Se desprende implícitamente del precepto constitucional de protección de la familia (artículo 4 de la Constitución peruana de 1993) y tiene, además, raigambre civil en tanto que la finalidad de la regulación jurídica de la familia apunta a contribuir a su consolidación y fortalecimiento (artículo 233 del CC).

Ahora bien, la doctrina comparada se pronuncia en el mismo sentido que la doctrina nacional. De hecho, para Ysàs Solanes, el principio en cuestión pone de relieve la existencia de un interés distinto a los intereses particulares o individuales de los cónyuges, y superior, al que estos deben subordinar sus actuaciones, aunque la familia en sí misma no sea considerada un ente susceptible de tener intereses (2005, p. 148). De ahí que, tanto en el ámbito personal como, de forma especial, en el patrimonial, se exija a los cónyuges actuar en interés de la familia. Esta exigencia debe ser interpretada en sentido negativo por cuanto aquellos deben evitar las actuaciones que puedan causar perjuicios a la familia (Ysàs Solanes, 2005, p. 148).

En virtud de ello, la libre disposición de los bienes propios guarda relación con una serie de normas que tienen por finalidad establecer –de alguna forma– límites al uso irrestricto de esta facultad que pudiese poner en peligro los intereses de la familia o las expectativas del otro cónyuge respecto de sus eventuales gananciales (Castro Pérez Treviño, 2010, p. 120). En ese sentido, siempre que este considere que los actos de disposición excesiva, practicados por el cónyuge titular, son el resultado de una gestión inadecuada o irracional, o de una ausencia de aptitudes para ponderar el valor de los bienes, podrá plantear una acción de interdicción por causa de prodigalidad (artículo 584 del CC) o de mala gestión (artículo 585 del CC), o de invalidez de donación (artículo 1629 del CC)[23], entre otras[24] en la medida que el caso lo requiera.

De manera natural, lo antes señalado obedece a una situación extraordinaria y, por lo tanto, debe ser interpretado en su forma más restringida toda vez que, como ya he apuntado, el CC no contempla expresamente ninguna limitación al poder dispositivo del cónyuge titular sobre sus bienes propios ni exige –a su vez– el consentimiento conjunto de los cónyuges para la disposición de determinados bienes que son propios de cada uno de ellos, como sí lo hace el Código Civil español (en adelante, CC español). Sobre el particular, el artículo 1320 del CC español configura, junto con el artículo 96 de la misma norma, el régimen propio de la vivienda y el ajuar familiar. En efecto, el primer artículo menciona que "para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial" (1889). Cuando falte el consentimiento de uno de ellos, el acto de enajenación de la vivienda familiar o su mobiliario es anulable, sobre la base de los términos del artículo 1322 del CC español, salvo que se haya obtenido autorización judicial para realizar el acto en cuestión (artículo 1320, párrafo primero, del CC español).

Señala la doctrina española que esta norma tiene el fin de evitar los abusos del cónyuge titular de la vivienda o el ajuar familiar en perjuicio del otro y de la familia en sí misma, al disponer de tales en favor de terceros (puesto que tiene derecho a hacerlo), pero poniendo con ello en riesgo la estabilidad de la sede que le sirve de cobijo (Clemente Meoro, 2012, p. 559; Cuena Casas, 2011, pp. 296-297; Martínez de Aguirre, 2016b, p. 232; Martín Meléndez, 2002, p. 27; Murcia Quintana, 2002, p. 67). En efecto, se quiere proteger los bienes materiales (muebles e inmuebles) directamente ligados a las necesidades más elementales de la familia –como el alojamiento, la convivencia, entre otros– y que son, de forma lógica, los que quedan excluidos de la disposición unilateral por uno de los cónyuges, aunque se trate de bienes de titularidad privativa (Martínez de Aguirre, 2016b, p. 232); puesto que, dado este escenario, se está ante bienes que fueron puestos a disposición de la familia. Se admite incluso la posibilidad de solicitar una autorización judicial para completar la ausencia del consentimiento del cónyuge no titular[25], que es indispensable cuando se quiere disponer de los mencionados bienes.

En ese sentido, sería beneficioso importar a Perú un régimen jurídico de vivienda y ajuar familiar

[23] Para mayor información, véanse Castro Pérez Treviño (2010, p. 120); Meseguer Güich (2000, pp. 77-78) y Varsi Rospigliosi (2012, p. 189).

[24] Véase, para identificar otras posibles causas, a Varsi Rospigliosi (2012, p. 189).

[25] Para un mayor entendimiento sobre las reglas aplicables al régimen de la vivienda y los muebles de uso ordinario de la familia en el CC español (especialmente en lo relativo a las consecuencias de la ausencia del consentimiento del cónyuge no titular y la protección del tercero adquirente de la vivienda familiar) véase a Martínez de Aguirre (2016b, pp. 232-236).

como el que contiene el Derecho español, con la finalidad de poder dispensar así una mayor protección a esos bienes del matrimonio que sirven para satisfacer las necesidades más básicas de la familia. En el Derecho peruano se regula actualmente el régimen jurídico del patrimonio familiar[26], pero este se encuentra limitado a la vivienda y a unos beneficiarios muy específicos. De hecho, el Acuerdo Plenario del Tribunal Registral, en el XLVII Pleno, estableció que "solo puede ser objeto de patrimonio familiar la casa habitación o el predio destinado al sustento de los beneficiarios" (2009)[27]. Asimismo, de acuerdo con el artículo 495 del CC solo pueden serlo "los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes **que se encuentren en estado de necesidad** y los **hermanos menores o incapaces del constituyente**" (1984) [el énfasis es nuestro]. Este es un tema de mucho interés para el Derecho familiar peruano; sin embargo, no se profundizará en él ahora a causa de que no constituye el objeto principal del presente trabajo.

VI. IRRENUNCIABILIDAD UNILATERAL DE ACTOS DE LIBERALIDAD Y GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL OTRO CÓNYUGE

Ya se ha apuntado que el CC no contiene normas que limiten explícitamente las facultades dispositivas y de administración del cónyuge titular sobre sus bienes propios. No obstante, sí existe en este orden normativo un precepto que, de alguna manera, condiciona el actuar individual de los cónyuges en relación con aquellos bienes que, producto de un acto de liberalidad, pasarían a formar parte de su patrimonio privativo. Este precepto no es otro que el contenido en el artículo 304 del CC, el cual dispone que "ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro" (1984).

De entrada, la simple lectura del artículo 304 del CC ya conlleva a la formulación de una serie de interrogantes, especialmente en relación con aquello que constituiría el fundamento para requerir el consentimiento de un cónyuge que no se convertirá en titular directo ni inmediato del bien que se adquiriría en caso de aceptarse alguno de los actos de liberalidad indicados en la norma. Entender la necesidad de este consentimiento es sustancial a causa de que este comporta, al propio tiempo, un límite al derecho de los cónyuges a renunciar a una herencia o legado, o a no aceptar una donación. De hecho, visto desde cualquier arista, aquello que justifica el requerimiento del artículo 304 del CC explicará el objeto de protección de la norma; es decir, qué es lo que con ella se quiere tutelar.

Para desarrollar el contenido y el alcance de este artículo será indispensable remitirnos a lo regulado por el artículo 302 del CC toda vez que este expresa, conforme a su inciso 3, que son propios de cada cónyuge todos aquellos bienes que se adquieran a título gratuito durante la vigencia del régimen de gananciales. De ahí que los bienes atribuidos a cada cónyuge con causa en un acto de liberalidad sean reputados como bienes propios de su titular. Esto último (en conexión con el artículo 310 del CC) resulta de transcendencia para la familia en cuanto que los frutos o productos de todos los bienes propios reciben la calificación legal de bienes sociales.

En cuanto a las liberalidades referidas en la normativa, la doctrina mayoritaria ha señalado que solo entran en el supuesto de aplicación del artículo 304 del CC aquellas que se caracterizan por ser puras y simples donaciones, herencias o legados. Se excluyen, entonces, todas aquellas que conlleven algún cargo civil, puesto que el cumplimiento de este supondrá una obligación para el beneficiario, el cual, en este supuesto particular (que es distinto del expresado en la norma), tendrá pleno derecho de aceptarla o rechazarla sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge (Jiménez Vargas-Machuca, 2007c, p. 208; Varsi Rospigliosi, 2012, p. 190). En cuanto al momento en que se otorga la liberalidad, el precepto comprendería tanto liberalidades *inter vivos* (donaciones) como *mortis causa* (legados o herencias).

La conclusión que se sigue de los razonamientos anteriores es que la *ratio legis* del artículo 304 del CC tiene su base en el carácter social que adquirirían los frutos y productos que potencialmente se deriven de los bienes que –durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales– ingresen al patrimonio privativo de alguno de los cónyuges en virtud de un acto de liberalidad puro y simple

[26] Véase los artículos 488 a 501 del CC dentro del Capítulo Segundo sobre Patrimonio Familiar, del Título I de Alimentos y Bienes de Familia, en la Sección Cuarta dedicada al Amparo Familiar, ubicada dentro del Libro III de Derecho de Familia.

[27] Véase el XLVII Pleno del Tribunal Registral, de 19 de mayo de 2009. Este concuerda con lo regulado en el artículo 489 del CC sobre "Bienes afectados patrimonio familiar", el cual menciona lo siguiente:

> Puede ser objeto del patrimonio familiar: 1.- La casa habitación de la familia. 2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio. El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios (1984).

(Aguilar Llanos, 2008, p. 150). Lo que se quiere proteger es, entonces, la expectativa de la sociedad conyugal de incrementar el patrimonio social (Jiménez Vargas-Machuca, 2007c, p. 209) que resulta de interés por cuanto este está destinado a la atención de las cargas familiares. Aquí reside la razón de que el artículo 304 evaluado exija el consentimiento del otro cónyuge para que pueda renunciarse a una herencia, un legado o dejar de aceptarse una donación. Este consentimiento no se exige en caso de aceptación, puesto que esta sí resultará acorde con el propósito de la norma (Plácido Vilcachagua, 2016, p. 83).

En el plano de la razón práctica, más que la necesidad, la conveniencia o no del consentimiento del otro cónyuge estará supeditada al beneficio que pueda revertir para la familia el acto de liberalidad de que se trate. Por ello, si el cónyuge a quien se dirige la liberalidad optara por renunciar a esta y su consorte emite el respectivo consentimiento, lo harán bajo el presupuesto de que aquella no comporta beneficio alguno para la familia. En un supuesto distinto, cuando la renuncia suponga dejar de percibir potenciales bienes sociales, el otro cónyuge (es decir, a quien no está directamente destinado el acto de liberalidad) estará en todo su derecho a no prestar tal consentimiento. En este caso, aunque la norma no haga mención sobre este aspecto, se entiende que el cónyuge que sí desea renunciar (porque está en su legítimo derecho de tomar también esta decisión) bien podría judicializar la causa para solicitar que se supla por esta vía lo requerido por el artículo 304 del CC.

En la misma medida, respecto de esta última hipótesis que se plantea; el otro cónyuge, cuyo consentimiento se necesita, pero no se muestra conforme con la renuncia, debería tener la oportunidad de poder oponerse a esta y probar (de darse el caso) que tal renuncia perjudicaría a la familia. Esta lógica responde a que los bienes propios responden también por las deudas que se hubiesen asumido en beneficio del futuro hogar o vivienda, aunque se trate de deudas contraídas por el otro cónyuge antes de la vigencia del régimen de gananciales (artículo 307 del CC[28]); así como por aquellas asumidas durante su vigencia en provecho de la familia, aunque fueran personales del otro cónyuge (artículo 308 del CC[29]). La cuestión es clara, a falta de bienes sociales, son las masas patrimoniales privativas de cada cónyuge aquellas que terminarán soportando las cargas de la sociedad enumeradas en el artículo 316 del CC, entre las que aparece el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes en caso de haberlos (Plácido Vilcachagua, 2007d, p. 260).

A propósito de este mismo asunto, una interrogante que surge es la referente a la sanción que recibiría la renuncia realizada sin consentimiento del otro cónyuge, debido a que la norma no ha señalado nada específico. No obstante, ya que el artículo 304 del CC señala que "no se puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro" (1984) –haciendo alusión expresa, como se puede ver, a un consentimiento que es distinto de aquel a quien va destinado el acto de liberalidad– lo más lógico sería recurrir a la nulidad del acto (o negocio jurídico) por falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges, conforme al artículo 219 inciso 1 del CC. Sin embargo, quizá hubiese sido más adecuada una norma que previese la anulación del acto de renuncia, a fin de que quedara expedita la vía para su convalidación, o que estableciera su ineficacia para posibilitar su ratificación por el otro cónyuge. La nulidad parece una sanción muy drástica cuando nos encontramos frente a bienes que aún no han entrado a formar parte del acervo patrimonial privativo de nadie.

Como colofón, algunos autores han señalado que lo dispuesto por el artículo 304 del CC, que hemos analizado, encierra cierta contradicción al requerir la aprobación del otro cónyuge para rechazar un acto de liberalidad (pero no para aceptarlo) y que ante su negativa el bien de todos modos ingresaría al patrimonio privativo del beneficiario. De esta forma, este podrá disponer a plenitud de aquel, lo que comprende la posibilidad de venderlo, permutarlo e incluso donarlo, sin requerir en absoluto la intervención del otro (Jiménez Vargas-Machuca, 2007c, p. 209; Varsi Rospigliosi, 2012, p. 190). Sin embargo, los defensores de esta posición han omitido analizar el alcance del precepto en forma sistemática con otra norma del Código que permite su plena comprensión, como se pone de manifiesto a continuación.

En sintonía con lo anterior, el artículo 303 del CC expresa que cada cónyuge mantiene sobre sus bienes propios el derecho de disponer de ellos o

[28] Tal norma menciona que "las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor" (1984).

[29] Tal norma menciona que "los bienes propios de uno de los cónyuges, no responden de las deudas personales del otro, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia" (1984).

gravarlos, sin ninguna limitación legal –a menos que en la vía judicial se argumente una afectación al interés familiar; límite implícito de orden civil y constitucional–. En conexión con este aspecto, no cabe razón para sostener que el artículo 304 del CC entraña una contradicción en los términos antes precisados, puesto que la finalidad es proteger (en última instancia) una expectativa sobre potenciales bienes sociales en caso de que la liberalidad supusiera un incremento para el patrimonio privativo del cónyuge beneficiario y, de forma consiguiente, para el patrimonio social de los implicados. Pues si no fuera así, ambos cónyuges –o el cónyuge titular con la correspondiente autorización judicial– simplemente renunciarían a la herencia o al legado, o dejarían de aceptar la donación.

De resultar ventajoso un acto de liberalidad, estará plenamente justificado que el otro cónyuge se niegue a prestar su consentimiento en apoyo a la renuncia que desea efectuar su consorte aun cuando aquello pueda suponer que este, en tanto beneficiario de la liberalidad, decida disponer como mejor le plazca de los nuevos bienes que se incorporan a su patrimonio personal –porque puede hacerlo con plena libertad y sin necesitar para ello del consentimiento del otro cónyuge–. En caso de considerarse excesiva esta disposición, el otro cónyuge siempre contará con mecanismos jurídicos para hacer frente a tal situación. Es necesario recordar que, ante disposiciones excesivas, las que resulten de decisiones irracionales o de la ausencia de aptitudes para contrapesar adecuadamente el valor de los bienes y los actos a realizar; queda a salvo el derecho del otro cónyuge para entablar las acciones judiciales que se han anotado en el presente trabajo.

VII. CONCLUSIONES

Durante la vigencia del régimen de gananciales pueden coexistir, junto con el patrimonio social, las masas patrimoniales privativas de cada cónyuge. En el CC opera, a este respecto, una regla general en cuya virtud cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de los bienes propios que componen sus patrimonios privativos. Sin embargo, tales facultades deben ser ejercidas con arreglo al interés de la familia, la cual se constituye en un límite implícito al actuar de los cónyuges pero, sobre todo, en la medida que justifica la aplicación de algunos preceptos para evitar los abusos del cónyuge titular del bien propio o garantizar la continuidad de los fines familiares ante su imposibilidad legal.

La libre administración de los bienes propios no es absoluta, puesto que estará subordinada al interés familiar en casos muy concretos para los que el CC considera que debe restringirse dicha facultad. Asimismo, las razones pueden estar fundadas en diversas situaciones, ya sea en el incumplimiento de obligaciones por parte del cónyuge titular de los bienes propios o en la imposibilidad de este de encargarse de la administración de tales bienes. Cuando esa regla general por la cual cada cónyuge administra libremente sus bienes propios se vea afectada, la facultad de administración será transferida al otro cónyuge. Esa administración puede ser transferida por resolución judicial, por decisión del cónyuge titular de los bienes propios y por ministerio de la ley. A su vez, el cónyuge administrador está obligado a devolver los bienes propios a requerimiento del propietario una vez desaparecida la causa que motivó la transferencia de la administración.

El cónyuge propietario tiene también facultades para gravar y disponer libremente de sus bienes propios, sin intervención del cónyuge no titular. No obstante, estas facultades deberán sujetarse al límite implícito del interés familiar que no solo tiene arraigo civil, sino también constitucional. Además, la libre disposición de los bienes propios guarda relación con una serie de normas que tienen por finalidad establecer límites al uso irrestricto de esta facultad cuando se pudiera poner en peligro los intereses de la familia o las expectativas del otro cónyuge respecto de sus eventuales gananciales. De tal forma, se podría entablar una acción de interdicción por causa de prodigalidad o de mala gestión o, en su defecto, la acción de invalidez de donación según sea el caso.

Si bien el CC no contiene normas que limiten explícitamente las facultades dispositivas y de administración del cónyuge titular sobre sus bienes propios, sí existe en él un precepto que (de alguna manera) condiciona el actuar individual de los cónyuges en relación con aquellos bienes que, producto de un acto de liberalidad, eventualmente pasarían a formar parte de su patrimonio privativo e incrementarían el patrimonio social. Tal precepto no es otro que el contenido en el artículo 304 del CC, conforme al cual ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado, o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro.

La *ratio legis* del artículo 304 del CC tiene su base en el carácter social que adquirirían los frutos y productos que potencialmente se deriven de los bienes que, durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, ingresen al patrimonio privativo de alguno de los cónyuges en virtud de un acto de liberalidad puro y simple. En efecto, lo que se quiere proteger es, entonces, la expectativa de la sociedad conyugal de incrementar el patrimonio social. Este aspecto resulta de gran interés

por cuanto el mismo se destina a la atención de las cargas familiares. Aquí reside la razón de que el artículo 304 del CC exija el consentimiento del otro cónyuge para que pueda renunciarse a una herencia, un legado o dejar de aceptarse una donación; no obstante, este consentimiento no se exige en caso de aceptación, puesto que esta misma sí resultará acorde con el propósito de la norma.

REFERENCIAS

Aguilar Llanos, B. (2008). *La Familia en el Código Civil peruano*. Ediciones Legales.

Arias-Schreiber Pezet, M. (2007). Pago prioritario de deudas. Comentario al artículo 322. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 289-290). Gaceta Jurídica.

Basset, U. C. (2012). Modificaciones al régimen económico del matrimonio en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2), 523-538.

Castro Pérez Treviño, O. M. (2010). La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales. *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, (9), 107-143.

Clemente Meoro, M. (2012). El régimen económico matrimonial. En G. Díez-Picazo Giménez (Coord.), *Derecho de familia* (pp. 539-588). Aranzadi Thomson Reuters.

Cuena Casas, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En M. Yzquierdo Tolsada & M. Cuena Casas (Eds.), *Tratado de Derecho de la familia. Los regímenes económicos matrimoniales (I)* (Vol. 3, pp. 275-442). Aranzadi Thomson Reuters.

Gutiérrez Barrenengoa, A. (2002). El activo de la sociedad de gananciales. En F. Lledó Yagüe & R. Herrera Campos (Eds.), *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (pp. 179-210). Dykinson.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2007a). Bienes que integran la Sociedad de Gananciales. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 195-198). Gaceta Jurídica.

(2007b). Facultad del cónyuge administrador. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 213-216). Gaceta Jurídica.

(2007c). Renuncia a herencia, legado o donación. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.). *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 208-210). Gaceta Jurídica.

Ledesma Narváez, M. (1997). *Ejecutorias Supremas Civiles (1993-1996)*. Legrima.

Lora Álvarez, G. (2012). Naturaleza de los fondos de pensiones: ¿bien propio o bien de la sociedad de gananciales? *Advocatus*, (26), 257-264.

Martín Meléndez, M.T. (2002). *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales: Artículo 1.357, párrafo 2, del Código civil*. Civitas.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016a). La sociedad de gananciales. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.), *Curso de Derecho Civil*. *Volumen IV. Derecho de Familia* (5ta ed., pp. 249-294). Edisofer.

(2016b). La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales. En C. Martínez de Aguirre Aldaz (Coord.). *Curso de Derecho Civil*. *Volumen IV. Derecho de Familia* (5ta ed., pp. 223-248). Edisofer.

Meseguer Güich, D. (2000). Aproximaciones al tratamiento legal del régimen de sociedad de gananciales frente a las deudas sociales. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (18), 71-93.

Murcia Quintana, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar*. Civitas.

Plácido Vilcachagua, A. (2007a). Concepto y distribución de los gananciales. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 291-295). Gaceta Jurídica.

(2007b). Bienes propios. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 199-205). Gaceta Jurídica.

(2007c). Administración de bienes propios. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 205-207). Gaceta Jurídica.

(2007d). Cargas de la sociedad. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 258-261). Gaceta Jurídica.

(2016). La naturaleza de la intervención conyugal para disponer bienes sociales en la gestión patrimonial del régimen de sociedad de gananciales y su inconcurrencia como supuesto de ineficacia estructural del acto de disposición. *Actualidad Civil*, (19), 40-110.

Quispe Salsavilca, D. (2007). Bienes sociales. En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte)*. *Tomo II* (2da ed., pp. 233-239). Gaceta Jurídica.

Sambrizzi, E.A. (2015). *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial*. Thomson Reuters La Ley.

Santillán Santa Cruz, R. (2020a). Legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo un régimen de sociedad de gananciales. Estudios de Derecho español y peruano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (12), 620-657.

(2020b). Pactos de atribución de ganancialidad o de privatividad a los bienes bajo un régimen de gananciales. Apuntes de Derecho español y peruano. *Revista Boliviana de Derecho*, (29), 488-499.

Solé Resina, J. (2005). La sociedad de gananciales. En C. Rogel Vide (Coord.), *Derecho de familia. Manuales Básicos* (pp. 225-243). Cálamo Producciones Editoriales.

Torres Vásquez, A. (2008). *Diccionario de jurisprudencia civil*. Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar*. *Tomo III*. Gaceta Jurídica.

Ysàs Solanes, M. (2005). Efectos del matrimonio. En C. Rogel Vide (Coord.), *Derecho de familia. Manuales Básicos* (pp. 143-151). Cálamo Producciones Editoriales.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil [CC], Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid* n. 206, 24 de julio de 1889 (España).

Decreto Legislativo 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de setiembre de 2018 (Perú).

Acuerdo Plenario XLVII de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, 19 de mayo de 2009 (Perú).

MEMORIA INSTITUCIONAL

2019-2

THĒMIS
desde 1965

COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como misión ser un referente en cuanto al devenir cotidiano de los temas vinculados con el derecho en el Perú y el mundo, un portal donde tanto estudiantes como profesionales pueden plasmar sus opiniones a través de artículos de opinión, entrevistas, blogs y demás productos. La comisión de Actualidad Jurídica realiza una labor constante de periodismo jurídico mediante la cual buscamos continuar con la labor a la que THĒMIS dio inicio hace 54 años, valiéndonos de los medios tecnológicos que el mundo de hoy pone a nuestra disposición.

En ese sentido, durante el 2019, EnfoqueDerecho.com renovó algunos de sus espacios para la difusión de la cultura jurídica. Se llevó a cabo la restructuración de "Hermenéutica Civil", blog de derecho civil con el especialista Gilberto Mendoza; "Espacio Público", blog del área de Derecho Administrativo del Estudio CMS Grau; y "Geose Informa", blog de derecho laboral colectivo. Asimismo, se fundaron nuevos espacios como "Market & Trust", blog del equipo de Competencia del Estudio Echecopar; "Garrigues Financiero y Comercial", conformado por el área de Derecho Financiero del Estudio Garrigues Perú y España; "Cuerdas Separadas", blog que relaciona el arte y la filosofía con el derecho; "Mercado Laboral", blog de derecho laboral con las especialistas Cecilia Calderón y Milagros Villavicencio; "Compliance: más allá del papel", espacio del equipo GSA Compliance; "Consejo de Trabajo", blog del área Laboral del estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados; "The Arbitration Seat", espacio de entrevistas sobre arbitraje con Pablo Mori y Fabio Núñez del Prado; y la columna sobre contrataciones con el Estado con Jhoel Chipana.

Por otro lado, a mitad del 2019, se realizó el evento "Años de violencia: ¿Terrorismo o Conflicto Armado Interno?", debate que contó con la participación de Mauricio Zavaleta, Josefina Miró Quesada, Alejandra Gallardo, Alonso Gurmendi, Úrsula Letona, Mijael Garrido Lecca, Carlos Tubino y Umberto Jara. En este evento, los panelistas se encargaron de exponer sus posturas sobre la terminología respecto a la época de violencia que el Perú sufrió durante la existencia de los grupos subversivos y paramilitares.

Finalmente, continuando con su labor periodística, EnfoqueDerecho.com realizó una cobertura completa y a tiempo real de la "Crisis Política del 2019". En este marco, se publicaron diversos análisis y entrevistas antes, durante y después del cierre del Congreso. También se difundió información desde las distintas ramas del derecho sobre los hechos coyunturales del Perú en el marco de la lucha contra la corrupción y las diversas reformas que se llevaron a cabo.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Durante la segunda mitad del 2019, la comisión de Publicaciones, portadora del sello de la Editorial Jurídica THĒMIS, pudo culminar exitosamente con una serie proyectos. Entre ellos, la segunda edición del libro "El arte de dar fe: IV y V Jornadas Internacionales de Derecho Registral y Notarial", el cual contó con la coordinación de la profesora Elena Vivar Morales, así como la colaboración del Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado y del Grupo Peruano de Derecho Notarial y Registral del Instituto Riva-Agüero.

En la misma línea, durante el mes de agosto, se publicó el libro "Derecho y Nuevas Tecnologías. El impacto de una nueva era", una obra dedicada a plasmar el autorizado análisis jurídico internacional sobre diversos fenómenos resultantes de la intersección entre los avances de la tecnología y la sociedad, constituyéndose como el primer libro peruano sobre la materia. Este proyecto contó con la coordinación de Jhoel Chipana Catalán (USMP).

Finalmente, a inicios de octubre, fue publicado el libro "¿Replanteamos el matrimonio? Debate en torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", bajo la coordinación de Erika Zuta Vidal (PUCP) y Juan Tello Mendoza (Universidad de Barcelona). Este libro aborda la necesaria discusión en torno al derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, partiendo de un análisis cabalmente académico, a través de un enfoque que abarca diversas ramas del derecho.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. En el ciclo 2019-2, la comisión, o Consejo Ejecutivo de la Revista, ha continuado con sus esfuerzos por conseguir sus objetivos permanentes y se ha abocado a plantearse otros nuevos, siempre guiada bajo criterios de rigurosidad y excelencia académica que den muestra de la calidad de nuestro tradicional producto.

En primer lugar, ha sido motivo de particular satisfacción la publicación de la edición 75 de THĒMIS. Conscientes de que tal número representa un hito de madurez institucional, se decidió que estuviera dedicado a un tema de particular relevancia en la discusión académica actual como el Derecho Laboral. Esta edición de nuestra revista se encontró presente en la 43ra Feria del Libro PUCP y fue presentada el 10 de septiembre del 2019 en el Anfiteatro Monseñor José Dammert en un evento pensado especialmente en el debate vigente y titulado "El futuro del trabajo: desafíos frente a las nuevas tecnologías", el mismo que se ha llevado a cabo gracias a la colaboración de siete estudios e instituciones. En el mismo disertaron ponencias Javier Neves (PUCP), Jorge Toyama (Vinatea & Toyama), Mario Pasco L. (Rodrigo, Elías & Medrano Abogados), Miguel Jaramillo (GRADE) y Cecilia Calderón (Garrigues).

De otro lado, la internacionalización ha sido el eje principal que ha guiado transversalmente los proyectos iniciados en este ciclo por el equipo editorial. El más importante de estos proyectos ha sido el amplio plan de indexación al que la comisión se ha comprometido. En ese sentido, la comisión tomó la decisión de publicar tres números en el año 2020 solucionando así un desface de periodicidad que era una traba a nuestros esfuerzos para conseguir la certificación de los índices internacionales más reputados del medio. Entendemos que, más que un proyecto de gestión, es este uno institucional que requerirá el esfuerzo e interés de los futuros miembros de nuestro Consejo Ejecutivo. De otro lado, teniendo en consideración que el valor de los títulos que publicamos responde en gran medida a la diversidad de nuestros autores, se decidió ampliar considerablemente el alcance de los *call for papers* de nuestras siguientes ediciones a espacios académicos no peruanos e introducir la figura del coordinador internacional dentro del binomio de los cocoordinadores, establecido hace algunas ediciones.

Finalmente, se han realizado algunos ajustes y reformas sobre nuestro material de trabajo. El más importante es el referido a la actualización completa de la Guía de Trabajo (Manual de Edición) a las normas de la 6ta Edición del Manual de Publicaciones de la American Psycological Association y, complementariamente, a The Bluebook: A Uniform System of Citation. No ha sido menos relevante la modernización y reajuste de los parámetros y reglas de nuestras guías de publicación para autores realizados en castellano e inglés. Por último, de particular importancia y utilidad ha sido el diseño de un reglamento interno para las labores de la comisión y sus miembros implementado en el presente ciclo.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

Durante el ciclo 2019-2, Khuska, el programa de Desarrollo Social de THĒMIS, de acuerdo a su finalidad de promover el desarrollo mediante la difusión de la cultura jurídica, se llevó a cabo, por un lado, el evento "La falsa prosperidad: Derrame de petróleo en la Amazonía peruana", el cual abordó los ejes de interculturalidad y medio ambiente de la comisión. Este cumplió el objetivo de visibilizar una problemática latente y poco difundida en la sociedad a través de un enfoque interdisciplinario.

Por otro lado, se desarrolló la segunda edición del proyecto "Llamkay Khuska". Este cumplió la finalidad de formar promotores sindicales a través de cuatro sesiones de talleres, mediante los cuales pudieron acceder a necesarios conocimientos de derecho laboral. Estos estuvieron enfocados al aprendizaje de la normativa relacionada a los derechos y deberes sobre temas como la igualdad de género en el trabajo, igualdad de oportunidades, acoso y hostigamiento, entre otros.

COMISIÓN DE SEMINARIOS

Durante el ciclo 2019-2, la comisión de Seminarios ha continuado la misión institucional de contribuir con la difusión de la cultura jurídica en nuestro país. Muestra de este compromiso constante con la innovación en esta materia, nos abocamos a la gestión de eventos de gran impacto coyuntural, con la participación de los más destacados expertos nacionales e internacionales.

En el marco de nuestras funciones, la comisión realizó, en coorganización con el Estudio Bullard Falla Ezcurra †, el evento "Ring Arbitral Internacional", llevado a cabo el 3 y 4 de octubre en la Sala de Usos Múltiples (SUM) de la PUCP. El formato del presente seminario tenía como finalidad que exista un constante debate y enfrentamiento de posturas acerca de diversos temas relacionados al arbitraje, firme testimonio del compromiso de THĒMIS con estar a la vanguardia en la realización de nuestros eventos. El evento congregó a destacados ponentes tanto nacionales como internacionales, tales como Alfredo Bullard (Bullard Falla Ezcurra †), María Teresa Quiñones (QA Legal), Ari D. MacKinnon (Cleary Gottlieb - Nueva York), Lucia Olavarria (Estudio Echecopar), Álvaro Awad (Contreras Velozo - Santiago de Chile), Cedric Soule (King & Spalding - Nueva York), Diana Gárate (Ernst & Young) y Mateo Verdías (Ferrere Abogados - Montevideo), entre otros especialistas en la temática.

Asimismo, los días 15 y 16 de noviembre, THĒMIS organizó el I Congreso de Derecho Mercantil: Competencia & Propiedad Intelectual en el auditorio de Ciencias Sociales de la PUCP. El evento contó con la colaboración de diversas entidades privadas, como el Estudio Echecopar y Casahierro Abogados. Para esta primera edición, congregamos a destacados especialistas en la materia, tanto del sector público como privado, tales como Luis Diez Canseco (Diez Canseco - Competencia & PI), Eliana Lesem (Lesem Complaw), Antonio Rodríguez (OSITRAN), Jessica Ortiz (Casahierro Abogados), Javier Pazos (PUCP), Enrique Cavero (Hernández & Cía), entre otros.

COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

La comisión de Imagen Institucional tiene como objetivo principal gestionar, posicionar y difundir la imagen de THĒMIS hacia el público, a través de la creación y difusión de distintas campañas publicitarias, así como la organización, planificación y desarrollo de proyectos tales como la "Liga THEMIS" y el tradicional "Acércate a THĒMIS". En ese sentido, en el ciclo 2019-2 se llevó a cabo la "La Liga THĒMIS por el orden vial" con la finalidad de identificar las causas y consecuencias del caos vehicular, así como informar a la comunidad acerca de las maneras en que coadyuvamos con su generación y desarrollo.

En el marco de la Liga THĒMIS, el 03 de octubre se realizó en la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho, el conversatorio "Más que tiempo perdido: Reflexiones sobre el tráfico en Lima", cuya finalidad fue crear un espacio de discusión y reflexión sobre la problemática actual del tráfico en Lima desde una perspectiva multidisciplinaria. Para ello, se presentó un diagnóstico general sobre las posibles causas generadoras de esta y las políticas públicas que se han desarrollado para contrarrestarla, así como un análisis desde una visión económica. Asimismo, se profundizó sobre el impacto del aspecto urbanístico y de un sistema de transporte público efectivo frente al caos vehicular. En esta oportunidad, participaron destacados especialistas como Mariana Alegre (observatorio ciudadano Lima Cómo Vamos), Pablo Vega Centeno (PUCP), José Carlos Fernández (PUCP) y José Tavera (PUCP).

Por otro lado, el 21 de noviembre, en el Anfiteatro Armando Zolezzi, se llevó a cabo nuestro tradicional "Acércate a THĒMIS", cuya temática de inspiración fue la cultura egipcia, referente de tradición e innovación en la historia mundial. En esta oportunidad, contamos con la participación de destacados exmiembros tales como Mario Pasco, Adriana Tapia, Carlos Gómez, Josefina Townsend y Enrique Felices.

Finalmente, en el ciclo 2019-2 se logró superar los 27 mil me gusta en el fanpage de Facebook, una de las redes sociales con mayor difusión para nuestra Asociación. Actualmente, dicha cifra continúa en incremento, lo que nos permite cumplir con nuestro objetivo en aras de contribuir con la difusión de la cultura jurídica a través de nuestros distintos productos.

COMISIÓN DE CURSOS & CAPACITACIONES

La comisión de Cursos y Capacitaciones llevó a cabo este ciclo, dos eventos que se caracterizaron por su enfoque interdisciplinario, la actualidad de los temas y la gran llegada que tuvieron. El primer evento realizado durante ciclo fue "Intensamente Justos 3: La justicia del mañana", realizado los días 27 y 28 de septiembre en coorganización con Psycholawgy, con el apoyo de Baxel Consultores y Santivañez Abogados. Dado que fue la tercera edición de un evento que relaciona el derecho y la psicología, este se centró en la relación entre la aplicación del derecho y el empleo de nuevas tecnologías respecto a temas como predicción de decisiones judiciales, *arbitration intelligence*, entre otros. El curso contó con destacados ponentes nacionales e internacionales, caracterizados por su experticia en el tema.

Por otro lado, la comisión realizó un trabajo conjunto con el Grupo de Investigación del Derecho Bancario y Financiero. De esta manera, el 08 y 09 de noviembre en el Anfiteatro Open PUCP, se llevó a cabo el Curso de Actualización en Derecho Bancario y Financiero. En este evento se abordaron temas como el nuevo rol de las cooperativas a partir de su regulación por la SBS, la protección al consumidor bancario, el impacto de las *fintech* en el mundo financiero, entre otros. Dicho evento contó con la presencia tanto de estudiantes de diversas universidades como de abogados con miras a especializarse en dichos temas.

COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

THĒMIS, la asociación de estudiantes de derecho más antigua del país, siempre se ha caracterizado por mantener a la innovación como constante. Esta línea de pensamiento guió a las —ya numerosas— generaciones de THĒMIS a lanzar productos que la mantuvieron siempre a la vanguardia, caracterizados siempre por marcar tendencia en nuestro medio.

En este sentido, la comisión de Financiamiento, tan antigua como la revista misma, ha afrontado y resuelto satisfactoriamente los retos que se le han presentado a lo largo de los años. En tiempos más recientes, ha presentado modelos de patrocinio cada vez más flexibles y acordes a las expectativas de las empresas y estudios que colaboran en nuestros distintos emprendimientos. Por otro lado, Financiamiento se viene encargando de la venta masiva de cada una de nuestras revistas y publicaciones. Para esto, se tiene en cuenta el principal objetivo de la asociación de difundir cultura jurídica, buscando que nuestra cuantiosa producción académica llegue cada vez más lejos, pasando por distintas manos y siendo inspeccionada por distintos ojos y mentes. Como siempre, la comisión de Financiamiento está y estará comprometida a permitir que los proyectos de la asociación lleguen a buen puerto.

COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La comisión de Recursos Humanos es la encargada de velar por la buena convivencia del grupo humano que conforma la asociación. La distribución de nuestras actividades se divide en 2 ejes funcionales: actividades de integración y supervisión.

Este ciclo de trabajo, mediante los objetivos institucionales, se logró fortalecer la unión del grupo, la mejora de las condiciones de trabajo y el apoyo académico. Las iniciativas a través de las cuales se logró esto fueron la creación de un banco de exámenes virtual, el cambio del mobiliario de la oficina THĒMIS, la realización de los tradicionales Semana Themis y Campa Themis, la dinámica del amigo secreto y los entrenamientos de preparación que culminaron con el campeonato Inter-revistas.

HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

PRIMERA ÉPOCA

THĒMIS 1	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 2	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 3	Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz
THĒMIS 4	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 5	Domingo García Belaúnde
THĒMIS 6	Luis Arbulú Alva
THĒMIS 7	Luis Arbulú Alva

SEGUNDA ÉPOCA

THĒMIS 1	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 2	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 3	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 4	José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres
THĒMIS 5	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 6	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 7	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 8	Beatriz Boza Dibós
THĒMIS 9	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 10	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 11	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 12	María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria
THĒMIS 13	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 14	Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins
THĒMIS 15	Javier Chocano Portillo
THĒMIS 16	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 17	Verónica Zavala Lombardi
THĒMIS 18	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 19	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 20	Martín Mejorada Chauca
THĒMIS 21	Eduardo Sotelo Castañeda
THĒMIS 22	Eduardo Sotelo Castañeda

THĒMIS 23	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 24	José Ignacio Castro Otero
THĒMIS 25	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 26	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 27	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 28	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 29	Enrique Felices Saavedra
THĒMIS 30	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 31	José Juan Haro Seijas
THĒMIS 32	Juan Antonio Égüez Toledo
THĒMIS 33	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 34	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 35	Gonzalo Zegarra Mulanovich
THĒMIS 36	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 37	Gonzalo Barrionuevo Alba
THĒMIS 38	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 39	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 40	Bruno Amiel Rodríguez-Carpi
THĒMIS 41	Gilda Spallarossa Lecca
THĒMIS 42	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 43	Carlos Arata Delgado
THĒMIS 44	Fernando Berckemeyer Olaechea
THĒMIS 45	Enrique Pasquel Rodríguez
THĒMIS 46	Mirella Miranda Nique
THĒMIS 47	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 48	Alejandro Manayalle Chirinos
THĒMIS 49	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 50	Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas
THĒMIS 51	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 52	Óscar Súmar Albújar
THĒMIS 53	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 54	Luis Miguel Velarde Saffer
THĒMIS 55	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 56	Mario Drago Alfaro
THĒMIS 57	María José Higueras Chicot
THĒMIS 58	Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía
THĒMIS 59	Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 60	Guillermo Arribas Irazola
THĒMIS 61	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 62	Marco Zaldívar Chauca
THĒMIS 63	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 64	Carlos Fernando de Trazegnies Valdez
THĒMIS 65	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 66	Luis Fernando Roca Lizarzaburu
THĒMIS 67	Gonzalo J. Monge Morales
THĒMIS 68	Carla Regina Odar Chang
THĒMIS 69	Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara
THĒMIS 70	Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía
THĒMIS 71	Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha
THĒMIS 72	Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha
THĒMIS 73	Renato Higa Griffin
THĒMIS 74	Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez
THĒMIS 75	Axel Valverde Pariasca
THĒMIS 76	Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo
THĒMIS 77	Lucia Beatriz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres

Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Édgar Aguirre Ramos| Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León-Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú| María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo |Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre| Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | Maria Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach| Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Cecilia Cánepa Olaechea | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar| Marcelo Castilla Báez | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia Córdova Muñaqui | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao |

Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman| Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio| José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas| Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | José Enrique Frías Amat y León | Sandra Fuentes Ñique | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Frank Fermín García Santos| José Luis Gargurevich Valdez | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Bruno Giusti Díaz |Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaray Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin |María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra| Ísabo Hospinal Alcántara | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré |Fernando Lanfranco Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Erick Lau Gastelo | Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú |

Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loebl | Adrián Rodolfo Lengua Parra| Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró| Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez| Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán| Jaime Mur Campoverde| Jackeline Murillo Díaz | Milagros Mutsios Ramsay| Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia O´Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernando Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Valeria Osorio Véliz| Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Miranda Peñaloza Gonzales | Joseline Pérez Cámara | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo| José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain | Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique| Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo

Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez| Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Diana Romero Rodríguez| Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Carla Rossini Medina| Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeaunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendívil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Alejandra Uribe del Águila | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoín | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez| Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | Carmen María Villarán Ascenzo | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía Villegas Zorrilla | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Enzo Yturrizaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco

Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Fiorella Zúñiga Dede

MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio †| Felipe Osterling Parodi †| Jorge Avendaño Valdez †| César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego †| Javier Neves Mujica

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición; en particular a:

Roque J. Caivano, Natalia M. Ceballos Ríos, Gilles Cuniberti, Manuel José Segovia González, Augusto Dannon Alva, Nicolás Daichi Yano Tsuha, Nicolás Jorge Serván Eyzaguirre, Geneviève Saumier, Billy Franco Arias, Małgorzata Judkiewicz, Jorge Alvarado Giraldo, Julio Olórtegui Huamán, Cecilia O'Neill de la Fuente, Melissa del Pino Yupari, Alejandra Quintanilla Gutiérrez, Víctor Sueiro Varhen, Mario Reggiardo Saavedra, Álvaro Cuba Horna, Ana Isabel Blanco García, Christian Collantes Rojas, Rodrigo Rabines Matta, Fernando Berckemeyer Olaechea, Rodrigo Zamora Etcharren, Paola Aldrete Rivas, Santiago Oñate Yáñez, Adriana Lozano Cázares, Héctor Campos García, Gisèle Stephens-Chu, Camille Teynier, Katherine Waidhofer Ludeña, Paula Silva Longobardi, Valeria Moreno Machín, J. Eloy Anzola, Nicolás Alarcón Loayza, Andrés Talavera Cano, Andrés Álvarez-Calderón Campos, Nicolás de la Flor Puccinelli, Matías Quiroz Arellano, Fabio Nuñez del Prado Chaves, Eugenia Simó García, Elena de Luis García, Huáscar Ezcurra Rivero, Daniel Masnjak Marín, Tatiana Herrada Sánchez, Javier Fernández-Samaniego, Gonzalo Hierro Viéitez, Yaiza Araque Moreno, Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón, Lucía Rodrigo Rohrhirsch, Romina Santillán Santa Cruz.

Javier Pazos Hayashida, Ismael Canales Negrón y Mario Popuche Llontop.

De manera especial, THĒMIS-Revista de Derecho agradece a Chiara Lucía Jacob Camaiora por haber colaborado en la producción de la presente edición.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor.

Mario Arce Rodríguez, Romina Bertolotto Mechán, Miluska Bobadilla Chancafe, Laura Bravo Chagua, Andreína Camargo Neyra, Sandra Carrión Córdova, Mauricio Checa Oliva, Jorge Chiang Belliki, José Antonio del Risco Ramírez, Anthony Exebio Mori, Melissa Flores Minaya, Marcos Gallardo Jimenez, Loana Huerta Hidalgo, Roy Irribarren Calderón, Alexa Laguna García, Fiorella Mendoza Graza, Luis Javier Montalva Capella, Paola Ochoa Olivera, Juan Sergio Puicón Deza, Grecia Robles Vila, Sergio Rodríguez Asencios, Ignacio Ruiz Valle, Felipe Santa María Alcázar, Jordi Sardá Paz, Lara Sarlui Lam, Micaela Villanueva Carreño, Enzo Yturrizaga Aguirre, Cristian Zamora Dávila.

Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.

2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.

3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.

4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espaciado simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.

5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.

6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.

7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.

8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) sétima edición.

9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

   Referencias

   Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (sétima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.

11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.

12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía *web*.

TÍTULO DEL ARTÍCULO

ARTICLE TITLE

Nombre y apellidos del autor*

Institución en la que el autor enseña o labora

En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, exmiembro, exmiembro del Consejo Ejecutivo, exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)

Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.

It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.

KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.

Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.

Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.

PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.

---

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del articulo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 78

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como tema central la **Competencia.**

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a **themisconsejoeditorial@gmail.com**.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléfs. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411
Octubre 2020 Lima - Perú