



ARBITRAJE
ALUMNI

— REVISTA —

ARBITRAJE ALUMNI

— EDICIÓN GENERAL N.º 06 —

*Doctrina, jurisprudencia y normativa
del arbitraje en América Latina*

15

ARTÍCULOS
DE DOCTRINA

7

DECISIONES
JURISPRUDENCIALES

14

PAÍSES DE
AMÉRICA LATINA

2025 — 2026 | COMISIÓN DE REVISTA DIGITAL

ASOCIACIÓN ARBITRAJE ALUMNI

Consejo Directivo (2025-2027)

Jazmín Escalante (Presidente)
Jorge Barrientos (Vicepresidente)
Alfredo Eube Madussi (Vicepresidente)
Sofía Vargas (Secretaria)
Pablo Arrién
Felipe Castro Zurita
Luigi De La Cruz
Melisa Victoria Díaz
Boris Farfán

Comisión de Revista Digital (2025.2026)

Melisa Victoria Díaz (Directora)
Lisbeth Verónica Araujo Muñoa
Stefanny Barona
Renato Armando Alonso Cjahua Alvites
Rebeca Salemma Miranda
María Fernanda Rojas Sangüesa
Nicole Teren
Martín Zambrano Villavicencio

REVISTA ARBITRAJE ALUMNI

ÍNDICE

CONTENIDO

I. DOCTRINA.....	1
Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante.....	12
Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **	1
El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones.....	1
Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?.....	1
Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada.....	1
Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina.....	1
Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano.....	1
¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana.....	1
Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos.....	1
La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso Lupaka Gold inc. c. República del Perú.....	1
Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú.....	1
La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?.....	1
¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú.....	1
La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia.....	1
Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea.....	1
II. REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA.....	1
Habeas Corpus, Caso Rutas de Lima, Expediente N° 01072-2023-PHC/TC.....	1
Sentencia T-069 de 2022 de la Corte Constitucional, expediente T-8.260.485*	6
Lima Expresa S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima. Expediente N° 00395-2024-0-1866-SP-CO-01.....	12

Concesionaria Vial Andina S.A.S. – Coviandina vs. Agencia Nacional de infraestructura – ANI, expediente CCB N° 144342.....16

Club Atlético Peñarol v. Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). TAS 2025/A/11216
19

Orazul International España Holdings S.L. v. Argentine Republic. Case No. ARB/19/25, 2023.....23

Nurhima Kiram Fornan y otros c. Reino de España. Caso CIADI No. ARB/24/45. Laudo de 6 de noviembre de 2025.....25

III. NORMATIVA.....28

Argentina.....29

Bolivia.....31

Brasil.....33

Chile.....35

Colombia.....36

Costa rica.....38

Ecuador.....40

Guatemala.....42

México.....45

Panamá.....47

Paraguay.....50

Perú 54

Uruguay.....58

Venezuela.....62

PRESENTACIÓN DE LA EDICIÓN GENERAL N° 06

El año 2025 ha representado para Arbitraje Alumni una nueva etapa de consolidación institucional y crecimiento sostenido, reafirmando nuestro compromiso con la promoción, el estudio y la difusión del arbitraje en América Latina. A través del trabajo coordinado de nuestras comisiones y la participación activa de nuestros asociados, hemos continuado fortaleciendo una comunidad académica dinámica, diversa e interconectada.

Uno de los hitos más significativos del período ha sido la participación en la edición XVIII de la Competencia Internacional de Arbitraje, celebrada en Lima, Perú. Este encuentro constituyó una valiosa oportunidad para reencontrarnos con colegas, amigos y miembros de la comunidad arbitral internacional, así como para reafirmar la importancia de los espacios de intercambio académico y profesional que distinguen a nuestra organización. Las actividades desarrolladas en ese marco, junto con las iniciativas impulsadas a lo largo del año, contribuyeron al fortalecimiento de los lazos que sostienen y dan sentido a nuestro trabajo colectivo.

De manera complementaria, nuestras comisiones han desempeñado un rol central en la continuidad y expansión de nuestras actividades. La organización de pre-moots, encuentros académicos, iniciativas de integración y espacios de networking ha permitido ampliar las oportunidades de formación, promover el diálogo entre distintas jurisdicciones y consolidar una red cada vez más sólida de colaboración internacional.

Asimismo, hemos continuado fortaleciendo vínculos con instituciones académicas, asociaciones profesionales y agrupaciones de jóvenes practicantes del arbitraje en distintos países, generando nuevas oportunidades de cooperación, capacitación y desarrollo profesional para nuestros asociados.

En este contexto, la publicación de la sexta edición de nuestra Revista Digital se inscribe como una expresión más de este esfuerzo colectivo. Este proyecto editorial refleja el compromiso sostenido de Arbitraje Alumni con la producción y difusión de conocimiento jurídico, así como con la promoción de espacios de reflexión crítica en torno a la práctica arbitral contemporánea.

Agradecemos a todos quienes han contribuido al desarrollo de nuestras actividades durante este período y, en particular, a los asociados que, con su participación activa, continúan fortaleciendo una comunidad que trasciende fronteras y generaciones.

Consejo Directivo (2025-2027) – Arbitraje Alumni

EDITORIAL

Arbitraje Alumni se complace en presentar la sexta edición de su Revista Digital. Esta publicación mantiene el formato adoptado en ediciones anteriores y se estructura en tres secciones: **artículos de doctrina, repositorio de jurisprudencia y normativa**.

En esta oportunidad, la sección de normativa se centra en el análisis de medidas cautelares en el arbitraje latinoamericano. La presente edición reúne artículos doctrinarios, resúmenes de decisiones judiciales y arbitrales, así como contribuciones de derecho comparado elaboradas por estudiantes y abogados de distintas jurisdicciones de la región.

A través de estos trabajos, los autores aportan diversas perspectivas sobre cuestiones actuales del arbitraje, reflejando el carácter dinámico y plural del debate jurídico contemporáneo. Cada contribución ha sido sometida a un proceso de revisión y trabajo colaborativo por parte de la Comisión de la Revista Digital, asegurando la calidad académica y la coherencia editorial de la publicación.

Como resultado de este esfuerzo conjunto, esta edición incluye 15 artículos de doctrina, 7 resúmenes de decisiones judiciales y arbitrales, y una sección de derecho comparado que abarca 14 países latinoamericanos.

La sección de doctrina reúne aportes sobre temas contemporáneos del arbitraje desde distintas aproximaciones jurídicas. Por su parte, el repositorio de jurisprudencia ofrece un compendio sistematizado de decisiones judiciales y arbitrales de interés práctico. Finalmente, la sección de normativa presenta un análisis comparado de las medidas cautelares en el arbitraje en América Latina.

Expresamos nuestro agradecimiento a todos los autores participantes, así como a los integrantes de la Comisión de Revista Digital, cuyo trabajo ha sido fundamental para la consolidación de esta edición.

En mi carácter de Directora de la Comisión de la Revista Digital, agradezco la confianza depositada en este proyecto académico y el compromiso de todos quienes lo hicieron posible, sobre todo a **Eugenia Ferreyra**.

Melisa Victoria Díaz
Directora

I. DOCTRINA

CODIFICANDO UNA NUEVA BRÚJULA PARA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ABRIENDO CAMINO HACIA DELANTE

Alexis Peiró¹

Resumen: Las necesidades competitivas de los países y sus instituciones se encuentran crecientemente exigiendo cambios veloces con soluciones claras y concisas. Una creciente inquietud habita las mentes de los cuerpos legislativos globalmente sobre cómo mejor proveer de cuerpos legislativos más robustos que sienten los cimientos para lograr transformarse en la más atractiva, segura y reputada jurisdicción para el arbitraje. Sin embargo, aun siendo fundamental, legislar no es más que un engranaje de una máquina con muchas partes móviles que puede convertirse en obsoleta rápidamente o descomponerse de no ser diseñada cuidadosamente.

Este estudio abordará comparativamente los principales desafíos, inquietudes y actores más significativos involucrados en un enfoque actual y multi-jurisdiccional de codificación de un posible *ethos* del arbitraje. Ejemplos actuales, como la Ley de Arbitraje del Reino Unido reformada en 2025, la reforma a la LAI de Singapur de 2021 y las actuales propuestas de reforma de países como Francia, EE.UU. y China también serán abordadas, en aras de buscar posibles alternativas y soluciones al actual y siempre cambiante entorno del arbitraje.

Abstract: *The competitive needs of countries and their institutions are increasingly demanding lightning-fast changes with clear-cut solutions. An increasing concern is populating the minds of legislative bodies worldwide on how to best provide for robust bodies of rules that set the foundations for becoming the most attractive, secure and reputed jurisdiction for arbitration business. However, while fundamental, legislating is but a single cog in a machine with many moving parts that may quickly become obsolete or malfunction if not carefully designed.*

This study will comparatively address the main challenges, concerns, and top legislating actors involved in an ongoing, multi-jurisdictional approach of codifying a possible arbitral ethos. Current examples, such as UK's Arbitration Act reform of 2025, Singapore's IAA reform of 2021 and the ongoing calls for reform in countries such as France, USA, and China will be addressed, to seek possible alternatives and solutions to today's ever-shifting arbitration environment.

Introducción: ¿dónde estamos parados?

El entorno maduro y global del arbitraje no conoce la quietud. Lo que es más infrecuente evocar, sin embargo, es el hecho de que mientras el arbitraje continúa resolviendo disputas internacionales de diversa índole, una realidad desafiante pareciera generar presión sobre los parlamentos del mundo, en especial los de aquellas jurisdicciones más recurridas para la resolución de dichas controversias, con un urgimiento inusual.

Al estar definido por su *raison d'être* contractual, el arbitraje en general y su contenido es influenciado por un conjunto de circunstancias que atañen a las necesidades y preferencias de las partes principalmente, pero que repercuten en su entorno invariablemente.

Una de dichas circunstancias, es la disponibilidad de una *lex arbitri* vigente que consista en un marco adecuado para el desenvolvimiento del arbitraje y la ejecutabilidad de laudos, con celeridad, seguridad y consistencia. La adecuación de dicho marco no basta con legislar límites aplicables al arbitraje, y delegar toda otra tarea a las partes.

El escenario actual plantea un desafío comunitario para todos los actores involucrados a replantear el modelo actual de normativa aplicable al arbitraje en general, lo cual no excluye el rol que la legislación debe cumplir para asegurar el normal desempeño del arbitraje.

¹ [Alexis Peiró](#). Abogado. Candidato a Magíster en Derecho LL.M. por la Universidad Austral (Argentina).

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

La relación de los sujetos que se desenvuelven tiene, por lo general, un vínculo más mediano con la legislación específica sobre arbitraje. Un conjunto de fenómenos recientes y en desarrollo llaman a analizar con un mayor detalle y con una perspectiva comparada, un cúmulo de reformas (presentes y propuestas) provenientes de una pluralidad de jurisdicciones avocadas en otorgar mayor seguridad y previsibilidad.

Cuestión de atracción

Eventos en desarrollo, como la informatización de documentación, la digitalización de plataformas, el aumento de pluralidad, calidad y cantidad de árbitros e instituciones, la manifestación de tendencias de crecimiento y popularidad de asientos regionales, el surgimiento de cambios geopolíticos y regulatorios, la creciente caída de barreras lingüísticas y culturales, entre otros, apuntan a una gradual descentralización de sedes, instituciones y entornos del arbitraje internacional en el mundo.

Como se verá a continuación, si bien las sedes más acudidas aún se mantienen en vigor, no son ajenas a la necesidad del constante estímulo e impulso del arbitraje, lo cual implica reformas de diversa índole y magnitud. En algunas jurisdicciones, ello ha sido extremadamente infrecuente. Hasta hoy.

Evaluando desafíos y oportunidades

Según una encuesta del año 2025 realizada por *White & Case*, en colaboración con la *Queen Mary University of London*², se arrojó una serie de datos muy ilustrativos en lo que respecta al *status-quo* actual del arbitraje internacional, entre ellos a saber:

- a) El asiento arbitral más elegido es Londres (Reino Unido), seguido por Singapur, Hong Kong, Beijing (China) y París (Francia), a nivel mundial;
- b) En cuanto a Reglamentos de Arbitraje más elegidos, lidera el de la ICC (Cámara de Comercio Internacional), seguido por el de la HKIAC (Hong Kong), y en tercer puesto el de la SIAC (Singapur);
- c) Otra cuestión para destacar es que el 87% de los encuestados continúan eligiendo arbitraje internacional para la resolución de disputas transfronterizas;
- d) Las sanciones geopolíticas o económicas impactaron al arbitraje de varias maneras: 30% de los encuestados eligieron un asiento diferente al que originalmente tenían previsto designar, 27% se vieron afectados por obstáculos administrativos y dificultades para el pago, y un 25% experimentaron complicaciones en acceder a asesoría legal o árbitros disponibles para sus disputas, generando inquietudes sobre cuestiones de acceso a la justicia.
- e) Hay un importante interés de los encuestados en el arbitraje de emergencia o procedimientos expeditivos (50%) y sobre procedimientos de determinación temprana de reclamos o defensas manifiestamente carentes de mérito (49%);
- f) En cuanto a desafíos más significativos de arbitrar disputas que involucran orden público, los encuestados en su 47% priorizaron cuestiones de equilibrio entre confidencialidad y transparencia, mientras que el 46% subrayó la ausencia de potestad del tribunal arbitral sobre terceros.
- g) Un 90% de encuestados no están a favor de hacer públicas las audiencias de arbitraje comercial, mientras que un 59% apoya la publicación de laudos redactados en casos de disputas inversionista-Estado. Se demarca una tensión importante entre la confidencialidad y la publicidad (o “transparencia”), en especial en materia de disputas inversionista-estado.

² SMUTNY, Abby C. - NAIRAC, Charles - GALLAGHER, Norah, “2025 International Arbitration Survey – The path forward: Realities and opportunities in arbitration”, *White & Case, Queen Mary University of London*. El estudio destacó detenidamente, entre otras cuestiones, que hubieron “... Cambios en el arbitraje internacional por la LA, eficiencia, y ejecutoriedad de los laudos e injerencia de cuestiones de orden público (como en materia de Derechos Humanos y Responsabilidad Social Corporativa)”. Ver <https://www.whitecase.com/insight-our-thinking/2025-international-arbitration-survey>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

Dicha encuesta, a modo de un cierto “barómetro”, muestra varias de las principales inquietudes actuales, identificando las preferencias y la evolución del arbitraje internacional.

Respecto a sedes más notables, los resultados revelan una creciente prominencia de asientos elegidos situados en la región Asia-Pacífico (APAC), partiendo de que Ginebra (Suiza) fue desplazada del “Top 5” de la encuesta 2021³ (*White & Case* y *QMUL*), por Beijing (China) en la del 2025. Además, en ésta última, de los 5 asientos en Asia más recurridos, 3 son dominados por China; Todo ello sin tener en cuenta que casi la mitad (47%) de los más de 2400 encuestados por el último sondeo incluyeron a Asia-Pacífico como la región en la que principalmente operan.

Claramente, algunas de dichas inquietudes han impulsado una serie de puntos a discutir a nivel legislativo, que merecen ser examinadas.

Los nuevos “estándares de belleza” para las reformas actuales (y venideras)

Las propuestas legislativas actuales se encuentran impulsando un variado espectro de cambios, algunos de ellos sustanciales⁴, aparentemente agotando todo esfuerzo legislativo por maximizar todas las ventajas y beneficios por los cuales el arbitraje es conocido y ampliamente utilizado.

Las principales metas o “temas” comunes incluyen una serie de cambios, como la reducción en el formalismo, apuntando a una mayor laxitud para la forma y para la validez de acuerdos arbitrales, y mayor flexibilidad en procedimientos para el rechazo de peticiones de arbitraje; el fortalecimiento de la integridad del tribunal arbitral con previsiones más claras y específicas sobre deberes de divulgación, imparcialidad e independencia, mayor certidumbre y previsibilidad para cuestiones específicas al arbitraje como el *Third Party Funding* (TPF)⁵, y procedimientos de designación de árbitros para arbitrajes multi-parte, previsiones específicas para la determinación de derecho aplicable al acuerdo arbitral y cuestiones sobre uso de tecnología en el arbitraje; mejoras en la eficiencia, que involucren requisitos menos estrictos para traducciones, mejor especialización para cortes estatales, otorgamiento de facultades expresas para árbitros para la consolidación de procedimientos de arbitraje y *summary dismissal* (disposición sumaria), y desarrollo de mecanismos de arbitraje de clase, mejor protección a partes vulnerables, y mayor refuerzo al carácter definitivo de los laudos.

Así como se transforman con el tiempo los mínimos basales normativos que lograron que el arbitraje internacional sea el principal medio de resolución de disputas transfronterizas, las expectativas así también evolucionan y exigen nuevos marcos normativos que se alineen con las mejores prácticas globales.⁶

³ SMUTNY, Abby Cohen - NAIRAC, Charles - GALLAGHER, Norah, “2025 International Arbitration Survey The Path Forward: Realities and Opportunities in Arbitration”, *Queen Mary University of London* Ver: <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2021-international-arbitration-survey/>

⁴ Bajo la Recomendación N° 11 del “Informe y Propuestas de Reforma del Grupo de Trabajo Francés para la Reforma de la Ley de Arbitraje”, se propone abolir el requisito de forma escrita para las cláusulas arbitrales en los procedimientos domésticos, así sujetando al acuerdo arbitral a ser probado por cualquier medio. Si bien dicha recomendación se refiere al arbitraje doméstico, podría considerarse también para todo arbitraje internacional, aunque restará ver bajo qué parámetros operará dicha norma. SCHIMMEL, Daniel – PARAGUACUTO-MAHEO, Diana – DORY, Anne-Fleur – VITA, Irene, “Informe sobre la reforma de ley de arbitraje francesa”. 7 de abril, 2025. Ver: <https://foleyhoag.com/news-and-insights/publications/alerts-and-updates/2025/march/report-on-french-arbitration-law-reform/>

⁵ BOURGEOIS, Arnaud. “Third Party Funding”, *Jus Mundi*. El autor conceptualiza el financiamiento de terceros como: “... un mecanismo contractual en virtud del cual una tercera persona (un fondo, un abogado o una tercera persona interesada en el resultado de la disputa - una empresa, que comparte intereses indirectos en el éxito de la demanda) se compromete a acuerdos financieros o apoyo material de los costos de una Parte en ciertos procedimientos a cambio de una remuneración, que es por lo general una parte del laudo.” Ver: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-third-party-funding>

⁶ Dentro de dichas mejores prácticas, existe una que se destaca con consideración. El deber de realizar los mejores esfuerzos para alcanzar eficiencia en tiempo y costos, tanto para los participantes, como para los árbitros específicamente, se encuentra plasmado en instrumentos de *soft law* como en la *Guía de Estándares de Práctica en el Arbitraje Internacional* del ICCA (2021), en sus apartados I.C y III.C respectivamente. Si bien dicho instrumento carece de obligatoriedad intrínseca, su introducción aclara que “... puede ser adoptado por acuerdos arbitrales, instituciones, ser incluidos bajo órdenes procesales de árbitros, o dentro de los términos de referencia cuando ello fuere apropiado”. International Council for Commercial Arbitration (ICCA), “Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration”. La Haya, ICCA, 2021. Ver:

Entre lo actual y lo venidero – Reino Unido y Singapur vs. El futuro

Desde fines de la década pasada⁷ y comienzos de la presente⁸, se comenzaron a gestar propuestas de reforma legislativa sobre una nueva enmienda para la Ley de Arbitraje Internacional de 1994 (Singapur), y una reforma a la Ley de Arbitraje de 1996 (Reino Unido) respectivamente⁹. Dichas reformas esperan tener un impacto controlado pero sustancial, proveniente de crecientes necesidades emergentes que obligan a revisar la legislación vigente.

Se comenzará con quizá el ejemplo más notorio, el de Reino Unido, una jurisdicción dentro de las consideradas como “eje” del arbitraje internacional, que mantuvo su legislación pertinente (excluyendo la Ley de 1966 – exclusivamente aplicable a *exequátur* alcanzado por convenio CIADI) casi intacta durante poco menos de treinta años.

Una cuestión relevante a tener en cuenta sobre lo anterior es que la Ley de Arbitraje de 1996 y modificatorias no aplican a Escocia cuando la sede arbitral se encuentre en ella o las partes elijan el derecho escocés como aplicable a la cláusula arbitral, dado que la norma inglesa expresamente la excluye de su ámbito de aplicación en su Sección 2º, por lo que Escocia ya cuenta con una norma propia, su Ley de Arbitraje (2010). Por consideraciones prácticas, no se abordará específicamente ésta última.

Reino Unido: Inaugurando una nueva etapa para el arbitraje inglés

La reciente reforma al texto de 1996 insertó un conjunto de enmiendas sobre diversas cuestiones, a saber¹⁰¹¹:

- a) Derecho aplicable al acuerdo arbitral: Introdujo una nueva regla por defecto a favor del derecho de la sede arbitral, es decir, si las partes sólo pactan la sede sin establecer el derecho aplicable al acuerdo arbitral, se considera elegido el de la sede; aunque las partes pueden pactar en contrario. (por ej. elegir el derecho aplicable al fondo del contrato). Dicha modificación hace eco de la decisión *Enka v. Chubb* (2020) (UKSC 38) donde, tras un extenso análisis de conflicto de leyes, la Suprema Corte inglesa consideró preponderante el sistema jurídico de la sede (Londres) como vínculo más próximo al acuerdo arbitral, determinando así al inglés como el derecho aplicable a la cláusula. Ello sentó la regla contenida en la nueva reforma y remarcó la importancia de la diligencia de las partes de examinar cuidadosamente la cláusula arbitral y realizar decisiones informadas sobre las consecuencias de la elección del asiento arbitral, en especial cuando el derecho aplicable al fondo del contrato y el aplicable a la cláusula arbitral no coinciden.¹²

https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Reports_No_9_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf

⁷ Comunicado de Prensa, “Mejorando el Régimen para el Arbitraje Internacional mediante la (Enmendada) Ley de Arbitraje Internacional”, Ministerio de la Ley de Singapur, 2020. El comunicado mismo ya referencia a partir de su segundo párrafo la importancia de actualizar el marco legal de Singapur para preservar su competitividad. Ver: <https://www.mlaw.gov.sg/news/press-releases/international-arbitration-amendment-bill/>

⁸ “Revisión de la Ley de Arbitraje 1996: Informe final y texto normativo”, Comisión de la Ley, 21 de noviembre de 2023. Se aprecia desde el párrafo 1.8, la necesidad de actualizar la normativa vigente. Dicho informe es considerado la antesala a la reforma vigente desde agosto de 2025. Ver: <https://lawcom.gov.uk/project/review-of-the-arbitration-act-1996/>

⁹ A diferencia de Reino Unido, la legislación de Singapur trata arbitraje doméstico e internacional diferenciadamente, basando la ley que regula este último en la LMC con modificaciones al Capítulo VIII, en materia de *exequátur*. Ver: <https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-international-arbitration/singapore>

¹⁰ LACEY, Stephen, WEININGER, Matthew, “Nuevas reformas inglesas sobre arbitraje aprobadas por Parlamento y en curso a ser Ley”, *Linklaters ArbitrationLinks*, 2025. Ver: <https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/arbitrationlinks/2025/february/arbitrationbillpassed>

¹¹ FULBRIGHT Norton R., “La nueva Ley de Arbitraje 2025: Modernización necesaria u oportunidad perdida?”. Julio 2025. Ver: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/35bfdea7/the-new-arbitration-act-2025#section2>

¹² MARAVELA, Mihaela, “Enka v. Chubb Revisitado: La elección de derecho aplicable al contrato y la ley del acuerdo arbitral”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2020. Ver: <https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/enka-v-chubb-revisited-the-choice-of-governing-law-of-the-contract-and-the-law-of-the-arbitration-agreement/>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

- b) Codificación del deber de divulgación del árbitro: Se introdujo un deber estatutario, de divulgar cualquier circunstancia que pueda razonablemente generar duda sobre la imparcialidad del árbitro, desde el punto de vista de las partes¹³. Se incorporó a dicho estatuto lo establecido por el precedente *Halliburton v. Chubb* (2020) (UKSC 48), alineando la norma a estándares de mejores prácticas (Ley Modelo CNUDMI, Reglamentos ICC y LCIA y Directrices sobre Conflictos de Intereses IBA), aunque con mayor estrictez al exigir al árbitro que revele cualquier circunstancia relevante de la cual “*deba razonablemente estar consciente*”, imponiendo un deber de debida diligencia sobre la averiguación de circunstancias previas y posteriores a su designación. Claramente, el incumplimiento demostrado de dicha norma podría posibilitar la anulación de un laudo u obstaría su ejecución.

Fuera de dicha modificación, hay dos cuestiones relevantes difíciles de soslayar:

- No se introdujo un deber expreso estatutario de independencia, pese a que éste se encuentre presente en otras jurisdicciones y reglamentos (Ley Modelo CNUDMI, Reglamento ICC) en que tanto el jurista como el legislador prefirieron la practicidad y significancia de la imparcialidad aparente (de cuya duda sopesaría su independencia) ante un requisito rígido y objetivo adicional con las complicaciones innecesarias que dicha rigurosidad pueda generar; ello obedece puntualmente al caso de industrias especializadas o de “nicho” (construcción/ingeniería, propiedad intelectual, telecomunicaciones y tecnología) que cuentan con un cúmulo reducido de árbitros calificados a disposición de las partes, y en cuyo ámbito suele ser frecuente la existencia de relaciones previas entre ambos (y que en definitiva “matizan” la duda razonable sobre independencia/imparcialidad).
 - Tampoco se incluyó un deber expreso estatutario de confidencialidad, dado que se consideró que legislar una cláusula de “talla única” de confidencialidad sería inapropiado, librando así a las partes a elegir sobre a un espectro de mecanismos de confidencialidad en base a las reglas elegidas por ellas y la naturaleza de su disputa¹⁴.
- c) Inmunidad de los árbitros: Se extiende la protección a los árbitros por responsabilidad proveniente de la renuncia, salvo que fuere irrazonable (por ej. negligencia) o, en caso de remoción, por mala fé del árbitro. Dicha reforma hace eco a legislación de países de la *Commonwealth*, como Escocia, Hong Kong, Nueva Zelanda, Singapur y Australia¹⁵, que ya legislaron la inmunidad al árbitro, bajo excepciones similares. Así redactada, la norma introduce un umbral mayor de inmunidad contra la responsabilidad del árbitro, emergente por casos de remoción, en tanto impone demostrar que el árbitro actuó de mala fe, a diferencia de la renuncia, en la cual se debe someter la cuestión a un “test” de razonabilidad.
- d) Disposición Sumaria: En cuestiones sumarias sobre las cuales, tras haber examinado el caso, se considera que una de las partes “carece de posibilidad real de éxito”, sobre un reclamo o defensa de fondo, y bajo previa solicitud de alguna de las partes sometida a debate, el árbitro está facultado para dictar un laudo sumario, salvo pacto en contrario. Esto puede implicar que un reclamo pueda ser desestimado al ser manifiestamente carente de mérito fáctico y/o jurídico sin necesidad de contestación por parte del demandado. El motivo de dicha modificación es bifronte: Por un lado, previene que partes con casos

¹³ Los casos típicos continúan siendo, supuestos donde exista o haya existido un interés o participación económica del árbitro de manera significativa en el objeto de la disputa, o que existan relaciones entre éste y alguna de las partes, sus representantes o testigos. El punto 1.3 de la “Lista Roja No Renunciable” (*Non-Waivable Red List*) y los puntos 2.2 y 2.3 de la “Lista Roja Renunciable” (*Waivable Red List*), de las Directrices sobre Conflictos de Intereses IBA (2024) son algunos ejemplos insoslayables. Ver: <https://www.ibanet.org/document?id=guidelines-on-conflicts-of-interest-in-international-arbitration-2024>

¹⁴ El reglamento de la LCIA, por ejemplo, codifica en su Art. 30 la postura del *common law* inglés sosteniendo que toda documentación o información producida para el arbitraje debe ser confidencial, salvo que su divulgación sea exigida por ley. Bajo el mismo artículo, establece que la LCIA no publicará los laudos sin consentimiento escrito previo de las partes y del tribunal arbitral. Ver: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

¹⁵ “Revisión de la Ley de Arbitraje 1996: Informe final y texto normativo”, P. 44.

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

débiles abusen del proceso de arbitraje y por otro, les otorga seguridad a los árbitros que otorgar un laudo sumario no implicará un incumplimiento de su deber de darle a las partes una oportunidad razonable de presentar su caso o disputar el laudo (igualdad de armas y debido proceso). Recae, de todos modos, la apropiada diligencia en las partes en caso de pactar en contra de dicha facultad.

- e) Arbitraje de Emergencia: Se permite expresamente la designación de árbitros de emergencia cuando las partes así lo hayan convenido bajo reglamento, y les otorga a los árbitros de emergencia facultades para dictar órdenes perentorias¹⁶, facilitando su ejecución por tribunales judiciales, incluso mientras la jurisdicción del árbitro se encuentre bajo disputa.
- f) Marco normativo en materia de anulación del laudo: Se revisaron las normas sobre cuestiones de anulación contra laudos por falta de jurisdicción, las cuales ahora establecen que:
 - Una parte afectada no puede esgrimir ante un tribunal judicial, dicha falta de jurisdicción si no lo ha hecho previamente ante el árbitro, salvo en el caso de que no haya conocido o podido descubrir bajo una razonable diligencia.
 - La parte impugnante no puede valerse de prueba no rendida previamente ante el árbitro, salvo en el caso de que no la haya conocido o podido descubrir bajo una razonable diligencia.
 - El tribunal judicial no puede pronunciarse nuevamente sobre prueba ya producida ante el árbitro.

Con claras metas de eficiencia, celeridad y equidad en el proceso, se asegura que haya menos demoras y evita que las partes refinen o vuelvan nuevamente sobre sus alegatos bajo proceso judicial.

Singapur: Un régimen en constante movimiento

El otro gran actor de este capítulo tuvo su última reforma significativa de su ley de 1994 (la “IAA”) en 2020¹⁷. En 2025¹⁸, dicha ley se encontró nuevamente en revisión, compartiendo algunos paralelismos con la reforma británica.

Una enérgica propuesta de cambio para la IAA

Bajo petición ministerial, en 2019 se condujo una consulta pública para evaluar diferentes propuestas de reforma, a efectos de “asegurar que el régimen de arbitraje de Singapur se mantenga sensible y relevante (...)”.¹⁹

Esta última reforma vigente desde 2020, trajo dos cambios relevantes, a saber²⁰:

¹⁶ Las órdenes perentorias son aquellas dictadas por un árbitro, que intiman a la parte que incumple injustificadamente una orden procesal, a que la cumpla forzosamente en un plazo determinado, bajo pena de imponerse sanciones y ser ejecutada judicialmente. Ver:

<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Glossary/UKPracticalLaw/I54eaa1371c9a11e38578f7ccc38dcbee>

<https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-arbitrators-clothes-peremptory-orders-and-state-immunity-in-arbitration/>

¹⁷ Comunicado de Prensa, “Mejorando el Régimen para el Arbitraje Internacional mediante la (Enmendada) Ley de Arbitraje Internacional”, Ministerio de la Ley de Singapur, 2020. Ver: <https://www.mlaw.gov.sg/news/press-releases/international-arbitration-amendment-bill/>

¹⁸ TUNG, Clara, WILINSKI, Piotr, “Ley de Arbitraje Internacional de Singapur bajo revisión: Sumario de Cambios Propuestos”, *ArbitrationLinks, Linklaters*, 2025. Ver:

<https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/arbitrationlinks/2025/may/singapore-international-arbitration-act-under-review>

¹⁹ Comunicado de Prensa, “Mejorando el Régimen para el Arbitraje Internacional mediante la (Enmendada) Ley de Arbitraje Internacional”, Ministerio de la Ley de Singapur, 2020. Ver: <https://www.mlaw.gov.sg/news/press-releases/international-arbitration-amendment-bill/>

²⁰ BAJAJ, Gitanjali, ABARA, Adriana A., “Nuevas Enmiendas a la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur”, *DLA Piper*, 14 de septiembre de 2020. Ver: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2020/09/new-amendments-singapore-international-arbitration-act>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

- i) Modo por defecto de designación de árbitros en arbitrajes multi-parte: Se estableció un nuevo procedimiento para todo arbitraje que involucre 3 o más partes disputantes y a un tribunal arbitral tripartito, para casos en los que el acuerdo arbitral no establezca un mecanismo de designación de los árbitros. La disposición obliga a las partes a designar conjuntamente un árbitro e informarse recíprocamente sobre las designaciones realizadas bajo plazos estrictos, y previendo subsidiariamente que, de estar las partes indispuestas o imposibilitadas de designar los árbitros que dirimirán su disputa, una “autoridad designadora”²² deberá hacerlo. Se considera abarcado lo dispuesto en los precedentes *BRS v. BRQ* (2020), y *Bloomerry Resorts v. Global Gaming Philippines LLC* (2021). La meta de dicha adición es clara en tanto apunta a reducir las demoras asociadas al proceso de designación cuando exista una pluralidad de partes y sea desafiante su puesta en acuerdo.
- ii) Facultad de ejecutar obligaciones de confidencialidad: Como principio general, las partes y los árbitros poseen el deber no divulgar la información y materiales obtenidos durante el curso del arbitraje ni su utilización para otro propósito ajeno al de la disputa. Dada la primordial importancia que cobra la confidencialidad, particularmente para el arbitraje comercial, se le han reconocido expresamente facultades, tanto al tribunal arbitral como a la Alta Corte de Singapur, para imponer el cumplimiento de deberes de confidencialidad ya sea mediante instrucciones u órdenes. Tal reforma es recogida bajo precedentes como *AAY y otros v. AAZ* (2009)²³, que por su parte consagró jurisdiccionalmente a la confidencialidad como un deber implícito de las partes, del tribunal arbitral, testigos e instituciones arbitrales, y que además, señaló la necesidad de legislación que otorgue facultades a los árbitros para hacerla efectiva, y *Myanma Yaung v. Win Win Nu* (2003)²⁴, donde la Alta Corte estableció que se extiende el deber de confidencialidad a “... cualquier documento preparado y utilizado para el arbitraje, o divulgado o producido en el curso del arbitraje, o transcriptos o notas sobre la prueba del arbitraje o su laudo”
- Enmiendas no adoptadas a considerar:
- Hubo dos cuestiones que, si bien quedaron al margen de la reforma, quedaron a consideración del Ministerio de la Ley a futuro²⁵:
- La posibilidad de que por acuerdo mutuo entre las partes se le pueda requerir al tribunal decidir sobre cuestiones jurisdiccionales en un laudo preliminar, y,
 - La previsión de un mecanismo voluntario (*opt-in*) que permita a las partes recurrir contra laudos, ante la Alta Corte de Singapur sobre cuestiones de derecho.

Un presente candente: Las tratativas de reforma de la IAA en 2025

Conmemorando el aniversario 30 de la IAA, y tras el extenso trabajo de la SIDRA (Academia de Resolución de Disputas Internacionales de Singapur) y el Ministerio de la Ley (Singapur), se anticipó el envío al Parlamento singapurense de un proyecto de reforma que pueda contemplar una serie de áreas, a saber²⁶:

²¹ YEO, Alvin, CHOU, Sean Y., LIM, Wei L., “Reseña de Arbitraje Asia-Pacífico 2022”, *Global Arbitration Review*, 7 de junio de 2021. Ver: <https://globalarbitrationreview.com/review/the-asia-pacific-arbitration-review/2022/article/singapore>

²² La misma es definida bajo la Sección 2(1) de la IAA de Singapur como: “... el Presidente de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) o cualquier otra persona o institución que el Ministro (de la Ley) pueda, por notificación en la Gaceta, especificar.” (Paréntesis agregados)

²³ SGHC, “AAY and others v AAZ”, 15/06/2009, 2009, SGHC 142. Ver: https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2009_SGHC_142

²⁴ SGHC, “Myanma Yaung Chi Oo Co. Ltd v. Win Win Nu and Another”, 06/06/2003, 2003, SGHC 124. Ver: https://www.elitigation.sg/gdviewer/s/2003_SGHC_124

²⁵ BAJAJ, Gitanjali, ABARA, Adriana A., “Nuevas Enmiendas a la Ley de Arbitraje Internacional de Singapur”, *DLA Piper*, 2020. Ver: <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2020/09/new-amendments-singapore-international-arbitration-act>

²⁶ TUNG, Clara, WILINSKI, Piotr, “Ley de Arbitraje Internacional de Singapur bajo revisión: Sumario de cambios propuestos”, *ArbitrationLinks Linklaters*, 2025. Ver: <https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/arbitrationlinks/2025/may/singapore-international-arbitration-act-under-review>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

- Determinación de costos arbitrales tras la anulación de laudo: Compartiendo dicha situación con la de Inglaterra y Hong Kong, la IAA carece de previsiones que expresamente otorguen a los árbitros la facultad de establecer cómo se distribuirán los costos y honorarios del arbitraje tras la anulación de un laudo, así recomendando que se establezca expresamente. Restaría conocer más detalles sobre la misma, por ejemplo, si el ejercicio de dicha facultad pueda ser susceptible de control judicial, y en qué casos.
- Principios sobre costos diferenciados en materia de rechazos de anulación de laudo: A efectos de disuadir posibles tácticas dilatorias contra el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, existe inquietud sobre si ellas deban penalizarse con indemnizaciones más severas (*"indemnity costs"*) como regla general, a la parte (ejecutada) que fracase en impugnar un laudo, en vez de continuar reservando ésta última para casos excepcionales (ej. mala fe procesal, abuso del proceso). Ésta aparenta ser la reforma menos plausible, por las posibles consecuencias perniciosas que conllevaría sancionar a todo litigante que recurra contra un laudo sin éxito, y las dificultades al acceso a la justicia que ello acarrea, entre otras.
- Introducción de requisito de permiso judicial para apelaciones (para anulación de laudo): Actualmente, la Alta Corte establece que toda anulación de laudo es susceptible de ser recurrible. Sin embargo, dado el aumento de casos disputados, se recomienda la introducción de un requisito de aprobación para "filtrar" toda apelación sin mérito aparente. Ello podría conllevar, sin embargo, que se prolongue la fase "post-laudo" (de ejecución), en perjuicio del ejecutante.
- Límite de tiempo para impugnar laudos: Se pretende consultar sobre si deba acortarse el límite actual de tres meses para recurrir contra laudos (Artículo 34(3) Ley Modelo CNUDMI) o si se le deba otorgarse a los tribunales judiciales la discreción para extenderlos, particularmente respecto a supuestos en los que medie fraude o corrupción. No se ha aún establecido si sólo operaría para dichos casos o cuáles serían los límites a la discrecionalidad judicial para extender plazos.
- Derecho de apelación contra el laudo sobre cuestiones de derecho: Se explora si es deseable introducir el derecho de apelar el laudo por cuestiones de derecho, similarmente a los regímenes jurídicos de Inglaterra y Hong Kong. Sin embargo, en ninguna de ambas jurisdicciones tal derecho es "automático", al requerir acuerdo expreso de las partes y, en el caso inglés²⁷, además dependerá, del permiso del tribunal judicial otorgado, revestido de estrictas condiciones. Subyacen dudas sobre la aceptación de dicha propuesta, en especial al poner en jaque al modelo actual singapurense, que prioriza la finalidad y eficiencia del laudo, reservando el escrutinio judicial a casos específicos.
- Determinación de Derecho Aplicable al Acuerdo Arbitral: Siendo que la IAA actualmente no prevé un método para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral, se recomienda que, por defecto (en ausencia de elección de derecho), el derecho aplicable al acuerdo arbitral sea el mismo que el que rija el fondo del contrato principal, bajo precepto del *common law* singapurense²⁸, diferenciándose de la solución inglesa.

Sobre ello, debe mencionarse una cuestión que puede ser un eje de debate:

El precedente de la Corte Suprema inglesa *Enka v. Chubb*²⁹, ya estableció que si, en un contrato donde las partes no han expresa o implícitamente determinado el derecho aplicable al acuerdo arbitral, y si la aplicación del derecho del contrato principal invalida la cláusula arbitral, debe, por lo tanto, ser aplicable el derecho de la sede arbitral.

²⁷ Ley de Arbitraje de 1996 (Reino Unido), Sección 69 (3).

²⁸ Ello es discutible por el precedente "BNA v. BNB (2019)" en el que se determinó bajo un "test" que, "bajo ausencia de elección de derecho aplicable, el sistema jurídico con la conexión más cercana y real al acuerdo arbitral" será el que resulte aplicable al mismo, siendo por lo general, el de la sede arbitral. SGCA, "BNA v. BNB and another", 27/12/2019, 2019, SGCA 84. Ver: https://www.elitigation.sg/gd/s/2019_SGCA_84

²⁹ UKSC, "Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb", 2020, UKSC 38

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

Debería entonces, considerarse una propuesta flexible que contemple la solución anterior, donde, en caso de indefinición, pueda “trasladarse” el derecho aplicable sin que perjudique la validez de la cláusula arbitral, máxime teniendo en cuenta el principio de separabilidad.

- Revisión de la jurisdicción del tribunal: La consulta, además, pretende sondear acerca de si la revisión judicial sobre la jurisdicción del árbitro deba tomar la forma de una apelación o de una nueva audiencia, y definir qué admisibilidad deba tener la nueva prueba a tal efecto. El informe recomienda mantener el estándar “*de novo*”³⁰ adoptado por las cortes.
Si se plantearan alternativas a lo existente, se restringiría la posibilidad de cuestionar la jurisdicción del árbitro, con toda consecuencia que ello acarrea; si bien se pretende dinamizar el arbitraje (principalmente cuando existen demandados “reticentes” a someterse a arbitraje), ello llama a que se evalúe puntualmente hasta qué punto pueda limitarse dicha revisión (puede haber cuestiones complejas que excedan una mera audiencia – ej. cuestiones de derecho extranjero aplicable a la arbitrabilidad y/o validez del acuerdo arbitral), y, si se restringiese la posibilidad de plantear prueba ya rendida ante el árbitro o nueva prueba, se generaría incertidumbre sobre la garantía del control judicial ante posibles casos de falta de jurisdicción, dado que la parte que disputa jurisdicción se vería impedida de ofrecer nuevamente prueba ya rendida ante el árbitro. Resulta escasamente certero que se modifique el estándar vigente actual.
- Disposición sumaria: Una recomendación expresa por parte del informe, es la introducción de una facultad expresa otorgada a los árbitros de “disposición sumaria” (*Summary Disposal*), así plasmando en el estatuto lo que ya varios reglamentos institucionales ya prevén anteriormente (LCIA, SIAC, SCC). Dicha facultad expresa robustecería el rol del árbitro (principalmente bajo arbitraje en el que no haya reglamento aplicable que así lo establezca) en casos donde las cuestiones planteadas por una u ambas partes sean de escaso mérito, sean cuestiones de puro derecho, o, que simplemente excedan la jurisdicción del árbitro.

Un futuro: La visión del ahora y otras propuestas de reforma

Si bien las prioridades y las propuestas para las distintas jurisdicciones varían, las tendencias ya examinadas apuntan a una cierta “cultura común” de sistemas de *common law* con necesidades similares de reforma, en base a la evaluación compartida de sus precedentes jurisprudenciales. Similarmente, Hong Kong³¹, actualmente se encuentra evaluando actualizar su legislación sobre arbitraje (plasmada a imagen y semejanza de la LMC como Singapur), aunque aún se desconoce si ésta pueda acercarse más a la reforma china, de entrada en vigor a partir de Marzo de 2026³², la cual trae, entre varias novedades, legislación específica de arbitraje *ad-hoc* para disputas concretas.

Ello se replica en diversas jurisdicciones y con ciertas variaciones. Las discusiones parlamentarias sobre las propuestas de reforma de similar envergadura a las ya tratadas, actualmente atraviesan países como Alemania e India³³. Pero, además, hay otros ejemplos que resultan difíciles de ignorar.

³⁰ La expresión en latín refiere a que la cuestión planteada se someta a un proceso “...*como si fuera nueva, y como si no se haya tratado previamente y como si ninguna decisión se haya tomado sobre ella anteriormente*” (McDunn v. Arnold, 2013 MT 138, Pár. 22, 370 Mont. 270, 303 P.3d 1279). Ver: <https://courts.mt.gov/external/SOR/definitions/2>

³¹ HERBERT SMITH FREEHILLS KRAMER, “Hong Kong considerando actualizar su legislación sobre arbitraje”, *Herbert Smith Freehills Kramer*, 2025. Ver: <https://www.hsfkramer.com/notes/arbitration/2025-09/hong-kong-to-consider-updating-arbitration-legislation>

³² DYMOND, Tony – PRAGER, Dietmar – LEE, Sarah – NGUYEN, Lyn, “China adopta las primeras enmiendas sustantivas a la Ley de Arbitraje”, *Debevoise & Plimpton*, 2025. Ver: <https://www.debevoise.com/insights/publications/2025/10/china-adopts-first-substantive-amendments-to>

³³ TUNG, Clara, WILINSKI, Piotr, Ley de Arbitraje Internacional de Singapur bajo revisión: Sumario de cambios propuestos” *ArbitrationLinks Linklaters*, 2025, Ver: <https://www.linklaters.com/en-us/insights/blogs/arbitrationlinks/2025/may/singapore-international-arbitration-act-under-review>

Una lectura diferente: El método francés

Francia actualmente trabaja en gestionar un ambicioso proyecto de reforma de su ley de arbitraje³⁴, con una meta que no se agota en una mera actualización de la misma.

La propuesta pretende solapar la dispersión normativa existente en el ordenamiento jurídico francés, en materia de arbitraje, con una idea considerablemente “napoleónica”³⁵: adoptar un “Código de Arbitraje” (*Code de l'arbitrage*) de 146 artículos que reúna todas las previsiones sobre la materia; desde principios generales y de trámite del proceso, hasta normas sobre *exequatur* (actualmente dentro del Código de Procedimiento Civil francés). La propuesta no se conforma con unificar legislación dispersa: aspira a consolidar su régimen dualista en uno monista³⁶, así simplificando y uniformando su marco normativo y dotando de mayor previsibilidad y celeridad al reconocimiento y ejecución los laudos extranjeros, sumando al país galo a la puja global por facilitar y promover el arbitraje internacional, bajo un régimen legal exclusivo.

EE.UU. y la FAA: Cuestión de clase

Bajo un enfoque diferente, y en un contexto contencioso sobre cuestiones de validez del arbitraje de clase y de litigios de clase³⁷, recientemente en el Congreso de los Estados Unidos se han planteado reformas específicas a su ley de arbitraje nacional, la *Federal Arbitration Act*, sobre una serie de cuestiones muy diferenciadas de las anteriormente examinadas.

Frente a la proliferación de arbitraje en materia de consumo, laboral, anti-monopolio o de derechos civiles, y bajo la casi omnipresente práctica de sujeción a acuerdos de arbitraje con forzosa renuncia a acciones de clase, actualmente³⁸ ha habido una tendencia de reexaminar el alcance de la FAA sobre la validez de acuerdos arbitrales o prácticas que involucren arbitraje, que limiten o eviten las acciones colectivas o de clase (*class actions*), y eviten la adhesión forzosa al arbitraje sobre dichas materias. Pese a que los proyectos de reforma que continúan latentes, restará conocer si reformar la FAA a tal efecto es una solución eficaz, o bastará con proponer alternativas de carácter no legislativo.

Nuevas reglas en otro terreno: La propuesta de CNUDMI y la cuestión del TPF

Además de lo tratado, resulta relevante destacar que continúa la labor del Grupo III de CNUDMI³⁹, sobre la posible implementación de un cuerpo permanente de resolución de disputas inversor-Estado, hasta ahora denominado “mecanismo permanente”. Recientemente, en la 52da sesión del 22 al 26 de Septiembre de 2025 en Viena⁴⁰, se

³⁴ Grupo de trabajo sobre la reforma del derecho arbitral francés, “Informe y propuestas para la reforma de la ley de arbitraje francesa”, Ministerio de Justicia (Francia), 2025. Ver:

<https://www.justice.gouv.fr/documentation/ressources/rapport-propositions-reforme-du-droit-francais-larbitrage>

³⁵ BOURGEOIS, Valentin, “Propuestas para la reforma de la ley de arbitraje francesa: evolución, revolución y un código autónomo”, *Clyde & Co*, 2025. Ver: <https://www.clydeco.com/en/insights/2025/05/proposals-for-reform-of-french-arbitration-law-evo>

³⁶ En las palabras del Dr. Roque Caivano, se definió claramente en qué consisten el dualismo y el monismo en materia de arbitraje: “En materia arbitral, las expresiones monismo y dualismo se utilizan para definir el modelo de legislación sobre arbitraje de cada país ... en los monistas, las mismas normas aplican tanto a los arbitrajes internacionales como a los domésticos; en los dualistas, la legislación difiere según que el arbitraje sea internacional o doméstico.”

CAIVANO, Roque J.: “Propuestas para mejorar la legislación sobre arbitraje doméstico”, *Revista Argentina de Arbitraje* N° 7, 2021. Ver: <https://medyar.org.ar/opinion2105.php>

³⁷ GLOVER, Elizabeth, “Arbitraje masivo”, *Stanford Law Review* N° 74, 2022. P. 1303. Ver:

<https://review.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/3/2022/09/Glover-74-Stan.-L.-Rev.-1283.pdf>

³⁸ Congreso de EE. UU. (2025). *H.R. 5350, 119th Congress: Forced Arbitration Injustice Repeal Act of 2025*. Ver: <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/house-bill/5350/text>

³⁹ Naciones Unidas, Grupo III: Reforma sobre Resolución de Disputas Inversor-Estado. Ver: https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state

⁴⁰ DE BRANDEBERE, Eric, “Reporte sobre la 52da Sesión del GT III de CNUDMI en Viena (22-26 septiembre 2025)”, *CEPANI*. Ver: <https://cepani.be/news/report-on-the-52nd-session-of-uncitral-wg-iii-in-vienna-22-26-september-2025>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

discutió sobre la relación costo-beneficio de implementar uno o dos tribunales (el segundo entendería sobre apelaciones a las decisiones del primero y sobre laudos de otros tribunales arbitrales), sin haber aún acuerdo definitivo sobre si se implementará un modelo u otro, pero con diversos modelos propuestos. También se alcanzó consenso sobre la modificación del *Proyecto de Estatuto sobre el Mecanismo Permanente para la Resolución de Disputas Internacionales de Inversión*, para establecer que luego de transcurrido el plazo para rectificar el laudo, éste será final y vinculante para las partes y que “*toda parte restante del mismo no modificada será vinculante para las partes disputantes*”.

Otra cuestión debatida fue la del “*Third-Party Funding*”, en tanto se propuso que la mera existencia de terceros financistas (que financien los gastos de la disputa), que, de manera automática u obligatoria, establezcan que la parte financiada disputante otorgue garantías de cumplimiento sobre dichos gastos, en caso que el acuerdo entre ésta última y el tercero financista no cubra una decisión adversa sobre dichos gastos o costas. Se alcanzó consenso en otorgarle discreción al tribunal arbitral a ordenar la constitución de garantías en tal supuesto, con la salvedad de que sólo podrá obligársele a un Estado parte bajo circunstancias excepcionales.

Paralelamente, se ha comenzado a legislar acrecentadamente en la materia, con soluciones similares, en aras de establecer ciertos deberes de divulgación (de las partes entre sí y al árbitro), que incluyen el de informar sobre la existencia de un acuerdo de TPF e información sobre el tercero financista. Singapur⁴¹ y Hong Kong⁴² comenzaron a hacerlo desde 2017, y desde 2023, Nigeria⁴³ se ha sumado a ello, seguido de Malasia⁴⁴ quien próximamente lo regulará; Interesantemente, Reino Unido aún no ha legislado sobre ello, aunque recientemente se han anunciado planes de hacerlo⁴⁵. Dicha cuestión, a diferencia de las jurisdicciones de *common law* anteriores, ha sido generalmente permitida en jurisdicciones de derecho continental europeo como las de Alemania, Francia y Suiza, aunque éstas últimas carecen de marcos legislativos que prevean deberes de divulgación al respecto.⁴⁶

Aunque el TPF continúa siendo una cuestión controversial y de complejo encuadre normativo, es notable conocer los paulatinos acercamientos a su regulación por la significativa exposición que dichos acuerdos traen, principalmente en relación al resultado de la disputa vinculada a ellos.

Argentina y la LACI: Un rumbo internacional e interprovincial

El caso de Argentina y su relación con el arbitraje internacional es extenso. Posteriormente a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en 2015, y desde el logro fundamental de la sanción de su Ley de

⁴¹ Ley de Derecho Civil de Singapur (Enmienda) de 2017 (que inserta las nuevas Secciones 5A y 5B en la Ley de Derecho Civil), junto con el Reglamento de Derecho Civil (Financiación por Terceros) de 2017 y las enmiendas relacionadas a la Ley de la Profesión Jurídica (Cap. 161) y a las Reglas de Conducta Profesional de la Profesión Jurídica de 2015.

⁴² Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (Cap. 609) 2011, enmendada, en Sección 98Q(1)(b) Ver: https://www.doj.gov.hk/en/legal_dispute/pdf/brief_note_tpf_e.pdf

⁴³ El caso de Nigeria es peculiar, dado que en el año 2023 se transformó en la tercera jurisdicción, seguida de Singapur y Hong Kong, en permitir expresamente el TPF para arbitraje mediante estatuto. Adicionalmente, se incluyeron previsiones respecto de garantías a la cobertura de costos por parte del financista en caso de que haya un resultado desfavorable para el financiado. OGER-GROSS, Elizabeth – OBAMUROH, Tolu, “Nuevo régimen de arbitraje entra en vigor en Nigeria”, *White & Case*, 2023. Ver: <https://www.whitecase.com/insight-alert/new-arbitration-regime-comes-force-nigeria>

⁴⁴ AQAN, Raja N. – VIJANDRAN, Vishnu, “La introducción del third-party funding en cuestiones de arbitraje internacional en Malasia – un desarrollo bienvenido”, *Aqran Vijandran*, 2024. Ver: <https://www.aqranvijandran.com/blog/the-introduction-of-third-party-funding-in-international-arbitration-matters-in-malaysia---a-welcome-development>

⁴⁵ Como consecuencia del caso de derecho de la competencia *PACCAR* (2023) (UKSC 28), a fines de 2025, el gobierno británico ha anunciado planes de revertir dicha decisión e introducir legislación (no retroactiva) que regule el TPF a efectos de otorgar certidumbre a los financistas, a los reclamantes financiados y para reforzar el lugar de Londres como una sede global de resolución de disputas. Ver WHEAL, Robert, HAROON, Ibrahim, WRIGHT, Mona, “UK moves to reverse PACCAR decision and regulate third-party litigation funding”, *White & Case*, 2026. Ver: <https://www.whitecase.com/insight-alert/uk-moves-reverse-paccar-decision-and-regulate-third-party-litigation-funding>

⁴⁶ NIEUWVELD Lisa B., SAHANI Victoria S., *Third-Party Funding in International Arbitration* (2ª ed. 2017), en § 7.01, § 11.02[I], [BB].

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

Arbitraje Comercial Internacional (LACI) en 2018, se han llevado a cabo importantes esfuerzos para promover y fortalecer el desarrollo del mismo. Uno de sus más recientes, ya abordado anteriormente⁴⁷, es el tratamiento de un proyecto de ley⁴⁸ que modifica disposiciones de la LACI y su CCCN, bajo una finalidad bifronte.

Por un lado, pretende extender los efectos de la LACI a arbitrajes domésticos, pero con partes domiciliadas en diferentes jurisdicciones provinciales (“*inter-provincial*”), y, por otro lado, pretende modificar el CCCN para tratar la cuestión de arbitrabilidad, eliminando las materias exceptuadas de arbitrabilidad, con la única excepción de los derechos no transigibles; y asimismo, contando con la previsión de que toda mención de norma de orden público no obste a dicha arbitrabilidad. Ello responde a pasadas restricciones innecesarias a la arbitrabilidad (en especial sobre cuestiones de consumo y de contratos de adhesión) que generaron una importante divergencia de criterios judiciales, que no aportaron a la vital certidumbre sobre cuestiones de validez y ejecutabilidad de los laudos.⁴⁹

Además, mediante la misma, se fortalece el rol del árbitro al sumar facultades expresas de decretar medidas cautelares y exigir caución (salvo pacto en contrario), sin alterar la opción de las partes de solicitarlas judicialmente. Sumado a ello, se fortalece el carácter obligatorio de la cláusula arbitral, estableciendo que se excluya la competencia de los tribunales, excepto que éstos ya se encuentren conociendo sobre la misma o que dicho acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo o inaplicable. Adicionalmente, se prevé un número impar de árbitros para la constitución del tribunal, y plena libertad para acordar el procedimiento para su designación, estableciendo el número de tres, en caso de que las partes omitan estipularlo.

Dicha propuesta ofrece importantes avances para robustecer y promover el arbitraje doméstico e internacional en Argentina, y alinea su marco legislativo en materia de arbitraje con los principios de la Ley Modelo CNUDMI ya plasmados en la misma LACI.

En conclusión, si bien la mayoría de las reformas mencionadas muestran una naturaleza más incremental que transformativa⁵⁰, colectivamente representan una apuesta redoblada a la promoción del arbitraje como ya se ha mencionado. El futuro parece apuntar a dicha dirección, y conlleva un cierto incentivo al resto de otras jurisdicciones a considerar reformas similares, con énfasis en dichas finalidades.

Conclusiones al horizonte de hoy

Como se ha visto, la construcción de marcos legislativos para el arbitraje se ha acelerado notoriamente para uniformizar criterios, disminuir la litigiosidad excesiva y frívola, fortalecer los procedimientos y favorecer la celeridad y previsibilidad de los mismos, complementando dicha legislación con reglamentos aplicables, una suerte de “tarea comunitaria” que atraviesa horizontalmente actores públicos y privados, bajo un entorno más pluralista, en constante crecimiento y acelerada transformación.

Seguidamente a la tendencia que se observa actualmente, no resulta remoto plantear que los cambios normativos continuarán, aunque aún de manera dispar y variable según cada jurisdicción; nada parece frenar a la promoción del arbitraje, y las tendencias ya analizadas carecen de relativismo alguno posible sobre ello.

⁴⁷ CAIVANO, Roque J.: “Propuestas para mejorar la legislación sobre arbitraje doméstico”, *Revista Argentina de Arbitraje*, N° 7, 2021, IJ-MLVIII-253.

⁴⁸ Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Modificación de la Ley 27.449 y del Código Civil y Comercial de la Nación para la unificación y fortalecimiento del régimen de arbitraje, Argentina, 2025.

⁴⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José C., “Argentina avanza hacia la unificación y el fortalecimiento del régimen de arbitraje para el comercio interprovincial e internacional”, 13 de septiembre de 2025. Ver: <https://fernandezrozas.com/2025/09/12/argentina-avanza-hacia-la-unificacion-y-el-fortalecimiento-del-regimen-de-arbitraje-para-el-comercio-interprovincial-e-internacional-13-septiembre-2025/>

⁵⁰ CAHER, Charlie – KRUEGER, Marleen – KEIST, Ramona, “Fueron los mejores momentos, fueron los peores momentos: Una visión de las recientes reformas de legislación arbitral en 2025”, ICLG, 30 de septiembre de 2025. Ver: <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/01-it-was-the-best-of-times-it-was-the-worst-of-times-an-overview-of-recent-arbitration-law-reforms>

Codificando una nueva brújula para el arbitraje internacional: abriendo camino hacia delante

Los usuarios del arbitraje, hoy por hoy, encuentran prácticamente un universo de posibilidades de elección, en base a las cuales pueden someter una cierta disputa actual o futura; sin embargo, el escenario de fondo aún permanece sinuoso, como lo atestiguan recientes sondeos y eventos en desarrollo.

Cuestiones como el arbitraje multi-parte, el *third party funding* y las herramientas digitales como la IA aplicada al arbitraje continúan abriéndose paso como fenómenos más frecuentes en la práctica, que progresivamente comienzan a requerir mayores recaudos normativos, pero carecen de uniformidad en su tratamiento bajo diferentes jurisdicciones. Y el acceso a la justicia, no dista de continuar siendo un desafío para todos los actores involucrados.

Ante todo, para todo actor, prima la capacidad de tomar decisiones informadas y la adaptación al cambio celero, sin descontar los matices que pueden revestir un posible panorama próximo

ÁRBITROS PARTISANOS: ¿MITO O REALIDAD? UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL MÉTODO DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR LAS PARTES^{* **}

Andrea Palacios Zárate⁵¹ & Daniella Ravelo Subauste⁵²

Resumen: El artículo analiza el método de designación de árbitros por las partes, considerado como la *default rule* en el arbitraje comercial internacional. Se examinan sus fundamentos, evidenciando la preferencia de los usuarios y centros de arbitraje por mantener esta práctica. A la vez, se aborda el debate doctrinal sobre la posible parcialidad o sesgo de los árbitros designados de manera unilateral, y si dicho método impacta negativamente en la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral.

Las autoras defienden la designación unilateral, destacando la legitimidad derivada de la autonomía de la voluntad y la “tensión cognitiva” que enriquece las deliberaciones. Se exploran alternativas como la designación directa por instituciones arbitrales o fórmulas de *strike-and-rank*, evaluando sus ventajas y limitaciones.

El artículo concluye que, la designación unilateral persiste debido a la confianza que brinda a los usuarios y a su eficacia en la constitución de los tribunales arbitrales, en comparación con los mecanismos alternativos analizados en este trabajo.

Abstract: *This paper analyzes the method of party appointments of arbitrators, regarded as the default rule in international commercial arbitration. It examines its foundations, highlighting the preference of both users and arbitration institutions for maintaining this practice. At the same time, it addresses the doctrinal debate about the potential partiality or bias of unilaterally appointed arbitrators, and whether this method negatively affects the independence and impartiality of the arbitral tribunal.*

The authors defend the unilateral appointment, emphasizing the legitimacy derived from party autonomy and the “cognitive tension” that enriches deliberations. The paper also explores alternative mechanisms, such as direct appointment by arbitral institutions and strike-and-rank formulas, assessing their advantages and limitations.

The article concludes that unilateral appointment persists due to the confidence it affords users and its effectiveness in the constitution of arbitral tribunals, as compared to the alternative mechanisms examined in this paper.

Introducción

En abril de 2010, el profesor Jan Paulsson generó un intenso debate al proponer en una Conferencia en la Universidad de Miami, la eliminación de la designación unilateral de árbitros, argumentando que conllevaba un peligro moral y ético en el arbitraje internacional. Quince años después, la polémica no ha cesado, y la pregunta de si debe mantenerse o erradicar esta práctica sigue escindiendo posturas divergentes en la doctrina y comunidad arbitral. Pese a que las estadísticas y la realidad cotidiana de los principales centros de arbitraje indican que el

^{51*} Un agradecimiento especial al profesor Fernando Cantuarias Salaverry por su invaluable motivación para desarrollar el presente artículo y por su constante impulso hacia la realización de esta publicación. Su guía y apoyo han sido fundamentales para el logro de este trabajo.

^{**} Las opiniones expresadas en el presente artículo representan exclusivamente las consideraciones y puntos de vista personales de los autores. Estas no necesariamente reflejan, ni deben interpretarse como la posición oficial de las firmas de abogados en las que desempeñan sus labores profesionales.

[Andrea Palacios Zárate](#). Estudiante de último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante del Área de Solución de Controversias en Payet, Rey Cauvi Pérez Abogados. Correo electrónico: andrea.palaciosz@pucp.edu.pe

⁵² [Daniella Ravelo Subauste](#). Estudiante de último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante del Área de Litigios y Arbitraje Internacional en Cuatrecasas. Correo electrónico: daniella.ravelo@pucp.edu.pe

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

nombramiento unilateral continúa siendo la regla por defecto en la conformación de tribunales arbitrales; intelectuales como Jan Paulsson y Albert Jan Van Den Berg, han llegado a sostener que es el momento de “romper con el corazón del arbitraje” y de reformar el método de designación de los árbitros, buscando mayor objetividad en su proceder.

Frente a esta aparente paradoja —de un lado, el incesante llamado de académicos e instituciones a reformar la designación unilateral y, del otro, la clara preferencia de los usuarios por seguir nombrando “sus” árbitros— surgen múltiples interrogantes que dan cuerpo al presente trabajo. La principal pregunta de investigación es: ¿por qué la designación unilateral de árbitros sigue siendo la regla predominante si existe tanta controversia doctrinal y esfuerzos de reforma en su contra? El examen de este asunto no es para menos. Precisamente, uno de los pilares diferenciales del arbitraje frente a la justicia estatal es la libertad de las partes para seleccionar a los integrantes del tribunal arbitral; no obstante, también se ha cuestionado repetidamente hasta qué punto esa supuesta libertad puede conducir a decisiones sesgadas, o si se está salvaguardando cabalmente el estándar de imparcialidad e independencia.

La hipótesis que se defiende en este trabajo es que, lejos de constituir un vestigio arcaico que deba ser eliminado, la designación unilateral merece mantenerse como parte esencial del arbitraje. Para sostener esta postura, revisaremos, en primer lugar, los antecedentes históricos y las encuestas más recientes que muestran la inclinación de las partes a conservar el derecho de nombrar “su” árbitro y cómo esto se relaciona con las críticas a este método de designación de árbitros. Luego, abordaremos el debate sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros designados por las partes y si debe existir o no un estándar distinto para los *party-appointed arbitrators*. Finalmente, examinaremos la tensión entre la autonomía de la voluntad, la legitimidad del procedimiento y las crecientes propuestas de reforma que intentan supeditar la designación de árbitros a autoridades o sistemas alternativos.

Con ello, esperamos no solo explicar la razón de la supervivencia de esta figura, sino refrendar que la designación unilateral contribuye a la confianza de los usuarios y a la eficacia de los arbitrajes alrededor del mundo.

La regla general: el método de designación de árbitros por las partes

¿En qué consiste el método de designación de árbitros por las partes?

El derecho de las partes de elegir a quiénes decidirán su disputa es tan antiguo como el arbitraje. Tal prerrogativa ha sido calificada por la doctrina como “*principio básico del arbitraje*”, en la medida en que expresa la naturaleza consensual del arbitraje⁵³. De acuerdo con Rogers, “*The method of party-appointment has historically been the norm in both public and private international disputes.*”⁵⁴.

Históricamente, esta regla se remonta a los primeros tratados de arbitraje interestatal, entre ellos, el Tratado Jay de 1794 entre Estados Unidos y Gran Bretaña, el Tratado de Washington de 1871 (Reclamaciones de Alabama), y la Convención de La Haya de 1899, que instituyó la Corte Permanente de Arbitraje⁵⁵. En cada uno de los tratados citados, los Estados acordaron someter sus reclamos al arbitraje internacional, siempre que conserven el derecho a nombrar a los árbitros que resolverán sus controversias⁵⁶. La esencia de esta regla radica en conciliar la cesión de la

⁵³ VELARDE SAFFER, Luis M. – ROCA SILVA, María F., “¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?” *Delos Dispute Resolution*, s/f, p. 1. <https://delosdr.org/ha-llegado-el-momento-de-eliminar-el-sistema-de-designacion-de-arbitros-por-las-partes-y-establecer-un-sistema-de-designacion-por-medio-de-instituciones-o-alternativo/>

⁵⁴ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”. *Harvard International Law Journal*, 64(1), 2023, p. 143 (“El método de nombramiento por las partes ha sido históricamente la norma tanto en las controversias internacionales públicas como privadas”).

⁵⁵ ROGERS, Catherine “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”, p. 143-144.

⁵⁶ ROGERS, Catherine “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”, p. 144.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

soberanía con la autonomía de las partes, permitiéndoles mantener cierto control sobre la composición del tribunal arbitral al tiempo que confían en un mecanismo de solución de controversias alternativo al sistema de justicia de sus Estados.

En la práctica del arbitraje comercial internacional, el uso de árbitros designados por las partes conserva su esencia original. En palabras de Rogers, cuando el tribunal se compone de tres árbitros, lo habitual es que cada parte designe a uno, y que estos co-árbitros elijan conjuntamente al tercero, quien actuará como presidente del Tribunal Arbitral⁵⁷. Este mecanismo de designación ha sido recogido y regulado en las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI⁵⁸. Esto explica que, hasta la actualidad, la regla general en el arbitraje comercial internacional continúe siendo que las partes participen activamente en la designación de los árbitros que resolverán su controversia. Esta designación puede realizarse de mutuo acuerdo o mediante la designación de un co-árbitro por cada parte cuando el panel está conformado por tres o más árbitros. De acuerdo con Velarde y Roca Silva: “*es frecuente que las partes tengan injerencia en la designación del presidente del tribunal a través de sus respectivos co-árbitros. Este es el “paradigma básico” en palabras de Schneider.*”⁵⁹.

El uso de esta práctica ha sido analizado recientemente por el Subcomité de Arbitraje de Inversiones del Comité de Arbitraje de la IBA, mediante el cual se determinó que⁶⁰:

[F]rom the 446 ICSID cases reviewed, the co-arbitrators were entrusted to appoint the presiding arbitrator in 85 cases. In those cases, the average time for constituting the arbitral tribunal was 175 days from the registration of the request for arbitration to the appointment of the presiding arbitrator. This reduced by 62 days the average length of the tribunal constitution in ICSID cases as compared to its default procedures (237 days). The Institutions have observed that co-arbitrator appointments generally take longer when the parties agree that consultations may take place between a party and the co-arbitrator that it appointed in the selection of the presiding arbitrator⁶¹

De esta manera, queda claro que el método de designación de los árbitros por las partes es una práctica consolidada en la historia del arbitraje internacional, cuya preferencia es notoria hasta la actualidad. Sin embargo, a continuación, analizaremos los fundamentos detrás de su consolidación como la “regla general” para efectos de la designación de los árbitros.

¿Por qué se considera la regla general en el procedimiento de designación de árbitros?

La designación de árbitros por las partes se ha consolidado como la regla general en el arbitraje internacional. Esta práctica se justifica, principalmente, por dos razones: (i) su incorporación como mecanismo por defecto en los

⁵⁷ ROGERS, Catherine “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”, p. 144.

⁵⁸ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”, p. 144.

⁵⁹ VELARDE SAFFER, Luis M. - ROCA SILVA, María F., “¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?”

⁶⁰ Investment Arbitration Subcommittee of the IBA Arbitration Committee. “Constituting tribunals in investment arbitration: A report on timing and methods”, *International Bar Association*, 2025, p. 8.

<https://www.ibanet.org/Constituting-tribunals-in-international-arbitration>.

⁶¹ VELARDE SAFFER, Luis Miguel – ROCA SILVA, María Fernanda, “¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?” (“De los 446 casos del CLADI examinados, en 85 casos se encomendó a los coárbitros el nombramiento del árbitro presidente. En esos casos, el tiempo medio para constituir el tribunal arbitral fue de 175 días desde la presentación de la solicitud de arbitraje hasta el nombramiento del árbitro presidente. Esto redujo en 62 días la duración media de la constitución del tribunal en los casos del CLADI en comparación con sus procedimientos predeterminados (237 días). Las instituciones han observado que los nombramientos de coárbitros suelen tardar más cuando las partes acuerdan que se puedan celebrar consultas entre una parte y el coárbitro que ha designado en la selección del árbitro presidente.”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

principales reglamentos arbitrales a nivel global; y (ii) la marcada preferencia de los usuarios por este sistema, al considerarlo una manifestación esencial de la autonomía de las partes. A continuación, se analizarán en detalle ambos fundamentos.

a. Regulación del procedimiento de designación de los árbitros en los principales centros de arbitraje

Primero, hasta la actualidad, la designación de los árbitros por las partes se mantiene como la regla general en la práctica del arbitraje comercial internacional. Uno de los fundamentos de ser considerado como la *default rule* es que, este método ha sido adoptado como tal en los principales centros arbitrales a nivel global. Esto ha sido respaldado por el informe elaborado en 2018 por el Comité sobre Arbitraje del New York City Bar, el cual examinó cómo las principales instituciones arbitrales regulan este aspecto esencial del arbitraje. Para dichos efectos, nos concentraremos en: (i) la American Arbitration Association (“AAA”); (ii) la *London Court of International Arbitration* (“LCIA”); y, (iii) la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”).

En primer lugar, la AAA, incorpora expresamente este método en su Reglamento de Arbitraje. Conforme a la Regla 13(a), se reconoce que, cuando las partes han acordado que cada una designe a un árbitro, se seguirá dicho procedimiento. Además, la Regla 13(b) establece que:

*Where the parties have agreed that each party is to name one arbitrator, the arbitrators so named must meet the standards of Rule 18 regarding impartiality and independence unless the parties have specifically agreed that the party-appointed arbitrators are to be partial and need not meet those standards*⁶².

De esta manera, se garantiza que incluso los árbitros designados por las partes respeten los principios de imparcialidad e independencia.

En segundo lugar, la LCIA también prevé el método de designación de los árbitros por las partes. Según el artículo 1.1.(v) de su Reglamento, el demandante, en su Solicitud de Arbitraje, debe proporcionar los datos del árbitro propuesto, si la cláusula arbitral así lo permite. Lo mismo se aplica al demandado, conforme al artículo 2.1(v), “*The parties are free to nominate arbitrators, including the presiding arbitrator, as they wish pursuant to agreement, subject to such nominees*”⁶³. Así, el modelo regulado por la LCIA permite la nominación por las partes, siempre que los árbitros propuestos cumplan con los estándares de independencia e imparcialidad previstos.

En tercer lugar, la CCI también adopta el modelo de designación de árbitros por las partes. El artículo 13(3) establece que, cuando el tribunal esté conformado por tres árbitros, “*each side will nominate one arbitrator, in the Request for Arbitration and in the Answer, respectively.*”⁶⁴. No obstante, para la designación del presidente del tribunal, el artículo 12(5) prevé que, salvo acuerdo de las partes, será la CCI quien lo nombre: “*If the parties so agree, they may jointly nominate an arbitrator to serve as president, subject to confirmation by the ICC*”⁶⁵.

⁶² New York City BAR Arbitration Committee, “Subcommittee on Arbitrator Appointment Procedures”. *Arbitrator Appointment Procedures of Arbitral Institutions in Commercial Arbitrations, Committee on Arbitration*, 2018, pp. 2-3. (“*Cuando las partes hayan acordado que cada una de ellas nombrará a un árbitro, los árbitros así nombrados deberán cumplir las normas de la Regla 18 relativas a la imparcialidad y la independencia, salvo que las partes hayan acordado expresamente que los árbitros designados por las partes puedan ser parciales y no tengan que cumplir dichas normas.*”).

⁶³ New York City BAR Arbitration Committee, “Subcommittee on Arbitrator Appointment Procedures of Arbitral Institutions in Commercial Arbitrations, Committee on Arbitration”, p. 50. (“*Las partes son libres de nombrar árbitros, incluido el árbitro presidente, según lo acuerden, con sujeción a que dichos candidatos*”).

⁶⁴ New York City BAR Arbitration Committee, “Subcommittee on Arbitrator Appointment Procedures”, p. 22. (“*cada parte nombrará a un árbitro, en la solicitud de arbitraje y en la respuesta, respectivamente.*”).

⁶⁵ New York City BAR Arbitration Committee, “Subcommittee on Arbitrator Appointment Procedures”, p. 22. (“*Si las partes así lo acuerdan, podrán nombrar conjuntamente a un árbitro para que actúe como presidente, sujeto a la confirmación de la CCI.*”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Esta confirmación debe producirse antes de que la CCI haya realizado el nombramiento, dado que sus decisiones son finales, conforme al artículo 11(4)⁶⁶. Esta regulación revela una preferencia institucional por preservar la posibilidad de control en la designación del árbitro presidente, sin suprimir la iniciativa de las partes si existe consenso entre ellas.

En el caso de los principales centros arbitrales peruanos, el procedimiento no es distinto. Para dichos efectos, nos centraremos en dos instituciones: (i) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (“CCL”), y (ii) el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (“AMCHAM Perú”).

Por un lado, el Centro de Arbitraje de la CCL en el artículo 11 de su Reglamento de Arbitraje de 2025, señala expresamente que:

Si las partes han acordado que la controversia sea resuelta por tres árbitros, cada parte, en la Solicitud y en la Respuesta, respectivamente, designan un árbitro para su posterior aceptación y, en su caso, confirmación. Si una parte no designa al árbitro que le corresponde, el nombramiento es efectuado por el Consejo.

Respecto al árbitro presidente, se establece que “*es nombrado de común acuerdo por los árbitros designados por las partes en el plazo de diez días que confiere el Centro [...] El Consejo nombra al tercer árbitro si no es nombrado por los árbitros en el plazo conferido*”⁶⁷. Este sistema reproduce fielmente el modelo tradicional de co-árbitros y refuerza la intervención subsidiaria de la institución arbitral.

Por otro lado, en el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, en el artículo 20 de su Reglamento de Arbitraje, dispone que:

Cuando la controversia haya de ser resuelta por tres árbitros, cada parte, en la solicitud de arbitraje y en su respuesta, respectivamente, propone a un árbitro. Los árbitros propuestos por las partes y confirmados por el Centro tendrán un plazo de quince (15) días para que designen al presidente del tribunal de común acuerdo. Vencido este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el presidente del tribunal arbitral será nombrado por la Corte⁶⁸.

Nuevamente, es evidente que el sistema de designación de árbitros por las partes no solo es predominante a nivel internacional, sino también ha sido acogido como práctica estándar en los principales centros arbitrales peruanos.

En virtud de lo expuesto, el análisis de la regulación del procedimiento de designación de los árbitros en las instituciones arbitrales señaladas demuestra que el método de designación de árbitros por las partes continúa siendo la regla general en el arbitraje comercial, no sólo por razones históricas, sino porque ha sido funcionalmente incorporado como parte de los reglamentos arbitrales.

b. Preferencias de los usuarios del arbitraje en el procedimiento de designación de árbitros

Segundo, el procedimiento de designación de los árbitros a las partes se mantiene como la regla general, no sólo por su regulación en los reglamentos de arbitraje de los centros de arbitraje más relevantes, sino también debido a su preferencia por parte de los usuarios del arbitraje, quienes encuentran en este método garantías para la legitimidad y confianza en el arbitraje.

⁶⁶ New York City BAR Arbitration Committee, “Subcommittee on Arbitrator Appointment Procedures”, p. 22.

⁶⁷ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Art. 11.

⁶⁸ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Art. 20.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

En primer lugar, como señalan Velarde y Roca, una de las principales razones que justifican la utilización de este método, es que reafirma “*el carácter consensual del arbitraje. Este es uno de los pilares del arbitraje y de su legitimidad, y es consistente con el que sean las partes quienes designen a los árbitros*”⁶⁹. La participación de las partes en el arbitraje refuerza la confianza de los usuarios en el arbitraje, debido al control que gozan en la constitución del tribunal arbitral.

Asimismo, la designación de los árbitros por las partes fortalece la confianza de los usuarios en quiénes son los árbitros que resolverán su controversia. De acuerdo con los mismos autores:

(..) esta confianza surge del perfil personal y profesional del candidato, así como de sus antecedentes académicos y profesionales, lo que permite a las partes designar a la persona que tenga las cualidades personales, el conocimiento y tiempo necesarios para tramitar y resolver adecuadamente la disputa. Esto es lo que legitima la decisión de los árbitros.⁷⁰

Esta valoración ha sido consistentemente respaldada por diversas encuestas. En el 2012, la *International Arbitration Survey*, determinó que el 76% de los encuestados prefería que, en tribunales conformados por tres árbitros, cada parte designe unilateralmente a su co-árbitro. Además, el 74% consideraba legítimo que los co-árbitros designados por las partes puedan intercambiar opiniones con ellas respecto a la selección del presidente del tribunal⁷¹.

Posteriormente, en el 2018 la BCLP *International Arbitration Survey* confirmó esta tendencia, al determinar que el 66% de los encuestados —entre árbitros, abogados internos y externos, usuarios e instituciones— consideró que el método de designación por las partes es preferido. Entre los motivos más destacados, el 82% valoró la posibilidad de influir en la experiencia y conocimiento de los árbitros, y el 79% destacó que este modelo genera mayor confianza en el proceso arbitral⁷².

Más recientemente, en la 2025 *International Arbitration Survey*, se determinó que el 47% de los encuestados consideró que una de las principales ventajas del arbitraje internacional es la posibilidad de seleccionar árbitros con experiencia o conocimientos relevantes⁷³. Si bien el porcentaje parece haber disminuido durante los años, es importante precisar que la última encuesta no analizó el método de designación de árbitros preferido, sino el aspecto más ventajoso del arbitraje como método de resolución de disputas, como se puede observar a continuación⁷⁴:

⁶⁹ VELARDE SAFFER, Luis M. – ROCA SILVA, María F., “¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?”, p. 3.

⁷⁰ VELARDE SAFFER, Luis M. – ROCA SILVA, María F., “¿Ha llegado el momento de eliminar el sistema de designación de árbitros por las partes y establecer un sistema de designación por medio de instituciones (o alternativo)?”, p. 3.

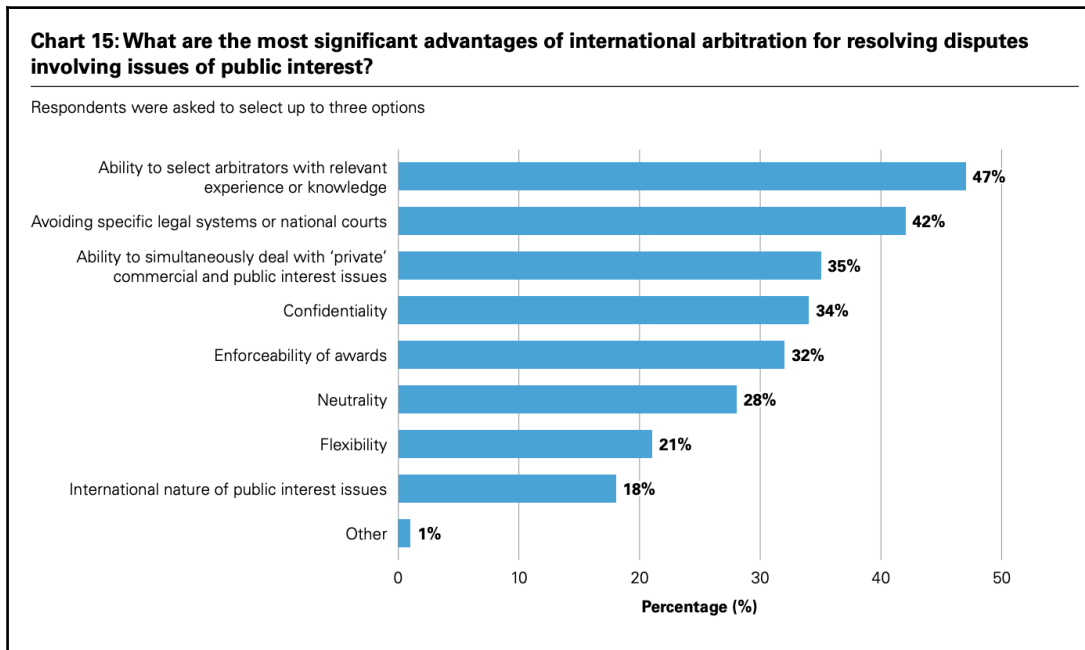
⁷¹ Queen Mary University of London & White & Case. 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2012, p. 10. *Centre for Commercial Law Studies, QMUL*. <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2012/>.

⁷² BERWIN LEIGHTON PAISNER. *BCLP International Arbitration Surveys: Party Appointed Arbitrators and the Drive for Diversity*. Bryan Cave Leighton Paisner LLP. <https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/bclp-international-arbitration-surveys-party-appointed-arbitrators-and-the-drive-for-diversity/>

⁷³ Queen Mary University of London & White & Case. 2025 International Arbitration Survey: The Path Forward – Realities and Opportunities in Arbitration. *Centre for Commercial Law Studies, QMUL*, 2025, p. 22. <https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2025-international-arbitration-survey/>.

⁷⁴ Queen Mary University of London & White & Case. “2025 International Arbitration Survey: The Path Forward – Realities and Opportunities in Arbitration”, p. 22.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **



Las estadísticas analizadas confirman la tesis de Rogers, quien señala que, en la práctica, los usuarios:

Are addicted to party-appointed arbitrators, are unwilling to give them up, and cannot easily be forced to give them up. Available statistics seem to bear these arguments out. Parties vote with their feet, generally eschewing alternative methods for appointment of co-arbitrators, including institutional appointments and so-called blind appointment procedures.⁷⁵

Es innegable que, la preferencia de los usuarios es tener la facultad de elegir sus árbitros como parte de la selección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

En segundo lugar, Konstantinidi, ha destacado que, otra de las razones que fundamenta la preferencia por esta práctica es que:

The practice of party-appointment was originally introduced with the aim to eliminate biases. One of the main motivations for parties opting for international arbitration has been to steer clear of any prejudices, whether actual or perceived, in the national courts of their opposing party⁷⁶.

De esta forma, el método de selección por las partes permitía que cada parte eligiera a un árbitro con afinidad cultural, jurídica o incluso nacional. Así, se garantiza que “no party's nationality or legal culture dominates or is excluded from the tribunal”⁷⁷.

⁷⁵ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Party Nonpartisanship”, p. 140. (“Son adictos a los árbitros designados por las partes, no están dispuestos a renunciar a ellos y no es fácil obligarlos a hacerlo. Las estadísticas disponibles parecen corroborar estos argumentos. Las partes votan con los pies, rechazando en general métodos alternativos para el nombramiento de coárbitros, incluidos los nombramientos institucionales y los denominados procedimientos de nombramiento a ciegas.”).

⁷⁶ KONSTANTINIDI, Marina, “Beyond Cognition: Are Party-Appointed Arbitrators Truly Impartial?”, *International Investment Law Journal* 4, N°. 2, 2024, p. 156. (“La práctica del nombramiento por las partes se introdujo originalmente con el objetivo de eliminar los sesgos. Una de las principales motivaciones de las partes para optar por el arbitraje internacional ha sido evitar cualquier prejuicio, ya sea real o percibido, en los tribunales nacionales de la parte contraria.”).

⁷⁷ KONSTANTINIDI, Marina, “Beyond Cognition: Are Party-Appointed Arbitrators Truly Impartial?”, p. 156. (“ninguna nacionalidad o cultura jurídica de las partes domina o queda excluida del tribunal”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Por su parte, Lindholm, ha señalado que, es razonable buscar árbitros con ciertas afinidades: “*parties seek to appoint arbitrators ‘who are likely to be favourable’ and whose views are similar to theirs and align with their interests.*”⁷⁸. Esto responde a una lógica simple: un litigante siempre apostará por seleccionar un juez que haya demostrado estar alineado con sus intereses⁷⁹.

En ese sentido, resulta evidente que la designación de árbitros por las partes sigue siendo el modelo preferido por una mayoría significativa de usuarios. Esta práctica se debe a dos principales motivos: (i) la posibilidad de ejercer control sobre la composición del tribunal arbitral, y (ii) la confianza que genera este mecanismo en el desarrollo y resultado del procedimiento.

Las críticas al método de designación de árbitros por las partes

Tal y como señala Rogers, “*regardless of whether parties have a right to appoint arbitrators, they undoubtedly have a well-documented preference for the practice*”⁸⁰, el método de designación de árbitros por las partes ha sido objeto de crecientes cuestionamientos doctrinarios y prácticos. Si bien constituye uno de los mecanismos más utilizados –y defendidos por la autonomía de las partes y la confianza que genera–, diversos autores han advertido sobre los riesgos de la metodología de designación de árbitros por las partes.

A continuación, analizaremos: (i) las principales críticas al método de designación de árbitros por las partes; (ii) los principales argumentos de defensa de la prevalencia del método de designación de árbitros por las partes; y, (iii) el análisis comparativo de los puntos (i) y (ii).

Principales críticas al método de designación de árbitros por las partes

Por un lado, las principales críticas identificadas al método de designación de árbitros son las siguientes: (i) el riesgo de la parcialidad de los árbitros seleccionados por las partes, (ii) la sistematización de las decisiones disidentes por los árbitros designados por la parte perdedora, y, (iii) la posible distorsión del proceso deliberativo interno.

En primer lugar, se señala que la designación de los árbitros por las partes genera un riesgo de parcialidad en la deliberación. De acuerdo con Rogers, “*The core argument for eliminating this popular practice is that, by virtue of being intentionally selected by the parties, these arbitrators are necessarily biased or lack the fundamental ability to be impartial.*”⁸¹ Por el mismo hecho de que cada parte designa un árbitro, existe una inclinación a favor de los intereses de la parte que lo designa. Esta lógica responde a un incentivo económico claro: el arbitraje es un mercado.

En consecuencia, dentro de dicho mercado, cada árbitro buscará prevalecer y obtener mayores designaciones, mientras que las partes que designen a aquellos árbitros buscarán que sus laudos les resulten favorables. Al respecto, Konstantinidi, quien señala que “*these arbitrators may have a financial or ethical incentive to improperly favor the party that chose them, in view of increasing the likelihood of future appointments.*”⁸².

⁷⁸ LINDHOLM, Johan, “Can’t Buy Me Arbitrator Love? How Party-Appointed Arbitrators Help ‘Haves’ Come Out Ahead in Sports Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 41, 2025, p. 290. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiae054>.

⁷⁹ LINDHOLM, Johan, “Can’t Buy Me Arbitrator Love? How Party-Appointed Arbitrators Help ‘Haves’ p. 290. (“*Las partes buscan nombrar árbitros «que probablemente sean favorables» y cuyas opiniones sean similares a las suyas y coincidan con sus intereses.*”).

⁸⁰ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Party Nonpartisanship, p. 146. (“*Independientemente de si las partes tienen derecho a nombrar árbitros, sin duda alguna tienen una preferencia bien documentada por esta práctica.*”).

⁸¹ ROGERS, Catherine “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Party Nonpartisanship, p. 146 (“*El argumento principal para eliminar esta práctica tan extendida es que, al haber sido seleccionados intencionadamente por las partes, estos árbitros están necesariamente sesgados o carecen de la capacidad fundamental para ser imparciales.*”).

⁸² ROGERS, Catherine “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Party Nonpartisanship, p. 156. (“*Estos árbitros pueden tener un incentivo financiero o ético para favorecer indebidamente a la parte que los eligió, con vistas a aumentar la*

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Este incentivo económico genera que el nombramiento evolucione a una relación entre la parte y el árbitro designado, que va más allá de compartir una misma postura respecto de la controversia. En palabras de Branson: *“those who appoint want to win and those who want to be appointed want the income that appointment brings”*⁸³. En consecuencia, los árbitros no sólo obtendrán una compensación económica directa por ser designados, sino que, sus designaciones futuras dependen del resultado otorgado a aquellas partes que los designan.

Esta práctica ha sido criticada por Paulsson al sostener que:

*The troubling reality is that the extreme cases remain unknown, because improper behaviour is shrouded in urbane subterfuge and hypocrisy. Many persons serving as arbitrator seem to have no compunction about quietly assisting ‘their’ party.*⁸⁴

No es sorpresa, entonces, que, al tener un incentivo económico, podría existir una tendencia por parte de los árbitros a asistir a la parte que lo nombró. No obstante, los defensores del sistema han respondido a esta crítica sosteniendo que el hecho de que el arbitraje sea un mercado competitivo aumenta los incentivos de los árbitros designados de preservar una reputación de imparcialidad. Por el contrario, elaborar una reputación de “árbitro parcial” podría tener mayores efectos negativos en el mercado, que el simple hecho de no favorecer a la parte que lo designó –si no lo ameritaba–.

En segundo lugar, la sistematización de las decisiones disidentes por los árbitros designados por la parte perdedora. El principal crítico de este efecto ha sido Albert Jan Van Den Berg, al señalar que:

*The astonishing fact is that nearly all of those 34 dissenting opinions were issued by the arbitrator appointed by the party that lost the case in whole or in part. A nearly 100 percent score of dissenting opinions in favor of the party that appointed the dissenting arbitrator is statistically significant. In a tribunal of three, one could imagine that there is about a 33 percent chance that the dissenting opinions would be in favor of that party; or, if one eliminates the presiding arbitrator, the chance may be about 50 percent.*⁸⁵

Este es un efecto secundario de la posible parcialidad que podrían tener los árbitros designados por las partes. La emisión de una opinión disidente permite a los árbitros “favorecer” a la parte que los designó, pese a que el resultado en sí mismo no sea favorable para ellos. Nuevamente, con la finalidad de mantener futuras oportunidades de designación, sin perjudicar su reputación frente al mercado arbitral.

Si bien la doctrina no es pacífica respecto del impacto que las opiniones disidentes pueden tener en la legitimidad de los laudos arbitrales, existen dos posturas marcadas al respecto. *Por un lado*, se defiende su utilidad como expresión de independencia intelectual y un mecanismo que reforzaría la transparencia de la deliberación del Tribunal Arbitral. De acuerdo al sector de la doctrina que defiende estas opiniones, las disidencias enriquecen el debate

probabilidad de futuros nombramientos.”).

⁸³ BRANSON, David, "Sympathetic Party-Appointed Arbitrators: Sophisticated Strangers and Governments Demand Them", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, p. 381. (*“Los que nombran quieren ganar y los que quieren ser nombrados quieren los ingresos que conlleva el nombramiento.”*).

⁸⁴ PAULSSON, Jan, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25, Issue 2, 2010, p. 6. (*“La preocupante realidad es que los casos extremos siguen siendo desconocidos, porque el comportamiento inadecuado se oculta tras subterfugios y hipocresía. Muchas personas que actúan como árbitros parecen no tener ningún reparo en ayudar discretamente a «su» parte.”*).

⁸⁵ VAN DEN BERG, Albert J., "Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration". *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 824. (*“Lo sorprendente es que casi todas esas 34 opiniones discrepantes fueron emitidas por el árbitro designado por la parte que perdió el caso en su totalidad o en parte. Una puntuación cercana al 100 % de opiniones discrepantes a favor de la parte que nombró al árbitro discrepante es estadísticamente significativa. En un tribunal de tres miembros, se podría imaginar que hay aproximadamente un 33 % de posibilidades de que las opiniones discrepantes sean a favor de esa parte; o, si se elimina al árbitro presidente, la probabilidad podría ser de aproximadamente el 50 %.”*).

jurídico para la emisión del laudo. Por otro lado, Mori sostiene que las opiniones disidentes en sí mismas no constituyen el problema, sino su sistematización por parte del árbitro designado por la parte perdedora⁸⁶.

Al respecto, Paulsson ha señalado que:

*Is a 2:1 decision perceived by the losing party as more legitimate...? That makes no sense - quite the opposite. The losing party in a difficult case is likely to consider that it appointed a "good" arbitrator, who has somehow been outvoted by the "bad" arbitrator appointed by an unscrupulous adversary and a feckless chairman misled by the "bad" arbitrator*⁸⁷.

Es claro que, para Paulsson en la actualidad, la herramienta del voto disidente ya no constituye un mecanismo de enriquecimiento del debate jurídico, sino una mala práctica de favorecimiento a la parte perdedora por el árbitro que designó.

No obstante, lo anterior, cabe hacer notar que Rogers⁸⁸ ha refutado la práctica advertida por Van Der Berg, al señalar que: *primero*, la metodología del autor citado clasificó todas las opiniones separadas como opiniones disidentes, sin distinguir qué opinión realmente supuso una de desaprobación con el laudo obtenido en mayoría; *segundo*, se presumió erróneamente que todas las opiniones separadas, por el sólo hecho de ser emitidas por árbitros de parte, benefician automáticamente a quien los designó; *tercero*, se ignoró que la frecuencia general de emisión de opiniones separadas es relativamente baja, lo que evidencia que este fenómeno no es tan recurrente como para sustentar la crítica generalizada a la imparcialidad del sistema. Tal y como se desarrollará en la Sección IV *infra*.

Sin embargo, las decisiones disidentes no son el único reflejo del comportamiento partisano de los árbitros de parte, sino que esto también se podría ver reflejado en dos tendencias comunes al momento de emitir un laudo arbitral.

Por un lado, la denominada *split the baby*, que consiste en adjudicar parcialmente a ambas partes como una forma de solución “salomónica” de la controversia, sin que dicha solución otorgue una verdadera satisfacción de la controversia a una de las partes. Al respecto, De la Jara y Vega han señalado que la práctica de los laudos “salomónicos” refleja una comprensión equivocada del rol del árbitro de parte, y que incluso es alentada por presidentes que evitan tomar decisiones claras, afectando la predictibilidad del sistema⁸⁹. La metáfora de “partir al bebé” no solo ilustra el carácter injusto de este enfoque, sino su capacidad de destruir la confianza de las partes en el arbitraje⁹⁰.

No obstante, los mismos autores advirtieron como una medida para contrarrestar esta tendencia, el fortalecimiento del rol del presidente del tribunal arbitral, al sostener que:

Conviene recordar que la Ley Peruana de Arbitraje prioriza el rol del presidente del tribunal, otorgándole el voto dirimente e incluso la capacidad de decidir por sí solo. Interiorizar dicho papel ayudaría a evitar decisiones salomónicas con el único fin de negociar una mayoría al interior del tribunal⁹¹.

⁸⁶ MORI, Pablo, “Revisitando el método tradicional de designación de árbitros”. *Destrezas Legales en el Litigio Arbitral*. Palestra, 2018, p. 112.

⁸⁷ PAULSSON, Jan, "Moral Hazard in International Dispute Resolution", p. 11 (*“¿Una decisión 2:1 es percibida por la parte perdedora como más legítima...? Eso no tiene sentido, sino todo lo contrario. Es probable que la parte perdedora en un caso difícil considere que nombró a un árbitro «bueno», que de alguna manera ha sido superado en votos por el árbitro «malo» nombrado por un adversario sin escrúpulos y un presidente incompetente engañado por el árbitro «malo».*”).

⁸⁸ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Party Nonpartisanship”, pp. 151-156.

⁸⁹ DE LA JARA, José M. - VEGA, Sebastián, “Laudos salomónicos: partir al bebé por la mitad”. *Kluwer Arbitration Blog*, 2016, p. 1.

⁹⁰ DE LA JARA, José M. y VEGA, Sebastián, “Laudos salomónicos: partir al bebé por la mitad”, p. 1.

⁹¹ DE LA JARA, José M. y VEGA, Sebastián, “Laudos salomónicos: partir al bebé por la mitad, p. 3.

Este voto dirimente permite combatir la emisión de laudos salomónicos, y en todo caso, refleja que el problema no deriva del método de designación de los árbitros por las partes, sino de la falta de herramientas otorgadas al presidente del tribunal arbitral.

Por otro lado, la defensa de una clase de litigantes o posición que impiden una decisión imparcial al momento de deliberar para la emisión del laudo⁹². Al respecto, Rogers sostiene que:

In investment arbitration, this critique extends not only to an individual appointing party, but to an entire side of the dispute (i.e., investors or states). For example, Gus van Harten hypothesizes that investment arbitrators are more likely to adopt certain substantive positions because of “apparent incentives for arbitrators to favour the class of parties (here, investors),” who are more likely to reappoint them in the future⁹³.

En tercer lugar, puede afectar negativamente la dinámica deliberativa interna del Tribunal Arbitral. Este efecto es lo que Paulsson denominó como *advocate arbitrator*. Es decir, un árbitro que a toda costa buscará favorecer a la parte que lo designó, entorpeciendo la deliberación adecuada para emitir el laudo arbitral.

Al respecto, Van Den Berg ha argumentado que: “*A party-appointed arbitrator who believes that he or she should support (or even improve) the case advanced by the party that appointed him or her is not likely to engage in meaningful dialogue about the case with his or her colleagues.*”⁹⁴. En consecuencia, en lugar de obtener una adecuada tensión cognitiva al momento de deliberar, se obtiene el efecto contrario: un árbitro que no permite un adecuado diálogo para determinar qué parte resultara favorecida.

Esta práctica responde a un uso indebido de la denominada “*special function: ensuring that their nominating party receives a fair hearing*”⁹⁵. No obstante, como advierte Núñez del Prado, esta concepción resulta preocupante, pues incluso si fuera cierto que el árbitro designado por una parte tiene la función de garantizar que su parte nominadora reciba un debido proceso, ello implicaría que no cumpliría la misma función respecto de la contraparte⁹⁶.

Sin embargo, aquellos que favorecen la designación de árbitros por las partes, sostendrán que precisamente para ello existe un equilibrio en la designación, pues la otra parte también tendrá su propio árbitro que garantice el cumplimiento del debido proceso en el transcurso del arbitraje⁹⁷.

Principales argumentos en defensa del método de designación de árbitros por las partes

Los principales argumentos de defensa del método de designación de árbitros son las siguientes: (i) se otorga mayor legitimidad al Tribunal Arbitral; (ii) se genera “tensión cognitiva” en el Tribunal Arbitral, permitiendo una mejor deliberación; y, (iii) se disminuye el riesgo de una designación inadecuada por las instituciones arbitrales.

⁹² MORI, Pablo, “Revisitando el método tradicional de designación de árbitros”, pp. 112-113.

⁹³ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, pp. 149-150. (“*En el arbitraje de inversiones, esta crítica se extiende no solo a una parte designada individualmente, sino a toda una de las partes en la controversia (es decir, los inversores o los Estados). Por ejemplo, Gus van Harten plantea la hipótesis de que los árbitros de inversiones son más propensos a adoptar determinadas posiciones sustantivas debido a «los incentivos aparentes para que los árbitros favorezcan a la clase de partes (en este caso, los inversores)», que son más propensos a volver a designarlos en el futuro.*”).

⁹⁴ VAN DEN BERG, Albert “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, p. 829. (“*Es poco probable que un árbitro designado por una de las partes que cree que debe apoyar (o incluso mejorar) el caso presentado por la parte que lo designó entable un diálogo significativo sobre el caso con sus colegas.*”).

⁹⁵ NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio, “A Clarity Call: Pervasive Uncertainty in the Role of Party-Appointed Arbitrators”. *International Arbitration Law Review*, Issue 3, 2023 (“*Función especial: garantizar que el partido que los nombra reciba una audiencia justa.*”).

⁹⁶ NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio, “A Clarity Call: Pervasive Uncertainty in the Role of Party-Appointed Arbitrators”. *International Arbitration Law Review*, Issue 3, 2023, p. 219. (“*Al nombrar a un árbitro, las partes, con razón o sin ella, tienen la sensación de estar más cerca del proceso. Los nombramientos unilaterales dan a las partes la impresión de que controlan el arbitraje, y esa es una diferencia importante entre el arbitraje y el litigio judicial.*”).

⁹⁷ NÚÑEZ DEL PRADO CHAVES, Fabio, “A Clarity Call: Pervasive Uncertainty in the Role of Party-Appointed Arbitrators”, p. 219.

En primer lugar, permitir que las partes designen directamente a los árbitros permite reforzar la legitimidad del Tribunal Arbitral. Esta legitimidad proviene de la participación de las partes en la constitución del Tribunal Arbitral, dado que les ofrece la posibilidad de tener la libertad para decidir la persona más adecuada para resolver su controversia.

Al respecto, Mourre sostiene que esta legitimidad proviene de un sentido de proximidad con el proceso, que lo diferencia de un litigio judicial. Al respecto, señaló que: “*by appointing an arbitrator, the parties -rightly or wrongly- get a sense of proximity with the process. Unilateral appointments give the parties the impression that they control the arbitration, and that is an important difference between arbitration and court litigation*”⁹⁸.

Consideramos que esta ventaja proviene de la naturaleza contractual del arbitraje. De hecho, este es el principal atractivo del arbitraje como mecanismo de solución de controversias alternativo: que las partes tengan la oportunidad de decidir cómo se resolverá su controversia, incluyendo, si ellas mismas decidirán quien emitirá el laudo. La potestad de decidir quién conformará el Tribunal Arbitral resulta un principal factor diferenciador cuando se compara el arbitraje con el sistema judicial, donde el resultado de una controversia recae en un juez ajeno a los intereses de las partes.

Al respecto, la autora Rogers realiza una analogía que describe perfectamente la esencia de la designación de árbitros por las partes: “*In the United States and in other systems that have civil law juries, or even in criminal cases, parties very intentionally pick people who are like themselves and are likely to be sensitive to, or reflective of, their concerns in the case*”⁹⁹. Es evidente que solo las partes conocen de antemano qué resulta más beneficioso para su caso. Privarlas de ese derecho implicaría eliminar una de las principales virtudes del arbitraje frente al sistema judicial: la posibilidad de intervenir activamente en la conformación del tribunal que resolverá su controversia.

Por su parte, autores como Brower y Rosenberg, sostienen que la designación de los árbitros es un derecho de las partes que proviene del principio de autonomía en el arbitraje. Según los autores, la prueba de que este derecho existe son los innumerables reglamentos arbitrales que lo regulan:

*Indeed, the right to appoint an arbitrator is included in nearly all of today's major international arbitration rules and many of the world's international investment agreements and domestic arbitration laws, including the 2006 and 1985 versions of the UNCITRAL Model Law and the domestic arbitration laws of France, England, Canada, India and Singapore. Furthermore, none of the major international arbitration institutions (with the exception of ICSID ad hoc annulment committees) requires that arbitrators be appointed from a closed list. It therefore would seem that there indeed is a right for a party to appoint an arbitrator and that such a right is a basic principle of arbitration*¹⁰⁰.

No obstante, sostenemos que no se puede considerar un derecho fundamental aquello que proviene del pacto de las partes. El principio de autonomía de las partes tiene una finalidad distinta: que las partes puedan pactar el método

⁹⁸ MOURRE, Alexis. “Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration.” *Kluwer Arbitration Blog*, p. 2.

⁹⁹ ROGERS, Caroline, A Window into the Soul of International Arbitration: Arbitrator Selection, Transparency and Stakeholder Interests, 46 *Victoria U. Wellington L. Rev.* 1179, 2015, p. 1186.

https://insight.dickinsonlaw.psu.edu/fac_works/275 (“En Estados Unidos y en otros sistemas que cuentan con jurados civiles, o incluso en casos penales, las partes eligen deliberadamente a personas que se parecen a ellas y que probablemente sean sensibles o reflejen sus preocupaciones en el caso.”).

¹⁰⁰ BROWER, Charles - ROSENBERG, Charles, “The death of the two-headed nightingale: Why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrong-headed”, *LCIA, International Arbitration Review*, Vol. 29, N° 1, p. 13. (“De hecho, el derecho a nombrar un árbitro está incluido en casi todas las principales normas de arbitraje internacional actuales y en muchos de los acuerdos internacionales de inversión y leyes de arbitraje nacional del mundo, incluidas las versiones de 2006 y 1985 de la Ley Modelo de la CNUDMI y las leyes de arbitraje nacional de Francia, Inglaterra, Canadá, India y Singapur. Además, ninguna de las principales instituciones de arbitraje internacional (con la excepción de los comités ad hoc de anulación del CLADI) exige que los árbitros sean designados a partir de una lista cerrada. Por lo tanto, parece que efectivamente existe el derecho de las partes a designar un árbitro y que dicho derecho es un principio básico del arbitraje.”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

de designación de los árbitros que les resulte más favorable para su controversia. En ese sentido, consideramos que no es correcto afirmar que la designación en sí misma sea un derecho. Por el contrario, el derecho de las partes proviene de la libertad contractual para pactar la designación por ellas mismas, o un método alternativo¹⁰¹.

Ahora bien, Paulsson ha criticado que el “derecho” a la designación de los árbitros por las partes realmente legitime el arbitraje. Por el contrario, ha sostenido que “*The original concept that legitimates arbitration is that of an arbitrator in whom both parties have confidence*”¹⁰². De acuerdo con el autor, el derecho fundamental de las partes no sería que cada una designe su árbitro “de confianza”, sino que, debe ser interpretado como el derecho a contar con un Tribunal imparcial en su totalidad. Si bien estamos de acuerdo con la primera premisa de Paulsson —que no existe un derecho a designar un árbitro de parte— creemos que sí existe un derecho de las partes de actuar de acuerdo a su libertad contractual. En virtud de ello, consideramos que la designación de los árbitros por las partes será un método que otorgue legitimidad al arbitraje, siempre y cuando se desprenda de un pacto que realicen las partes.

En segundo lugar, se genera “tensión cognitiva” en el Tribunal Arbitral, permitiendo una mejor deliberación. No es un hecho novedoso que en la práctica las partes escojan un árbitro cuya trayectoria permite desprender que compartirán su postura o interpretación del caso. El sistema de designación por las partes garantiza un equilibrio cognitivo al momento de deliberar, pues cada parte tendrá la oportunidad de designar un árbitro, los cuales en su conjunto designarán al presidente del Tribunal Arbitral.

De esta forma, ninguna de las partes tendría garantizada una mayoría a favor de su interpretación del caso, pues el presidente será designado conforme a un mutuo acuerdo entre las partes, o sus árbitros designados. Al contrario, autores como Lowenfeld afirman que la presencia de un árbitro elegido por cada parte contribuye a garantizar que se lleve a cabo un proceso equitativo y una decisión cuidadosamente considerada¹⁰³.

Esta práctica, como adelantamos, ha sido criticada por Van Der Berg, al señalar que esta práctica naturalmente genera que el árbitro designado por la parte emita una opinión disidente a favor de la parte que los nombró, comprometiendo la independencia e imparcialidad del proceso. En concreto, el autor señaló que:

*It is said that ‘the parties are careful to select arbitrators with views similar to theirs.’ Assuming—generously—that such a factor influences half of dissenters, the percentage could be assessed to be about 75 percent. But the statistics show that dissenting opinions are almost universally issued in favor of the party that appointed the dissenter*¹⁰⁴.

Respecto del mismo asunto, Andrade sostiene que la deliberación colegiada bien dirigida puede generar incentivos a replantear posturas iniciales en búsqueda de acuerdos y coherencia grupal¹⁰⁵. Sin embargo, esta dinámica puede verse afectada negativamente por el estilo de liderazgo del presidente del tribunal, lo que explica el surgimiento de opiniones disidentes vinculadas a procesos deliberativos fallidos¹⁰⁶. Es evidente que, a diferencia de lo sostenido por Van Der Berg, la práctica de las opiniones disidentes no es generada por el método de designación de árbitros por

¹⁰¹ MORI, Pablo “Revisitando el método tradicional de designación de árbitros”. p. 110.

¹⁰² PAULSSON, Jan, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, p. 8 (“*El concepto original que legitima el arbitraje es el de un árbitro en el que ambas partes tienen confianza.*”).

¹⁰³ LOWENFELD, Andreas, “The Party-Appointed Arbitrator in International Controversies: Some Reflections”. *Texas International Law Journal*, vol. 30, 1995, p. 65.

¹⁰⁴ VAN DEN BERG, Albert “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, p. 824. (“*Se dice que «las partes tienen cuidado de seleccionar árbitros con opiniones similares a las suyas». Suponiendo, generosamente, que ese factor influye en la mitad de los disidentes, el porcentaje podría estimarse en alrededor del 75 %. Pero las estadísticas muestran que las opiniones disidentes se emiten casi universalmente a favor de la parte que nombró al disidente.*”).

¹⁰⁵ ANDRADE CADENA, Xavier. “Psicología de un tribunal colegiado: ¿Más mentes, más sesgos, en BULLARD, Alfredo – DE LA JARA, Jose María y THĒMIS Eds), Editorial Jurídica Thēmis, *Análisis Psicológico del Derecho*, 2018, p. 213

¹⁰⁶ ANDRADE CADENA, Xavier “Psicología de un tribunal colegiado: ¿Más mentes, más sesgos?”, p. 220.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

las partes, sino de la falta de liderazgo apropiado por el presidente del tribunal arbitral. Inclusive, De la Jara y Vega confirman que “El 75.4% de los participantes en la encuesta señaló al presidente del tribunal como el principal propulsor de laudos salomónicos”¹⁰⁷.

No obstante, Brower y Rosenberg han respondido la crítica realizada por Van Der Berg —y compartida por autores como Paulsson— señalando que el hecho de que una parte designe un árbitro que podría favorecer su postura no compromete la independencia e imparcialidad del mismo. Al respecto los autores sostuvieron que:

*We pause here to clarify an important distinction: there is a critical difference between, on the one hand, Paulsson's feared ‘advocate arbitrator’ who ‘will help me win the case’, and, on the other hand, an arbitrator who is appointed by a party because that party perceives, based on the arbitrator's judicial and/or professional track record, that the arbitrator might be more likely than not to share the party's view of the case. While the former is clearly improper, the latter is benign and in fact commonly practiced.*¹⁰⁸

Rogers también ha rechazado la crítica de Van Den Berg al señalar que “*In the longer term, inappropriately partisan behavior may reduce, not increase, the likelihood of future appointments. Partisan behavior almost inevitably disqualifies an arbitrator from consideration as a future chairperson*”¹⁰⁹. Recordemos que, los árbitros que conforman los tribunales arbitrales, usualmente, continúan ejerciendo como parte en otras controversias. En consecuencia, los co- árbitros que actúan como abogados en casos futuros, podrían mostrarse menos dispuestos a nombrar o recomendar a un árbitro excesivamente partidista, en parte porque comprenden que ese tipo de árbitros tiende a tener una influencia reducida dentro del tribunal arbitral¹¹⁰.

De hecho, el sistema precisamente está constituido para evitar que la “balanza” se incline hacia una parte por encima de otra, pues cada parte tendría un árbitro cuya postura naturalmente, se incline a los intereses de su reclamo. Resultaría ilógico para las partes que busquen designar un árbitro que abiertamente ha opinado jurídicamente de forma contraria a la interpretación que le resulta favorable a su reclamo. En efecto, Puig ha señalado que “*a ‘rational litigant will try to select a judge who has reliably shown the appropriate judicial philosophy towards a particular set of issues relevant to the litigant’s goals*”¹¹¹. Esa tensión cognitiva es la que busca favorecer el sistema de designación de árbitros por las partes.

En tercer lugar, se disminuye el riesgo de una designación inadecuada por las instituciones arbitrales, dado que las partes conocen mejor que cualquier tercero las necesidades de su controversia, así como las áreas de especialización necesarias para su resolución. Por ejemplo, si se trata de un arbitraje respecto de un contrato de construcción de infraestructura, las partes buscarán un árbitro que maneje los conceptos técnicos que deberá resolver.

¹⁰⁷ DE LA JARA, José M. y VEGA, “Laudos salomónicos: partir al bebé por la mitad”, p. 3.

¹⁰⁸ BROWER, Charles – ROSENBERG, Charles, “The death of the two-headed nightingale: Why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrong-headed”, p. 17. (“*Hacemos aquí una pausa para aclarar una distinción importante: existe una diferencia fundamental entre, por un lado, el temido «árbitro defensor» de Paulsson, que «me ayudará a ganar el caso», y, por otro lado, un árbitro designado por una parte porque esta considera, basándose en su trayectoria judicial y/o profesional, que es más probable que el árbitro comparta su opinión sobre el caso. Mientras que el primero es claramente inadecuado, el segundo es benigno y, de hecho, se practica habitualmente.*”).

¹⁰⁹ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, p. 150. (“*A largo plazo, un comportamiento partidista inadecuado puede reducir, en lugar de aumentar, las posibilidades de futuros nombramientos. El comportamiento partidista descalifica casi inevitablemente a un árbitro para ser considerado como futuro presidente.*”).

¹¹⁰ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the Party-Appointed Arbitrator and the Meaning of Impartiality”, p. 150.

¹¹¹ LINDHOLM, Johan. “Can’t Buy Me Arbitrator Love? How Party-Appointed Arbitrators Help ‘Haves’ Come Out Ahead in Sports Arbitration”, p. 290. (“*Un litigante racional intentará seleccionar a un juez que haya demostrado de manera fiable tener la filosofía judicial adecuada para tratar un conjunto concreto de cuestiones relevantes para los objetivos del litigante.*”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

De acuerdo con Brower y Rosenberg las partes incrementan su confianza en el arbitraje, cuando designan un especialista con el conocimiento necesario para resolver la disputa. En concreto, sostuvieron que:

*Naturally, the parties and their counsel know more about the specific nuances of their case than anyone else, including an appointing authority. The parties likewise are in the best position to identify the corresponding knowledge, skills, and expertise desired (or needed) in a tribunal to adjudicate the dispute*¹¹².

Esto refuerza la idea de que el arbitraje obtiene mayor legitimidad cuando las partes participan en la constitución del Tribunal Arbitral.

Sin embargo, Paulsson también ha criticado esta ventaja al sostener que: “[i]t would be naïve to think that Party A will appoint an arbitrator having particular qualifications in order to accommodate Party B”¹¹³. El autor sostiene que la búsqueda de conocimientos técnicos no debe primar por encima de la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral para garantizar la legitimidad del proceso arbitral.

Los autores señalados anteriormente han rechazado esta crítica señalando que existe una conexión innegable entre la legitimidad que mantiene el arbitraje y la participación de las partes en la designación de los árbitros para mantener dicha legitimidad. Por tanto, discrepamos con la percepción de Paulsson, respecto de que, las partes únicamente buscarán favorecer su postura al designar a los árbitros especializados.

Análisis comparativo entre las críticas y los argumentos en defensa del método de designación de árbitros por las partes

El análisis comparativo entre las críticas y los argumentos en defensa del método de designación de árbitros por las partes revela una profunda tensión entre los elementos que le otorgan legitimidad al arbitraje —la autonomía de las partes y su participación en la conformación del tribunal— y los riesgos asociados a los sesgos cognitivos o las posibles conductas de parcialidad por parte de los árbitros designados. No obstante, de los argumentos expuestos, podemos concluir que, si bien los cuestionamientos al método de designación de los árbitros por las partes han generado una discusión respecto de los estándares de imparcialidad e independencia, como profundizaremos *infra*, los argumentos en defensa del método responden a las críticas, desmitificando su veracidad en la práctica.

En primer lugar, frente a la crítica más reiterada —la posible parcialidad de los árbitros hacia la parte que los designa, al verse incentivados a resolver a su favor para asegurar futuras designaciones—, la doctrina ha demostrado que esta inclinación no es una consecuencia necesaria del método de designación. Por el contrario, como advierte Konstantinidi, “*potential predispositions are not necessarily connected to the party-appointment method and as analyzed below, can also originate from inherent cognitive functions*”¹¹⁴. En esa línea, el argumento de que, la regla general produce la existencia de árbitros parciales pierde fuerza.

Asimismo, como bien han señalado Brower y Rosenberg, existe una diferencia fundamental entre un árbitro designado por compartir una postura jurídica razonable y otro que actúa como representante encubierto de la parte.

¹¹² BROWER, Charles – ROSENBERG, Charles, "The death of the two-headed nightingale: Why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrong-headed", p. 18. (“*Naturalmente, las partes y sus abogados conocen mejor que nadie los matices específicos de su caso, incluida la autoridad designada. Del mismo modo, las partes se encuentran en la mejor posición para identificar los conocimientos, habilidades y experiencia correspondientes que se desean (o se necesitan) en un tribunal para resolver la controversia.*”).

¹¹³ PAULSSON, Jan "Moral Hazard in International Dispute Resolution", p. 10. (“*«Sería ingenuo pensar que la parte A nombrará a un árbitro con cualificaciones específicas para complacer a la parte B».*”).

¹¹⁴ KONSTANTINIDI, Marina, “Beyond Cognition: Are Party-Appointed Arbitrators Truly Impartial?”, p. 156. (“*Las predisposiciones potenciales no están necesariamente relacionadas con el método de designación de los partidos y, como se analiza a continuación, también pueden tener su origen en funciones cognitivas inherentes.*”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Si bien el primero es legítimo, e incluso, responde a un interés de las partes de designar a un árbitro que esté alineado con la postura jurídica que soporta su reclamo; el segundo es reprochable, pues configuraría una conducta de los criticados “árbitros partisanos”. Al respecto, De la Jara y Vega han sostenido que, deberían implementarse sanciones para esta segunda categoría de árbitros —y las partes que los designan, pese al claro conflicto de interés—¹¹⁵.

En segundo lugar, la crítica sobre la sistematización de las opiniones disidentes por los árbitros de parte —especialmente cuando la parte que los designó pierde— también ha sido contestada contundentemente por Rogers. Como fue señalado, la autora explicó cómo: (i) la metodología utilizada para clasificar las opiniones separadas como disidentes, sin perjuicio de su contenido, es errónea; (ii) no se verificó que las opiniones separadas emitidas por un árbitro de parte, en sustancia, realmente hayan significado una opinión hacia la postura de quien lo designó; y (iii) la frecuencia real de la emisión de las opiniones separadas es del 22%, desmintiendo su sistematización en la práctica.

Ahora bien, con respecto a la tendencia en algunos tribunales arbitrales a emitir laudos “salomónicos”, De la Jara y Vega confirmaron que, esta práctica es generada por una comprensión distorsionada del rol del árbitro —como si su deber fuera “compensar” a ambas partes—. No obstante, puede ser corregida mediante el fortalecimiento del rol del presidente del tribunal arbitral, reafirmando que dicha tendencia no es generada por el método de designación de árbitros por las partes.

En tercer lugar, se planteó que los árbitros designados por las partes pueden adoptar posturas favorables a una clase de litigantes —por ejemplo, en el caso de los arbitrajes de inversión sostenidos entre inversionistas y Estados— promoviendo que sean designados por esa clase de litigantes. No obstante, como también ha advertido Rogers, esta práctica es resultado de incentivos estructurales del propio mercado. Por ese motivo, inclusive bajo el supuesto de que dicha tendencia fuera riesgosa, la misma autora ha advertido que, al ser un mercado competitivo, el incentivo económico opera en el sentido contrario al que señalan las críticas, actuar como un árbitro “partisano” puede perjudicar la reputación del árbitro, en lugar de asegurar más designaciones.

El debate sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros designados por las partes

La discusión en torno a la designación unilateral de los árbitros en el arbitraje se encuentra ligada indisolublemente a la cuestión de la independencia y la imparcialidad de los árbitros. A lo largo de la historia, el arbitraje se ha concebido como un método que otorga a las partes la facultad de elegir a quién resolverá sus controversias, pero esta facultad debe ejercerse siempre en cumplimiento de los estándares de imparcialidad e independencia que se exigen a todo juzgador. En consecuencia, para sostener que el método de designación unilateral de los árbitros no solamente es legítimo sino beneficioso, resulta esencial partir de un análisis de los requisitos de independencia e imparcialidad.

Como hemos mencionado *supra*, la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales y de las leyes nacionales modernas, incluidas la Ley Modelo de la CNUDMI y normativas como la inglesa o la francesa, reconocen que la imparcialidad y la independencia son elementos fundamentales de la figura arbitral. Tal como señala Mantilla-Serrano, la selección de un árbitro se encuentra inexorablemente sujeta a la obligación de ser independiente y actuar con la debida distancia respecto de las partes y sus abogados¹¹⁶. El gran reto radica en determinar si la designación unilateral, es decir, aquella en la cual cada parte en un tribunal de tres o más miembros designa a su propio árbitro, menoscaba o no este estándar.

¹¹⁵ DE LA JARA, José M. y VEGA, Sebastián, “Laudos salomónicos: partir al bebé por la mitad”, p. 3. (“Por ello, consideramos que es necesario implementar alguna sanción para quien designa a un árbitro con un claro conflicto de interés.”).

¹¹⁶ MANTILLA-SERRANO, Fernando, “La selección del árbitro y su obligación de independencia?”, en GAILLARD, Emmanuel (Ed.), *Cuestiones Claves Del Arbitraje Internacional*, 1st ed., Editorial Universidad del Rosario, 2013, p. 33.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

A modo de nota previa, gran parte de la doctrina —por ejemplo, Mantilla-Serrano, en *“La selección del árbitro y su obligación de independencia”*— coincide en que la independencia “objetiva” se vincula con la carencia de vínculos económicos, personales o profesionales que puedan suscitar dudas razonables sobre la neutralidad. La imparcialidad, a su vez, se entiende como la ausencia de sesgo o perjuicio en la esfera subjetiva del árbitro, esto es, la actitud interna con la que evalúa la controversia¹¹⁷.

Al respecto, autores como Redfern¹¹⁸ y Gómez Acebo¹¹⁹ subrayan la inconveniencia de confundir estos dos planos: un árbitro perfectamente “independiente” en el sentido objetivo podría ser cuestionado por un sesgo subjetivo, y viceversa. Sin embargo, el criterio generalmente admitido en los diversos ordenamientos e instituciones apunta a que la confesión de vínculos o circunstancias relevantes, en un principio, basta para disipar cualquier suspicacia. Si las partes, tras dicha revelación, aceptan al árbitro, se entiende que renuncian a cuestionar su presencia en el futuro, salvo que aparezcan nuevas relaciones sospechosas.

¿Los Reglamentos Arbitrales reflejan un estándar de imparcialidad e independencia distinto para los árbitros designados por las partes?

En la mayoría de los principales reglamentos de arbitraje internacional —tanto leyes modelo como reglas de instituciones de prestigio— se establece de manera clara que todos los árbitros, sin distinción alguna, deben ser imparciales e independientes de las partes. Una revisión comparada de estos instrumentos revela que, al menos desde el punto de vista formal, no se contemplan estándares más flexibles o distintos para el árbitro presidente frente a los árbitros designados por cada parte.

En primera instancia, conviene hacer referencia a la Ley Modelo CNUDMI que en su artículo 12(1) exige que toda persona que sea contactada en relación con un posible nombramiento como árbitro revele “sin demora” cualquier circunstancia que pueda suscitar dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia. Luego, el artículo 12(2) señala que un árbitro sólo puede ser recusado si existen razones que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Esta regulación no diferencia en absoluto entre el presidente del tribunal arbitral y los árbitros designados por las partes. La influencia de la Ley Modelo CNUDMI es muy amplia, pues ha servido de base para la mayor parte de las leyes de arbitraje de diversos países. Cabe mencionar, que las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI comparten el mismo enfoque. Su artículo 10(1) también prevé la posibilidad de recusar a cualquier árbitro —sin distinguir el rol de cada uno— si existen dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. Un tema relevante es que en la redacción de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976) los redactores expresaron de forma explícita que la uniformidad del estándar fortalecería la confianza en la institución arbitral¹²⁰.

Por otra parte, en el ámbito institucional, las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) estipulan en el artículo 11(1) que *“Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration”*¹²¹. El texto no distingue entre el árbitro presidente y los árbitros designados por las partes, de modo que impone el mismo nivel de exigencia para todos los integrantes del tribunal. Lo mismo ocurre en el caso de las Reglas de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), el artículo 5.3 dispone, con un lenguaje aún más específico, que *“all arbitrators*

¹¹⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando, ¿“La selección del árbitro y su obligación de independencia?” p. 33.

¹¹⁸ BLACKABY, Nigel - PARTASIDES, Constantine - REDFERN, Alan, *“Redfern and Hunter on International Arbitration”*, 7.^a edición (2022; edición en línea, Oxford Law Pro). Capítulo 4: La constitución y organización del Tribunal Arbitral, pp. 275-323.

¹¹⁹ GÓMEZ-ACEBO, Alfonso. “Chapter 4: The Standard of Impartiality and Independence”, in Alfonso Gomez-Acebo, Party Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration. *International Arbitration Law Library*, Vol. 34, 2016, pp.69-96.

¹²⁰ United Nations (UN) Doc A/10017, para.68, reprinted in (1975) VI UNCITRAL Ybk 24, 32.

¹²¹ ICC Arbitration Rules in force as from 1 January 2021 art.11.1. (*“Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes involucradas en el arbitraje.”*).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or authorised representative of any party. No arbitrator shall give advice to any party on the parties' dispute or the conduct or outcome of the arbitration"¹²². Este precepto refuerza la idea de que cualquier atisbo de defensa “partidaria” está proscrito y que los árbitros designados por las partes no pueden tener una función distinta o menos estricta que la del presidente.

La coincidencia normativa en estos reglamentos se ve reforzada por instrumentos *soft law* entre los cuales destacan las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2024). En su Principio General 1 se señala expresamente que “*cada árbitro será imparcial e independiente de las partes*”¹²³ desde el momento de aceptación del cargo hasta la terminación definitiva del arbitraje. Es decir, ningún apartado de tales directrices se interpreta como un estándar atenuado para los co-árbitros designados directamente por las partes. Así pues, desde el punto de vista literal de estos principales reglamentos y directrices, no existe distinción formal entre la imparcialidad exigida al árbitro presidente y a los árbitros designados por las partes. Ambos deben regirse, en teoría, por el mismo criterio y la facultad de recusación no varía según el rol que desempeñen dentro del tribunal arbitral.

¿Se debe exigir el mismo estándar de imparcialidad a los árbitros designados por las partes?

Pese a lo anterior, vale mencionar que la doctrina ha señalado ciertas interpretaciones prácticas, que, en algunos casos, sugieren un matiz de “tolerancia” mayor hacia los árbitros designados por las partes. Dichas posturas, como analizaremos a continuación, sostienen —sin respaldo institucional alguno, es decir, no se encuentra recogido en ningún Reglamento— que el co-árbitro nombrado, por una parte, sin perder su obligación formal de independencia, podría desempeñar ciertas “funciones especiales” como velar porque el caso de su parte quede bien comprendido, o fungir como un “traductor cultural”. Sin embargo, como señalamos, tales enfoques no se reflejan en la redacción de las Reglas Arbitrales alrededor del mundo. Al contrario, la mayoría de los reglamentos citados reiteran que no existe un estándar más laxo cuando el árbitro es designado por una de las partes. Sin perjuicio de esto último consideramos pertinente analizar brevemente esta postura en las siguientes líneas.

Como punto de partida en relación al tema concreto, consideramos relevante la discusión planteada por Gómez Acebo¹²⁴ sobre si realmente vale la pena exigir por defecto el estándar de imparcialidad a los árbitros designados por las partes en el arbitraje internacional o si, por el contrario, deberíamos colocarnos en una posición más cercana a la realidad del arbitraje y las preferencias de los usuarios.

Precisamente, Gómez Acebo sostiene que, aunque la imparcialidad es un valor esencial en cualquier sistema de justicia, el contexto de tribunales colegiados —donde cada parte designa a un árbitro y estos, a su vez, eligen a un presidente neutral— la imparcialidad puede surgir del propio diseño estructural del tribunal, más que de la exigencia de que cada árbitro individual sea absolutamente imparcial. Según su análisis, la función de los árbitros de parte no es la de actuar como “abogados” de quien los designa, pero sí asegurar que la perspectiva y los argumentos de esa parte sean comprendidos y debidamente considerados en la deliberación. De este modo, el equilibrio entre las partes se logra a través de la composición plural del tribunal y de la intervención de un presidente neutral, lo que reduce el riesgo de que una sola visión domine el proceso.

Asimismo, Gómez Acebo advierte que imponer una obligación absoluta de imparcialidad a todos los árbitros podría ser innecesario e incluso contraproducente, ya que podría desincentivar la participación y el aporte de diversidad de enfoques en la deliberación. En su opinión, lo fundamental es evitar que existan ventajas estructurales para una parte sobre la otra en la designación, los deberes y los poderes de cada árbitro y garantizar que existan

¹²² LCIA Arbitration Rules 2014 art.5.3. (“*Todos los árbitros serán y permanecerán en todo momento imparciales e independientes de las partes; y ninguno actuará en el arbitraje como abogado o representante autorizado de ninguna de las partes. Ningún árbitro dará asesoramiento a ninguna de las partes sobre la controversia entre ellas ni sobre la tramitación o el resultado del arbitraje.*”).

¹²³ Reglas de la IBA sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional, Principio General 1.

¹²⁴ GÓMEZ-ACEBO, *Party Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, pp.69-96.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

mecanismos institucionales —como la revelación de conflictos, la posibilidad de recusación y la supervisión de la institución arbitral— que permitan corregir cualquier desviación grave de la neutralidad. En atención a lo anterior, consideramos que la posición de Gómez Acebo se ajusta más a la realidad de los hechos y más concretamente, a la preferencia de las partes del arbitraje por la designación unilateral de los árbitros. El reto no estaría entonces en “*patear el tablero*” y cambiar las reglas de juego, sino en observar las preferencias de los consumidores del mercado arbitral y generar un *enforcement* a las reglas actuales.

Siguiendo las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (2024), la divulgación completa de cualquier nexo que razonablemente pudiera verse como conflicto previene acusaciones ulteriores y sustenta la confianza de los usuarios en el proceso. Estas normas establecen los distintos niveles de riesgos a través de listas (Roja, Naranja y Verde) que permiten identificar si la circunstancia pone en entredicho, de manera objetiva, la independencia de la persona propuesta como árbitro. Por ello, adelantamos, que una adecuada política de transparencia, combinada con la posibilidad de que cada parte designe a su árbitro de forma unilateral no se opone en modo alguno a los estándares de imparcialidad que tutela el arbitraje.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos doctrinales y prácticos que defienden la designación unilateral, el primero de ellos es la autonomía de la voluntad. Como hemos explicado *supra*, la base consensual del arbitraje permite que las partes adopten las reglas del juego que consideren más idóneas. Históricamente, se ha convenido que cada parte elija un árbitro, y que esos dos árbitros designen en conjunto al tercero. Esta “regla general” aparece recogida en los reglamentos de referencia, caso del Reglamento de la CCI, el Reglamento de la LCIA o el de la AAA/ICDR. Siguiendo a Redfern, permitir que las partes ejerzan libremente este derecho refuerza la legitimidad del tribunal, porque garantiza que cada litigante perciba a su árbitro como alguien con quien comparte al menos el mismo trasfondo cultural o legal, y que entiende las particularidades de su posición¹²⁵.

¿Un voto disidente = árbitro partisano?

Desde uno de los ámbitos más controvertidos y a la vez esclarecedores —el de los arbitrajes de inversiones— se ha visto que la designación unilateral no conduce necesariamente a la parcialidad. De hecho, las estadísticas reflejan que la gran mayoría de usuarios prefieren mantener la posibilidad de nombrar a un árbitro; sin embargo, no cabe desconocer la inquietud de que el árbitro designado por la parte “*pueda favorecer*” a quien la nombró. Pese a ello, adelantamos, la experiencia del arbitraje demuestra que este afán de lealtad cede casi siempre ante la conciencia profesional y la reputación, pues un árbitro catalogado como notoriamente partícipe de conductas parciales terminaría siendo no solo rechazado por la comunidad arbitral, sino también marginado del mercado de designaciones. El arbitraje es, en este sentido, un mercado competitivo en el que solo prosperan los árbitros que exhiben, más allá de cualquier duda, integridad y prudencia.

En línea con lo anterior, se ha criticado la designación unilateral por la proliferación de votos disidentes emitidos casi invariablemente por los árbitros designados por la parte que sale vendida. Al respecto, uno de los primeros trabajos sobre la materia, fue el notable esfuerzo del profesor Albert Jan Van Den Berg, quien planteó que virtualmente en el 100% de los arbitrajes de inversión, el *party-appointed arbitrator* falla siempre a favor de la parte que lo nombró. Sobre el particular, mencionó lo siguiente:

The astonishing fact is that nearly all of those 34 dissenting opinions were issued by the arbitrator appointed by the party that lost the case in whole or in part. A nearly 100 percent score of dissenting opinions in favor of the party that appointed the dissenting arbitrator is statistically significant. In a tribunal of three, one could imagine

¹²⁵ BLACKABY, Nigel - PARTASIDES, Constantine - REDFERN, Alan, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, pp. 275-323.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

*that there is about a 33 percent chance that the dissenting opinions would be in favor of that party; or, if one eliminates the presiding arbitrator, the chance may be about 50 percent.*¹²⁶

Es frente al análisis realizado, que Van Den Berg concluyó que el árbitro no siempre es independiente e imparcial, y en ese sentido, se evidenciaría que existe un serio problema con la institución de designaciones de árbitros. Pese a que consideramos notable el esfuerzo realizado, discrepamos respetuosamente de la conclusión del profesor Van Den Berg. Como es lógico, un voto disidente no convierte a un árbitro en partisano. Es más, la conducta de un árbitro partisano no necesariamente se refleja en un voto disidente dentro del laudo arbitral, sino que incluso podrían darse situaciones de parcialidad *dentro* del procedimiento arbitral.

En ese sentido, Brower y Rosenberg han matizado la estadística de Van Den Berg y han recalcado que las disidencias deben analizarse caso por caso, pues a menudo reflejan interpretaciones jurídicas diferenciadas o enfoques metodológicos particulares más que un alineamiento automático con la parte que lo designó¹²⁷. Esta cuestión no desvirtúa presuntamente la independencia de los árbitros, dado que el simple hecho de disentir no constituye necesariamente el reflejo de un árbitro partisano, sino que puede expresar el legítimo disentimiento intelectual sobre aspectos complejos. Las razones son infinitas.

Sin perjuicio de ello, consideramos relevante hacer mención nuevamente a un estudio realizado por la profesora Catherine Rogers, quien analizó detallada y críticamente la postura de Van Den Berg respecto a su estadística sobre los votos disidentes de los árbitros designados por las partes. Rogers señala que pese al esfuerzo de Van Den Berg de observar que virtualmente el 100% de las opiniones disidentes provienen de los árbitros nombrados por la parte vencida y favorecen a dicha parte, lo cierto es que la conclusión del autor se basa en errores metodológicos significativos¹²⁸.

En primer lugar, Rogers destaca que la metodología de Van Den Berg no toma en cuenta la baja frecuencia con la que los árbitros designados por las partes emiten votos disidentes o redactan opiniones separadas. Es decir, la existencia de algunas disidencias no implica que la mayoría de los árbitros de parte actúen de manera parcial, sino que, en la mayoría de los casos, no existe tal comportamiento.

En segundo lugar, Rogers subraya que la presencia de opiniones disidentes puede, de hecho, fortalecer la confianza de las partes en el laudo arbitral, al demostrar que sus argumentos han sido escuchados y considerados, lo que dificulta eventuales anulaciones de laudo que sean declaradas fundadas.

En tercer lugar, Rogers cuestiona la premisa de que solo existe una respuesta “correcta” en cada controversia, recordar que el derecho es inherentemente indeterminado y que la existencia de discrepancias puede reflejar la complejidad y pluralidad de interpretaciones legítimas, más que una inclinación partisana.

En cuarto lugar, Rogers advierte que los estudios empíricos sobre la supuesta parcialidad de los árbitros de parte suelen incurrir en errores de interpretación y selección de casos, lo que lleva a conclusiones poco fiables sobre la existencia de un sesgo sistemático.

¹²⁶ VAN DEN BERG, Albert, “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”, p. 824. (“Lo sorprendente es que casi todas esas 34 opiniones discrepantes fueron emitidas por el árbitro designado por la parte que perdió el caso en su totalidad o en parte. Una puntuación cercana al 100 % de opiniones discrepantes a favor de la parte que nombró al árbitro discrepante es estadísticamente significativa. En un tribunal de tres miembros, se podría imaginar que hay aproximadamente un 33 % de posibilidades de que las opiniones discrepantes sean a favor de esa parte; o, si se elimina al árbitro presidente, la probabilidad podría ser de aproximadamente el 50 %.”).

¹²⁷ BROWER, Charles - ROSENBERG, Charles, “The death of the two-headed nightingale: Why the Paulsson-van den Berg presumption that party-appointed arbitrators are untrustworthy is wrong-headed”, p. 17.

¹²⁸ ROGERS, Catherine, “Reconceptualizing the party-appointed arbitrator and the meaning of impartiality”, p. 151.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

En suma, la crítica de Rogers pone de manifiesto que los votos disidentes de los árbitros designados por las partes no deben ser automáticamente interpretados como prueba de parcialidad, y que los análisis estadísticos como los de Van Den Berg requieren un mayor rigor metodológico y una comprensión más profunda de la dinámica deliberativa y la función de la emisión de opiniones disidentes en el arbitraje internacional.

Junto con lo anterior, uno puede concluir que la función principal de los árbitros designados por las partes no es “defender” a quien los escogió, sino garantizar que la posición de esa parte sea plenamente comprendida por el tribunal. Esta conclusión también se ajusta a lo dicho anteriormente respecto del análisis de Gómez Acebo¹²⁹, siendo plenamente plausible dicha posibilidad, especialmente en disputas de alcance internacional, en las que se mezclan culturas jurídicas, idiomas diferentes y un cúmulo de matices técnicos. Así, contar con un árbitro de la misma tradición jurídica o nacionalidad de la parte —siempre que se preserve la independencia— puede coadyuvar a simplificar la comunicación. Como hemos explicado anteriormente, el propio sistema arbitral brinda contrapesos para evitar que se fuerce un laudo sesgado: no solo los co-árbitros deben, en la mayoría de los reglamentos, acordar el nombramiento del presidente, sino que la institución arbitral conserva facultades de verificación y confirmación que incluyen valorar su independencia.

Finalmente, la libre elección de árbitros por cada parte, combinada con la norma de que el presidente (o árbitro único) sea designado de manera neutral, ha funcionado históricamente como el paradigma básico de la justicia arbitral. Diversas encuestas como la recientemente publicada por el Subcomité de Arbitraje de Inversiones de la IBA (2025) muestran que los usuarios del arbitraje prefieren conservar esta posibilidad: les confiere confianza en el proceso, la posibilidad de involucrar directamente expertos en la materia del litigio y un factor de legitimidad que hace que la decisión arbitral sea mejor aceptada¹³⁰.

En conclusión, el mantenimiento de la designación unilateral de árbitros no sólo es coherente con la exigencia de imparcialidad e independencia, sino que enriquece el carácter consensual del arbitraje y afianza la confianza de las partes, siempre que se cumplan escrupulosamente las reglas de revelación de información y de conducta adoptadas por las instituciones arbitrales y consolidadas en la práctica internacional. Tal equilibrio entre autonomía de las partes y garantía de un tribunal imparcial e independiente sustenta que la designación unilateral continúe siendo la fórmula preferida en el arbitraje.

Propuestas alternativas al método de designación de árbitros por las partes y sus críticas

Como hemos venido analizando, la designación de árbitros en el arbitraje comercial e internacional constituye un tema especialmente relevante para la doctrina y la práctica. El debate sobre la conveniencia o no de la designación unilateral ha generado posturas encontradas, pues si bien se reconoce la importancia de que las partes tengan injerencia directa en la constitución del tribunal arbitral, también se advierten aparentes riesgos de parcialidad y de pérdida de confianza en el sistema. En atención a ello, consideramos pertinente dedicar una sección a los métodos alternativos que ha planteado la doctrina y que, en algunos supuestos, están plasmados en el acuerdo de partes o, en casos *especialísimos*, en reglamentos arbitrales tales como el Reglamento Arbitral del AAA.

En atención a ello, esta sección ofrece una visión detallada de cinco métodos¹³¹, con énfasis en la información estadística y las consideraciones de eficiencia y transparencia recogidas en el último informe del Subcomité de

¹²⁹ GOMEZ-ACEBO, Alfonso, *Party Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, pp.69-96.

¹³⁰ Investment Arbitration Subcommittee of the IBA Arbitration Committee. *Constituting tribunals in investment arbitration: A report on timing and methods*. International Bar Association.

¹³¹ Al respecto, se abordarán los siguientes cinco: (i) designación directa por una institución arbitral; (ii) lista y procedimiento de “strike-and-rank”; (iii) procedimiento de “*ballof*” o consulta simultánea; (iv) designación negociada o “*bespoke appointment methods*”; y, (v) designación del “árbitro de parte” por la contraparte (“Yo por ti y tú por mí”).

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Arbitraje de Inversiones del Comité de Arbitraje de la IBA, así como en estudios que examinan las posibles ventajas y desventajas de dejar la designación en poder de las partes, la institución arbitral o de mecanismos compartidos.

Alternativas de designaciones de árbitros: descripción y fundamentos

En el arbitraje comercial y de inversiones, la práctica usual, en particular cuando se trata de un tribunal conformado por tres miembros, consiste en que cada parte designe a un árbitro y que esos dos co-árbitros designen de común acuerdo al presidente del Tribunal Arbitral. Esta fórmula, de larga tradición busca conciliar ciertos intereses: cada parte se siente representada ante el tribunal arbitral al poder elegir a un árbitro de su confianza y, a su vez, el presidente del tribunal, siendo designado entre los árbitros designados unilateralmente, conserva el balance necesario. Sin embargo, tal método no es el único. Existen varios procedimientos alternativos que tienen por finalidad moderar los efectos discutidos por la doctrina en relación con la designación unilateral o a sustituirla enteramente cuando las partes lo consideran pertinente. A continuación, se describen los principales.

a. Designación directa por una institución arbitral

Este método se apoya en la asignación a la institución administradora de la facultad de nombrar directa y unilateralmente a todos o algunos de los árbitros (en ocasiones, solo el presidente). Bajo este procedimiento, las partes no participan con propuestas de nombres; en cambio, se ofrece a la institución la prerrogativa de examinar la naturaleza del caso, la cuantía en disputa y la especialidad requerida, y escoger a los árbitros que considere idóneos. En el ámbito internacional, instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el CIADI, la LCIA o el PCA están facultadas, dependiendo de la cláusula o de su reglamento, para asumir ese rol ante la falta de acuerdo de las partes o cuando así lo han pactado expresamente los litigantes.

b. Lista y procedimiento de strike-and-rank

El llamado *list-procedure* o *strike-and-rank* surge del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL) como un recurso predeterminado cuando las partes o los co-árbitros no logran designar al presidente o a otro árbitro a tiempo. En la elección de árbitros, el sistema de *strike-and-rank* normalmente funciona de la siguiente manera:

- Las partes en la disputa presentan una lista de posibles árbitros a la institución de arbitraje o al órgano rector que supervisa el proceso de arbitraje.
- Luego, las partes tienen la oportunidad de "tachar" o eliminar (*Strike*) ciertos nombres de la lista de posibles árbitros si tienen un conflicto de intereses u otras inquietudes sobre esas personas.
- Una vez que las partes han completado sus strikes, los nombres restantes de la lista se clasifican en orden de preferencia.
- La institución de arbitraje o el órgano rector luego selecciona un árbitro de la lista (*Rank*) en función de las clasificaciones y strikes de las partes.
- El árbitro seleccionado es designado para el panel de arbitraje y lleva a cabo el procedimiento de arbitraje de acuerdo con las reglas y procedimientos del órgano rector o institución.

Al respecto, cabe mencionar que este mismo método puede adaptarse para la selección del árbitro único, de manera que las partes disponen de un modo de "veto limitado". De acuerdo con el Informe de la IBA, este método ha demostrado ser más lento que la designación directa institucional, pero ofrece la ventaja de que las partes conservan cierto margen de decisión.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Por último, cabe destacar que ciertos Reglamentos Arbitrales han referenciado este tipo de método de designación. Citemos un par de ejemplos.

Primero, el *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures* del AAA, establece en su artículo R-13 lo siguiente: “If the parties have not appointed an arbitrator and have not provided any other method of appointment, the arbitrator shall be appointed in the following manner”¹³². En las líneas siguientes establece el método de designación (que es una por listas y con plazos concretos). Veamos¹³³:

(a) *The AAA shall send simultaneously to each party to the dispute an identical list of 10 (unless the AAA decides that a different number is appropriate) names of persons chosen from the National Roster. The parties are encouraged to agree to an arbitrator from the submitted list and to advise the AAA of their agreement.*

(b) *If the parties are unable to agree upon an arbitrator, each party to the dispute shall have 14 calendar days from the transmittal date in which to strike names objected to, number the remaining names in order of preference, and return the list to the AAA. At its discretion, the AAA may limit the number of strikes permitted. The parties are not required to exchange selection lists. If a party does not return the list within the time specified, all persons named therein shall be deemed acceptable to that party. From among the persons who have been approved on both lists, and in accordance with the designated order of mutual preference, the AAA shall invite the acceptance of an arbitrator to serve. If the parties fail to agree on any of the persons named, or if acceptable arbitrators are unable to act, or if for any other reason the appointment cannot be made from the submitted lists, the AAA shall have the power to make the appointment from among other members of the National Roster without the submission of additional lists.*

(c) *Unless the parties agree otherwise, when there are two or more claimants or two or more respondents, the AAA may appoint all the arbitrators.*

Segundo, si bien en el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) no se ha establecido una regla expresa como sí en el Reglamento de AAA, lo cierto es que el CIADI sí ha señalado públicamente¹³⁴ que “las partes podrán acordar la utilización de un procedimiento de lista para constituir el Tribunal. Este procedimiento puede utilizarse para designar a un árbitro único, al Presidente del Tribunal o a todos sus miembros”. Al respecto, señalan que los procedimientos de lista más comunes incluyen:

- Las partes intercambian una lista de candidatos; cada parte informa a la otra parte del candidato o candidatos que acepta o rechaza.

¹³² Ver: https://www.adr.org/sites/default/files/2025_CommercialRules_Web.pdf

¹³³ (“a) La AAA enviará simultáneamente a cada parte del litigio una lista idéntica con 10 nombres (a menos que la AAA decida que es apropiado un número diferente) de personas seleccionadas de la Lista Nacional. Se anima a las partes a ponerse de acuerdo sobre un árbitro de la lista presentada y a comunicar su acuerdo a la AAA.

(b) Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre un árbitro, cada parte en la controversia dispondrá de 14 días naturales a partir de la fecha de transmisión para tachar los nombres a los que se oponga, numerar los nombres restantes por orden de preferencia y devolver la lista a la AAA. A su discreción, la AAA podrá limitar el número de tachados permitidos. Las partes no están obligadas a intercambiar las listas de selección. Si una parte no devuelve la lista en el plazo especificado, se considerará que todas las personas que figuran en ella son aceptables para esa parte. De entre las personas que han sido aprobadas en ambas listas, y de acuerdo con el orden de preferencia mutua designado, la AAA invitará a un árbitro a aceptar el cargo. Si una parte no devuelve la lista dentro del plazo especificado, todas las personas que figuran en ella se considerarán aceptables para esa parte. De entre las personas que hayan sido aprobadas en ambas listas, y de acuerdo con el orden de preferencia mutua designado, la AAA invitará a un árbitro a aceptar el cargo. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre ninguna de las personas nombradas, o si los árbitros aceptables no pueden actuar, o si por cualquier otra razón no se puede realizar el nombramiento a partir de las listas presentadas, la AAA tendrá la facultad de realizar el nombramiento entre otros miembros de la Lista Nacional sin necesidad de presentar listas adicionales.

(c) A menos que las partes acuerden lo contrario, cuando haya dos o más demandantes o dos o más demandados, la AAA podrá nombrar a todos los árbitros.”).

¹³⁴ Ver: https://icsid-worldbank.org.translate.google/procedures/arbitration/convention/appointment/2022?x_tr_sl=en&x_tr_tl=es&x_tr_hl=es&x_tr_pto=tc

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

- Las partes solicitan al CIADI que les proporcione una lista de candidatos. Cada parte puede eliminar un número determinado de estos candidatos y clasificar a los restantes.
- Se designa al candidato con la mejor clasificación o, si dos o más candidatos tienen la misma clasificación, el CIADI selecciona a uno de ellos.
- Las partes y el CIADI nominan candidatos para la lista, y las partes no son informadas qué candidatos fueron nominados por el CIADI o la otra parte.

En ese sentido, podemos observar que determinadas instituciones han empezado a establecer públicamente un medio alternativo de designación de árbitros. No obstante, aún siguen siendo minoría.

c. Procedimiento de ballot o consulta simultánea

Algunas instituciones facilitan un proceso de designación por el cual se presenta a las partes un pequeño conjunto de candidatos (de una lista institucional o sugeridos por los co-árbitros), y cada parte marca las personas aceptables y las que rechaza. Si hay una coincidencia en la persona de uno o más candidatos, el resultado se lo comunica a ambas partes y se procede con la designación. Se conoce este sistema como “procedimiento de votación secreta” o *ballot*, dado que las partes envían su votación sin saber lo que hizo la otra. Su inconveniente principal —señalado en varios estudios citados en el Informe de la IBA— es que puede suceder que no haya coincidencia alguna, lo cual conduce a un círculo de nuevos listados y demoras adicionales.

d. Designación negociada o bespoke appointment methods

En esta categoría se ubican métodos flexibles que las partes diseñan según sus intereses. Por ejemplo, se puede disponer un *multiple-step approach*: un primer período para que las partes negocien una persona en común; de no lograrlo, se deja la decisión a los co-árbitros; y, si aun así no hay acuerdo, se recurre por último a alguna combinación de lista y voto enumerada en los reglamentos. El Informe de la IBA muestra que, por lo general, cuando las partes tratan de acordar procedimientos muy complejos, se corre el riesgo de mayores retrasos y hasta de que el tribunal deba nombrarse finalmente por la vía institucional predeterminada en el reglamento.

e. Designación del “árbitro de parte” por la contraparte (“Yo por ti y tú por mí”)

La propuesta fue analizada en algunos foros académicos, y comentada en diversos artículos —como el titulado “*Yo por ti y tú por mí: ¿Y si los árbitros son escogidos por las contrapartes?*”, escrito por Nicolás de la Flor— consiste en que cada parte elabora una preselección cerrada de candidatos (por ejemplo, cinco nombres) y la comunica simultáneamente a la contraparte¹³⁵. A continuación, la contraparte elige de esa lista a quien será el árbitro de la parte contraria, y viceversa. De esta forma, si bien cada parte retiene la potestad de confeccionar una *shortlist* a su medida, la designación final es hecha formalmente por el oponente, difuminando la noción de “árbitro de parte” y buscando que el árbitro entienda que no proviene de un nombramiento unilateral sino consensuado. El autor señala que dicha propuesta pretende minimizar la parcialidad, al tiempo que no elimina del todo la intervención de las partes:

Esta propuesta de sistema permite conjugar (i) la elección de los árbitros por las partes; con (ii) la necesidad de evitar posibles árbitros poco imparciales.

Primero, porque bajo este sistema las partes sí deciden quién será su árbitro. No de manera exacta porque no tienen la decisión final, pero sí mediante una preselección de solo cuatro candidatos, que les permite fijar candidatos con los que se sentirán cómodas.

¹³⁵ DE LA FLOR, Nicolás. “Yo por ti, tú por mí”: ¿Y si los árbitros son escogidos por las contrapartes?”. *Blog Bullard, Falla y Ezcurra*, 2024, disponible: <https://bullardfallaezcurra.com/publicaciones/2024/04/11/yo-por-ti-y-tu-por-mi-y-si-los-arbitros-son-escogidos-por-las-contrapartes/>

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

Segundo, elimina la sensación de “deber” del árbitro con la parte que lo designó, que es lo que gatilla posibles conductas parcializadas. El árbitro no sabrá quién lo designó. Además, en estricto, habrá sido designado como consecuencia de la intervención de ambas partes.

Tercero, genera un mayor equilibrio entre las partes. Les permite influir en la conformación del tribunal de manera más constructiva. Además, reduce el beneficio de la parte que designa segunda con el beneficio de conocer al árbitro de la demandante. Por último, esto también reduciría sustancialmente las recusaciones.

Cuarto, no elimina el rol de las partes en la decisión sobre el presidente, que sin duda es parte esencial de la conformación del tribunal. Les otorga un derecho de veto. Es habitual que los coárbitros consulten con las partes sobre posibles presidentes. Este sistema no elimina ese rol, pero lo modula y canaliza de manera menos subjetiva y más controlada, equiparando la participación que ambas partes tendrán y evitando que, por “formas distintas de proceder” entre abogados y árbitros, una parte tenga mayor injerencia que la otra¹³⁶

Beneficios y virtudes de los métodos alternativos

Cada uno de los métodos descritos ofrece ventajas que se vinculan a la celeridad, la flexibilidad y la idoneidad en la selección de árbitros. A continuación, analizaremos ello en virtud de cada uno de los métodos comentados en la sección anterior.

a. Designación directa por una institución arbitral

El beneficio principal es la velocidad: según el Informe de la IBA, donde la institución nombra al presidente, las demoras usuales de negociación entre las partes se reducen e incluso se evitan tecnicismos dilatorios. Asimismo, se sustenta en la experiencia que las instituciones han adquirido recomendando o confirmando árbitros y en su amplio conocimiento de los perfiles. Este método, por tanto, tiende a ser rápido y evita que el proceso se estanque.

b. Lista y procedimiento de strike-and-rank

El rasgo distintivo es la combinación de la participación de las partes y la neutralidad de la autoridad nominadora. Las partes, con sus respectivas tachas o valoraciones, implican su experiencia o necesidades; pero se evita que únicamente una de ellas controle la designación. Además, la obligación de “clasificar” en orden preferente ayuda a la autoridad nominadora a seleccionar un árbitro que resulte aceptable para ambas partes. Es un método equilibrado que, sin embargo, retiene cierto grado de “veto” para cada parte.

c. Procedimiento de ballot o consulta simultánea

Es útil cuando las partes desconfían de la designación unilateral por parte de la institución, pero, a la vez, están dispuestas a ceder la decisión final a un mecanismo casi aleatorio si no se produce coincidencia. El *ballot* ofrece una suerte de transparencia en el sentido de que no se revela qué nombres ha propuesto cada parte, sino únicamente que existe o no coincidencia. Puede agilizar la designación cuando las controversias no requieren una especialidad demasiado singular.

d. Designación negociada o bespoke appointment methods

Representa la máxima flexibilidad. Las partes pueden integrar fórmulas escalonadas (negociación directa, intervención limitada de un ente nominador, sorteos finales, etc.). Con ello se aprovecha al máximo la cercanía que

¹³⁶ DE LA FLOR, Nicolás, “Yo por ti, tú por mí”: ¿Y si los árbitros son escogidos por las contrapartes?”.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

los litigantes tienen respecto de sus propias necesidades, a la vez que se deja un “seguro” en caso de que fallen las negociaciones (por ejemplo, acudir a la institución arbitral). Es un sistema que, si funciona adecuadamente, potencia la autonomía de las partes.

e. Designación del “árbitro de parte” por la contraparte (“Yo por ti y tú por mi”)

Su principal virtud es reducir la percepción de que el árbitro es “leal” a quien lo designó. Aunque cada parte sigue teniendo una injerencia decisiva (porque confecciona la lista de candidatos que prefiere), la decisión final la tiene la contraparte. Como resultado, la aparente dependencia del árbitro respecto a la parte que lo nombró se difumina, pues en rigor no es la parte quien decide; ella solo confecciona la lista de nombres que la contraparte deberá examinar.

Críticas a los métodos alternativos y el riesgo de “excesivo poder” de la institución arbitral

La adopción de métodos alternativos, sin embargo, no está exenta de reparos. Entre las críticas más habituales podemos destacar las siguientes:

a. Falta de especialización o conocimiento directo del litigio por parte de la institución

Una crítica igualmente extendida es que cuando se otorga a la institución arbitral —sea la CCI, la LCIA o el CIADI— una competencia preponderante para la designación de los árbitros (ya sea en la modalidad de lista o en la designación institucional directa), existe un riesgo de que la institución no tenga una evaluación adecuada de las especificidades del caso. De acuerdo con la crítica, suele suceder que las partes, mejor que nadie, conocen los antecedentes de la controversia: la magnitud de la prueba, la complejidad técnica o jurídica, la urgencia o la necesidad de un árbitro con cierto perfil. En cambio, la institución puede verse limitada frente a un análisis más general o a la mera aplicación de su directorio de árbitros, lo que conlleva la designación de profesionales no perfectamente idóneos para la materia concreta.

b. Riesgo de “captura institucional”

Observamos con preocupación la posibilidad de que algunas instituciones se inclinen, sistemáticamente, por ciertos árbitros de su preferencia o habitualmente seleccionados, generando así una suerte de élite recurrente. Este fenómeno —denominado en algunos foros como “captura institucional”— puede desalentar la renovación de la nómina de árbitros, promover relaciones poco transparentes y debilitar la confianza de los usuarios en la neutralidad de la institución. Quienes criticamos este extremo ponemos de relieve que, en último término, la vigilancia sobre posibles sesgos de la institución termina dependiendo de la reputación global del ente arbitral, sin que existan a veces mecanismos fuertes de control externo.

c. Ralentización del proceso y complejidad excesiva

Algunos de los métodos descritos, como el *ballot* o el *strike-and-rank* cuando involucran múltiples rondas, pueden retrasar la constitución del tribunal hasta el punto de perjudicar tempranamente la eficiencia del arbitraje. El Informe de la IBA revela que cuando las partes inician un procedimiento de “lista” y “preferencias” pero no hallan coincidencias, se pasa a la designación directa (con la consecuente pérdida de tiempo). Así, la aparente solución puede añadir capas de complejidad.

Muchos métodos “a medida”, basados en acuerdos previos, padecen esta misma crítica: la excesiva sofisticación en las reglas de nombramiento puede crear puntos muertos que, a la postre, obligan a acudir a la vía general de nombramiento en la *lex arbitri* o en el reglamento arbitral y, por tanto, a una paralización en el intermedio.

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

d. Preservación del sesgo o desconfianza hacia los co-árbitros

Incluso en modalidades novedosas, como la conocida coloquialmente como “Yo por ti, y tú por mí”, subsiste la inquietud de sí, en la práctica, un árbitro elegido podría sentirse más identificado con la parte que fijó su nombre en la *shortlist* (aunque haya sido la otra parte quien dio la aprobación final). Si bien este método atenúa el riesgo de que el árbitro manifieste una parcialidad abierta, no lo elimina por completo. Asimismo, cabe señalar que la efectividad de estos sistemas requiere un alto grado de transparencia y la aceptación de que cada parte no elige completamente a “su” árbitro.

Comentarios finales sobre la persistencia de la designación unilateral y los métodos alternativos

Aun con la existencia de los métodos expuestos, la designación continúa siendo un pilar esencial en el arbitraje internacional. En buena medida, esto responde a la altísima valoración que se atribuye a la libertad de las partes para configurar el tribunal más idóneo para su caso. Al mismo tiempo, como muestran los datos del Informe de la IBA y distintos autores, la designación unilateral no siempre conlleva los “vicios” de parcialidad que algunos denuncian; en concreto, la mayoría de los laudos se adoptan de forma unánime y muchos co-árbitros designados por las partes manifiestan independencia suficiente.

No obstante, las alternativas descritas se han desarrollado para afrontar preocupaciones legítimas, en especial la de asegurar que los árbitros actúen sin sesgo y fomentar la eficiencia en la constitución del tribunal. El “método de lista” favorece un equilibrio entre la intervención institucional y el poder de las partes; el “*ballot*” promueve una coincidencia rápida que, en caso de no lograrse, deriva en un nombramiento directo; la designación impartida por los co-árbitros funciona bien cuando existe un espíritu cooperativo y conciencia de la importancia de elegir a un presidente reconocido por su independencia; y la propuesta coloquialmente conocida como “*Yo por ti, y tú por mí*” constituye un intento de contrarrestar el recelo que pesa sobre la figura del árbitro designado de manera unilateral. Con todo, la adopción de uno u otro mecanismo depende de los objetivos de las partes y de las circunstancias concretas que modulan cada caso.

La asignación de facultades al ente arbitral para elaborar listas o para tomar directamente la decisión de nombrar al árbitro único o al presidente puede resultar ventajosa en orden a reducir demoras y tácticas obstructivas, pero no deja de suscitar invocaciones a la prudencia: un control institucional demasiado fuerte puede favorecer la concentración de oportunidades en un reducido grupo de árbitros, limitar la competencia en el mercado arbitral o descuidar la evaluación de las particularidades del litigio. Por ende, las instituciones arbitrales buscan equilibrar su involucramiento con el respeto a la autonomía de las partes, a través de tramos de consulta informal o de la posibilidad de que los litigantes presenten comentarios y observaciones antes de la designación final.

En conclusión, no existe un método único que satisfaga invariablemente a todos los usuarios. La tendencia actual se decanta por ofrecer a las partes múltiples posibilidades de designación a fin de que, según la complejidad y la naturaleza de la controversia, elijan aquella que mejor se acomode a sus preferencias en cuanto a celeridad, control sobre la elección, transparencia y percepción de neutralidad. La práctica demuestra, a la luz de los datos expuestos en el Informe de la IBA, que los nombres de los árbitros, su experiencia y su reputación en el mercado del arbitraje resultan ser un factor decisivo y, por tal razón, los usuarios prefieren mantener la designación unilateral de los árbitros contrariamente a lo expuesto por la doctrina.

Conclusiones

No cabe duda de que, pese a las críticas formuladas al método de designación de árbitros por las partes —así como, a las propuestas de alternativas para reemplazarlo y el debate sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros;

Árbitros partisanos: ¿Mito o Realidad? Una revisión crítica del método de designación de árbitros por las partes* **

el método de designación de árbitros por las partes continúa siendo —y seguirá siendo— la regla general por la que optan las partes. A continuación, resumimos las conclusiones que hemos podido extraer de las cuatro secciones:

- i. En la primera sección se analizó cómo la regla general —que determina que el método de designación de árbitros por *default* sea el elegido por las partes— está respaldado tanto por los reglamentos de arbitraje de los principales centros de arbitrajes, así como, por las preferencias de los usuarios, quienes valoran la autonomía y la facultad de control que les otorga en el procedimiento de designación. Esta preferencia histórica, refleja una confianza estructural en el procedimiento como un elemento de legitimidad del proceso arbitral.
- ii. En la segunda sección se abordaron las principales críticas y argumentos en defensa del método de designación de árbitros por las partes. Pese a que las críticas resaltaron argumentos como el riesgo de parcialidad, la sistematización de opiniones disidentes o la distorsión del proceso de deliberación interno, los argumentos en defensa del método demostraron que estas prácticas no pueden atribuirse exclusiva ni necesariamente a la regla general en sí misma.
- iii. En la tercera sección, se analizó con profundidad el debate respecto del riesgo de independencia e imparcialidad generado por el método de designación de árbitros por las partes. Si bien los principales críticos sostienen que la regla general puede favorecer la parcialidad, el análisis realizado demostró que los estándares de independencia e imparcialidad de los reglamentos arbitrales no distinguen entre los distintos tipos de métodos de designación de árbitros. De la misma forma, al analizar el estudio de la supuesta sistematización de las opiniones disidentes, se demostró que el estudio partió de premisas erróneas, que no permiten concluir un verdadero riesgo de parcialidad generado por la regla general.
- iv. En la cuarta sección, analizó los métodos alternativos de designación como los sistemas de listas, el *ballot procedure*, la designación institucional directa o cruzada, entre otros. Estos mecanismos buscan garantizar la “neutralidad” y eficiencia en la designación. Sin embargo, su éxito depende en gran medida de las reglas del arbitraje, el perfil del caso y la cooperación entre las partes. Si bien pueden reducir algunos riesgos de la regla general, también pueden llevar a situaciones de “captura institucional” y a sacrificar la autonomía de las partes al privarlas de la facultad de elegir los árbitros que resolverán su caso.

En suma, el método de designación por las partes sigue siendo ampliamente respaldado, en tanto refleja una manifestación legítima de la autonomía de las partes. Si bien existen alternativas, deben concebirse como herramientas complementarias y no excluyentes. El reto no radica en sustituir un método por otro, sino en diseñar reglas que permitan abordar los riesgos señalados e identificar el verdadero origen de dichas tendencias que, como hemos visto, estas no se derivan necesariamente de la regla general.

EL COSTO QUE IMPLICA PARA EL ECUADOR ACTUAR EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

*Andrés Araujo*¹³⁷

Resumen: Unos, pero no la mayoría, nos ponemos a pensar que detrás de un arbitraje de inversiones, existen costes que van más allá del mismo arbitraje. Aquello, tales como los costos reputacionales, políticos, sociales y pues los económicos, nadie se imagina que un problema que al inicio solo le incumben a los implicados en el conflicto arbitral, a la larga termina repercutiendo e involucrando a cientos o miles de personas y de la misma manera al Estado anfitrión que es en quien nos enfocaremos en este artículo. Por lo general, es el Estado que queda en una situación adversa o negativa y especialmente cuando ha perdido el arbitraje, teniendo que pagar un alto precio y no solo económico, sino reputacional, político y social, quedando en una situación de desventaja para suscribir futuros tratados de inversión, cerrar negociaciones o atraer nuevas inversiones al país.

Esto quiere decir que, más allá del arbitraje y sus “ventajas”, existe grietas que aún no son tan beneficiosas para los Estados que acogen la inversión, porque indudablemente existen intereses de parte y parte, ahora lo que se debería hacer para que sea lo más equitativo e igualitario tanto para el inversor, como para el Estado, sobre todo, aquellos Estados que son de economía emergente, que cuando se someten a un arbitraje de inversiones tienen mucho que perder, por estas razones, es que se debe pensar más con cabeza fría y no con las emociones, porque al inicio todo puede ser perfecto, pero cuando empiezan a surgir los problemas, lamentablemente puede ser muy tarde y en el arbitraje las estadísticas nos dicen que cada vez los laudos arbitrales son más millonarios, politizados, dejando los TBI y los contratos de inversión más problemas que beneficios para el país anfitrión.

Este estudio se centra en el Estado ecuatoriano, país que con el pasar de los años ha tenido que lidiar con costosos laudos de arbitrales, revelando un manejo desprolijo en lo que respecta a la defensa legal y negociación de los tratados bilaterales de inversión y los contratos con los inversores o contratistas, y como no solamente se ha tenido que pagar altas sumas de dinero, sino que también no se han visto reflejadas esas inversiones en lo que en un inicio serían obras que beneficien al país y a sus ciudadanos, por el contrario los objetivos de aquellas inversiones mínimamente se han visto reflejadas en el Ecuador, algunas veces politizándose los arbitrajes, cuestión que no es correcta, pero a pesar de ello ocurren estas presiones e injerencias del país de origen del inversor sobre el anfitrión, cabe destacar que no se puede hablar de estos costos en los arbitrajes en materia de inversión sin mencionar a la corrupción y lo que esta trae.

Abstract: *Few, though not the majority, stop to consider that behind an investment arbitration there are costs extending far beyond the arbitration itself—reputational, political, social, and, of course, economic. What begins as a dispute seemingly limited to the parties directly involved ultimately reverberates, affecting hundreds or even thousands of people, as well as the host State, which is the primary focus of this article. Typically, the State is left in an adverse or disadvantageous position, especially when it loses the arbitration, facing a high price not only in monetary terms but also in reputational, political, and social dimensions. This outcome places the State at a disadvantage when seeking to sign future investment treaties, conclude negotiations, or attract new investment.*

Thus, beyond the arbitration and its purported “advantages,” there are fissures that remain far from beneficial to host States, given the undeniable presence of competing interests on both sides. What is required is a framework that ensures greater equity and balance between the investor and the State—particularly for emerging economies, which stand to lose the most when subjected to investment arbitration. For these reasons, decisions should be made with a cool head rather than driven by emotion: while everything may seem ideal at the outset, problems often arise when it is too late to avoid costly consequences. Statistics show that arbitral awards are increasingly high in value and politicized, and that bilateral investment treaties (BITs) and investment contracts can generate more problems than benefits for the host country.

¹³⁷ [Andrés Araujo](#). Abogado especialista en Derecho de Empresarial de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Ecuador y maestrante en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar sede Quito-Ecuador.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

This study focuses on Ecuador, a State that over the years has faced expensive arbitral awards, exposing shortcomings in the legal defense and negotiation of BITs and investment contracts. Not only have large sums been paid, but the promised investments have frequently failed to materialize in the form of public works or benefits for the country and its citizens. On the contrary, the objectives of such investments have scarcely been achieved, with arbitrations at times becoming politicized—a practice that is improper yet persists, often accompanied by pressure and interference from the investor's home country. Finally, no discussion of the costs of investment arbitration would be complete without acknowledging the role of corruption and its attendant consequences.

Introducción

La pretensión de este ensayo es analizar la práctica en el arbitraje en materia de inversiones por parte del Estado ecuatoriano y determinar si ha sido un beneficio o una pérdida usar este mecanismo, y la respuesta se da para muchas interpretaciones aunque no hay una respuesta exacta, pero lo que sí es un hecho y es innegable son los altos costos que conlleva actuar en un proceso arbitral y eso es la motivación de hacer este artículo, el tratar de ver lo que implica para el Estado ser parte en el arbitraje Estado-Inversor.

El Ecuador es un país en constante desarrollo y eso lo lleva a buscar atraer inversión extranjera y por consiguiente a sujetarse al Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) con el fin de poder obtener inversión para el “desarrollo” ya que esto supone que los inversionistas se sientan más seguros al invertir en el país, pero que ocurre con el Estado que recibe la inversión y sus garantías, porque no solamente es firmar un contrato de inversión que va traer “desarrollo” al país, y al final no obtener nada, pero al contrario si una demanda de arbitraje que será costoso y no solo hablando económicamente.

Entonces con lo mencionado anteriormente es una buena propuesta leer las iniciativas que promueven la aplicación de métodos preventivos de conflictos, que no impliquen acudir de primera a un arbitraje de inversiones, a Ecuador le ha significado el arbitraje de inversiones muchos millones de dólares, en pagos de laudos millonarios, casos arbitrales concluidos con soluciones amistosas, y aún tiene laudos por pagar.

Desde mi enfoque Ecuador no se ha visto beneficiado realmente del arbitraje porque este tiene sus condiciones que limitan al Estado en su accionar, ante este panorama solo queda hacer el mejor trabajo posible para reducir los altos montos pedidos por indemnización por parte de las compañías inversoras, pero más allá de aquello no se puede hacer mucho, a pesar del gran trabajo de quienes defienden al Estado, refiriéndome a la Procuraduría General del Estado (P.G.E.).

Ante esto, es necesario hacer un pacto de convivencia con el arbitraje, pero este pacto conlleva vivir con él, pero que no sea nuestra única esperanza o “solución”, sino saber que tenemos al arbitraje de inversiones ahí, pero que antes de acudir a él, tanto el inversor como el Estado debe cambiar su conducta y tratar de agotar otras vías o alternativas de solución de conflictos con el objeto de prevenir más gasto para el Estado, con una conducta más conciliativa nos ayudaremos a detectar problemas que son manejables y evitar que estos problemas lleguen a ser el inicio de una demanda arbitral.

En el proceso de realización de este artículo, muchos árbitros de renombre están buscando promover, y hacerla vinculante a la “Convención de Singapur”¹³⁸, tanto así que el grupo de trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha escrito ya las directrices y otras propuestas de reformas con relación a la mediación de inversiones, efectuando una guía de cómo se deberían integrar la mediación de inversiones en la resolución de controversias Estado-Inversor. Por otro lado hay países que han integrado las cláusulas escalonadas de aplicación vinculante para que a través de una secuencia positiva de diálogos y recursos se solucionen conflictos con el inversor o viceversa sin la necesidad de acudir al arbitraje.

¹³⁸ Directrices de la CNUDMI sobre la mediación de Controversias Internacionales relativas a inversiones, párr. 45.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

El riesgo en el arbitraje debe ser compartido tanto para el Estado como para el inversor, hablando de igualdades, para tratar de estar en un terreno más justo para ambas partes, al final no intento quedar en la crítica sino ser propositivo de cierta manera.

Desarrollo

De acuerdo con el Sistema de resolución de controversias inversor-Estado, conocido como ISDS por sus siglas en inglés (*Investor-State Dispute Settlement*), Ecuador es el quinto país de Latinoamérica más demandado en arbitraje de inversiones, hay 29 demandas de arbitraje inversor-Estado, de las cuales 14 de 21 demandas fueron resueltas en beneficio al inversor y en los 7 restantes no condenaron al Estado ecuatoriano¹³⁹.

Los montos que se han tenido que pagar en cumplimiento de los laudos arbitrales en materia de inversiones son millonarios y corresponden en su mayoría al campo de la minería e hidrocarburos, para Ecuador no es beneficioso verse involucrado en tantos arbitrajes de inversión, porque son procesos millonarios y con una inestabilidad social, política y económica no queda en una buena posición ante las compañías inversoras.

De acuerdo con el ISDS Ecuador ya fue condenado a pagar más de \$2.906 millones de dólares a inversores extranjeros y hasta 2017 pago un monto de \$1.500 millones solo en pagos de honorarios de la defensa del Estado, peritos, y otros gastos que implican este tipo de procesos arbitrales¹⁴⁰.

Indudablemente habrá más demandas relacionadas con el arbitraje de inversiones, de acuerdo con la rendición de cuentas de la Procuraduría General del Estado:

Durante 2024, la Subdirección de Asuntos Internacionales registra un total de 85 procesos internacionales activos, que se dividen en: 7 arbitrajes en materia de inversión, 13 arbitrajes comerciales, 14 juicios en sede extranjera, 5 procesos ante Cortes en sede internacional, 2 casos ante la Junta Combinada de Disputas y 44 notificaciones de controversias. Las materias involucradas en este tipo de disputas son variadas, entre las que destacan asuntos relativos a tributos, contratación, minería, hidrocarburos y otros recursos no renovables, medioambiente, infraestructura pública, electricidad, entre otros¹⁴¹.

Los arbitrajes continuaran y con ello también laudos en contra que habrá que pagar, al final es una deuda que seguirá creciendo, y el Estado ecuatoriano deberá ir la solventando, tal como lo expresa la “Programación Fiscal 2025 - 2029” del Estado ecuatoriano:

Los riesgos con mayor probabilidad de ocurrencia e impacto fiscal alto corresponden a las demandas contra el Estado y las condiciones macroeconómicas. En ese sentido, las demandas contra el Estado (nacionales e internacionales), canceladas a través del Programa de Preservación de Capital (PPC) entre 2021 y 2024, ascienden a aproximadamente USD 582,5 millones. Para el ejercicio fiscal 2025, y en concordancia con el memorando Nro. MEF-SP-2025- 0641-M de 22 de julio de 2025, se prevé cancelar, a través del PPC, aproximadamente USD 267,7 millones, sin considerar el laudo internacional pendiente con Chevron, cuyo monto se estima en aproximadamente USD 3.000 millones, ni el laudo internacional con CODELCO estimado en USD 567,7 millones¹⁴².

¹³⁹ GHIOTO, Luciana. – MULLER, Bettina., “ISDS en números ECUADOR impactos del arbitraje internacional”, *ISDS impactos*, 01/03/2024, disponibles en [Reporte-ISDS ECUADOR Marzo2024.pdf](#)

¹⁴⁰ GHIOTO – MULLER, “*ISDS en números...*”, pp. 4-ss

¹⁴¹ LARREA, Juan C, “Rendición de cuentas 2024”, *Procuraduría General del Estado*, Año 2025, 1 – 95, p. 46.

¹⁴² MOYA, Sariha B – CORONEL, Gary D – IDROBO, Patricia N, “Programación Fiscal 2025 - 2029”, *Ministerio de Economía y Finanzas*, Año 2025, 1 – 85, p. 65.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

Para tener clara la magnitud de lo que se gasta en arbitrajes en materia de inversión, de acuerdo a la cita anterior, solo en este año el gobierno ecuatoriano en el presupuesto general del Estado de este año 2025 ha destinado para obra pública \$449 millones y hasta octubre del 2025 solo se ha invertido \$120 millones de dólares, en una comparación, hay arbitrajes que fácil superan los 100 millones de dólares, entonces destinar más recursos para pagar laudos arbitrajes millonarios, y destinar un porcentaje para obra pública que en comparación con los costos de arbitraje en ínfimo, entonces algo anda mal¹⁴³.

Sería importante proyectarse en el tiempo y ver que, si seguimos en esta línea, y no se buscan mejores estrategias de negociación para futuros TBI para Ecuador, si se siguen suscribiendo contratos con reglas disparejas, hasta cierto punto ambiguas, si no se adoptan serios mecanismos de prevención de conflictos para evitar que todo conflicto derive en un arbitraje, Ecuador seguirá gastando millones de dólares en arbitrajes y en su presupuesto general del Estado seguirá destinándose más dinero a pagar laudos arbitrales costosos y para honorarios profesionales, en apelaciones de nulidad de laudo, etc.

El Estado Ecuatoriano registra en la clasificación de egresos no permanentes, las erogaciones de recursos públicos de carácter temporal o por una situación específica, excepcional o extraordinaria, en el que se registran los egresos de inversión, capital y aplicación del financiamiento.

La Proforma del Presupuesto General del Estado (PGE) del año 2025 alcanza un monto de USD 40.961,41 millones. De este total los egresos no permanentes tienen una asignación de USD 18.568,30 millones, que representan el 45,33% en relación al Presupuesto General del Estado y frente al PIB un 14,39% de los cuales USD 8.643,83 millones se direccionarán al financiamiento de proyectos que corresponden al Plan Anual de Inversiones (PAI); cabe indicar que en ese monto se reflejan los recursos destinados al Programa de Preservación de Capital por USD 6.142,14 millones, destinados para el pago de amortizaciones de la deuda interna y externa y los costos asociados por reconocimiento de sentencias o laudos nacionales e internacionales¹⁴⁴.

Ecuador lo que si tiene son problemas y parte de esos, devienen de proyectos de inversión extranjera inconclusos relacionados con el gas, minería, energía e hidrocarburos, en fin hablamos de los sectores estratégicos, los cuales se buscaban potenciar con el fin de que exista un beneficio no solo económico para el país, pero eso no se ha visto y más bien en lo que si destacan estos sectores es que son los que más han demandado en arbitraje de inversiones al Ecuador¹⁴⁵, entonces esto deja de ser un beneficio para ser un gasto, porque obligatoriamente se tienen que cubrir los procesos arbitrales y pagar laudos millonarios en caso de perdidas o soluciones amistosas, al final la sociedad siente el impacto, porque en vez de que se traduzcan estas inversiones en obras, las mismas no se concluyen o no se ejecutan de buena manera terminando en arbitrajes costosos, y siguiendo con los problemas en el sector energético, por ejemplo: refinerías funcionando a media o debajo de la media capacidad, daños ambientales irreversibles producidos por la negligencia de las empresas inversoras en complicidad con autoridades del sector público ecuatoriano, perpetuándose así un mínimo desarrollo y un círculo vicioso porque se siguen repitiendo estas situaciones, sin existir ninguna solución.

Ahora, respecto a los daños ambientales, puede ser trillado lo que pronuncie pero vale dejarlo por sentado y es que ni todos los millones de indemnización que los tribunales arbitrales obliguen a pagar a las compañías inversoras mitigaran o recuperaran en su totalidad los daños ambientales ocasionados, entonces el Estado y su sociedad son

¹⁴³ TAPIA, Evelyn., “El gobierno ha gastado USD 120 millones en obra pública, menos de la mitad de lo que ha destinado en bonos”, *Primicias*, 31/10/2025, disponibles en <https://www.primicias.ec/economia/gobierno-gasto-obra-publica-caida-aumento-gasto-bonos-presupuesto-noboa-108437/>

¹⁴⁴ MOYA, Sariha B., “Justificativo de ingresos y egresos Proforma presupuesto general del Estado 2025”, *Ministerio de Economía y Finanzas*, Año 2025, 1 – 107, p. 74.

¹⁴⁵ COBA, Gabriela., “Ecuador: entre los 20 países con más arbitrajes de inversiones”, *Primicias*, 14/12/2022, disponibles en <https://www.primicias.ec/noticias/economia/arbitrajes-inversiones-mineria-petroleo-ecuador/>

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

los que sufren el impacto ambiental, quedándose el Estado con el daño, porque las compañías inversoras se van, y en unos casos se van sin pagar y para colmo haciéndose las víctimas y en otros casos se van pagando una “indemnización” que al final no es suficiente para revertir años de contaminación ambiental.

Ecuador y un historial negativo oscuro en los casos de arbitraje de inversiones

Caso Occidental Exploration and Production Company (OEPC)

El Estado ecuatoriano en este caso tuvo que pagar un laudo de \$1'061.775.000 USD, el arbitraje se produjo en un escenario donde hubieron actuaciones de ambas partes, por un lado el Estado ecuatoriano emitió un decreto de caducidad del contrato de participación que mantenía con Occidental Petroleum Corporation (OPC), por haber esta realizado una cesión de derechos y obligaciones del 40% a la compañía Alberta Energy Corp. (AEC), para que participe en la exploración y explotación de los hidrocarburos en el bloque 15 de la amazonia ecuatoriana, como también en los sectores unificados de Eden Yuturi y Limoncocha, este tipo de acuerdo es conocido como “*Farmout*”, este *Farmout* no fue comunicado adecuadamente a las autoridades ecuatorianas, tanto así que dicha cesión se tenía que realizar solo bajo la autorización previa del Ministerio de Energía y Minas de aquella época, cosa que no sucedió, y termino evidenciándose un ocultamiento de información esencial al Ecuador¹⁴⁶.

Por lo ocurrido, Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC), demandaron al Estado ecuatoriano por la terminación unilateral del contrato de participación bajo la causal de caducidad, alegando el incumplimiento del contrato de participación, las leyes ecuatorianas y el TBI, que termino con la expropiación de todas las instalaciones pertenecientes a OEPC por parte del Estado ecuatoriano¹⁴⁷.

Ambas actuaciones tanto del Estado como del Inversor tenían sus propósito, pero solo uno de estos propósitos tenía justa causa y fue la del Estado ecuatoriano que actuó a consecuencia, su actuación y decisiones no fueron arbitrarias, la diferencia es que los TBI terminan siendo una camisa de fuerza para los Estados receptores de la inversión, porque trastocan la independencia y autonomía del país en todos los ámbitos especialmente en el tema de creación de normas y desprestigio de la justicia local, en este caso si existió un trato justo y equitativo y se respetaron los estándares mínimos internacionales por parte del Ecuador para con OEPC, pero los tribunales arbitrales terminan excediéndose al interpretar de manera amplísima lo que es el “Trato Justo y Equitativo”:

[...] En otras palabras, una concepción muy amplia del trato justo y equitativo puede romper el límite que separa al derecho interno del derecho internacional, lo que resulta en la delicada situación de que tribunales arbitrales extranjeros acaben revisando decisiones de cortes y autoridades locales o lo que es más problemático, que estos tribunales revisen normas legales expedidas a través de procesos democráticos y representativos de los Estados¹⁴⁸.

OEPC y OPC terminan argumentando graves violaciones al Derecho Internacional Consuetudinario por parte del Ecuador, ese mismo Derecho que prácticamente desampara al Estado y privilegia al inversor, y que a pesar de que existieron pruebas sólidas y contundentes que demostraban las malas intenciones de OEPC y OPC, el tribunal arbitral del CIADI tomo una postura sin analizar las vulneraciones a los principios de transparencia y debido proceso ocasionadas por la empresa inversora, al ocultar y ofrecer información ambigua al Ecuador sobre un posible acuerdo de *Farmout*.

¹⁴⁶ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, párr. 128 ss.

¹⁴⁷ Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, párr. 2 ss.

¹⁴⁸ PRIETO, Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*, Editorial Corporación Editorial Nacional, Quito, 2013, P. 47

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

Pero donde quedan los principios de transparencia y el debido proceso, principio que indudablemente hubieran puesto al Estado ecuatoriano en una posición ventajosa frente a OEPC, porque en realidad la República del Ecuador fue quién actuó con justa causa ante la actuación deshonesto de OEPC de ocultar la cesión.

Caso WorleyParsons International Inc.

En el presente caso el Estado ecuatoriano obtuvo una victoria contundente frente a la demandante WorleyParsons International Inc. (en adelante Worley), el arbitraje fue administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI).

Dicho esto, la compañía inversora Worley una vez que empieza a operar en Ecuador no lo hace sola sino en colaboración con Tecnazul en calidad de subcontratista, a Worley junto a su colaboradora se les adjudicaron contratos para ejecutar los siguientes proyectos; 1. Construcción de la Refinería del Pacífico; 2. de la Refinería de Esmeraldas; 3. Repotenciación de planta de gas en la Planta Machala; y 4. el Proyecto Monteverde en Santa Elena. Dichos proyectos pertenecían al Plan Nacional de Desarrollo promovido por el gobierno de aquella época, especialmente con fines para poder tener un mejor control energético y que Ecuador no dependa de la energía de otros países, especialmente con la construcción de la Refinería del Pacífico y la rehabilitación de la Refinería de Esmeraldas¹⁴⁹.

Indudablemente estos megaproyectos relacionados a los sectores estratégicos del gas, energía y petróleo tenían una gran proyección para estos campos del Ecuador, requerían de una fuerte inversión económica, que en definitiva así fue, por ejemplo, solamente la inversión para la construcción de la Refinería del Pacífico era de 1,521 millones de dólares, y para la rehabilitación de la Refinería de Esmeraldas era de 2,230 millones de dólares¹⁵⁰.

Vale resaltar que los montos mencionados anteriormente que sumados dan \$3,751 millones de dólares, tal monto es lo que destinó el gobierno ecuatoriano en su presupuesto general de Estado en la rama de la educación, la seguridad o la salud en este año 2025¹⁵¹.

Dicho esto, mi análisis tiene otro enfoque, que va más allá del laudo a favor del Estado ecuatoriano ganado a Worley, y surge a raíz de la pregunta, ¿Ecuador en realidad ganó este arbitraje?, Y mi respuesta no es si, porque en la reflexión, debemos observar seriamente los graves acontecimientos que se suscitaron en este caso, que conllevo a que Ecuador se vea involucrado en otro conflicto y arbitraje en materia de inversiones y en hora buena gano.

No ganamos, porque la corrupción institucional sigue siendo un problema para el Ecuador, los funcionarios públicos de altos cargos siguen corrompiéndose y corrompiendo al resto, al igual que ciertas empresas inversoras que buscan las maneras para sobornar a funcionarios a través de entramados complejos donde logran obtener beneficios de cualquier índole, por ejemplo: en el presente caso obtener información privilegiada y confidencial para adjudicarse contratos, constituyéndose esas inversiones en ilegales por la corrupción, tal como sucedió en este caso en singular, promovidas por personas que deben cuidar al Estado, deben proteger al Estado, solo intentan lucrarse y beneficiarse a costa del Estado.

¹⁴⁹ Worley International Service Inc. v. República del Ecuador, Caso CPA N° 2019-15, Laudo final, 22 de diciembre de 2023, párr. 2 - 66.

¹⁵⁰ El Comercio, “USD 2450 millones se pagó en exceso en cinco proyectos estratégicos”, *Contraloría General del Estado*, 04/01/2019, disponibles en <https://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/PrensaDia/20933>

¹⁵¹ Asamblea Nacional República del Ecuador, “Asamblea aprueba la proforma presupuestaria 2025 y la programación cuatrienal”, *Asamblea Nacional*, 04/09/2025, disponibles en <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/109209-asamblea-aprueba-la-proforma-presupuestaria-2025-y-la>

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

No ganamos, porque las metas a lograr por el Estado a través de los TBI hasta el día de hoy no se han visto, más se fortalecen con el tiempo y seguimos sintiendo todos los ecuatorianos sus efectos.

En países como Ecuador con una marcada inestabilidad política, donde gobiernos de turno con ideologías políticas bien definidas y con ataques de revanchismos y de desprestigiar y acabar con los realizado por el anterior gobierno, no es un panorama que ofrezca una seguridad de evitar más arbitrajes, sino de que vengan más, por ende no existía una garantía de cumplimiento de los TBI y así mismo de los contratos suscritos con empresas inversoras que no sean de un país aliado o afín o del agrado del gobierno de turno, sin ser pesimista los problemas seguirán viniendo.

En el caso Worley Parson contra Ecuador no ganamos sino perdimos, y hago esta reflexión porque aquí no hay victoria, nos alegramos por ganar un arbitraje sin ver en realidad el verdadero problema y es que nuestro enemigo esta casa adentro, los funcionarios públicos corruptos que a la mínima oportunidad intentan desfalcarse al Estado, no es correcto, puede ser que peque de inocente, pero esto no debió pasar, tanto el inversor, como el estado estuvieron corrompidos, dentro de un proceso de contratación viciado, entonces sin quitar merito a la victoria, tampoco es para alegrarnos eufóricamente por no pagar 198 millones, aquí no hay ganadores sino perdedores, porque las consecuencias de tener arbitrajes y pagar laudos millonarios es en cierto punto por la inoperancia de nuestros funcionarios públicos, sin hacer de lado también al inversionista corrupto, que también busca salirse con las suyas.

Caso Copper Mesa

Finalmente es importante mencionar este caso, para hablar de la actuación de la compañía Copper Mesa, después que adquirió las concesiones mineras en Junín, Chaucha y Telimbela para realizar sus actividades en Ecuador, una vez asegurada su adjudicación empezaron a surgir hechos que motivaron a que el Estado rescindiera unilateralmente las concesiones a Copper Mesa, luego de esto la compañía inversora termina demandando a Ecuador por los daños causados y la privación de sus inversiones.

La compañía inversora cayo en una cadena de actuaciones ilegítimas, uno de los más graves sino el más grave fueron los altercados que tuvo con la gente de la localidad de Junín, relacionados a amedrantamientos, amenazas a dirigentes de los grupos anti-mineros causados por gente contratada por Copper Mesa, para generar miedo y terror a quienes estaban en contra de su actividad y sus operaciones.

Ecuador en el proceso arbitral ante el tribunal arbitral alego bajo el principio de manos limpias “Clean Hands” la conducta ilegal perpetrada por la compañía Copper Mesa en contra de los comuneros del sector Junín, y la falta de cumplimientos formales y materiales como la consulta previa, lo sorprendente de este caso es que el tribunal arbitral tomo en consideración el alegato de Ecuador pero al final considera que la actuación de Copper Mesa es una negligencia concurrente, aceptando a medias y no de manera completa su responsabilidad.

A pesar de los hechos probados de la no consulta previa, estudios de impacto ambientales contradictorios, y un hostigamiento extremo para las personas de la localidad de Junín, en fin el tribunal arbitral ante las actuaciones reprochables de la compañía inversora opto por emitir un fallo contributivo, expresando descaradamente que a “*juicio del Tribunal, no existe una parte claramente vencedora en este arbitraje*”¹⁵², cuando se debió emitir un laudo a favor del Estado ecuatoriano, este caso debe dejarnos una guía que para saber cuándo implementar límites a las compañías inversoras, por ejemplo: cuando cometan violaciones a derechos humanos como las acciones temerarias que usaron en contra de las comunidades locales, o también que permita al Estado anular las típicas pretensiones de indemnización millonaria por expropiación de inversión, con esto acabaríamos con estas artimañas que aplican las empresas inversoras que promueven con el fin de cobrar indemnizaciones millonarias a los Estados, y por ultimo que bajo las actuaciones mencionadas en líneas anteriores ante evidencias claras, se vea realmente comprometida la admisibilidad de una demanda de arbitraje por parte del inversor.

¹⁵² Copper Mesa Mining Corporation v. República del Ecuador, Caso CPA N° 2012-02, Laudo, 15 de marzo de 2016, párr. 9.7.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

Al final solo pudimos observar que los inversores pueden realizar estas conductas graves y a pesar de todo, vemos como sucedió en este caso la sanción por el tribunal no fue ejemplar, ni la que el Ecuador esperaba.

Estas observaciones sobre ciertos principios que se aplican en los casos de arbitraje de inversiones relacionados a la protección del inversionista, pueden aplicarse de una manera extensiva tal como lo expresa:

Sornarajah,⁹⁸ crítico de una interpretación extensiva del estándar, los elementos del trato justo y equitativo son únicamente dos: denegación de justicia y debido proceso. Por su parte, para Dolzer y Schreuer,⁹⁹ los elementos son transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas del inversor; conformidad con obligaciones contractuales; debido proceso; actuar de buena fe; y ausencia de coerción o acoso¹⁵³.

Tal como se protege ese trato justo y equitativo de la misma manera debería aplicarse a favor de los Estado, sin necesidad de llegar a quitarles soberanía y poder de decisión respecto a sus políticas mineras, ambientales, etc., que solo buscan cumplir con el mandato que les ha dado su gente para que tomen las mejores decisiones en beneficio de todos los ciudadanos ecuatorianos.

Los Estados han intentado que se declaren inadmisibles reclamos basados en cuestiones de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso Copper Mesa contra Ecuador, Ecuador alegó que el reclamo del inversor no era admisible en virtud de la “doctrina de las manos limpias” alegando supuestas violaciones de derechos humanos. Ese argumento fue rechazado, entre otras razones, porque el Gobierno no había presentado anteriormente ninguna queja sobre la conducta del inversor, que había tenido lugar en Ecuador, abiertamente y a la vista de las autoridades gubernamentales. El tribunal consideró que, dada la obligación de buena fe del Estado, éste no podía plantear la objeción de admisibilidad¹⁵⁴.

Indudablemente debemos convivir con el arbitraje, pero para eso debemos replantearnos como se van negociar los futuros acuerdos de TBI que vengan, sé que es un campo amplio en donde hay intereses de lado y lado, pero en tema de derechos fundamentales no se puede escatimar, tampoco ceder en condiciones que limiten el equilibrio jurídico, y sobre todo, lo más importante que prime como cláusula en los contratos de inversión, una línea de prevención de conflictos que evite de primera mano ir a un arbitraje de inversiones, y que sea obligatorio acudir a otros métodos de solución de conflictos y que exista una plena predisposición de solucionar cualquier tema o diferencia, se podría crear un sistema de recepción de quejas de para ambas partes para conocer las diferencias y solucionarlas a tiempo, todo esto, con el fin de terminar con los proyectos inconclusos, debo recalcar que obviamente luego de cumplir todo lo mencionado y en caso de que cumplidos estos pasos no hay un acuerdo, la opción sería el arbitraje.

En definitiva, los problemas en la ejecución de millonarios contratos, se han dado también por claras negligencias de funcionarios públicos de Ecuador, por la corrupción y porque las compañías inversionistas intencionalmente también suelen poner obstáculos y trabas en el desarrollo del proyecto, para cansar al país anfitrión que acoge la inversión y que este actúe y la empresa inversora poder poner una demanda de arbitraje.

Los gobiernos de turno toman decisiones en “beneficio” del país, pero sus periodos terminan, el Estado continua y los gobiernos entrantes adquieren esas obligaciones producto de malas decisiones que se terminan en procesos Arbitrales, entonces debemos plantearnos si la atracción de inversión extranjera está funcionando, si los TBI nos ofrecen un trato justo y equitativo al Estado receptor.

¹⁵³ PRIETO, Gustavo, *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones*, Editorial Corporación Editorial Nacional, Quito, 2013, P. 49.

¹⁵⁴ RICHARD, Caroline – WENDLER, Carsten – PARADELL, Lluís – VASUDA, Sinha – CARLA, Yoon – TURSIC, Domen, “Terreno cambiante: Las tendencias que estan transformando el arbitraje internacional, Derechos humanos y cuestiones sociales en el arbitraje de inversión: una tendencia creciente”, *Freshfields*, 2025, 23 – 27, p. 26.

Propuestas

Métodos preventivos de disputas

Este trabajo no intenta dar una mala reputación al arbitraje, pero no es menos cierto que al Ecuador le ha costado millones de dólares someterse al arbitraje en materia de inversiones, entonces la idea no es cerrarle la puerta al arbitraje porque el Ecuador necesita de inversión, por lo tanto, se seguirán firmando y ratificando TBI, en consecuencia, más bien debemos buscar alternativas que nos permitan evitar lo más que se pueda llegar a un arbitraje.

El Ecuador tiene un mercado emergente que necesita constantemente atraer inversión, entonces basado en este punto, definitivamente hay que hacerse a la idea de aprender a vivir y convivir con el arbitraje, pero eso no implica que sea la primera opción para elegir cuando surge un conflicto, y para hacer esta convivencia menos disfuncional y más armónica, debemos establecer mecanismos preventivos que busquen resolver cualquier tema lejos de un arbitraje.

Ahora bien, Ecuador cuenta con una economía y política inestable, con un historial no muy positivo en los arbitrajes de inversiones, con laudos millonarios pagados, otros laudos aun impagos, algunos arbitrajes solucionados amistosamente, otros pendientes y varias notificaciones de controversias, estos antecedentes son un riesgo para el inversionista y contraproducentes para el Ecuador, es hora de contemplar otros medios alternativos de solución de conflictos que le ayuden al Estado a ahorrar tiempo, dinero, mantener las relaciones y concluir sus proyectos, y no solamente acudir al arbitraje.

La mediación, como mecanismo de negociación facilitado por un tercero y controlado por las partes, tiene el potencial de revitalizar la resolución de disputas inversor- Estado en los próximos años. Frente a las crecientes críticas al arbitraje inversor-Estado —incluidos los elevados costes, los procedimientos prolongados y la necesidad de adoptar firmemente posiciones opuestas— la mediación se perfila cada vez más como una alternativa convincente¹⁵⁵.

La mediación cada vez busca ganar más protagonismo en la solución de controversias entre el Estado-Inversor es por ello por lo que *“En el contexto del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, tanto los países del primer mundo como aquellos en vías desarrollo han apoyado una mayor utilización de la mediación en las controversias entre inversionistas y Estados”*¹⁵⁶.

La mediación de inversiones no es un tema nuevo, y se ha venido tratando desde hace algunos años atrás, ganando fuerza cada vez más:

El arbitraje seguirá siendo fundamental para resolver las controversias inversor-Estado, pero el creciente interés por la mediación marca una evolución significativa y relevante en el sistema de resolución de disputas inversor-Estado. La mediación está en condiciones de desempeñar un papel más destacado en 2025 y en adelante, a medida que los Estados sigan promoviendo —o incluso imponiendo— su uso¹⁵⁷.

¹⁵⁵ NOURY KC, Sylvia – THOMAS KC, Will – LINGARD, Nicholas – GATICA, Santiago – STROSSER, Camille, “Terreno cambiante: Las tendencias que están transformando el arbitraje internacional, Mediación Inversor-Estado: ¿un puente sobre aguas turbulentas?”, *Freshfields*, 2025, 18 – 22, p. 20.

¹⁵⁶ Investment treaty news, “Reunión previa al periodo de sesiones del grupo de trabajo III de la CNUDMI sobre el uso de la mediación ISDS”, *Investment treaty News*, 19/12/2020, disponibles en <https://www.iisd.org/itn/es/2020/12/19/reunion-previa-al-periodo-de-sesiones-del-grupo-de-trabajo-iii-de-la-cnudmi-sobre-el-uso-de-la-mediacion-en-la-isds/>

¹⁵⁷ NOURY KC, Sylvia – THOMAS KC, Will – LINGARD, Nicholas – GATICA, Santiago – STROSSER, Camille, “Terreno cambiante: Las tendencias que están transformando el arbitraje internacional, Mediación Inversor-Estado: ¿un puente sobre aguas turbulentas?”, *Freshfields*, 2025, 18 – 22, p. 22.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

En las relaciones entre Estado e inversor es necesario que impere una cultura de diálogo abierta, con plena predisposición para tratar transparentemente puntos esenciales sobre la ejecución del proyecto y otros temas, el fin es detectar y darle prioridad a cualquier diferencia que pueda surgir entre Estado-inversor y poder resolverla oportunamente sin necesidad de llegar a un arbitraje donde muchos factores entran en juego y perjuicio tanto para el Estado como para el inversor.

Esta solución extrajudicial de conflictos mediante la mediación (también puede enfrentarse mediante la negociación⁷, el arbitraje societario⁸ o las fórmulas «mixtas y vinculadas» de med-arb) permite atender, con discreción, no solo a la legalidad, sino también, mediante una mejor adecuación al problema concreto, a las particulares relaciones personales que, en no pocos casos, enturbian un contexto conflictivo que va más allá de las «negocios» [...]¹⁵⁸.

La mediación de inversiones una opción más viable y flexible en comparación con el arbitraje de inversiones, es por esa razón que el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), específicamente en lo que respecta a la mediación de inversiones y prevención de controversias, ha emitido ciertas directrices de la CNUDMI sobre mediación en controversias internacionales relativas a inversiones del año 2023 y propone que:

Los Estados podrían incluir disposiciones en sus tratados de inversión²⁰ o cláusulas en sus contratos de inversión que habiliten la mediación. La mediación puede tener lugar antes de un procedimiento contencioso, durante este o después de él (lo que incluye los procedimientos de ejecución) [...]¹⁵⁹.

Así mismo proponen:

Otra posibilidad sería que los Estados evaluaran si convendría establecer la obligación de iniciar una mediación para promover un diálogo constructivo en una etapa temprana y de seguir adelante con la mediación durante determinado plazo o hasta que se llegue a una etapa determinada¹⁶⁰.

Los beneficios de la mediación van más allá de solamente llegar a acuerdo de mediación sobre un conflicto que se presenta, sino que de principio a fin el control lo tienen las partes dirigidas por un tercero neutral que guía ese camino a mediar cualquier diferencia, y bajo esta premisa de no entrar en conflictos, sin demandas, ni terminaciones unilaterales de contrato y sin desgaste institucional, evitando que un problema menor se haga mayor, la mediación también nos permite detectar falencias o fisuras que pueden ser prevenidas a futuro, aprendiendo de los propios errores pasados, que si se han cometido por el Estado ecuatoriano, entonces bajo esta premisa:

De igual forma, la mediación también puede dar pie a un “aprendizaje societario” que permita afrontar, con mayores garantías, problemas que puedan surgir en el futuro, consolidando así dinámicas de cooperación (derecho colaborativo) que son fruto de la mejora de las relaciones empresariales (y también personales) entre los implicados¹³. Aprendizaje que permite recuperar la *affectio societatis* de los socios, conservar las buenas relaciones en el seno de la sociedad, eliminar incertezas y, en no pocos casos, alcanzar una solución empresarial creativa bajo la fórmula “win-win”¹⁶¹.

Para proteger a la naturaleza no importa la ideología política, el gobierno que sea debe velar y garantizar los derechos de la naturaleza, Ecuador un país rico en flora y fauna, con gas, petróleo y minas, por ello debe hacer prevalecer esta postura en toda negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) o TBI, para evitar que

¹⁵⁸ VALLESPIN, David P, *Mediación Mercantil y Eficiencia Procesal*, 1era ed., Madrid, España, 2022, pp. 230-231.

¹⁵⁹ Directrices de la CNUDMI sobre la mediación de Controversias Internacionales relativas a inversiones, párr. 46.

¹⁶⁰ Directrices de la CNUDMI sobre la mediación de Controversias Internacionales relativas a inversiones, párr. 46.

¹⁶¹ VALLESPIN, David P, *Mediación Mercantil y Eficiencia Procesal*, 1era ed., Madrid, España, 2022, pp. 231-232.

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

más empresas Inversoras blindadas por tratados pro inversor, terminen impunes ante los tribunales arbitrales a pesar de probarse los daños a la naturaleza causados bajo argumentos de que el Estado siempre supo del daño ambiental y no hizo nada, de que si se socializo con las personas que sentirían los efectos del proyecto, de que la empresa inversora actuó legítimamente cumpliendo con los permisos y licencias ambientales, y otros argumentos falaces, etc., por todo lo mencionado hay que tener claro que:

Los acuerdos internacionales de inversión pueden provocar un ‘enfriamiento normativo’... y que los países se abstengan de adoptar políticas de mitigación, como la eliminación gradual de los combustibles fósiles, o las retrasen”. Informe de 2022 del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático¹⁶².

Dicho esto, y aprendiendo de los errores pasados, Ecuador debería para futuros acuerdos o tratados tener una postura más pro-natura e incluir los medios preventivos de solución de conflicto pero que vaya acompañado de un esquema bien detallado y no sea letra muerta, por ejemplo: la aplicación de una mediación de inversiones, y por último el Estado ecuatoriano debería tratar de intentar llegar acuerdos con ciertos países para modificar algunos TBI que son generadores de arbitrajes.

No podemos poner fin al arbitraje, pero si podemos hacer prevalecer los derechos de la naturaleza, aquí no se busca cerrar la puerta a las inversiones que impliquen actividades que puedan generar un impacto ambiental, siempre y cuando no conlleve un retroceso y un freno a la normativa interna ambiental de Ecuador, y que tales normativas no sean mal vistas por los inversores, y so pretexto demanden al Ecuador por “actuaciones arbitrarias” al crear leyes, reglamentos que justamente van alineadas a los objetivos y políticas ambientales del Ecuador.

Más bien, el ISDS se utiliza como una herramienta para que las grandes empresas, sobre todo los inversionistas en combustibles fósiles impugnen las leyes climáticas y obtengan indemnizaciones multimillonarias financiadas por los contribuyentes. Esto tiene consecuencias especialmente graves para los países del Sur que intentan hacer frente a la crisis climática. Por ejemplo, Colombia, según estimaciones conservadoras, se enfrenta a reclamaciones por el mecanismo ISDS que ascienden al 13 % de su presupuesto anual¹⁶³.

En el caso Glencore contra Colombia, sucedió que la compañía inversora demanda a Colombia a razón de que la corte constitucional colombiana suspendiera la ampliación de la mina de Cerrejón de la compañía Glencore, a pesar de una continua expansión de esta mina y los daños ambientales irreversibles y violaciones a los derechos humanos respecto a la afectación de la salud de miembros de los pueblos indígenas de la zona, no satisfecha con la decisión legítima de la Corte Constitucional:

Glencore demandó al gobierno colombiano reclamando 489 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios. Esto a pesar de que las medidas impugnadas solo afectaban a una pequeña parte de Cerrejón. La mina, que sigue en funcionamiento, produce carbón y genera ganancias extraordinarias: solo en 2022, éstas ascendieron a 5.6 billones de dólares¹⁶⁴.

¹⁶² ABCOLOMBIA, “El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global”, *ABCOLOMBIA*, 07/10/2025, disponibles en [El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global - ABColombia](#)

¹⁶³ ABCOLOMBIA, “El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global”, *ABCOLOMBIA*, 07/10/2025, disponibles en [El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global - ABColombia](#)

¹⁶⁴ ABCOLOMBIA, “El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global”, *ABCOLOMBIA*, 07/10/2025, disponibles en [El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global - ABColombia](#)

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

Las compañías e industrias relacionadas al sector del gas, hidrocarburos y minas son las que más se han enriquecido cobrando millones de dólares en indemnizaciones blindadas por tratados que deben ser renegociado sobre estos puntos.

En los últimos años, muchos países han rescindido o se han abstenido de firmar acuerdos que incluyen el ISDS, como Brasil, Indonesia y Sudáfrica. Los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda se han comprometido a no incluir el ISDS en futuros acuerdos comerciales, lo que condujo a que se hayan introducido excepciones de ISDS en los recientes tratados de libre comercio con el Reino Unido. En abril de 2024, los Estados Unidos indicaron que estaban revisando activamente opciones para remover el mecanismo ISDS de sus tratados existentes, después de haberse comprometido a excluirlo de futuros acuerdos; y en enero de 2025, como una medida provisional con el tratado de libre comercio entre EEUU-Colombia, se añadió una nota aclarando y restringiendo interpretaciones específicas sobre los derechos de los inversores en relación con los ISDS¹⁶⁵.

Por todo lo mencionado anteriormente, no es un disparate en la actualidad hablar de que los TBI contengan estipulado como requisitos ambientales y sociales de obligatorio cumplimiento, requisitos claros, puntuales, más exigentes y eficaces para poder firmar un tratado y así mismo suscribir contratos de inversión con futuros inversores, para ir adecuando todas estos temas sociales y ambientales se están firmando y ratificando en general:

[...] los tratados de inversión de nueva generación se refieren cada vez más a la libertad de los Estados para perseguir objetivos políticos legítimos. En algunos casos, esto se logra mediante disposiciones sobre el “derecho a regular”, que reafirman el derecho de los Estados a adoptar medidas de interés público, incluidas las que protegen los intereses sociales. A modo de ejemplo, el acuerdo de libre comercio modernizado entre Canadá y Ucrania de 2023, pone de relieve que la protección de los derechos de los pueblos indígenas forma parte del derecho del Estado a regular. Algunos tratados de inversión cuentan con “excepciones” en las que se aclara que sus obligaciones en materia de inversión no impiden la adopción de medidas necesarias para salvaguardar determinados intereses sociales. En particular, el Acuerdo entre los Estados Unidos, México y Canadá incluye una excepción referida a la protección de los derechos de los pueblos indígenas¹⁶⁶.

Fortalecer una cultura de diálogo y negociación antes de llegar a un arbitraje es una buena alternativa para conciliar asuntos o conflictos que tal vez no son tan trascendentes, pero que puede el Estado evitar que sea relevante, solamente teniendo un buen sistema de gestión de controversias relativa a inversión.

Conclusión

Quiero aclarar que no estoy en contra del arbitraje en general, lo que intento hacer ver, es que hay que tratar de hacer mejor las cosas, sé que no es una tarea fácil, al contrario es muy compleja, pero cualquier intento es más que valido para buscar tener más herramientas que solo el arbitraje, que nos ha costado y seguirá costando laudos millonarios, costas de honorarios profesionales y peritajes cuantiosos, etc., tal vez debemos replantearnos que no todo los problemas merecen un arbitraje, nos hemos acostumbrado a que cualquier cosa merece un arbitraje y creo que han existido diferencias entre el Estado ecuatoriano y el Inversor que fácilmente se pudieron haber resuelto sin tener que acudir a un arbitraje y perder en muchos aspectos, hay vías alternativas tan solo hay que ir las perfeccionando, hay que asumir que un sistema de gestión de conflictos puede ser mejor, no quiero satanizar al arbitraje porque es necesario porque lleva como gancho la inversión, que tanto la necesita Ecuador, pero debemos

¹⁶⁵ ABCOLOMBIA, “El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global”, *ABCOLOMBIA*, 07/10/2025, disponibles en [El Mecanismo de Solución de Controversias Inversionistas-Estado: Un obstáculo para la Acción Climática Global - ABColombia](#)

¹⁶⁶ <https://www.freshfields.com/globalassets/our-thinking/campaigns/international-arbitration-in-2025/international-arbitration-in-2025-spanish.pdf> P.25

El costo que implica para el Ecuador actuar en el arbitraje de inversiones

hacer que estas inversiones extranjeras no nos generen deudas sino desarrollo, ese es mi objetivo enfocado bajo los hechos mencionados a través de métodos preventivos de conflictos tener mejor resultados, esa es mi conclusión, simplemente generarles una interrogante a ustedes al visibilizar estas cuestiones, llamándolos al análisis y despertar su interés por estos temas, que pueden ser trascendentales.

ARBITRAJE Y AMPARO CONSTITUCIONAL: ¿CONFLICTO DE COMPETENCIAS O DEBER DE TUTELA?

Carla Mariel Ayala Cuellar¹⁶⁷ & Galia Alejandra Zenteno Santivañez¹⁶⁸

Resumen: La cláusula arbitral otorga a las partes la facultad de sustraer sus controversias de la jurisdicción ordinaria, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y bajo el postulado de mínima intervención estatal. Sin embargo, las tensiones pueden surgir incluso antes de iniciado el arbitraje, cuando una de las partes acude al Tribunal Constitucional solicitando tutela inmediata, alegando un peligro inminente y pretendiendo eludir la subsidiariedad propia del arbitraje. Ello plantea un interrogante central: ¿puede ejercerse el control de constitucionalidad antes de que los árbitros asuman competencia?

El artículo sostiene que, si bien la regla general debe ser el respeto a la jurisdicción arbitral y a la fuerza vinculante del convenio arbitral, existen supuestos excepcionales que justifican la intervención constitucional previa, en particular frente a amenazas reales e inminentes a derechos fundamentales. Se propone, en consecuencia, un marco interpretativo que armonice la función protectora del Tribunal Constitucional con la preservación de la autonomía arbitral, reforzando la seguridad jurídica y el equilibrio entre tutela constitucional e independencia del arbitraje.

Abstract: *The arbitration clause grants parties the authority to remove their disputes from ordinary courts, based on party autonomy and minimal state interference. Yet, tensions may arise even before arbitral proceedings commence, when a party petitions the Constitutional Court for immediate relief, invoking imminent threats and attempting to bypass the subsidiarity inherent in arbitration. This raises a critical question: can constitutional review be exercised before arbitral jurisdiction is assumed.*

The article argues that, while arbitral jurisdiction and the binding force of arbitration agreements must prevail as a general rule, exceptional circumstances may justify prior constitutional intervention where fundamental rights face imminent harm. It proposes an interpretative framework that reconciles the Constitutional Court's protective duty with the preservation of arbitral autonomy, ensuring legal certainty and a balanced coexistence between constitutional review and arbitral independence.

I. Introducción

En el escenario jurídico contemporáneo, el arbitraje se ha consolidado como uno de los mecanismos más eficaces y confiables para la resolución de controversias. Su auge responde a la búsqueda de procedimientos más especializados, ágiles y confidenciales, pero sobre todo, a la aspiración de las partes de sustraer sus conflictos del aparato judicial ordinario y depositar su confianza en la autonomía de su propia voluntad. Bajo esta premisa, el arbitraje se erige como una manifestación concreta de la libertad contractual y de la mínima intervención estatal, principios que, en teoría, deberían garantizar su independencia frente a las injerencias de otras jurisdicciones.

Sin embargo, la práctica demuestra que esta independencia no siempre se mantiene incólume. En los últimos años, la expansión del control constitucional en Bolivia ha puesto de relieve una tensión cada vez más visible entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional, en cumplimiento de su deber de tutela, ha intervenido en ocasiones en procedimientos arbitrales, justificando su actuación en la necesidad de proteger derechos fundamentales. Esta intervención, aunque legítima en determinados supuestos, plantea un desafío profundo: ¿cómo equilibrar el deber de tutela constitucional con el respeto a la autonomía del arbitraje sin desnaturalizar su esencia?

¹⁶⁷ [Carla Mariel Ayala Cuellar](#). Abogada titulada con honores por la Universidad Privada Boliviana. Asociada en Resolución de Disputas y Arbitraje del estudio jurídico Wayar & Von Borries Abogados.

¹⁶⁸ [Galia Alejandra Zenteno Santivañez](#). Abogada titulada con honores por la Universidad Católica Boliviana San Pablo. Asociada en Resolución de Disputas y Arbitraje en el estudio jurídico Wayar & Von Borries Abogados.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

El problema se agrava cuando la intervención constitucional se adelanta incluso antes de la constitución del tribunal arbitral. En estos casos, las partes, amparándose en una supuesta amenaza inminente a sus derechos, acuden directamente a la vía del amparo constitucional para solicitar medidas urgentes que, en la práctica, paralizan el arbitraje o lo tornan ineficaz antes de que este siquiera comience. Este fenómeno, cada vez más frecuente, refleja un uso anticipado y distorsionado del amparo, que no solo desdibuja el principio de subsidiariedad, sino que también vulnera el pacto arbitral y mina la confianza en la estabilidad de este mecanismo alternativo.

La judicialización del arbitraje, en este sentido, no solo constituye un problema técnico o procesal; representa una amenaza estructural al equilibrio entre jurisdicciones y a la seguridad jurídica de las relaciones comerciales. Si cualquier discrepancia puede derivar en la inmediata activación del amparo, el arbitraje pierde su razón de ser como espacio autónomo y especializado, sometiéndose nuevamente a la tutela del poder judicial que pretendía evitar. Frente a este panorama, resulta imprescindible repensar los límites y alcances de la intervención constitucional, especialmente en los supuestos previos a la conformación del tribunal arbitral.

El presente trabajo propone una reflexión crítica sobre este fenómeno, examinando los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales que sustentan tanto la autonomía arbitral como el control constitucional. Asimismo, se analizan los riesgos que implica la utilización del amparo como herramienta anticipada de presión o bloqueo, y se plantea la necesidad de construir un marco interpretativo que armonice la tutela efectiva de los derechos fundamentales con la preservación de la independencia arbitral. Solo mediante una coordinación clara y respetuosa entre ambas jurisdicciones podrá garantizarse un verdadero equilibrio entre la justicia constitucional y la voluntad arbitral, fortaleciendo la confianza en el Estado de Derecho y en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

II. Marco conceptual y jurisprudencial sobre la autonomía arbitral y el control constitucional

Principios estructurales del arbitraje: competencia-competencia y mínima intervención estatal.

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias por el que las partes acuerdan sustraer sus conflictos de la jurisdicción ordinaria para ir a un procedimiento ante un tribunal especializado el cual finaliza mediante un laudo arbitral que- en la mayoría de los ordenamientos jurídicos- goza de igual validez que una sentencia obtenida en un proceso judicial, encontrándose revestido de la característica de cosa juzgada. Este método se encuentra cimentado en el convenio arbitral acordado entre ambas partes, que es la génesis de este procedimiento extraordinario.

El acuerdo arbitral, al ser la base del arbitraje, genera una serie de efectos positivos y negativos para las partes. El principal efecto del acuerdo arbitral es la obligación de las partes a acudir ante tribunales arbitrales para resolver sus controversias¹⁶⁹, en este sentido, el efecto positivo consiste en darle jurisdicción al tribunal arbitral y en contraposición el efecto negativo es la obligación de los jueces ordinarios de abstenerse de conocer la controversia, quitándole al aparato judicial ordinario la competencia sobre la o las controversias suscitadas.

Del efecto positivo deriva el principio *Kompetenz-Kompetenz*, -principio fundamental dentro del arbitraje- el cual otorga al tribunal arbitral poder para decidir sobre su propia competencia¹⁷⁰. Este principio a su vez tiene dos efectos uno positivo y negativo, el positivo hace referencia a la potestad que tiene el tribunal arbitral - elegido por las partes - para determinar si tiene la suficiente competencia derivada para conocer y dirimir sobre la disputa suscitada. Por otra parte, el efecto negativo hace alusión a que los tribunales nacionales carecen de jurisdicción sobre las controversias relativas a la jurisdicción de un tribunal arbitral, salvo que el convenio arbitral sea nulo de pleno derecho, consecuentemente, tienen que abstenerse de conocer la disputa suscitada entre las partes.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 247.

¹⁷⁰ JONES, Doug, *Competence- Competence*, Wolters Kluwer. 2009, pp. 56- 64.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

Es así que, el accionar del aparato estatal en inicio debería ser reducido, esto es lo que se conoce como el principio de mínima intervención del estado. Claramente la naturaleza del arbitraje en sí mismo no es compatible con una intervención estatal dominante o invasiva, toda vez que la voluntad de las partes es justamente poder abstraerse de la tutela total del órgano estatal, confiando a un tercero experto la resolución de controversias que muchas veces contemplan temas especializados que requieren atención diferenciada, más veloz y confidencial. Es por este motivo, que en principio el Estado debe intervenir solamente en casos específicos cuando se trate de cuestiones estrechamente relacionadas a los derechos y garantías fundamentales en los que se sustenta un Estado de Derecho.

Es así que los tratados más importantes en esta materia han marcado una línea clara sobre la medida en la cual deben intervenir los estados a través de sus órganos especializados. El Convenio de Nueva York señala que el juez es incompetente sobre el fondo de la controversia, pero competente sobre la validez del convenio arbitral. Esto implica que las autoridades judiciales no pueden volver a conocer y juzgar el fondo de una controversia que fue llevada a arbitraje y únicamente pueden intervenir anulando laudos que sean lesivos por contener vulneraciones irreparables a los derechos y garantías fundamentales del ordenamiento jurídico que rige el proceso arbitral o en casos de auxilio judicial, donde se requiera de una autoridad judicial con las facultades suficientes para ejecutar una decisión emanada de un tribunal arbitral.

Ahora bien, los parámetros de este principio no son iguales en todos los ordenamientos jurídicos y en el último tiempo se ha visto que muchos de ellos han ido sufriendo una evolución caracterizada por una aceptación y apertura mayor al arbitraje donde se propugna cada vez menos intervención por parte del estado, un claro ejemplo de esto es España. En este país al inicio se propugnaba una clara corriente de cognición casi plena del órgano judicial a laudos arbitrales, en efecto, incluso después de la derogación de la Ley 36/1988, los tribunales españoles conocían con plenos efectos los laudos arbitrales, sin importar si se hubiera o no iniciado el arbitraje, permitiendo incluso acudir a la jurisdicción ordinaria por vía de excepción o declinatoria ¹⁷¹.

Es así que la jurisprudencia en este país estaba marcada por una serie de sentencias en las cuales las autoridades judiciales entraban a conocer el fondo de la controversia y realizaban un sobre análisis sobre las decisiones emitidas por el tribunal arbitral, teniendo la facultad y capacidad de incluso modificar el *decidendum* de los árbitros con una fundamentación muchas veces contraria a la desarrollada por los tribunales arbitrales ¹⁷².

Sin embargo, esta corriente ha ido perdiendo fuerza en este país y actualmente se ve más propugnado el principio de intervención mínima estatal. Ahora bien, en Latinoamérica las corrientes no son iguales, en efecto, muchos países como Argentina o Perú han mostrado una apertura importante al arbitraje y han promovido cada vez más una intervención menor por parte del Estado, sin embargo, en otras regiones como Bolivia, se han visto casos en los que las autoridades judiciales han entrado irrestrictamente a conocer controversias en el fondo y han logrado modificar laudos arbitrales completos sin existir una verdadera justificación de vulneraciones formales de derechos y garantías por parte de los tribunales arbitrales, volviendo de esta forma ineficaces tanto los acuerdos como los laudos arbitrales.

El caso de Bolivia es particular debido a que tiene líneas jurisprudenciales contradictorias, en efecto, este método alternativo de solución de controversias tiene naturaleza jurisdiccional del arbitraje nacional y es reconocida por el Tribunal Constitucional Plurinacional como *“una expresión de la jurisdicción formal por ser consagrada como vía jurisdiccional delegada por el órgano Judicial”* ¹⁷³, por ende, lógicamente debería tener menos restricciones y una intervención limitada, sin embargo, en la realidad muchas veces el Tribunal Constitucional ha puesto trabas a este proceso interviniendo de manera desmedida.

¹⁷¹ LLOPIS - LOMBART, Marco, *El convenio arbitral, su eficacia obligatoria*. Editorial: Civitas. 2010. pp. 210.

¹⁷² LLOPIS - LOMBART, Marco, *El convenio arbitral, su eficacia obligatoria*. Editorial: Civitas. 2010. pp. 211.

¹⁷³ TCP (Bolivia). CBI S.R.L. v. Vocal de la Sala Civil Cuarta del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz. 28/11/2012. SCP 2472/2012.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

Es evidente que cada país y región presenta sus particularidades y matices en relación a los principios que sustentan el arbitraje. Y aunque es normal que cada ordenamiento jurídico sea diferente, es importante que se respeten los lineamientos básicos promovidos y aceptados a nivel mundial, los cuales definen al arbitraje tal como lo conocemos. Lo contrario implicaría una desnaturalización de este método alternativo de solución de controversias, el respeto a estos principios coadyuva a tener una visión clara de cómo actuar en casos de conflictos jurisdiccionales y permite que este mecanismo subsista de manera armónica con el ordenamiento jurídico ordinario y constitucional de cada país.

El control constitucional, el principio de subsidiariedad del amparo y sus excepciones.

A partir de la creación del Tribunal Constitucional como órgano especializado encargado del control de constitucionalidad se puede afirmar que Bolivia adoptó un modelo concentrado, sin embargo, este modelo no es puro ya que mantiene ciertos matices del modelo del control difuso¹⁷⁴ como la atribución de los jueces de aplicar con preferencia la Constitución Política del Estado frente a otras normas.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ejerce el control de constitucionalidad a través del control normativo, control competencial, y control tutelar. El control normativo revisa la validez de las leyes; el control competencial verifica que las decisiones se tomen dentro de las atribuciones constitucionales; y el control tutelar protege los derechos fundamentales frente a su posible vulneración en el marco de cinco acciones: acción de amparo constitucional, acción de libertad, acción de cumplimiento, acción popular y la acción de protección a la privacidad.

La acción de amparo constitucional se constituye, probablemente, en la acción de mayor relevancia ya que está destinada a proteger la generalidad de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado salvando aquellos que por su naturaleza tienen una protección por una acción especializada. La procedencia de la acción de amparo constitucional está condicionada por dos principios fundamentales, el de inmediatez y el de subsidiariedad¹⁷⁵. La inmediatez exige que la tutela se interponga en un máximo de seis meses a partir de la vulneración alegada y la subsidiariedad relativa a la naturaleza del recurso excepcional exige que exista un agotamiento de vía antes de poder acceder a este tipo de tutela, es decir, que solo procede cuando no hay otro medio judicial para la protección del derecho. Ambos requisitos de procedencia han sido recogidos de forma uniforme por la jurisprudencia¹⁷⁶.

Sin embargo, existen presupuestos excepcionales a partir de los cuales el accionante puede abstraerse del principio de subsidiariedad, así el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en la Sentencia Constitucional Plurinacional No. 2172/2018 de 8 de noviembre de 2012 señaló que:

La acción de amparo constitucional no sólo tiene por finalidad reparar la lesión causada por el acto ilegal u omisión indebida en que hubiere incurrido la persona particular o el servidor público, sino, la de prevenir la vulneración a través de una tutela constitucional inmediata y efectiva que evite la consumación de la infracción. En ese sentido, los pronunciamientos de esta jurisdicción han sido uniformes al sostener que, la abstracción del principio de subsidiariedad que rige a esta acción, se producirá en cuatro casos específicos, cuando sea previsible un daño irreparable o irremediable, cuando el medio de defensa resulte ineficaz, cuando se trate de grupos de atención prioritaria -niños, adultos mayores y personas con capacidades diferentes- y por medidas de hecho.

¹⁷⁴ CALDERON, Carlos A., *Sistemas de Control de Constitucional y el Modelo de Control de Constitucionalidad en Bolivia*. 2023, p. 212.

¹⁷⁵ Constitución Política del Estado (Bolivia). Art.128.

¹⁷⁶ TCP (Bolivia). Aguas del Illimani S.A. v Juez Décimo Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial de La Paz. 28/06/2010. SC 0428/2010-R; TCP (Bolivia). Guillaume Bauduin Albert Marie. v Jueces del Tribunal Primero Liquidador de Sustancias Controladas. 28/01/2003. SC 0119/2003-R; TCP (Bolivia). BOLITEL S.R.L. v Juez Público Civil y Comercial Primero del departamento de La Paz. 28/01/2003. SCP 0395/2018-S4.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

A partir de ello, se tiene como regla general que la acción de amparo constitucional no puede ser activada sino hasta el agotamiento de vía, en el caso de la jurisdicción ordinaria en un proceso común, esto sería hasta agotar la instancia casacional y en el arbitraje pese a que la existencia formal de un Laudo Final ya reviste calidad de cosa juzgada, la vía frente a alguna vulneración se tiene por agotada cuando se agota el recurso de anulación.

III. La tensión competencial y la procedencia de la tutela constitucional previa

La tensión estructural entre jurisdicción arbitral y jurisdicción constitucional cuando se interpone un amparo antes de conformar el tribunal arbitral.

En principio las reglas de control de constitucionalidad se extienden a todas las jurisdicciones incluido el arbitraje. Por ende, las reglas desarrolladas en el apartado anterior deberían regir en todos los casos que son llevados a arbitraje. Por ende, si una de las partes considera que uno de sus derechos o garantías fundamentales se encuentran afectados por el actuar del tribunal arbitral, la parte afectada tiene el deber de agotar todas las vías correspondientes para recién acudir al amparo constitucional, donde el tribunal de garantías no actúa como un fuero de apelación si no que únicamente verifica si se cumplió con las garantías y derechos propugnados en la Constitución Política del Estado, sin embargo, existen excepciones a este regla que deben aplicarse al arbitraje.

En la realidad estos principios y lineamientos procesales no han sido cumplidos a cabalidad, muchas veces se ha visto cómo los tribunales de garantía han entrado a conocer laudos arbitrales de manera arbitraria, desconociendo la naturaleza de este proceso y llegando a modificar laudos en el fondo sin advertir una clara vulneración. No obstante, el tema se torna más complejo cuando se trata de una contravención al principio de subsidiariedad y a los tribunales constitucionales entran a conocer una controversia sin antes si quiera conformarse el tribunal arbitral.

Estos casos, peculiares y poco difundidos, requieren un análisis especial. Se habla muy poco de las situaciones en que se produce una colisión entre la tutela constitucional y un proceso arbitral, que por su naturaleza recibe un tratamiento distinto al de un proceso ordinario. El conflicto surge cuando, por un lado, el órgano constitucional debe ejercer su función de tutela y, por otro, existe un procedimiento que exige una intervención estatal mínima. En ese contexto, una actuación previa a la constitución del tribunal arbitral puede entrar en tensión con principios esenciales del arbitraje, tales como el *kompetenz-kompetenz* y la mínima intervención estatal, entre otros

En Bolivia el año 2024 se suscitó uno de estos casos que generó polémica en el mundo del arbitraje y del derecho constitucional. Dos partes suscribieron un acuerdo arbitral para resolver sus controversias, no obstante, una de ellas sustrajo el conflicto de la jurisdicción arbitral y acudió al tribunal de garantías buscando tutela y la imposición de medidas cautelares, incluso antes de conformarse el tribunal arbitral.

Este caso, sin precedentes, se vio marcado por una intervención total de la jurisdicción constitucional, que impuso las medidas cautelares solicitadas congelando las cuentas bancarias de la contraparte. Este caso todavía no subió al Tribunal Constitucional para su revisión y la argumentación por parte del tribunal de garantías no se encuentra disponible para su revisión, sin embargo, ha generado un debate importante sobre la colisión de estas dos jurisdicciones de manera previa a conocer el fondo de la controversia.

IV. Propuesta de armonización entre control constitucional y autonomía arbitral

Uno de los principales retos a los que se enfrenta el arbitraje en la actualidad es la judicialización, derivada de la intervención excesiva de la jurisdicción ordinaria, lo cual pone en riesgo su autonomía. No obstante, cuando se trata de la intervención de la jurisdicción constitucional, esta se justifica, en principio, por la existencia de un bien superior: la tutela de los derechos fundamentales. En el plano teórico, dicha intervención no debería representar un problema, pues el control constitucional está concebido como un mecanismo excepcional destinado a garantizar el respeto de derechos básicos frente a posibles vulneraciones.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

No obstante, la amenaza real surge de la práctica y aplicación desmedida del amparo constitucional, que ha pasado de ser una herramienta excepcional para convertirse en una vía recurrente para cuestionar decisiones arbitrales. En la práctica, el amparo se ha utilizado como una suerte de muletilla procesal para impugnar cualquier resolución que no se ajuste a los intereses de la parte afectada, desnaturalizando así su finalidad protectora y afectando la seguridad jurídica del arbitraje.

La situación se torna aún más compleja cuando las partes pretenden acudir al amparo constitucional antes incluso de la constitución del tribunal arbitral. Este fenómeno refleja un uso anticipado y distorsionado del amparo, que no solo interrumpe el normal desarrollo del proceso arbitral, sino que también desconoce el principio de subsidiariedad y vulnera el pacto arbitral que vincula a las partes. En tales casos, los solicitantes suelen invocar supuestas causales de excepción para justificar su acceso directo a la jurisdicción constitucional e incluso solicitan medidas cautelares que afectan la eficacia del arbitraje antes de que este pueda siquiera comenzar.

Este tipo de actuaciones exigen un control de admisibilidad doblemente riguroso por parte de los tribunales de garantías. No basta con la mera alegación de causales de excepción; es imprescindible verificar la inexistencia de mecanismos idóneos dentro del propio sistema arbitral, tales como el arbitraje de emergencia, que ofrece respuestas eficaces frente a situaciones urgentes. De lo contrario, el amparo anticipado se transforma en un instrumento de obstrucción procesal que desvirtúa la naturaleza del arbitraje y vacía de contenido la voluntad de las partes de sustraerse de la jurisdicción ordinaria.

Conviene destacar que el sistema arbitral moderno ha previsto mecanismos específicos para responder a contingencias previas a la constitución del tribunal arbitral. Un ejemplo paradigmático es la figura del arbitraje de emergencia, que permite a las partes solicitar medidas cautelares urgentes ante un árbitro de emergencia designado por la institución arbitral correspondiente. Este mecanismo garantiza la tutela inmediata de derechos sin necesidad de acudir a la jurisdicción constitucional, demostrando así la autosuficiencia del sistema arbitral.

Por ello, en presencia de una cláusula arbitral válida, los tribunales constitucionales deberían adoptar un control de procedencia reforzado, asegurando que el amparo no sea utilizado como un recurso alternativo para eludir el compromiso arbitral. Este control debe partir del reconocimiento de que el pacto arbitral tiene fuerza vinculante y rango constitucional en tanto expresión de la autonomía de la voluntad y del derecho a la libertad contractual. En consecuencia, solo una vulneración directa, manifiesta e irreparable de derechos fundamentales podría justificar la apertura excepcional del amparo antes de la constitución del tribunal arbitral.

V. Conclusiones

El análisis realizado se encuentra centrado principalmente en la jurisdicción boliviana, en la que claramente si bien existe mucho camino que recorrer en arbitraje, en materia constitucional se tiene mayor desarrollo sobre todo jurisprudencial relativo a los principios y lineamientos que rigen la intervención de la jurisdicción constitucional antes, durante y después de las controversias suscitadas entre partes.

Es así que, tal como se desarrolló en el punto anterior, el control previo por parte de los tribunales de garantía no debe ser una regla sino una excepción en casos concretos que deben ser vislumbrados de manera efectiva por las autoridades constitucionales.

La jurisdicción constitucional no debe ser utilizada por las partes en afán de desvirtuar o eludir el procedimiento arbitral pactado o legalmente impuesto, por ende, para evitar esta situación es imperativo que tanto la jurisdicción constitucional como la arbitral tengan una coordinación impecable a fin de evitar mala fe de parte de alguna de las partes.

Arbitraje y Amparo Constitucional: ¿conflicto de competencias o deber de tutela?

El tribunal arbitral debe ser claro sobre los casos en los que es permitido que las autoridades constitucionales conozcan la disputa antes que sea deliberada por su jurisdicción y por su parte los tribunales constitucionales deben analizar a profundidad si realmente se cumple con las excepciones para dar la tutela correspondiente.

Ahora bien, tomando en cuenta cómo funciona el ordenamiento jurídico boliviano es importante que estos lineamientos se encuentren desarrollados en la legislación correspondiente y que el Tribunal Constitucional desarrolle una línea jurisprudencial clara respecto a las reglas que deben seguirse para una intervención constitucional previa en casos de arbitraje.

La armonización entre el amparo constitucional y la autonomía arbitral no implica una jerarquización entre jurisdicciones, sino el diseño de un equilibrio funcional que permita al sistema constitucional cumplir su deber de tutela sin desnaturalizar la esencia del arbitraje.

MÁS ALLÁ DE LA FIRMA: LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL A NO SIGNATARIOS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA Y COMPARADA

Fernanda Saavedra Renard¹⁷⁷ & Javiera Miranda Maslov¹⁷⁸

Resumen: El artículo examina la procedencia y los límites de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en el derecho chileno, a la luz del principio de autonomía de la voluntad y de la relatividad de los contratos. Sobre la base de jurisprudencia, se analizan las principales construcciones empleadas para vincular a “terceros” al convenio arbitral: teoría del grupo de sociedades o *joint venture*, estipulación en favor de otro, levantamiento del velo societario (*alter ego*), actos propios (*estoppel*), asentimiento tácito y solidaridad. El trabajo contrasta el enfoque más bien restrictivo de los tribunales chilenos con tendencias comparadas —especialmente en Perú, España y Colombia— que muestran mayor apertura a inferir el consentimiento de la conducta concluyente de las partes bajo ciertos contextos. Se concluye que el sistema chileno dispone de herramientas dogmáticas suficientes para una interpretación más funcional del consentimiento, proponiéndose criterios uniformes que armonicen la protección de la voluntad contractual con la efectividad del arbitraje.

Abstract: *The article examines the origin and limits of the extension of the arbitration clause to non-signatory parties in Chilean law, in light of the principle of freedom of contract and the relativity of contracts. Based on case law, it analyzes the main constructions used to bind “third parties” to the arbitration agreement: the theory of the group of companies or joint venture, stipulation in favor of another, lifting of the corporate veil (alter ego), own acts (estoppel), tacit consent, and solidarity. The paper contrasts the rather restrictive approach of Chilean courts with comparative trends—especially in Peru, Spain, and Colombia—which show greater openness to inferring consent from the conclusive conduct of the parties in certain contexts. It concludes that the Chilean system has sufficient dogmatic tools for a more functional interpretation of consent, proposing uniform criteria that harmonize the protection of contractual intent with the effectiveness of arbitration.*

Introducción y contexto: Extensión del acuerdo arbitral

La autonomía de la voluntad es el principio fundante del arbitraje, y su aplicación puede apreciarse desde la constitución del tribunal arbitral, hasta la posibilidad de renunciar a los recursos en contra del laudo¹⁷⁹. Para efectos de realizar el análisis que nos convoca, reduciremos el campo de revisión a la suscripción —o falta de ella— por las partes del compromiso o la cláusula compromisoria.

¹⁷⁷ [Fernanda Saavedra Renard](#). Abogada de la Universidad Adolfo Ibáñez, con mención en derecho privado. Cuenta con un Diplomado en Arbitraje Nacional y Comercial Internacional impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el CAM Santiago. En el ámbito académico, se ha desempeñado como ayudante de las cátedras de Derecho Civil en su facultad y se desempeñó como coordinadora del Proyecto Vigía de la Universidad de Chile (iniciativa de académicos de Derecho Privado para analizar y difundir sentencias dictadas por la Corte Suprema en materia de Derecho Privado Patrimonial). Además, Fernanda ha participado en diversas ocasiones como árbitra en la competencia XIX Internacional de Arbitraje de la Universidad del Rosario. Actualmente es candidata al LL.M. De Derecho Internacional impartido por la Universidad de Heidelberg con la Universidad de Chile.

¹⁷⁸ [Javiera Miranda Maslov](#). Abogada de la Universidad de Chile (distinción máxima) y cuenta con un diplomado en justicia civil (2023) y un diplomado en arbitraje nacional y comercial internacional impartido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y el CAM Santiago. Actualmente es co entrenadora del equipo de la facultad de la universidad de Chile para el The Willem C. Vis International Commercial Arbitrations Moot.

¹⁷⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro. “Nociones generales sobre la justicia arbitral” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N° 2, Santiago de Chile, 1999, p. 415; Aylwin Azocar, Patricio. *El Juicio Arbitral*. 6ª Edición. Santiago, 2014, Thomson Reuters.

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

En este contexto, y citando a Claire Debourg¹⁸⁰, no se le ocurriría a un jurista civilista imaginar que uno pueda estar obligado por un contrato que no ha firmado y sobre el que considera que no es parte o, en palabras de Alfredo Bullard González “*No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir*”¹⁸¹.

Este razonamiento evidencia la centralidad del consentimiento como condición indispensable para la validez y eficacia del acuerdo arbitral.

En Chile, el artículo 1545 del Código Civil de Chile prescribe que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Por otro lado, en términos legales, tanto el artículo 7.1 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o “CNUDMI”, como el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 exigen que el acuerdo arbitral sea una manifestación clara y escrita de la voluntad de las partes, específicamente con el objetivo de resolver disputas determinadas mediante arbitraje, lo que refuerza su carácter consensual, y lo diferencia de otros métodos jurisdiccionales donde la voluntad de las partes no determina la competencia del tribunal.

Con todo, resulta evidente que los requisitos formales del acuerdo arbitral han evolucionado con el tiempo, a lo menos, en el campo internacional. En efecto, las legislaciones modernas como la Ley Modelo –en la que se inspiró Chile para regular el arbitraje internacional mediante la ley N° 19.971– han flexibilizado estas exigencias, permitiendo que el consentimiento de suscribirse al procedimiento arbitral pueda expresarse de diversas maneras¹⁸².

A pesar de los cambios que venimos comentando, en Chile, el principio de relatividad de los contratos sigue siendo una limitación clave: No se puede obligar a un sujeto que no sea signatario, a menos que haya dado su consentimiento, ya sea de manera expresa o implícita¹⁸³.

Ahora, atendida la modernización y mayor complejidad de los contratos, cada vez es más frecuente observar en la práctica cómo estos extienden sus efectos a ámbitos poco tradicionales, alcanzado incluso a quienes, sin haber concurrido a su celebración, han tenido –de una u otra forma– participación en ellos.

Ante este escenario, la práctica arbitral moderna ha debido reflexionar sobre los desafíos que el principio de relatividad contractual plantea, especialmente cuando se pretende extender los efectos del acuerdo arbitral a personas que, sin haberlo firmado, se encuentran estrechamente vinculadas al conflicto, o han contribuido de algún modo a la generación de los perjuicios. En tales casos, el análisis se ha centrado en determinar, a partir de los

¹⁸⁰ DEBOURG, Claire. “L’extension de la clause compromissoire à des parties non signataires: réflexions sur l’autonomie de la volonté” en *Revue de l’Arbitrage*, N° 2, Société de Législation Comparée, Paris, 2012, p. 287.

¹⁸¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo “¿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: *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*. Dir. (Carlos Soto Coaguila). Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 02. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, Pp. 21-22.

¹⁸² PAULSSON, Marika & SURESH, Supritha (2019), “The New York Convention’s 60th Anniversary: A Restatement for the New York Convention?”, en Gómez, Katia Fach & López Rodríguez, Ana Mercedes, “*60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*”, Kluwer Law International, p. 269.

¹⁸³ En Chile, el principio de relatividad de los contratos se encuentra consagrado en el artículo 1545 del Código Civil, que establece que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”. En relación con su aplicación respecto de la obligatoriedad del acuerdo arbitral, véase fallo de 11 de abril de 2011 de la Corte Suprema de Chile, en causa rol 6368-2009.

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

hechos, si existió efectivamente consentimiento del tercero, considerando factores como su participación en el contrato principal, su conducta frente al arbitraje y su conexión con las partes signatarias¹⁸⁴.

El presente trabajo analiza las bases teóricas y el tratamiento jurisprudencial de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias en Chile, la compara con la jurisprudencia internacional, y reflexiona acerca de los criterios que guían la interacción entre la autonomía de la voluntad, el efecto relativo de los contratos y la efectividad del arbitraje¹⁸⁵.

Recepción jurisprudencial de las teorías que hacen extensible la aplicación del acuerdo arbitral a terceros no signatarios

Como se ha señalado, la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias constituye un ejercicio excepcional, siendo aplicable sólo bajo determinadas circunstancias y con estricta sujeción a teorías consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia.

La doctrina y jurisprudencia, tanto chilena como comparada, fundamentan su carácter restringido en los principios de autonomía de la voluntad de las partes y de efecto relativo de los contratos. En consecuencia, la extensión del acuerdo arbitral solo resulta procedente respecto de quienes, mediante sus actos o conductas, han manifestado –de forma explícita o tácita, en el acto de la suscripción del contrato o con posterioridad– una aceptación inequívoca de someterse al arbitraje.

En Chile, las principales teorías que se han invocado para justificar la extensión del acuerdo arbitral incluyen: A) la teoría del grupo de sociedades o *joint venture*, B) la teoría de la estipulación en favor de otro; C) la teoría de los actos propios o *estoppel*, D) la teoría del asentimiento tácito y E) la teoría del levantamiento del velo.

Teoría del grupo de sociedades o joint venture

Esta primera teoría parte de la base del vínculo económico y jurídico existente entre empresas de un mismo grupo empresarial. En Chile, su fundamentación se ha vinculado con los artículos 86 y 87 de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas, que definen las sociedades filiales, coligadas y relacionadas.

En un caso tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (en adelante “CAM”), caso número A- 2765-2016, el árbitro Esteban Ovalle Andrade, analizó la procedencia de su aplicación con bastante recelo. En su considerando décimo quinto señaló que:

En base a la existencia de un grupo de sociedades vinculadas entre sí o grupo empresario se ha estimado que, dado el común control, podrían quedar todas o algunas de las sociedades afectadas a un pacto arbitral, sin limitar su aplicación únicamente a la sociedad el grupo que la haya suscrito” (...) “De cualquier modo, la teoría del grupo de sociedades ha generado controversia en cuanto a su aplicación sin que goce de universal aceptación.

¹⁸⁴ PARK, William (2009). “Non-Signatories and International Contracts: an Arbitrator’s Dilemma” en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, editado por Belinda Macmahon, Oxford University Press, p. 2.

¹⁸⁵ Nota: Nos parece importante hacer presente que, si bien internacionalmente en el contexto de la extensión de la cláusula arbitral se habla de “*partes no signatarias*”, en Chile, por el contrario, a esa parte no signataria se le suele llamar “*tercero*”. (Así: Elina Mereminskaya en su artículo “Aplicación de un acuerdo arbitral a un tercero no signatario en el derecho chileno: realidad y perspectivas. Pedro Zelaya en su comentario: “La extensión del acuerdo arbitral a terceros no signatarios. Breve comentario a la sentencia de la Corte Suprema causa Rol N°137.715-2022”, Juan Luis Chomali en “Comentario a la Sentencia de la Corte de Apelaciones Rol 10.717-2015: Revistando la posibilidad de incluir terceros no signatarios a un arbitraje”, entre otros). Esta diferencia lingüística evidencia, a nuestro parecer, la tendencia nacional intrínseca de limitar la extensión de la cláusula arbitral, en comparación con la doctrina internacional que, no comienza de la base de que aquella parte es un tercero.

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

En el mismo laudo, el árbitro concluyó que la cláusula arbitral no era oponible al no signatario por cuanto no se logró acreditar que dicha sociedad hubiese participado en la negociación, ejecución o terminación del contrato y, por tanto, que hubiera manifestado su consentimiento respecto de la cláusula arbitral. Además, destacó que la mera pertenencia a un mismo grupo empresarial no constituye motivo suficiente para justificar la extensión de la cláusula arbitral. Con todo, cabe señalar que el Señor Juez Árbitro (en adelante, “SJA”) terminó por rechazar la excepción de falta de competencia opuesta por el tercero, en aplicación de la teoría de la estipulación en favor de otro.

Teoría de la estipulación en favor de otro

La teoría de la estipulación en favor de otro permite, en términos generales, que un contrato beneficie a un tercero, siempre que éste manifieste su aceptación expresa o tácita. Se funda en el artículo 1449 del Código Civil chileno, que dispone que cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado y, mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Esta es una de las teorías más frecuentemente aplicadas en arbitraje doméstico en Chile para fundamentar la extensión del acuerdo arbitral a terceros e internacionalmente, y se ha analizado bajo el aforismo “el que toma el botín, toma la carga”, como solución a los problemas que plantea la intervención de terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral¹⁸⁶.

En el caso ya citado CAM Santiago Rol A-2765-2016, el SJA Esteban Ovalle Andrade, aplicó la teoría de la estipulación en favor de otro para rechazar la excepción de incompetencia planteada, al estimar que el tercero, a través de sus propios actos, había aceptado las estipulaciones del contrato, al haber participado en su negociación, celebración y ejecución, asumiendo así los derechos y obligaciones que en él se establecieron. De acuerdo con los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, el árbitro concluyó que este aparente tercero, pese a no haber firmado el contrato, era una genuina parte del mismo, o al menos de su cláusula arbitral.

En otra causa tramitada ante el CAM Santiago, número A-1341-2011, el SJA Enrique Barros Bourie examinó los alcances de esta teoría a propósito de una demanda por incumplimiento de un contrato de promesa de compraventa de acciones celebrado entre TR y ZZ. Aplicando la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional y el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, señaló en su considerando I.3 que “*Se ha aceptado que la cláusula arbitral se extienda a terceros que reclaman un derecho sustantivo con fuente en el contrato principal, como ocurre precisamente en la estipulación a favor de otro*”.

Esta decisión fue confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el número 1886-2011, fundándose en el artículo 1449 del Código Civil para concluir que, aunque la empresa no suscribió el contrato, era una persona a quien alcanzaban sus efectos, quedando por tanto bajo la jurisdicción del árbitro.

Teoría del levantamiento del velo societario o alter ego

Esta teoría, en el contexto de la extensión del acuerdo arbitral, permite hacer oponible la cláusula a una parte no signataria cuando ésta constituye, en realidad, el *alter ego* de la contratante, reconociéndose así preeminencia de la realidad económica subyacente¹⁸⁷.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El que toma el botín, toma la carga: la solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”. En “Anuario Latinoamericano de arbitraje”, p. 131.

¹⁸⁷ CAIVANO, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades, extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.” Ob. Cit., 133p

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

En palabras de Elina Mereminskaya¹⁸⁸, citando a Pietro Ferrario¹⁸⁹, para que sea procedente aplicar la teoría del levantamiento del velo con el propósito de hacer extensivo el acuerdo arbitral, deben concurrir los siguientes requisitos copulativos: a) El control excesivo de la matriz sobre la subsidiaria en sus operaciones cotidianas, b) fraude o conducta ilícita y c) vínculo causal entre tales circunstancias y los perjuicios alegados por el demandante.

En el ámbito nacional, tanto la jurisprudencia arbitral como la judicial han reconocido esta posibilidad. Así, la Corte Suprema, en sentencia Rol N° 1527-2008, considerando séptimo, citando el derecho norteamericano, se refirió a la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas como aquella que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente.

Teoría de los actos propios o estoppel

Si bien esta teoría permite excepcionalmente la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias, ésta no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la jurisprudencia chilena ha hecho referencia a ella desde antaño, reconociendo su función como límite a la contradicción de la propia conducta.

A grandes rasgos, el *estoppel* impide a una parte contradecir sus acciones previas si estas generan confianza legítima en otros, es decir, que no puedes borrar con la izquierda lo que hiciste con la derecha.

En lenguaje jurídico:

[U]na persona, por medio de una presunción iure et de iure (que no admite prueba en contrario), queda impedida de rebatir dentro del proceso aquellos hechos que son derivaciones inmediatas de sus declaraciones o bien de sus actos (pues la persona puede quedar también vinculada a los hechos que implícitamente ha establecido, no ya con sus palabras, sino a través de sus propias conductas)¹⁹⁰.

En Chile, esta doctrina se ha utilizado principalmente para resguardar los principios de la buena fe y la confianza legítima. Sin embargo, son escasas las instancias en las que se ha revisado su aplicación a propósito de la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias.

Un ejemplo relevante es el resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en diciembre de 2014, al revisar la solicitud de declaración de incompetencia respecto del SJA Manuel José Vial Vial¹⁹¹. En ese caso, quienes alegaron la incompetencia del árbitro habían participado en el proceso de licitación que dio origen al contrato, pese a lo cual finalmente no concurrieron a la suscripción del acuerdo que le confería la jurisdicción en base a la cual el SJA estaba conociendo del conflicto.

Sin embargo, en el caso, lo que se perseguía con la designación del árbitro era precisamente revisar las irregularidades ocurridas en el proceso licitatorio y el contrato de licitación que contenía la cláusula arbitral, que prescribía expresamente que: *“los proveedores que participan en esta licitación, se entenderá que conocen y aceptan las condiciones de las presentes bases por el solo hecho de presentar sus ofertas, debiendo ajustarse a ellas en todo momento así como al momento de suscribir el contrato definitivo”*. Sobre esta base, la Ilustrísima Corte de Apelaciones estimó que quienes participaron en

¹⁸⁸ MEREMINSKAYA, Elina. “Aplicación de un acuerdo arbitral a un tercero no signatario en el derecho chileno: realidad y perspectivas.” En “Estudios de Derecho Comercial. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.”, p. 352.

¹⁸⁹ FERRARIO, Pietro. “The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is There any Reason for this Doctrine to Exist?”. *Journal of International Arbitration*. Vol. 26 (5).

¹⁹⁰ EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda (1989). “La doctrina de los actos propios”. Editorial Jurídica de Chile, p. 76.

¹⁹¹ Il. Corte de Apelaciones de Santiago número ingreso 1019-2014.

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

la licitación habían aceptado tácitamente someterse al arbitraje, desechando la solicitud de declaración de incompetencia del árbitro.

Teoría del asentimiento tácito

Esta teoría sostiene que una parte no signataria de un convenio arbitral puede quedar vinculada a él cuando su comportamiento procesal revela inequívocamente su intención ha sido someterse a arbitraje. Es decir, cuando participa en el procedimiento sin formular objeción alguna fundada en su falta de calidad de parte del convenio arbitral al momento de ser llamado al procedimiento.

Lo anterior se aproxima, en términos conceptuales, a la prórroga tácita de competencia establecida en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil chileno, conforme al cual se entiende prorrogada la competencia del tribunal si, una vez apersonada, la parte realiza cualquier gestión que no sea la de reclamar la incompetencia del juez.

En un arbitraje institucional seguido ante el CAM Santiago¹⁹², el SJA Javier De Iruarizaga conoció de un caso en que demandante y demandada habían suscrito diversos contratos conexos, esto es, con igual objeto y destinados a regular una misma situación jurídica.

Pese a alegar posteriormente la incompetencia del árbitro por vía de declinatoria, la demandada ya había participado del procedimiento sin objetar la designación del juez, contestando la demanda sin formular dicha alegación, e incluso compareciendo a la audiencia de conciliación.

Así, en cuanto al incidente de incompetencia, el tribunal arbitral resolvió que la demandada, con su conducta, aceptó la designación del árbitro sin formular salvedades o prevenciones respecto de la supuesta incompetencia del tribunal, conociendo el contrato que contenía la cláusula arbitral y que, aun siendo notificado y habiendo conocido el contenido de la demanda arbitral, evacuó los trámites de contestación y dúplica sin hacer cuestión de la competencia.

El árbitro no se debió pronunciar respecto a una eventual extensión de la cláusula (grupo de sociedades, asunción, etc.), e incluso declaró irrelevante entrar a la “continuación legal” entre para resolver, considerando que la falta de oportunidad en la incompetencia y la sumisión ya bastan para afirmar jurisdicción.

Extensión por solidaridad

En el arbitraje institucional seguido ante el CAM Santiago, bajo el expediente número A-2262-2015, la SJA Claudia Schmidt Hott, actuando como árbitra arbitradora, declaró extensiva la cláusula arbitral a una parte no signataria. La decisión fue revisada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual, en sentencia Rol N°10.171-2015, admitió excepcionalmente que terceros puedan verse afectados por el compromiso atendida la responsabilidad solidaria existente entre los demandados.

En cuanto al fondo, la parte no signataria alegó que no habría suscrito el contrato y, por ende, no estar vinculada por el convenio arbitral. Sin embargo, dicha alegación fue rechazada, dado que la empresa había participado en la ejecución los contratos y en la preparación de las Bases Administrativas Generales, lo que permitió concluir que quedó obligada por el compromiso contenido en ellas.

Resulta relevante destacar que, en este caso, la extensión no se fundamentó expresamente en alguna de las teorías clásicas citadas anteriormente, sino en la responsabilidad solidaria y en el rol material de la empresa en la ejecución del contrato de *Engineering, Procurement and Construction Management* (EPCM), reconociéndose así una base sustantiva excepcional de vinculación arbitral.

¹⁹² Procedimiento arbitral seguido ante el CAM Santiago número de ingreso 1363-2011.

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

Limitaciones a la extensión del Acuerdo Arbitral

Pese a las teorías doctrinarias que buscan justificar, en ciertos supuestos, la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, la jurisprudencia chilena ha reafirmado consistentemente el carácter consensual del arbitraje. Este enfoque protege principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como la autonomía de la voluntad y el efecto relativo de los contratos, limitando la competencia arbitral únicamente a quienes han aceptado expresamente el acuerdo.

Un ejemplo temprano de esta línea es el caso número 5148-2004, en que la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que una cláusula arbitral contenida en un contrato de arrendamiento no podía extenderse a terceros involucrados en contratos accesorios, como hipotecas. La Corte señaló expresamente que "*la competencia del tribunal arbitral solo alcanza a las personas que concurrieron a constituirlo*", descartando toda posibilidad de extensión sin consentimiento expreso.

De modo concordante, casi dos décadas después, en el caso número 137.715-2023, la Corte Suprema de Chile destacó una vez más el carácter voluntario del arbitraje, y rechazó la extensión de una cláusula arbitral, las peticiones de la recurrente fueron rechazadas. La sentencia subrayó que "*nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial*", salvo en los casos taxativos de arbitraje forzoso establecidos por ley.

En este caso, la Excelentísima Corte tuvo presente el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual, el *pacta sunt servanda* y el efecto relativo de los contratos, además del principio de excepcionalidad del convenio arbitral y de su interpretación restrictiva.

Ambos fallos consolidan una línea jurisprudencial que protege la autonomía de la voluntad y la previsibilidad jurídica, reafirmando que la extensión de una cláusula arbitral requiere de la manifestación inequívoca del consentimiento de las partes, y no puede fundarse en interpretaciones expansivas que puedan comprometer la seguridad jurídica del arbitraje.

Desarrollo comparado: Tendencias internacionales en la extensión del convenio arbitral

A diferencia de la tendencia observada en la jurisprudencia chilena, el derecho comparado muestra una mayor apertura a la posibilidad de extender la cláusula arbitral a partes no signatarias. Durante la última década, han reconocido que el consentimiento puede inferirse de la conducta o participación sustancial de la parte en la relación contractual arbitral.

En Perú, de forma pionera, la Ley de Arbitraje incorporó en 2018 la posibilidad de la extender el convenio arbitral a no signatarios. En efecto, dicha ley estableció en su artículo 14 que el convenio:

[S]e extiende a quienes cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determine por su participación activa y determinante en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene la cláusula, así como a quienes pretendan derivar derechos o beneficios de dicho contrato¹⁹³.

Los tribunales superiores peruanos han aplicado de manera consistente esta norma. Por ejemplo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha convalidado la extensión a partes que, sin firmar, intervinieron directamente en

¹⁹³ GONZÁLEZ ARRIETA, Felipe. CSJ Reconoce la extensión del acuerdo de arbitraje a no signatarios en arbitraje internacional. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/felipe-gonzalez-arrieta-3268056/csj-reconoce-la-extension-del-acuerdo-de-arbitraje-a-no-signatarios-en-arbitraje-internacional-3988363#:~:text=La%20extensi%C3%B3n%20de%20los%20efectos,del%20contrato%2C%20seg%C3%BAn%20sus%20t%C3%A9rminos>

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

la relación contractual arbitrada. Igualmente, el Tribunal Constitucional del Perú avaló en 2018 la incorporación de un “*tercero no signatario*” a un arbitraje, al verificar que su conducta mostró conformidad con el pacto arbitral¹⁹⁴.

En España, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia de 19 de mayo de 2015, rechazó una acción de nulidad en contra un laudo arbitral que había extendido la cláusula arbitral a una sociedad matriz no firmante que formaba parte del grupo empresarial de la suscriptora. El tribunal arbitral tuvo por acreditada su participación efectiva en el contrato y estableció los requisitos que justifican la extensión: (1) pertenencia al mismo grupo societario, (2) participación efectiva en la relación contractual litigiosa, y (3) base jurídica adecuada (e.g. “grupo de empresas”, levantamiento del velo, consentimiento tácito, etc.)¹⁹⁵.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del país Vasco (en adelante “TSJV”), mediante resolución de 16 de noviembre de 2018, rechazó el recurso de tres empresas no signatarias contra el reconocimiento (*exequátur*) de laudos arbitrales parciales dictados por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante “CCI”) de París. En el arbitraje, el tribunal CCI había asumido jurisdicción sobre estas empresas (subcontratistas y accionistas de la signataria) aplicando la “teoría de la implicación” del derecho francés, entendiendo que su involucramiento en la ejecución del contrato evidenciaba consentimiento al arbitraje asociada a la teoría de los actos propios.

En el caso, el TSJV confirmó que la decisión de extender los efectos del convenio arbitral a terceros es compatible con el orden público español siempre que exista una base sólida de consentimiento tácito o por actos concluyentes. En consecuencia, permitió el exequátur de los laudos extranjeros al considerar respetada la voluntad arbitral tácita de las subcontratistas, en el siguiente sentido:

En la misma línea de pensamiento y como consecuencia de recibir los tribunales arbitrales su investidura de la voluntad de las partes, esta Sala de lo Civil –aparte de insistir en recoger la premisa básica incuestionable de que en nuestro ordenamiento jurídico es admitida la extensión de los efectos de una cláusula de sumisión a tribunales arbitrales a quien no la ha firmado–, ahora debe añadir que, también es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral a terceros que no la han suscrito, ha de estar sólidamente sustentada, no sólo por esta exigencia de la voluntad de sumisión -emisión escrita o tácita, deducida de actos concluyentes– como fundamento de la existencia del convenio arbitral.¹⁹⁶

Más recientemente, en abril de 2024, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, “TSJM”) desestimó una acción de anulación contra un laudo CCI que había extendido una cláusula arbitral a una empresa no firmante. La actora alegó la falta de convenio arbitral por no haber suscrito el contrato arbitral y una supuesta violación al orden público. Al confirmar el laudo, el TSJM reiteró que, aunque la Ley de Arbitraje española no prevé expresamente la extensión a no signatarios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido varias teorías para fundamentarla – p.ej. el levantamiento del velo corporativo, la doctrina de los actos propios (*estoppel*), la implicación

¹⁹⁴ Expediente 42-2018 PA/TC. Disponible en:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01989-2018-AA%20Interlocutoria.pdf#:~:text=41,del%20convenio%20arbitral%20en>

¹⁹⁵ TSJ Comunidad Valenciana, Sentencia N° 13/2015 (5 de mayo de 2015) – Grupo Ros Casares S.L. y Ros Casares Centro del Acero S.A. vs Thyssenkrupp AG (España). Disponible en:

https://www.uncitral.org/docs/clout/ESP/ESP_050515_FT.pdf#:~:text=arbitraje%20n%C2%BA%2023%2F2013%20seguido%20ante,Juan

¹⁹⁶ TSJ del País Vasco, Auto N° 277/2018 (7 de noviembre de 2018) – Bascotecnia, S.A., Industrial Lagun Artea S.L. e Ingeteam Power Technology S.A. vs Acíeries de l'Ouest S.A.R.L. (España). Fernández Rozas, José Carlos Valoración de la extensión del convenio arbitral a un tercero que no lo ha suscrito, en el marco del exequátur de un laudo CCI (ATSJ País Vasco 7 de noviembre 2018). Disponible en:

<https://fernandezrozas.com/2019/01/11/valoracion-de-la-extension-del-convenio-arbitral-a-un-tercero-que-no-lo-ha-suscrito-en-el-marco-del-exequatur-de-un-laudo-cci-atsj-pais-vasco-7-noviembre-2018/>

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

directa en la ejecución del contrato, el consentimiento por referencia o el consentimiento implícito por la apariencia creada¹⁹⁷.

En Colombia, en agosto de 2024, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, revisando un laudo internacional, reconoció expresamente la posibilidad de extender el acuerdo arbitral a partes no signatarias en arbitraje internacional. En el caso, varias sociedades integrantes de una *joint venture* (unión temporal) fueron demandadas en sede arbitral pese a que la cláusula arbitral figuraba solo en el contrato firmado por la unión, y no por las sociedades individualmente. Si bien las empresas impugnaron el laudo por exceder el acuerdo arbitral, la Corte consideró que dichas sociedades integrantes quedaron vinculadas pues participaron activamente en el procedimiento arbitral como partes del contrato sin haber formulado objeción alguna a la jurisdicción arbitral y hasta reprodujeron la cláusula arbitral en sus escritos de demanda y contestación¹⁹⁸.

En conjunto, estos desarrollos comparados muestran una tendencia hacia una flexibilización razonada del principio de consentimiento, que reconoce la extensión de la cláusula arbitral cuando existe una conducta concluyente que denote aceptación del arbitraje, equilibrando la efectividad del sistema con la preservación de la autonomía de la voluntad.

Conclusiones

En Chile, la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias se presenta en tensión con el carácter consensual del arbitraje y el principio de relatividad de los contratos, ambos pilares esenciales para nuestro ordenamiento jurídico. Como se ha expuesto, la jurisprudencia nacional ha adoptado una posición restrictiva, permitiendo esta extensión solo en casos excepcionales y bajo el amparo de teorías consolidadas.

El análisis jurisprudencial evidencia que en Chile cualquier extensión del convenio arbitral debe fundamentarse en elementos objetivos y verificables que acrediten la participación del tercero en la negociación, ejecución o terminación del contrato principal, o su conducta procesal compatible con el consentimiento arbitral, evitando interpretaciones expansivas que puedan comprometer el debido proceso y la seguridad jurídica. En muchos casos, más que una verdadera extensión del convenio arbitral, lo que se aprecia es la identificación de la voluntad real de quienes suscribieron o participaron en su ejecución, y no en la incorporación forzada de un tercero ajeno al acuerdo.

A pesar de la cautela mostrada por los tribunales nacionales, la experiencia comparada evidencia una tendencia evolutiva hacia una interpretación funcional del consentimiento, especialmente en el arbitraje internacional, reconociendo que la extensión de la cláusula arbitral puede ser necesaria para garantizar la efectividad del arbitraje y evitar decisiones contradictorias. Este desarrollo, aunque todavía incipiente en el ámbito chileno, constituye un referente importante que podría influir en futuras interpretaciones judiciales.

En consecuencia, aunque las teorías que justifican la extensión del acuerdo arbitral –como, por ejemplo, con la aplicación de la teoría de la implicación directa en la ejecución del contrato– ofrecen herramientas valiosas, su aplicación en Chile requiere un desarrollo más robusto y uniforme. Para avanzar en esta dirección, es necesario que los tribunales y árbitros nacionales asuman un rol proactivo en la promoción de una interpretación más dinámica y

¹⁹⁷ TSJ de Madrid, Sentencia N° 22/2024 (30 de abril de 2024) (España). Cuatrecasas Arbitration Highlights N°3.

Disponible en:

<https://www.cuatrecasas.com/resources/cuatrecasas-arbitration-highlights-66aa4968844e2444817616.pdf?v1.92.0.20250801#:~:text=El%20TSJ%20de%20Madrid%20se,arbitral%20que%20dio%20lugar%20al>

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia SC1988-2024 (15 de agosto de 2024) – [Empresas de una Unión Temporal vs Contratante] (Colombia). González Arrieta, Felipe. CSJ reconoce la extensión del acuerdo de arbitraje a no signatarios en arbitraje internacional. Disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/felipe-gonzalez-arrieta-3268056/csj-reconoce-la-extension-del-acuerdo-de-arbitraje-a-no-signatarios-en-arbitraje-internacional-3988363#:~:text=La%20extensi%C3%B3n%20de%20los%20efectos,del%20contrato%2C%20seg%C3%BAAn%20sus%20t%C3%A9rminos>

Más allá de la firma: La extensión de la cláusula arbitral a no signatarios en la jurisprudencia chilena y comparada

finalista, que permita equilibrar los principios tradicionales con las exigencias de un comercio globalizado y así, poder cumplir con lo que nuestros propios tribunales han fallado: *“en homenaje a la buena fe, que debe primar en todas las relaciones jurídicas, la judicatura está autorizada para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor”*¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Considerando décimo Itma. Corte de Ap. de Santiago, 11 de enero de 2011, Rol N° 771-2010

COLOMBIA Y EL ARBITRAJE EJECUTIVO: UN REFERENTE PARA AMÉRICA LATINA

*Francisco Martínez Bustamante*²⁰⁰

Resumen: El pasado 27 de agosto fue sancionada la Ley 2540 de 2025²⁰¹, que introduce el proceso ejecutivo arbitral en Colombia, permitiendo que la justicia arbitral conozca casos relacionados con el cobro de obligaciones claras, expresas y exigibles. De conformidad con el artículo 1 de la norma, el principal objetivo es implementar el mecanismo jurídico de arbitraje en el trámite de los procesos ejecutivos, estableciendo lineamientos para su adecuación, operación y funcionamiento, y contribuyendo, además, a la descongestión del sistema judicial.

Este artículo tiene como propósito analizar el origen histórico del proceso ejecutivo arbitral en Colombia, identificar las etapas del nuevo procedimiento, evaluar las virtudes de este modelo frente a la descongestión de la jurisdicción ordinaria, y explorar su posible aplicación en los sistemas judiciales de otros países de América Latina, así como los retos que enfrentarán los diversos actores involucrados en este proceso.

De esta forma, se busca analizar cómo el proceso ejecutivo arbitral en Colombia representa un hito clave en la modernización y descentralización de la administración de justicia. Su implementación no solo podría servir como un modelo a seguir para otros países de América Latina, sino también como una herramienta efectiva para enfrentar desafíos comunes en la región, como la lentitud en los sistemas judiciales.

Abstract: On August 27, 2025, Law 2540 was enacted, introducing the executive arbitration process in Colombia. This law allows arbitral justice to handle cases related to the enforcement of clear, express, and enforceable obligations. According to Article 1 of the law, its main objective is to establish the legal mechanism of arbitration in the processing of executive cases, providing guidelines for its adaptation, operation, and functioning, while also contributing to the reduction of congestion in the judicial system.

This article aims to analyze the historical origins of the executive arbitration process in Colombia, outline the stages of the new procedure, assess the advantages of this model in alleviating the congestion in the ordinary jurisdiction, and explore its potential application in the judicial systems of other Latin American countries, as well as the challenges that may arise for the various actors involved in this process.

In this sense, the article seeks to examine how the executive arbitration process in Colombia represents a key milestone in the modernization and decentralization of justice administration. Its implementation could serve not only as a model for other Latin American countries but also as an effective tool to address common regional challenges, such as delays in judicial systems.

El trámite legislativo del proceso ejecutivo arbitral

Después de 15 años de lucha legislativa, el pasado 27 de agosto de 2025 se pudo lograr que fuera sancionada la Ley 2540 de 2025 del proceso ejecutivo arbitral en Colombia. De conformidad con su artículo 1, la Ley tiene como principal objetivo implementar el mecanismo jurídico de arbitraje, en el trámite de los procesos ejecutivos a través de la formulación de lineamientos para su adecuación, operación, funcionamiento y contribuir a la descongestión del sistema judicial.

Sin embargo, antes de que se introdujera el arbitraje para procesos ejecutivos en Colombia, hubo diversos intentos de proyectos de ley en el Congreso de la República, tales como:

²⁰⁰ [Francisco Martínez Bustamante](#). Abogado especialista en Contratación Internacional de la Universidad Externado de Colombia y candidato al LLM en Resolución de Disputas Internacionales de la Humboldt Universität Zu Berlin // Lawyer specialized in International Legal Contracts from Externado de Colombia University and candidate for an LLM in International Dispute Resolution at Humboldt-Universität Zu Berlin.

²⁰¹ Ley 2540 de 2025, por medio de la cual se introduce la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, con el objetivo de contribuir a la descongestión del sistema judicial, Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=263541>

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

- Proyecto de Ley 224 de 2018: por medio de la cual se crea en nuestra legislación el Pacto Arbitral Ejecutivo, su procedimiento especial y otras disposiciones relacionadas con el Estatuto Arbitral y la Conciliación.
- Proyecto de Ley 119 de 2021: por medio de la cual se crea la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, mediante el pacto arbitral ejecutivo, con el objetivo de descongestionar el aparato judicial²⁰².
- Proyecto de Ley 008 de 2023: Por medio de la cual se crea la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, mediante el pacto arbitral ejecutivo, con el objetivo de contribuir a la descongestión del sistema judicial.
- Proyecto de Ley 211 de 2024: Por medio de la cual se introduce la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, con el objetivo de contribuir a la descongestión del sistema judicial²⁰³.

Cada uno de estos proyectos de ley tuvo un final diferente. Por un lado, de acuerdo con los antecedentes del Proyecto de Ley 008 de 2023, el Proyecto de Ley 224 de 2018 fue archivado por no haberse completado el trámite, según los términos del artículo 162 de la Constitución Política. Por otro lado, de acuerdo con los mismos antecedentes, el mismo Proyecto de Ley 224 de 2018 fue presentado por los senadores Esperanza Andrade Serrano, Nora María García Burgos, Myriam Alicia Paredes Aguirre, Efraín José Cepeda Sarabia, entre otros y quedó bajo el Nro. 119 de 2021. La entonces ponente, Esperanza Andrade Serrano, radicó informe de ponencia para segundo debate, pero no alcanzó a ser discutida ni votada en la plenaria²⁰⁴.

En contraposición que estos intentos fallidos, los Proyectos de Ley 008 de 2023 del Senado de la República y 211 de 2024 de la Cámara de Representantes se surtieron en las legislaturas 2024 y 2025 en la Comisión Primera Constitucional²⁰⁵. Después de surtir sus dos debates en Cámara de Representantes y Senado de la República, diversos actores tales como la Superintendencia de Industria y Comercio²⁰⁶ y la Superintendencia Financiera de Colombia presentaron sus respectivos conceptos. Estos conceptos enfatizan en la importancia de garantizar las libertades y derechos de los consumidores en no renunciar a sus derechos. Asimismo, destacan la necesidad de incluir información mínima obligatoria que debe contener aquel documento al momento de firmar en dicha relación de consumo, garantizando así una mayor transparencia y protección al consumidor en estos procesos.

Es así como la idea del proceso ejecutivo arbitral surgió de la naturaleza de los procesos judiciales que más desgastan el aparato jurisdiccional del estado. En Colombia, así como en muchos países de Latinoamérica no existen mecanismos permanentes de descongestión, puesto que existen jueces de descongestión o su equivalente en cada jurisdicción, pero no son efectivos.

²⁰² Congreso de la República de Colombia, “Gaceta del Congreso No. 127 de 2006”, Gaceta del Congreso, 05/04/2006, disponible en [https://apicongresovisible.uniandes.edu.co/uploads/controlpolitico/103051/documentos/41/gaceta_127.pdf]

²⁰³ Cámara de Representantes de Colombia, “Texto definitivo plenaria Cámara al Proyecto de Ley número 211 de 2024 Cámara – 08 de 2023 Senado, por medio de la cual se introduce la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, con el objetivo de contribuir a la descongestión del sistema judicial”, Vlex, 18/06/2025, disponible en [https://vlex.com.co/vid/texto-definitivo-plenaria-camara-1085254941].

²⁰⁴ Para más información relativa al proyecto de ley, véase:

https://www.camara.gov.co/wp-content/uploads/2025/10/proyectos-ley/publicaciones/proyecto35143/ponencia_para_primer_debate_al_proyecto_de_ley_no_211_de_2024_cama2a5605c6.docx

²⁰⁵ Cámara de Representantes de Colombia, “Información sobre arbitraje”, Cámara de Representantes, disponible en https://www.camara.gov.co/arbitraje-794/.

²⁰⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, “Comentarios al texto aprobado en tercer debate del Proyecto de Ley No. 211 de 2024 (Cámara) y 008 de 2023 (Senado), por medio de la cual se introduce la modalidad de arbitraje para procesos ejecutivos, con el objetivo de contribuir a la descongestión del sistema judicial”, Cámara de Representantes de Colombia, Bogotá, D.C., 30/01/2025, disponible en

https://www.camara.gov.co/wp-content/uploads/2025/10/proyectos-ley/publicaciones/proyecto-35143/25_40719_coment_taiiid_pl_008_23s_y_211_24c_arbitraje_1-3d2931d6.pdf.

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

Teniendo en cuenta el anterior trámite legislativo que tuvo que surtirse en Colombia, se trae a colación algunos principales aportes:

- Se reforma el artículo 3 del Estatuto Arbitral debido a que el mismo habilita a resolver controversias a través de un pacto arbitral meramente declarativo. Con la Ley 2540 de 2025 los árbitros cumplen también función ejecutiva.
- Es la única estructura de ejecución arbitral en el mundo salvo en Perú que los árbitros pueden ejecutar sus laudos y establecer medidas cautelares relativas a la ejecución del laudo arbitral, mas no librar mandamiento de pago sobre obligaciones claras, expresas y exigibles contenidas en un título valor o un contrato^{207 208}
- El arbitraje ejecutivo establece un puente de coordinación y colaboración entre la justicia arbitral y la ordinaria, fortaleciendo el acceso a la justicia. Su enfoque busca superar la transitoriedad al garantizar que las decisiones tomadas en el arbitraje no solo sean efectivas dentro de su propio ámbito, sino que también se integren y tengan un impacto positivo en los procesos que se surten dentro de la jurisdicción ordinaria.
- Se establece una celeridad en los pagos que son productos de obligaciones contractuales, permitiendo que las partes puedan ejecutar de una manera más celeridad sus obligaciones y así evitar una mora judicial.
- De acuerdo con el parágrafo único del artículo 4 de la Ley 2540 de 2025, se crea la figura de clausula compromisoria cerrada que hace referencia a la ejecución de un solo título ejecutivo en específico a través de los tribunales arbitrales en lugar de la jurisdicción ordinaria. Esto quiere decir que los árbitros podrán ejecutar obligaciones contenidas en un título valor tales como un pagaré, letra de cambio, cheque.
- De conformidad con el parágrafo único del artículo 4 de la Ley 2540 de 2025, se crea la figura de clausula compromisoria abierta que hace referencia a la ejecución de uno o varios títulos ejecutivos contenidos en varias relaciones contractuales determinadas entre las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto de ley del arbitraje ejecutivo en Colombia tuvo un camino turbulento. Durante la discusión de esta iniciativa, el gobierno presentó seis objeciones: tres por inconstitucionalidad y cinco por inconveniencia, que se detallan a continuación²⁰⁹:

Objeciones por inconstitucionalidad:

1. Respecto al artículo 2 de la Ley 2540 de 2025 el cual establece que podrán someterse a arbitraje los procesos ejecutivos cuando exista pacto arbitral. Además de eso, establece que el proceso ejecutivo arbitral previsto en esta ley será institucional y se aplicará a cualquier tipo de ejecución y que en ningún caso podrá darse la figura del arbitraje ad hoc. El Gobierno argumentó que este artículo vulnera la prerrogativa constitucional de la Contraloría General de la República, al considerar que el procedimiento arbitral ejecutivo invade la competencia exclusiva de la Contraloría, pues es quien tiene la facultad de ejercer jurisdicción coactiva, debido a que, de acuerdo con la objeción presidencial, “se aplicará a cualquier tipo de ejecución”.
2. Respecto al artículo 30 de la Ley 2540 de 2025 el cual establece que el contrato de crédito hipotecario, en sus modificaciones o en acuerdos posteriores, las partes podrán acordar pacto arbitral. El Gobierno objetó este artículo basándose en la sentencia C-1140 de 2000 de la Corte Constitucional de Colombia²¹⁰ argumentando que desconocía el principio de voluntariedad de las partes para acudir a la justicia arbitral,

²⁰⁷ Véase los artículos 47, 48, 67 y 68 del Decreto Legislativo no. 1071 de 2008

²⁰⁸ Decreto Legislativo N° 01071”, Sitio Oficial del Congreso de la República del Perú, 28/06/2008, disponible en <https://www.leyes.congreso.gob.pe/documentos/decretoslegislativos/01071.pdf>.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Juan S., “¿Conoce el texto la de objeción presidencial al proyecto de ley del proceso ejecutivo arbitral!”, Sitio web del Departamento de Derecho Procesal - Universidad Externado de Colombia, 30/07/2025, disponible en .

<https://procesal.uexternado.edu.co/conoce-el-texto-la-de-objecion-presidencial-al-proyecto-de-ley-del-proceso-ejecutivo-arbitral/>.

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

toda vez que deben gozar de la plena capacidad de decisión si acudir o no a este tipo de administración de justicia.

3. Respecto al artículo 37 de la Ley 2540 de 2025 el cual establece la prohibición a la banca y entidades financieras para crear o participar a cualquier título en entidades que administren el proceso arbitral ejecutivo. Este artículo establece lo siguiente:

Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, las asociaciones y redes de pagos electrónicos, las personas jurídicas o naturales cuya actividad principal sea otorgar préstamos de dinero, no podrán participar a ningún título en la creación, desarrollo o funcionamiento de las personas jurídicas con o sin ánimo de lucro que creen centros de arbitraje que administren el proceso arbitral ejecutivo.

El Gobierno objetó este artículo señalando que desconoce el debido proceso y el principio de legalidad en materia sancionatoria, ya que no define claramente las faltas, las sanciones aplicables ni el procedimiento correspondiente, los cuales, son elementos esenciales del derecho al debido proceso de toda persona al ser el Ministerio de Justicia y del Derecho quien sancionará a las personas naturales.

Además de eso señaló el Gobierno que, si bien es cierto el Ministerio de Justicia y del Derecho tiene las facultades de inspección, vigilancia y control, eso no le da derecho a sancionar a personas naturales que se dedican a prestar dinero, puesto que su capacidad sancionatoria se limita a los centros de arbitraje y no conciliación.

Objeciones por inconveniencia:

1. Ejecución de títulos valores complejos (Obligación derivada del contrato): El inciso 3 del párrafo único del artículo 4 de la Ley 2540 de 2025 establece que:

Cuando se quiera adelantar la ejecución de una obligación derivada de un contrato que tenga el carácter de título ejecutivo, y en dicho contrato exista una cláusula compromisoria, la ejecución se sujetará a lo dispuesto en esta ley. En este evento, no se requiere que conste en documento anexo o separado al contrato.

El gobierno manifestó entender que parecía que hubiera una coexistencia de dos cláusulas arbitrales: una de carácter ordinario y otra de carácter ejecutivo y que por tal razón veía conveniente incluir una cláusula arbitral ejecutiva que contenga una aceptación expresa del arbitraje para procesos declarativos.

2. No inclusión del árbitro de recusaciones: El gobierno alega que ve inconveniente que no exista la figura del árbitro de recusaciones para el proceso ejecutivo arbitral cuando sí se crea árbitros de medidas cautelares y de ejecución.
3. El artículo 10 del Proyecto de Ley establece como facultativa la modificación de los reglamentos de los centros, lo que podría generar ambigüedad en su aplicación y falta de uniformidad en su implementación: Este artículo establece que:

Los centros de arbitraje podrán incorporar en sus reglamentos las reglas de procedimiento para el arbitraje ejecutivo y para la práctica de medidas cautelares previas, respetando las garantías mínimas al debido proceso.

²¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes D-2777, D-2782, D-2783, D-2792, D-2802, D-2809 y D-2811

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

De igual manera podrán fijar las tarifas de honorarios de árbitros y gastos administrativos del centro, que deberán incluir la labor secretarial.

Los centros de arbitraje, al establecer el procedimiento arbitral ejecutivo, deberán garantizar como mínimo el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

El gobierno manifiesta que, si bien los centros deben incorporar en sus reglamentos las reglas de procedimiento, en la norma no se establece expresamente la facultad del Ministerio de Justicia y del Derecho de aprobar estos reglamentos, lo que generaría una incertidumbre en como los centros realizan e implementan sus procedimientos, produciendo así una inseguridad jurídica en los usuarios de los centros de arbitraje.

4. El Gobierno Colombiano señaló como inconveniente la obligación de establecer tarifas por parte del Ministerio, mencionando erróneamente el artículo 27 de la Ley 2540 de 2025. No obstante, la disposición sobre las tarifas y la pérdida de honorarios de los árbitros está contenida realmente en el artículo 29 de dicha ley. Este artículo establece lo siguiente:

El Ministerio de Justicia y del Derecho reglamentará las tarifas de los honorarios de los árbitros ejecutores, de los de medidas cautelares previas, de los árbitros ejecutores de los laudos y de los gastos administrativos que le correspondan al centro, para el efecto deberá tener en cuenta criterios que permitan acceder a los servicios a todos los ciudadanos, en especial a las personas más vulnerables de los estratos 1, 2 y 3. Los centros de arbitraje también podrán fijarlas en sus reglamentos, respetando tales límites.

El gobierno alega que para el Ministerio de Justicia y del Derecho es difícil determinar los criterios que permitan el acceso a los servicios que ofrecen los centros de arbitraje y conciliación cuando no conoce los costos operativos que puede tener cada centro a nivel nacional.

5. El artículo 35 del Proyecto de Ley contraviene el marco legal vigente debido a que contiene duplicidad de funciones ya asignadas a diferentes entidades. El texto del artículo 35 señala que:

Artículo 35. De la administración, avalúo y remate de bienes. Los bienes legalmente embargados y secuestrados deberán ser administrados, custodiados y manejados por personas o entidades especializadas; de tal manera que garanticen su conservación y buena administración.

Los centros de arbitraje podrán realizar convenios para que entidades especializadas realicen todos los trámites necesarios para la administración, avalúo y posterior remate de los bienes objeto del proceso de ejecución. Los remates de los bienes se podrán realizar directamente por el centro de arbitraje, en los términos del artículo 448 del Código General del Proceso, o mediante la utilización de nuevas tecnologías, incluido el uso de martillos electrónicos regulados en la Ley 1676 de 2013 y las facultades determinadas en el parágrafo 1 del artículo 454 del Código General del Proceso.

Parágrafo 1º: Las personas jurídicas podrán crear entidades especializadas en la prestación de los servicios de administración, avalúo y remate de los bienes objeto de las medidas cautelares, previa acreditación del cumplimiento de los requisitos que para el efecto determine el Ministerio de Justicia y del Derecho que, además, autorizará su funcionamiento. El Ministerio de Justicia y del Derecho reglamentará las tarifas, expensas o gastos que podrán cobrar las entidades autorizadas para la administración de los bienes embargados y secuestrados y la forma en la que los centros de arbitraje deberán llevar los registros de los dineros recibidos en

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

cumplimiento de las medidas cautelares, así como de los bienes que ,sean embargados y secuestrados.

Los centros de arbitraje podrán asumir directamente la administración, avalúo y remate de los bienes objeto de las medidas cautelares, de hacerlo, deberán aplicar las tarifas que sean fijadas por el Ministerio de Justicia y del Derecho para las entidades especializadas acá descritas.

El Ministerio de Justicia y del Derecho ejercerá el control, inspección y vigilancia de las entidades especializadas en la administración, avalúo y remate de los bienes objeto de las medidas cautelares.

El gobierno manifiesta que hay una duplicidad de funciones entre el artículo 24 de la Ley 1673 de 2013, reglamentada por el decreto 556 de 2014 que hace referencia a la vigilancia de los evaluadores y el artículo 2 de la Decreto 1133 de 2021, que reglamenta la Ley 1676 de 2013 que hace referencia a las instrucciones para la prestación del servicio de venta martillo electrónico de bienes y este artículo de la Ley 2540 de 2025 porque tendría un impacto administrativo, operativo y financiero para el Ministerio, el cual implicaría una restructuración a nivel interno de la entidad en lo que concierne al área de Inspección, Vigilancia y Control.

De manera particular, las objeciones presidenciales fueron presentadas fuera del plazo establecido, lo que impidió su trámite. Ante esta situación, el presidente del Congreso de la República procedió a sancionar el proyecto de ley. Ahora es procedente plantearse la interrogante sobre la constitucionalidad de esta sanción: ¿tenía el presidente del Congreso la facultad para sancionar la ley, o, en cambio, debió haber tramitado las objeciones o remitir el proyecto al presidente de la República para su sanción?

Desde el punto de vista constitucional, el artículo 168 de la Constitución Nacional de Colombia establece que, si el presidente de la República no sanciona las leyes dentro de los plazos determinados, el presidente del Congreso tiene la facultad de sancionar y promulgar dichas leyes. Además, las sentencias C-714 de 2008²¹¹ y la C-700 de 2004²¹² de la Corte Constitucional de Colombia han aclarado lo siguiente:

Si bien el Congreso tenía la alternativa de tramitar las objeciones extemporáneas, hacerlo sería inválido según la Corte, precisamente porque las objeciones se presentaron fuera de los plazos legales. En este caso, no se configura un vicio de procedimiento, ya que el artículo 168 otorga expresamente la facultad al presidente del Congreso para sancionar y promulgar leyes cuando el presidente de la República no lo hace en los términos establecidos.

Etapas del proceso ejecutivo arbitral

Continuando con la agenda propuesta, se procede a explicar el paso a paso del proceso ejecutivo arbitral en Colombia, así:

1. Inicio del proceso ejecutivo arbitral:

1.1. Para presentar la demanda ejecutiva arbitral, se deberá reunir los requisitos de la demanda que menciona el artículo 82 del Código General del Proceso y que se enuncian a continuación:

- La designación del juez a quien se dirija.
- El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su

²¹¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-714/08 (16 de julio de 2008). M.P. Dr. NILSON PINILLA PINILLA. Ref. Expediente D-7007.

²¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-700/04 (27/07/2004). M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Ref. Expediente OP-078

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT).

- El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.
- Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad.
- Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
- La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte.
- El juramento estimatorio, cuando sea necesario.
- Los fundamentos de derecho.
- La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite.
- El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales.

1.2. Se deberá anexar el pacto arbitral ejecutivo suscrito entre las partes.

1.3. Se deberá anexar la liquidación de crédito con especificación del capital y los intereses causados a la fecha de la presentación de la demanda: Es importante mencionar que en Colombia la liquidación de crédito está contenida en el artículo 446 del Código General del Proceso a nivel procedimental, es decir en relación con el trámite de un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, es menester indicar que una liquidación de crédito es aquel documento en el cual se detalla el importe total de una deuda, desglosando de manera clara el capital y los intereses causados mes a mes, calculados conforme a la tasa establecida por la autoridad competente. En el caso de Colombia, dicha autoridad es la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además de eso, el artículo 15 de la Ley 2540 de 2025 también establece que en la liquidación de crédito no se podrá incluir los gastos del tribunal arbitral, puesto que esta fijación se realiza en una etapa posterior del proceso ejecutivo arbitral y que, en caso de solicitar el trámite de medidas cautelares previas, deberá remitirse al Centro y al árbitro de medidas cautelares.

Es importante mencionar que cuando una de las partes en el proceso ejecutivo arbitral sea una entidad pública, el centro de arbitraje deberá remitir aviso a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) informando sobre la presentación de la demanda.

2. Pago de gastos y honorarios en el proceso arbitrales ejecutivos

2.1. Una vez recibida la demanda arbitral, el Centro de Arbitraje y Conciliación procederá a analizar la demanda y fijar los gastos del tribunal arbitral, notificando a la parte ejecutante y otorgándole el término de 10 días para que proceda a realizar el pago de los honorarios del tribunal arbitral.

Sin embargo, si el ejecutado es vencido dentro del proceso ejecutivo arbitral, el tribunal arbitral podrá establecer en su laudo que restituya total o parcialmente los costos en los que incurrió la parte ejecutante. Lo anterior significa que dentro del catálogo de pretensiones que tendrán que hacer los apoderados de la parte ejecutante es que podrán solicitar en sus pretensiones ejecutivas al tribunal arbitral que el ejecutado pague total o parcialmente los gastos en que tuvo que incurrir su cliente para acudir a la justicia arbitral y poder ejecutar a su contraparte.

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

Es importante precisar que, si vencido el término para que la parte ejecutante pague los gastos del tribunal arbitral y este no lo hace, el centro de arbitraje y conciliación emitirá la correspondiente certificación de no integración del tribunal arbitral la cual permitirá establecer como concluidas las funciones del tribunal arbitral y extinguidos los efectos del pacto arbitral.

3. Integración del tribunal arbitral para el proceso arbitral ejecutivo

- 3.1. Una vez presentada la demanda y pagados los gastos del tribunal arbitral, se procederá a la constitución del tribunal arbitral, la cual se realizará conforme a las normas del artículo 14 del Estatuto Arbitral, el cual señala lo siguiente:

Artículo 14. Integración del tribunal arbitral. Para la integración del tribunal se procederá así:

1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más expedito y eficaz, para que se pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como declinación.

Este mismo término y el efecto concedido al silencio, se aplicará para todos los eventos en que haya designación de árbitro y este deba manifestar su aceptación.

2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.

3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.

5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.

6. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.

4. Audiencia de instalación del tribunal de competencia y definición de competencia mandamiento de pago: En la presente etapa, se deberán tener en cuenta las siguientes actuaciones que se adelantan en la audiencia, a saber así:

4.1. Requisitos previos: Antes de proceder con la audiencia de instalación, el centro de arbitraje y conciliación deberá revisar que la parte ejecutante haya pagado los honorarios del tribunal arbitral y gastos de funcionamiento del centro, que el o los árbitros hayan aceptado la designación y haber resuelto cualquier recusación de estos últimos para conocer del presente proceso ejecutivo arbitral.

4.2. Audiencia de Instalación: Una vez surtida la etapa de verificación de requisitos previos, el centro realizará la convocatoria a la audiencia de instalación y notificará la misma avisando el día y la hora en que se llevará a cabo. Es importante precisar que la asistencia de las partes a la presente audiencia no es mandatorio y que la misma no impide la instalación del tribunal.

4.3. Informe del árbitro de medidas cautelares previas: Hay que recordar que, al momento de presentación de la demanda ejecutiva arbitral al centro, la parte ejecutante tiene la facultad de solicitar el trámite de medidas cautelares previas en esa etapa procesal. Por lo que, si el proceso cuenta previamente con un árbitro encargado de las medidas cautelares previas, este asistirá a la audiencia y entregará al tribunal arbitral un informe de sus actuaciones y el cuaderno de las medidas cautelares adoptadas.

- 4.4. Evaluación de la gestión hecha por el árbitro de medidas cautelares previas por parte del tribunal: Un vez entregado el informe de las actuaciones y el cuaderno de medidas cautelares adoptadas por parte del árbitro de medidas cautelares previas, el tribunal arbitral evaluará si el árbitro actuó conforme a sus competencias y si la actuación fue favorable, el tribunal ordenará el pago del 100% de los honorarios que correspondan al árbitro de medidas cautelares previas y el reconocimiento de los gastos administrativos pagados al centro de arbitraje.
- 4.5. Decisión sobre la competencia del tribunal arbitral: El tribunal arbitral analizará el pacto arbitral ejecutivo suscrito por las partes y en caso en que decida no tener competencia, realizará las siguientes gestiones:
- a. Extinguirá el pacto arbitral para el caso concreto, es decir que no habrá posibilidad alguna de que ese caso pueda ser conocido por la justicia arbitral
 - b. Ordenará la remisión del expediente a la jurisdicción ordinaria para que sea ella quien continúe el proceso
 - c. Ordenará el levantamiento de las medidas cautelares que se hayan decretado por el árbitro de medidas cautelares previas.
 - d. Ordenará la devolución de los montos pagados, el cual se hará a través del centro de arbitraje, previa deducción de los gastos administrativos y honorarios generados por la tramitación de las medidas cautelares por parte del árbitro de medidas cautelares previas.
- En caso contrario en que el tribunal arbitral cuente con competencia para conocer del proceso ejecutivo arbitral, procederá con el correspondiente estudio de la demanda.
- 4.6. Admisión, inadmisión o rechazo de la demanda: En el caso colombiano, el estudio de la demanda se regirá conforme a lo previsto en el Código General del Proceso, lo cual garantizará que se sigan aplicando las normas procesales relativas a los procesos ejecutivos en Colombia.
5. Traslado y contestación de la demanda ejecutiva: En la presente etapa, se deberán tener en cuenta las siguientes actuaciones que se adelantan en el traslado, a saber así:

- 5.1. Traslado de la demanda ejecutiva y del mandamiento de pago a la parte ejecutada: El tribunal arbitral notificará a la parte ejecutada de la demanda ejecutiva arbitral, mandamiento de pago y sus anexos. Para realizar la notificación, la hará conforme a las reglas del artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 y contabilizará el término de 10 días hábiles para que la parte contraria ejerza su derecho de defensa y proponga las excepciones que considere aplicables.
- 5.2. Traslado de las excepciones de mérito a la parte ejecutante: una vez el tribunal arbitral y la parte ejecutante reciben la contestación de la demanda ejecutiva arbitral, el tribunal le dará traslado a la parte ejecutante para que se manifieste sobre las excepciones propuestas por la parte ejecutada y pueda solicitar pruebas o adjuntar documentos que pretenda hacer valer para combatir las excepciones del ejecutado.

También es importante recalcar que de acuerdo con el artículo 21 de la ley 2540 de 2025, la parte ejecutante podrá reformar la demanda ejecutiva por una sola vez hasta el último día del vencimiento del término del traslado de las excepciones de mérito al ejecutante, es decir 10 días. En la práctica, y si el abogado es meticuloso en las pruebas que se le presentan, le permite tener un margen prudencial de tiempo en caso de que quiera reformar la demanda ejecutiva arbitral.

5.3. Tratamiento de excepciones previas y requisitos formales y consecuencias de no presentar excepciones:

La ley 2540 de 2025 trae un tratamiento especial para las excepciones previas, las cuales están relacionadas con defectos formales del título ejecutivo y las excepciones de mérito, las cuales están relacionadas con el fondo de la controversia y que le permiten al demandado ejercer su derecho de defensa para desvirtuar o anular las alegaciones hechas por la parte demandante en la demanda.

Al respecto, el artículo 20 establece que las excepciones previas no podrán discutirse en esta etapa del proceso y que, en su lugar, deberán ser propuestas por el extremo pasivo mediante el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 430 del Código General del Proceso. La ventaja que permite esta norma es que restringe la posibilidad de alegar defectos procesales fuera de los términos establecidos tras la emisión del mandamiento de pago.

Si el ejecutado no propone excepciones dentro del término de traslado de la demanda ejecutiva y el mandamiento de pago, el proceso continuará en los términos del inciso 2 del artículo 440 del Código General del Proceso, lo cual implica que se procederá directamente a la etapa de cumplimiento del mandamiento de pago.

5.4. Objeción a la liquidación de crédito: el ejecutado podrá oponerse a la liquidación de crédito presentada por la parte ejecutante manifestando su inconformidad junto con las pruebas relativas al caso. El término para presentar la objeción será de 10 días hábiles.

5.5. Prohibición de incidentes en el trámite arbitral ejecutivo: El artículo 20 de la ley 2540 de 2025 prohíbe expresamente cualquier tipo de incidente procesal en el procedimiento arbitral ejecutivo, lo cual busca garantizar la agilidad y simplicidad del proceso, evitando dilaciones.

6. Auto de fijación del litigio, decreto de pruebas, aprobación de la liquidación del crédito e inicio del conteo del término del proceso arbitral ejecutivo: Una vez vencido el plazo del traslado de excepciones de mérito al ejecutante, el tribunal arbitral tendrá 10 días para emitir un auto escrito con las determinaciones necesarias para proseguir a la siguiente etapa procesal. Dicho auto deberá contener:

- Fijación del litigio
- Verificación y saneamiento de nulidades
- Aprobación de la liquidación de crédito
- Decreto de pruebas

En el caso en que no haya pruebas que deban ser practicadas, el tribunal arbitral declarará cerrada la etapa probatoria del proceso mediante el mismo auto. Paso seguido a esta acción, el tribunal dará traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, los cuales deberán ser presentados por escrito. Estos alegatos de conclusión deberán ser presentados en el término de 5 días a partir de la ejecutoria del auto de fijación del litigio, decreto de pruebas y aprobación de la liquidación de crédito.

Asimismo, es importante tener en cuenta que la ejecutoria de este auto tendrá otro efecto trascendental en el proceso arbitral debido a que empieza a contarse el término de duración del proceso arbitral, el cual de acuerdo con el artículo 13 de la ley 2540 de 2025, será hasta de doce meses. Dentro de este término es importante traer a colación que el árbitro ejecutor tendrá cuatro meses para dictar el auto que ordena seguir

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

adelante con la ejecución o el laudo ejecutivo. Este término puede ser prorrogado, mas no superar el término inicial de 12 meses.

También es importante mencionar una provisión bastante interesante para el proceso ejecutivo arbitral y es que de conformidad con el parágrafo 3 del artículo 13 de la ley 2540 de 2025, en caso en que se venza el término de duración del proceso y aun no se haya proferido laudo ejecutivo, se remitirá al juez que sea competente para sea este quien continúe el trámite del proceso, manteniendo total validez todas las actuaciones realizadas por el tribunal arbitral

7. Audiencia de pruebas alegatos y laudo ejecutivo. Una vez emitido el auto de fijación del litigio, decreto de pruebas y aprobación de la liquidación de crédito, se procederá en la presente etapa de conformidad con el artículo 373 del Código General del Proceso, es decir que se podrá adelantar las actuaciones aquí contenidas en los términos de la audiencia de instrucción y juzgamiento. Para realizar lo anteriormente enunciado, se tendrá que practicar:
 - 7.1. Práctica de pruebas: cuando haya lugar a la práctica de pruebas, el tribunal arbitral ordenará de forma ordenada las declaraciones de parte que hagan falta a los apoderados judiciales para que estos procedan a realizar el interrogatorio.
 - 7.2. Alegatos de conclusión: el tribunal tendrá la facultad de fijar un término para que las partes puedan presentar por escrito sus alegatos o si a bien lo considera, establecer los alegatos de conclusión de forma oral en la presente audiencia.
 - 7.3. Emisión de laudo ejecutivo: el tribunal notificará a las partes del laudo ejecutivo haciendo uso de medios electrónicos. En él, los apoderados de parte tendrán en cuenta los siguientes aspectos:
 - a. Respecto a las excepciones propuestas por la parte ejecutada: Si las excepciones no prosperan totalmente o solo prosperan de manera parcial, el tribunal emitirá un auto ordenando seguir adelante con la ejecución y se declarará causado el 50% de los honorarios del tribunal y el 100% de los gastos administrativos del centro de arbitraje.
 - b. Respecto a un laudo en favor del ejecutado: Si las excepciones del demandado prosperan totalmente y son aceptadas por el tribunal, este emitirá un laudo que pone fin al proceso arbitral ejecutivo y además de eso, se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos por el ejecutante. Lo anterior mantiene incólume el pago de la totalidad de los honorarios y gastos del tribunal y del centro de arbitraje.

Ahora bien, teniendo en cuenta que fue emitido el laudo ejecutivo, se deben tener en cuenta ciertos aspectos en esta etapa posterior, tales como:

- 7.3.1. Aclaraciones, correcciones o complementaciones del laudo ejecutivo: Las partes tendrán un plazo de 5 días después de la notificación del laudo para solicitar cualquiera de las acciones que consideren relativas al laudo arbitral.
- 7.3.2. Actualización de la liquidación de crédito: el tribunal arbitral tendrá la facultad de ordenar la actualización de la liquidación de crédito en cualquier momento del proceso.

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

7.3.3. Ejecución de bienes: la ejecución de bienes se realizará conforme al artículo 308 del Código General del Proceso. También es menester indicar que cualquier decisión sustantiva relacionada con esta etapa del proceso será resuelta por el árbitro ejecutor.

8. Conciliación: La ley 2540 de 2025 le concede la facultad a las partes a que de común acuerdo puedan acudir a la conciliación como método autocompositivo de resolución de controversias en cualquier momento del proceso ejecutivo arbitral. Sin embargo, la norma deja la salvedad de que si las partes llegan a un acuerdo que finaliza el proceso antes de emitir auto que ordena seguir adelante con la ejecución, se causará el 30% de los gastos del centro de arbitraje y el 30% de los honorarios de los árbitros y el valor restante deberá reintegrarse a la parte que hubiere pagado.

Al respecto hay que tener en cuenta que no solo no se reintegraran las sumas de dinero pagadas por las partes por concepto de honorarios de los árbitros y gastos de funcionamiento del centro de arbitraje si se llega a un acuerdo conciliatorio después de que el tribunal haya emitido auto que ordena seguir adelante con la ejecución sino que también la ley faculta a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio y poner fin a sus controversias en cualquier momento del proceso, lo que impulsa otros métodos de resolución de controversias.

Respecto a este último punto, es importante destacar que, aunque la tradición latinoamericana en varios países tiende a preferir la mediación como mecanismo autocompositivo por excelencia, los gobiernos de la región podrían considerar su incorporación en el marco del proceso ejecutivo arbitral, siempre que este resulte atractivo en sus respectivas jurisdicciones. La posibilidad de que las partes recurran a la mediación durante todo el proceso arbitral podría fortalecer su efectividad y accesibilidad. En el caso de Colombia, donde la conciliación ha sido tradicionalmente preferida por los juristas sobre la mediación, esto no implica que la mediación deba ser relegada. Por el contrario, esta herramienta puede integrarse como un mecanismo adicional que contribuya a garantizar un acceso más efectivo a la administración de justicia.

La propuesta de arbitraje ejecutivo en Colombia se reconoce como una iniciativa constitucionalmente viable, que además tiene precedentes en la aplicación de leyes interamericanas, como la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias²¹³. Representa una solución innovadora que rompe paradigmas al buscar eficiencia en la protección de los derechos sustanciales del acreedor, mientras garantiza el respeto de los derechos fundamentales de las partes involucradas gracias a las modificaciones introducidas al proyecto de ley inicial.

Sin embargo, para que implementación sea efectiva, es crucial que se apalanque en sistemas tecnológicos que permitan la sistematización y el acceso eficiente por parte de los centros de arbitraje y conciliación y/o mediación de las cámaras de comercio. Asimismo, el acreedor debe justificar económicamente mediante un análisis de costo-beneficio que refleje razonabilidad en la inversión requerida para acudir a un proceso ejecutivo arbitral y poder ejecutar a su deudor. La eficiencia de la ley del proceso ejecutivo arbitral dependerá de la informalización del sistema y del cumplimiento estricto de los tiempos procesales.

virtudes del proceso ejecutivo arbitral en la descongestión de la jurisdicción ordinaria

Por más de 40 años se ha hablado de como la congestión judicial ha perjudicado sustancialmente a diversos actores de la sociedad, pero principalmente a la persona de escasos recursos que se le es difícil contar con los recursos

²¹³ Organización de los Estados Americanos, “Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias”, Sitio web oficial de la OEA, 08/02/2002, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Ley_Modelo_Interamericana_sobre_Garantias_Mobiliarias.pdf

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

económicos para contratar los honorarios de un abogado y que además de eso, se encuentra con un sistema lento y tormentoso que lo único que hace es dilatar o retrasar su proceso judicial²¹⁴.

Atendiendo a estos dilemas, diversos colegas, legisladores, académicos y miembros de la sociedad civil se han reunido anualmente a discutir estas preocupaciones que rodean a sus clientes. Sin embargo, no ha habido un cambio sustancial que permita realizar ese siguiente paso en la administración de justicia. Por esa razón, el hecho que en Colombia se haya sancionado la ley 2540 de 2025 se convierte en un referente no solo para toda Latinoamérica, sino para todos los países del mundo, puesto que la rama judicial desempeña un papel fundamental dentro de cualquier sistema político²¹⁵.

El objeto de la ley del arbitraje ejecutivo es regular el proceso ejecutivo arbitral con un plausible propósito de contribuir a la descongestión del aparato jurisdiccional. De conformidad con el artículo 1 de la norma, el principal objetivo es implementar el mecanismo jurídico de arbitraje en el trámite de los procesos ejecutivos, permitiendo que la justicia arbitral conozca casos relacionados con el cobro de obligaciones claras, expresas y exigibles. Por esa razón, esta alternativa resuelve uno de los problemas de toda jurisdicción ordinaria y son los procesos ejecutivos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el proceso ejecutivo arbitral en Colombia será únicamente institucional y en derecho, lo que significa que no podrá ser en equidad, es decir que los árbitros tomarán su decisión basándose en su leal saber y entender y que estará motivado por su sentido de lo justo²¹⁶. Del mismo modo, tampoco el arbitraje ejecutivo podrá ser ad hoc, es decir que las partes administran por sí mismas sus controversias a través del tribunal arbitral que sea designado por ellos mismo.²¹⁷ Además de eso, tendrá una integración con las normas locales colombianas aplicables de carácter probatorio y sustancial. En el caso colombiano, y dependiendo de la naturaleza de las partes, podrá acudir al Código General del Proceso, Código de Comercio y Código Civil en caso de que ambas partes sean privados. Por el contrario, si existe una entidad pública, se regirá por las normas contenidas en el Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, para que las partes acudan al arbitraje ejecutivo, se hace necesario que cuenten con un pacto arbitral, el cual de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012:

Es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en una cláusula compromisoria o compromiso.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el pacto arbitral es un elemento indispensable para que las partes puedan acudir al arbitraje ejecutivo, ya que debe constar expresamente en una cláusula compromisoria o en un compromiso. Este pacto arbitral es especialmente importante en relaciones crediticias, donde pueden presentarse situaciones de dificultad en el cumplimiento de obligaciones de pago. El arbitraje ejecutivo, al estar diseñado como un

²¹⁴ HAMMERGREN, Linn. “Quince años de Reforma Judicial en América Latina: Dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, Sitio web oficial de la Organización de los Estados Americanos (OEA), disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti5.htm>

²¹⁵ HAMMERGREN, Linn. “Quince años de Reforma Judicial en América Latina: Dónde estamos y por qué no hemos progresado más”, Sitio web oficial de la Organización de los Estados Americanos (OEA), disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti5.htm>

²¹⁶ INEAF, “Arbitraje de Equidad”, Glosario Jurídico de INEAF, disponible en <https://www.ineaf.es/glosario-juridico/arbitraje-de-equidad>

²¹⁷ RAE, “Arbitraje ad hoc”, Diccionario panhispánico del español jurídico, disponible en <https://dpej.rae.es/lema/arbitraje-ad-hoc>

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

procedimiento especializado, permite atender de forma rápida y efectiva las controversias relacionadas con acuerdos financieros, además de garantizar el ejercicio de derechos patrimoniales sobre bienes embargados. Sin un pacto arbitral debidamente establecido, el tribunal arbitral carecería de competencia para resolver este tipo de conflictos, lo que obligaría a las partes a acudir a la jurisdicción ordinaria, lo cual resulta más lento e insostenible.

Por otro lado, un aspecto relevante en este contexto es la necesidad de que la información al consumidor sea clara y comprensible. Aunque la norma no especifica el tipo de contenidos que deben suministrarse al consumidor, esto supone una oportunidad para que las empresas sean proactivas y definan estándares claros respecto a la información que se comunica. De este modo, pueden garantizar el uso de lenguaje accesible y apoyarse en herramientas didácticas que permitan a los consumidores comprender mejor la información relacionada con los productos, servicios o acuerdos financieros que están adquiriendo de la empresa. Lo anterior genera una comunicación transparente y contribuye a fortalecer la confianza del consumidor y reducen las probabilidades de conflictos futuros.

En el caso de entidades financieras, como los bancos, es posible incluir el pacto arbitral ejecutivo dentro de la solicitud de crédito, pero este no puede convertirse en una condición obligatoria para la aprobación de crédito. Asimismo, la aceptación del pacto arbitral no debe afectar de manera negativa las condiciones del contrato, como el incremento de la tasa de interés. Es fundamental además proteger el derecho de retracto del consumidor en dichos procesos puesto que es uno de los pilares fundamentales de toda relación de consumo y adquisición de bienes o servicios entre privados. Finalmente, una vez realizado el desembolso del crédito al deudor, esta conserva el derecho de apartarse del pacto arbitral, ya que su consentimiento debe prevalecer como se mencionó anteriormente.

Otro aspecto que hay que tener en cuenta es que el pacto arbitral no solo estará enfocado en los deudores, sino también en cualquier garante, codeudor o persona que firme los documentos relativos a la deuda, por lo que quedará cobijado al pacto arbitral y podrá ser demandado. Esto implica no solo que los bancos aseguren que los garantes, codeudores y demás personas involucradas estén completamente informadas sobre las implicaciones de aceptar el pacto arbitral sino también que se deba reforzar la idea de que el arbitraje ejecutivo puede involucrar a todas las personas responsables por una deuda y no solo al deudor principal.

Aplicación en los sistemas judiciales de otros países de américa latina

La congestión judicial en América Latina se ha convertido en uno de los principales desafíos estructurales que enfrentan los sistemas de justicia en la actualidad. Por esa razón, el arbitraje ejecutivo en Colombia es un referente para los demás países latinoamericanos que crean que están atravesando una situación similar y que tienen el conocimiento que los procesos ejecutivos, que son aquellos procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria para el cobro de sumas de dinero, son los que pueden representar un porcentaje significado en cada jurisdicción.

El proceso ejecutivo arbitral se plantea como una política pública de descongestión judicial en Colombia. De acuerdo con el índice de congestión judicial en las américas estudio comparado de poderes judiciales 2025 hecho por el centro de estudios de justicia de las américas (CEJA)²¹⁸, varios países de la región, tales como Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay entre otros, presentan tasas críticas que evidencian la incapacidad de los poderes judiciales para resolver casos de manera oportuna y eficiente debido al volumen exacerbado de casos.

En dicho documento, la CEJA analizó la evolución de la tasa de congestión judicial por países recolectando información de 13 países latinoamericanos, entre esos Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El

²¹⁸ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), I Índice de Congestión Judicial en las Américas: Estudio Comparado de Poderes Judiciales 2025, Primera edición, 2025, disponible en https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2025/07/I-Indice-de-Congestion-Judicial-en-las-Américas-CEJA-2025_vf.pdf

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay. De la anterior lista de países latinoamericanos, se identificaron las siguientes situaciones:

- Congestión aceptable
- Congestión en riesgo
- Congestión crítica

Este estudio permitió identificar diferentes niveles de congestión de los sistemas judiciales de la región. Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Perú y Puerto Rico fueron clasificados dentro de una situación aceptable, reflejando una tasa de congestión judicial mínima. Por otro lado, en una situación más frágil se encuentran Bolivia y Colombia donde la congestión judicial se encuentra en riesgo, reflejando un creciente desafío que requiere intervención estatal para evitar así un mayor deterioro. Finalmente, el análisis señala el nivel de congestión crítica en países como Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, República Dominicana y Uruguay, donde las altas tasas de congestión evidencian problemas sistémicos que dificultan el acceso efectivo a la justicia y a la resolución de casos en tiempos razonables.

Este primer análisis comparativo establece la necesidad de implementar políticas públicas que promuevan la descongestión judicial y fortalezcan los sistemas judiciales en cada país. En este contexto, el modelo de arbitraje ejecutivo que acaba de adoptar Colombia refleja que sí hay opciones viables y modernas que los gobiernos de cada país pueden considerar para aliviar la carga de la rama judicial, pues este modelo se presenta como una oportunidad única e innovadora para optimizar la resolución de casos y garantizar un acceso más eficiente a la justicia.

La crisis que puede ocasionar la congestión en países como estos últimos, puede impulsar la transformación y hacer que sus instituciones se adapten, repiensen y legitimesen sus roles. En efecto, la búsqueda de alternativas innovadoras como el planteado en este artículo no solo responde a la necesidad de descongestión judicial, sino que fomenta una revisión de las prácticas institucionales de cada país a nivel jurídico. Este tipo de iniciativas permite a los sistemas judiciales evolucionar hacia enfoques más eficientes y accesibles, reafirmando su legitimidad frente a la ciudadanía.

Una vez analizada la tasa de congestión judicial, es necesario revisar la tasa de resolución judicial. La CEJA analizó la evolución de la tasa de resolución judicial por países recolectando información de los mismos 13 países latinoamericanos. De la anterior lista de países latinoamericanos, se identificaron las siguientes situaciones:

- Situación crítica
- Situación mejorable
- Situación óptima:

Este estudio permitió identificar diferentes niveles de desempeño de los sistemas judiciales de la región. Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay fueron clasificados dentro de una situación crítica, reflejando una preocupante incapacidad para resolver los procesos judiciales de manera eficiente. Por otro lado, Bolivia, Brasil, Nicaragua, Panamá y República Dominicana fueron clasificados dentro de una situación mejorable, lo que indica cierto potencial de optimización en sus procesos judiciales. Finalmente, Costa Rica, El Salvador, Puerto Rico y Perú destacaron por encontrarse en una situación óptima, logrando tasas de resolución judicial eficaces que representan modelos de desempeño destacables para la región.

Este segundo análisis comparativo establece un precedente importante para abordar estrategias regionales por parte de cada país que permitan mitigar la congestión judicial y mejoren la efectividad del sistema. El estudio revela que la tasa de resolución judicial no se encuentra en los niveles óptimos, lo cual puede indicar que en efecto sí hay un

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

problema estructural del sistema judicial en cada región. Por tanto, es crucial que los respectivos legisladores tomen acción para implementar soluciones efectivas que respondan a estas deficiencias.

Con todo, el proceso ejecutivo arbitral se plasma como una oportunidad para reconfigurar la adaptabilidad y legitimidad de la misma comunidad arbitral y así responder a los problemas de interés público como lo es el cobro efectivo de sumas de dinero producidas por la celebración de un contrato o cualquier otro instrumento. Al abordar cuestiones prioritarias como el cumplimiento de obligaciones claras, expresas y exigibles contenidas en títulos ejecutivos en tiempos oportunos, el modelo contribuye directamente a la estabilidad y agilidad de las relaciones económicas y legales en cada sociedad.

Retos que enfrentarán los actores involucrados en el proceso ejecutivo arbitral

Teniendo en cuenta el recuento que se ha hecho a lo largo del presente escrito, es importante mencionar ahora los retos que tendrán todos los actores involucrados en el proceso ejecutivo arbitral. Para eso, se han identificado 5 retos que se desarrollarán a continuación:

1. El primer gran reto con el que cuenta la presente norma es que sea pactado por las partes. Para eso, y dependiendo de la tradición con la que cuente cada país latinoamericano, se hará necesario buscar los medios idóneos y adecuados para convencer a los acreedores y deudores que pacten el arbitraje ejecutivo. Instrumentos como campañas de difusión y talleres empresariales pueden ser instrumentos efectivos para aumentar la aceptación del arbitraje.
2. El segundo gran reto será para las partes y sus representados pues se contemplarán discusiones jurídicas relativas a la información mínima que se le debió dar al consumidor. Ante este escenario, se deberá demostrar cierto grado de diligencia en que incurrió el acreedor respecto a la información requerida. Este aspecto será trascendental en relaciones de consumo en diversos sectores como el financiero, constructor y de consumo masivo. Bajo este entendimiento, es imperativo que las empresas adecuen su material institucional de acuerdo con el giro ordinario de sus negocios de cara al consumidor.
3. El tercer gran reto está dirigido al árbitro ejecutor y árbitro de medidas cautelares pues son figuras especiales que trae la norma. Estos roles exigen no solo un alto nivel técnico y profesional, sino también un compromiso con el cumplimiento eficiente y efectivo de los procedimientos arbitrales que conocerán. Por eso, deberán ser árbitros que puedan capacitarse y certificarse en la aplicación de medidas cautelares. Además de eso, será esencial que cuenten con la capacidad de adaptación y flexibilidad procesal para ajustar sus actuaciones a las necesidades específicas de cada caso, sin comprometer la calidad ni los tiempos establecidos por la norma.
4. El cuarto gran reto es que se puedan bajar las tasas de reclamaciones relacionadas con la responsabilidad civil contractual y extracontractual en las relaciones de tránsito, transporte aéreo, terrestre y marítimo por medio de los jueces civiles. De acuerdo con el parágrafo 4 del artículo 5 de la Ley 2540 de 2025, las partes podrán pactar arbitraje en estas controversias, lo cual abre la oportunidad a que los usuarios que suscriban un contrato de transporte con cualquier compañía de transporte o que se vean afectadas extracontractualmente por este tipo de compañía, puedan llevar sus controversias al arbitraje. Esto no solo aligeraría la carga de los jueces civiles, sino que también ofrece a las partes una vía más expedita y especializada para la resolución de conflictos, promoviendo de esta forma una mayor agilidad y eficacia en la resolución de dichas reclamaciones.

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

5. Respecto a los centros de arbitraje, estos tienen un papel crucial en el desarrollo y consolidación del arbitraje ejecutivo en Colombia, lo que les plantea una serie de retos en términos de confianza, tecnología, pedagogía, reglamentación, adaptación y práctica.

En primer lugar, el principal desafío será convertirse en generadores de confianza para los actores involucrados en el procedimiento arbitral tales como los usuarios, apoderados de parte, entidades financieras y demás actores relevantes del sector. Lo anterior significa que no solo deben tener un conocimiento integral de la figura del arbitraje ejecutivo, sino también contar con una adaptación técnica y operativa que les permita ofrecer un servicio ágil, transparente y eficiente. Esto se reflejará en que los usuarios del arbitraje tendrán la confianza de acudir a dicho centro de arbitraje y buscar resolver sus conflictos derivados de obligaciones de pago de forma expedita y especializada.

Otro desafío importante será implementar tecnología moderna e intuitiva que permita a las partes involucradas acceder al procedimiento arbitral de manera eficiente. Lo anterior es de especial relevancia debido a que los centros de arbitraje serán los responsables directos de garantizar que el procedimiento pueda realizarse mediante herramientas tecnológicas atractivas y de fácil entendimiento.

Además, otro aspecto importante es que los centros de arbitraje deberán diseñar estrategias pedagógicas para promover el entendimiento del arbitraje ejecutivo a todos los involucrados. La pedagogía que utilicen será crucial, no solo para garantizar que los usuarios comprendan claramente las implicaciones del arbitraje, sino también para capacitar a los apoderados y demás actores que intervienen en estos procesos.

La publicidad adecuada del procedimiento será otro gran reto, pues los centros deberán asegurarse de que las partes interesadas conozcan su existencia y beneficios, fomentando así su uso en sectores como el financiero, construcción, consumo masivo, entre otros.

Asimismo, los centros de arbitraje tendrán el reto de promover el arbitraje social de ejecución, el cual de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 2540 de 2025 se entiende como la prestación del arbitraje ejecutivo en aquellas obligaciones de mínima cuantía, es decir obligaciones pecuniarias que no superen los 40 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes en Colombia. En este tipo de procesos no se causan honorarios del tribunal arbitral por su naturaleza de gratuidad, por tal razón los árbitros que conozcan de estas controversias serán considerados como voluntarios.

Finalmente, los centros de arbitraje tendrán el gran reto de constituir de forma adecuada sus listas de árbitros, puesto que no solo deben colocar estándares profesionales adecuados, sino también estar al tanto que todo el proceso ejecutivo arbitral se lleve a cabalidad.

Conclusiones

La sanción de la ley 2540 de 2025 representa un logro histórico tras más de 15 años de lucha legislativa, consolidándose como un hito transformador en el sistema judicial colombiano. Su principal objetivo, la descongestión de los procesos judiciales, se propone como una solución innovadora mediante el uso del arbitraje en los procesos ejecutivos, introduciendo un mecanismo que apuesta por la eficiencia y modernización del sistema jurídico.

Si bien su implementación plantea diversos retos, para que la ley sea realmente efectiva será crucial garantizar el respeto de los tiempos procesales y trabajar en la promoción y divulgación por parte de los centros de arbitraje en la nueva ley. Además de eso, el arbitraje ejecutivo no solo tendrá el potencial de impactar positivamente a Colombia,

Colombia y el Arbitraje Ejecutivo: Un Referente para América Latina

sino que podría servir como modelo para otros países de Latinoamérica que enfrentan problemáticas como la congestión y resolución judicial.

Más allá de solucionar los problemas actuales, la ley de arbitraje ejecutivo podría ser considerada una piedra angular sobre futuras reformas estructurales que consoliden un sistema de justicia más ágil y eficiente, tanto en Colombia como en el resto de la región, fortaleciendo así los valores esenciales de acceso, rapidez y eficiencia que tiene los procesos judiciales.

REFLEXIONES Y APORTES SOBRE LAS FACULTADES PROBATORIAS DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO

*Frank Italo Junior Vargas Cancino*²¹⁹

Resumen - En el Perú, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje, otorga facultades al Tribunal Arbitral para admitir, actuar, dotar de valor, ordenar, actuar o prescindir de las pruebas; sin embargo, la referida norma no establece criterios en virtud de los cuales el Tribunal Arbitral pueda ejercer dichas facultades.

Dicha situación puede generar escenarios donde se ejerza de forma indebida dichas facultades y, por lo contrario, se propicie la arbitrariedad. Ello afectaría el debido procedimiento y atentaría contra la institucionalidad del arbitraje.

En virtud de la problemática antes descrita, mediante el presente ensayo, a partir de una lectura integral de la Ley Peruana de Arbitraje, se buscará principalmente lo siguiente: (i) Identificar y delimitar las facultades del Tribunal Arbitral en materia probatoria; y, (ii) Aportar criterios en virtud de los cuales el Tribunal Arbitral pueda ejercer sus facultades en materia probatoria.

Finalmente, se realizará una reflexión sobre el papel del arbitraje en la solución de conflictos enfatizando que la determinación de criterios en materia probatoria favorece la confiabilidad, especialidad y celeridad del arbitraje.

Abstract - In Peru, article 43 of Legislative Decree No. 1071, legislative decree that regulates arbitration, grants the Arbitration Court powers to admit, act, give value, order, act or dispense with evidence; However, the aforementioned rule does not establish criteria by virtue of which the Arbitration Court can exercise said powers.

This situation can generate scenarios where said powers are improperly exercised and, on the contrary, arbitrariness is encouraged. This would affect due procedure and undermine the institutionalality of arbitration.

By virtue of the problem described above, through this essay, based on a comprehensive reading of the Peruvian arbitration law, the following will mainly be sought: (i) Identify and delimit the powers of the Arbitration Court in matters of evidence; and, (ii) Provide criteria by virtue of which the Arbitration Court can exercise its powers in matters of evidence.

Finally, a reflection will be made on the role of arbitration in conflict resolution, emphasizing that the determination of criteria in evidentiary matters favors the reliability, specialty and speed of arbitration.

Introducción: el arbitraje en el Perú

En el caso peruano, la Constitución Política del Perú de 1993 (“Constitución Política”), Art. 138, señala: “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. Por su parte, en el Constitución Política, Art. 139 establece que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

²¹⁹ [Frank Italo Junior Vargas Cancino](#). Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal de la Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Experiencia y especialización en arbitraje, derecho administrativo y contratación pública. Correo electrónico: frank.vargas.cancino@gmail.com.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

Como se podrá apreciar, la Constitución Política establece que la función de administrar justicia²²⁰ solo pueda ser efectuada a través de la vía judicial, militar y arbitral, siendo únicamente estos tres tipos de jurisdicción reconocidas en el Perú.

Así, César Landa Arroyo ha señalado que: “En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción de excepción”²²¹. Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú²²² ha señalado lo siguiente:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

Teniendo en consideración lo anterior, podríamos señalar que según el Decreto Legislativo N° 1071²²³, norma conocida como la Ley Peruana de Arbitraje, señala que el arbitraje es la vía jurisdiccional a la cual dos o más partes, en virtud de un convenio arbitral, recurren para que un tribunal arbitral, a través de un laudo arbitral, resuelva las controversias puestas a su conocimiento.²²⁴

El arbitraje básicamente se estructura sobre los conceptos de jurisdicción, convenio y laudo arbitral. Sobre el concepto de jurisdicción, se entiende al arbitraje como un mecanismo mediante el cual el tribunal arbitral, en virtud de un convenio arbitral, ejerce la función de administrar justicia respecto a controversias suscitadas entre dos o más partes.

En relación con el convenio arbitral, se entiende como aquel acuerdo entre las partes mediante el cual renuncian a que el juez natural (vía judicial) resuelva las controversias que se generen entre ellas y que las mismas sean resueltas por un tribunal arbitral. Así, el profesor Roque Caivano²²⁵ ha señalado lo siguiente “*El acuerdo arbitral produce el efecto de sustraer cierta categoría de litigios de la jurisdicción de los jueces ordinarios ya que, por imperio de la voluntad de ambas partes, se sustituye la jurisdicción estatal por una privada*”.

En relación con el laudo arbitral, cabe indicar que la Ley Peruana de Arbitraje no define expresamente lo que se debe entender por laudo arbitral; no obstante, la Ley Peruana de Arbitraje, en distintos artículos²²⁶, alude a algunos aspectos característicos del laudo arbitral.

Ahora bien, en relación con el concepto de laudo arbitral, cabe indicar que existen dos aspectos que resaltan sobre los demás. El primer aspecto está referido a que es un pronunciamiento final emitido por un órgano decisor privado (tribunal arbitral); y, el segundo aspecto, esta referido a que dicha decisión es de obligatorio cumplimiento. Este

²²⁰ En relación con el concepto de jurisdicción, cabe señalar que la doctrina es pacífica en concebir a esta como aquel poder-deber de resolver controversias con relevancia jurídica; o, como aquella función de administrar justicia.

²²¹ LANDA, César, “El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *THEMIS Revista De Derecho*, 2007, pp. 29-42.

²²² Tribunal Constitucional (Perú), “Caso: Fernando Cantuarias Salaverry”, 09/03/2006, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>.

²²³ Decreto Legislativo 1071 de Ley Peruana de Arbitraje (Perú).

²²⁴ Sin perjuicio del reconocimiento del arbitraje como jurisdicción independiente, cabe resaltar que la doctrina reconoce que el convenio arbitral es un contrato, ello sin perjuicio que el proceso arbitral, según la Constitución Política del Perú, tenga la calidad de una jurisdicción independiente. Siendo ello así, podríamos señalar que el arbitraje tiene un origen contractual (convenio arbitral) pero que la ejecución de dicho contrato se realiza a través de una serie de garantías que, para el caso peruano, tiene la calidad de una jurisdicción independiente.

²²⁵ CAIVANO, Roque, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, *Revista de Derecho Privado. Nueva Serie*, 2012, Edición Especial. 3-53, p. 6.

²²⁶ La Ley Peruana de Arbitraje, Arts. 52 al 62, regula los aspectos más relevantes que todo laudo arbitral debe tener. Así, por ejemplo, el artículo 54 señala que pueden existir laudos parciales o laudos finales; el artículo 56 regula el contenido del laudo arbitral; y, el artículo 59 regula los efectos del laudo arbitral.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

segundo aspecto resulta de suma importancia pues las partes justamente acuden al arbitraje para que se pongan fin a sus controversias a través de una decisión de obligatorio cumplimiento.

Siendo ello así, la característica de obligatorio cumplimiento del laudo arbitral cumple dos funciones importantes, por un lado, satisface el interés de las partes de recurrir al arbitraje para solucionar sus controversias; y, por otro lado, otorga legitimidad al sistema arbitral pues dicha característica permite dotar de eficacia a las decisiones emitidas por el tribunal arbitral. En síntesis, podemos señalar que las partes recurren al arbitraje con el interés de que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral, bajo las reglas de un proceso arbitral, y que esta decisión sea de obligatorio cumplimiento.

Características del arbitraje

A nuestra consideración las características más resaltantes del arbitraje son las siguientes: (i) el acuerdo de voluntades de las partes para recurrir al arbitraje; (ii) se somete sobre materias de libre disposición; (iii) la no intervención de la autoridad judicial en los procesos arbitrales; (iv) la libertad de las partes en la regulación de actuaciones arbitrales; (v) la libertad de las partes para designar a los árbitros; (vi) la independencia e imparcialidad de los árbitros; (vii) la especialización de los árbitros; (viii) la celeridad y flexibilidad del proceso arbitral; (ix) la confidencialidad de las actuaciones arbitrales; y, (x) la calidad de cosa juzgada del laudo arbitral.

En relación con el acuerdo de voluntades de las partes para recurrir al arbitraje, cabe señalar que dicho acuerdo constituye el convenio arbitral y a través de dicho convenio las partes renuncian a que el juez natural (vía judicial) resuelva las controversias que se generen entre ellas y que las mismas sean resueltas por un Tribunal Arbitral. Cabe indicar que la materia arbitral objeto del proceso, conforme a lo señalado en la Ley Peruana de Arbitraje Art. 2, siempre debe ser de libre disposición.

Respecto a la no intervención de la autoridad judicial en los procesos arbitrales, la Ley Peruana de Arbitraje Art. 3, señala que en los asuntos que se rijan por dicha ley no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

Cabe indicar que, en la Ley Peruana de Arbitraje Art. 8, se establece que se podrá recurrir a la asistencia judicial cuando los asuntos arbitrales estén referidos a: (i) la actuación de pruebas; (ii) la adopción judicial de medidas cautelares; (iii) la ejecución forzosa del laudo; (iv) la interposición del recurso de anulación del laudo; (v) el reconocimiento de laudos extranjeros; y, (vi) la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos.

La asistencia judicial en algunos asuntos del arbitraje resulta necesaria porque el Tribunal Arbitral carece de la facultad para emplear la fuerza pública en la ejecución de medidas o decisiones. Es justamente dicha carencia lo que hace necesario la intervención judicial, pues el sistema arbitral no podría subsistir si sus decisiones no puedan ser ejecutadas y cumplidas por las partes. Las partes justamente recurren al arbitraje para dar fin a un conflicto, lo cual supone que la decisión que da fin al conflicto deba ser cumplida por la otra parte.

En cuanto a la libertad en la regulación de actuaciones arbitrales; cabe señalar que, en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, se establece como regla general que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones.

Cabe indicar que, a nuestra consideración, la facultad de las partes para determinar las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales se puede dar de forma directa o indirecta. Se realiza de forma directa cuando las propias partes fijan y/o establecen las reglas aplicables a las actuaciones; mientras que, se realiza de forma indirecta cuando establecen el mecanismo o la persona que fijarán dichas reglas, indicando que dichas reglas serán las establecidas en un reglamento de una institución arbitral o que las fijará un Tribunal Arbitral.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

A nuestra consideración, la fijación de las reglas aplicables a las actuaciones arbitrales puede ser realizado por las partes antes del inicio del proceso arbitral, a través del convenio arbitral, o durante la tramitación del proceso arbitral, a través de un acuerdo.

Por su parte, en relación con la libertad de las partes para designar a los árbitros, en la Ley Peruana de Arbitraje, Arts. 22 y 23, se establece como regla general, que las partes designan a sus árbitros. La facultad que tienen las partes para designar a los árbitros se funda en la confianza que ellas tienen en que el árbitro designado desarrollará su función cumpliendo con los estándares del arbitraje (independencia, imparcialidad, especialización, honestidad, etc.). Cabe señalar que mediante el convenio arbitral las partes renuncian a que sus controversias sean resueltas por un juez natural (juez impuesto por el sistema judicial) y, por lo contrario, deciden que el juez que resolverá sus controversias será elegido por las propias partes. Así pues, la libertad de las partes para designar a los árbitros, a nuestra consideración, es una afirmación y/o manifestación de los efectos del convenio arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que para el ejercicio de la función arbitral no basta la designación efectuada por las partes, sino que se requiere la aceptación del árbitro designado. Sobre el particular, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 27, señala que con la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Respecto a la independencia e imparcialidad de los árbitros, si bien la Ley Peruana de Arbitraje no define lo que debe entenderse por ambos conceptos, a nivel doctrinario encontramos definiciones al respecto. Así, el profesor Gonzales de Cossío²²⁷ señala lo siguiente:

La doctrina y jurisprudencia arbitral, si bien no en forma unánime, conciben a la independencia como un criterio objetivo: el vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La imparcialidad se entiende como un criterio subjetivo y difícil de verificar: el estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o postura en el asunto en cuestión.

Así, mientras que la independencia de los árbitros está referida al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia; la imparcialidad es la ausencia de preferencia hacia una de las partes o una postura.

Cabe indicar que, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 28, se señala que las partes pueden recusar a un árbitro si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. La dureza de dicha medida radica en que la ausencia de dichas cualidades atenta contra la propia esencia del arbitraje pues las partes recurren a dicho mecanismo para que un tercero, ajeno a las partes, solucione las controversias; por lo que, al ausentarse el rasgo de ajenidad del que resuelve la controversia, ya sea por ser parcializado o dependiente de alguna de las partes, el arbitraje carecería de sentido. Además, resultaría impropio que el sistema jurídico peruano, a través del procedimiento de ejecución del laudo arbitral en sede judicial, imponga el cumplimiento a una de las partes de un laudo arbitral que atenta contra la propia esencia del arbitraje.

En cuanto a la especialización de los árbitros, el artículo 20° de la Ley Peruana de Arbitraje no supedita el ejercicio de la función arbitral a que el árbitro tenga especialización alguna en la materia objeto del arbitraje, sino que, según el citado artículo, basta que el árbitro sea una persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, que no tenga incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso peruano, según la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas²²⁸, para que una persona pueda desempeñarse como árbitro sobre materias referidas a contrataciones públicas deberá:

²²⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2011, p. 369.

²²⁸ Ley 32069 de Ley General de Contrataciones Públicas (Perú).

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

(i) contar con título profesional o equivalente, registrado en la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – Sunedu; (ii) contar con una experiencia no menor de tres años en contratación pública; (iii) en caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, debe ser profesional en derecho con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas; y, (iv) formar parte de las nóminas de una institución arbitral o centro de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que se encuentre en el registro que administra el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE), o ser confirmado por la respectiva institución arbitral o centro de resolución de disputas, si es que los profesionales propuestos no forman parte de sus nóminas.

Al margen de que una norma establezca que el árbitro debe o no contar con conocimientos especializados, consideramos que dicha característica tiene un sustento que trasciende a una exigencia legal, siendo que la misma obedece a la propia esencia del arbitraje, esto es, a la voluntad de las partes, pues las partes al momento de designar a sus árbitros implícitamente están manifestando que la persona designada como árbitro cuenta con los conocimientos especializados suficientes para resolver la controversia, siendo que dicha solución generará cambios en la esfera jurídica patrimonial de las partes.

Así, la propia autorregulación del interés de las partes en que la controversia sea resuelta de forma adecuada genera que estas busquen, corroboren y designen a un árbitro que, a consideración de cada una de las partes, cuente con los conocimientos especializados suficientes. En un sentido práctico y racional, ninguna parte pondría la decisión de afectar su esfera jurídica patrimonial en criterio de una persona que no cuenta con la especialización suficiente.

Respecto a la celeridad y flexibilidad del proceso arbitral, cabe señalar que el proceso arbitral evita la exigencia de formalidades, reduciendo las mismas a lo mínimo indispensable, lo cual propicia que el proceso arbitral tenga mayor celeridad en aras de garantizar una justicia efectiva y eficiente.

En cuanto a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 51, señala que las partes, los representantes de las partes, los asesores legales de las partes, el Tribunal Arbitral, el Secretario Arbitral, la Institución Arbitral, los testigos, los 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.

Finalmente, respecto a la calidad de cosa juzgada del laudo arbitral, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 59, señala expresamente que el laudo produce efectos de cosa juzgada; es decir, el laudo arbitral pone fin al conflicto, siendo la última actuación que determina la culminación del proceso arbitral y constituyéndose de obligatorio cumplimiento para las partes.

Facultades probatorias de los árbitros

En este punto, en primer lugar, identificaremos y delimitaremos las facultades probatorias de los árbitros señaladas en la Ley Peruana de Arbitraje. Posteriormente, aportaremos criterios para que los árbitros puedan ejercer las facultades probatorias señaladas en la citada norma.

A. Las facultades probatorias de los árbitros según la Ley Peruana de Arbitraje

La Ley Peruana de Arbitraje, Art. 43, refiriéndose a las facultades probatorias de los árbitros, señala lo siguiente:

Artículo 43.- Pruebas.

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.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Conforme al citado artículo, el Tribunal Arbitral tiene la faculta exclusiva para lo siguiente:

- Determinar la admisión de las pruebas.
- Determinar la pertinencia de las pruebas.
- Determinar la actuación de las pruebas.
- Determinar el valor de las pruebas.
- Ordenar, en cualquier momento, la presentación de pruebas que estime necesarios.
- Ordenar, en cualquier momento, la actuación de pruebas que estime necesarios.
- Prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Como se podrá apreciar, si bien la Ley Peruana de Arbitraje señala las facultades probatorias del Tribunal Arbitral, no especifica qué se debe entender respecto a cada una de ellas; por lo que, a continuación, nos referiremos a cada una de ellas.

A través de la admisión de las pruebas el Tribunal Arbitral decide qué elementos o medios probatorios podrán ser usados y/o empleados en el proceso arbitral.

En relación con la pertinencia de la prueba, el profesor Parra Quijano²²⁹ señala lo siguiente:

Es la adecuación entre los hechos que se pretende llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso. Así, como en nuestra vida diaria, al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso.

La sanción en nuestros diálogos para la persona que introduce temas que no tienen nada que ver con lo que se venía hablando, es el reproche y en el proceso es el rechazo in limine de la prueba.

Así pues, la pertinencia es la relación entre los hechos que se pretende demostrar y el tema del proceso. La pertinencia permite asegurar que los medios probatorios que ingresen al proceso, al estar referidos al objeto del proceso, permitan dilucidar las controversias.

Mediante la actuación de las pruebas se busca ejecutar la prueba y/o realizar la prueba con el objetivo de incorporarla al proceso y, posteriormente, pueda ser valorada. Según la forma de realizar y/o ejecutar la prueba, pueden existir medios probatorios de actuación inmediata, por ejemplo, en el caso de que los medios probatorios sean documentos escritos; o, por lo contrario, pueden existir medios probatorios que para su ejecución se requiera la realización de una diligencia, por ejemplo, la declaración testimonial, peritajes, etc.

La valoración de la prueba es una actividad intelectual a través del cual se determina el valor probatorio de cada medio probatorio (ofrecido de parte o actuado de oficio) respecto a un hecho específico o al objeto del proceso. Dicha actividad permite generar o no convicción sobre la existencia de los hechos alegados por las partes del proceso.

Finalmente, el citado artículo permite al Tribunal Arbitral ordenar o prescindir de los medios probatorios ofrecidos o de la actuación de los mismos.

²²⁹ PARRA, JAIRO, *Manual de Derecho Probatorio*, Décima Quinta Edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda, Bogotá, 2006, pp. 153.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

Sin perjuicio de lo anterior, considerando lo señalado en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 43, cabría analizar si las facultades allí indicadas son las únicas facultades probatorias con las que cuenta el Tribunal Arbitral.

Con relación a ello, cabe indicar que de la lectura integral de la Ley Peruana de Arbitraje se advierte que el Tribunal Arbitral, además de las señaladas en el artículo 43 de la referida ley, tiene otras facultades referidas a las pruebas.

Al respecto, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 3, establece que el Tribunal Arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales. Dentro de las actuaciones arbitrales también se podrían considerar las que están referidas a las pruebas; por lo que, el Tribunal Arbitral tiene la facultad para iniciar y continuar con las actuaciones arbitrales que estén referidas a las pruebas. Nótese que en esta facultad se utiliza el verbo “continuar”, lo cual claramente está aludiendo al impulso de oficio del Tribunal Arbitral en la continuación de las actuaciones arbitrales probatorias.

Por otro lado, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, establece que 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. Asimismo, en numeral 4 del citado artículo señala que el Tribunal Arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Siendo ello así, según lo establecido en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, el Tribunal Arbitral puede dictar, decidir e incluso ampliar los plazos vencidos para el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de las pruebas.

Por su parte, en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 40, se señala que el Tribunal Arbitral puede dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las actuaciones arbitrales. Siendo ello así, queda claro que el Tribunal Arbitral no solo puede dictar reglas sobre el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de las pruebas; sino que, además, puede dictar reglas referidas a la forma (adecuada conducción y desarrollo) en que se desarrollan las actuaciones arbitrales referidas a las pruebas.

Finalmente, en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 44, se regula que el Tribunal Arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias referidas a la controversia.

Como se podrá advertir, a nuestra consideración, las facultades probatorias del Tribunal Arbitral no solo se encuentran establecidas en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 43, sino que las mismas se encuentran señaladas en varios artículos de dicha norma.

B. Criterios para el ejercicio de las facultades probatorias de los Árbitros

Como se señaló en el apartado precedente, si bien la Ley Peruana de Arbitraje señala cuales son las facultades probatorias del Tribunal arbitral, dicha norma no señala la forma cómo deben ejercerse dichas facultades.

Siendo ello así, recurriremos a la propia Ley Peruana de Arbitraje para identificar criterios que deben seguir los árbitros para el ejercicio de sus facultades probatorias. Para efectos de este ensayo, en primer lugar, señalaremos criterios generales para el ejercicio de las facultades probatorias; y, en segundo lugar, señalaremos criterios específicos respecto a las facultades probatorias señaladas en la Ley Peruana de Arbitraje.

En relación a los criterios generales para el ejercicio de las facultades probatorias, a partir de la revisión de la Ley Peruana de Arbitraje, consideramos que el Tribunal Arbitral debe seguir los siguientes criterios:

1. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias con independencia e imparcialidad

Conforme a lo señalado en la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 3, la independencia e imparcialidad constituyen principios de la función arbitral. Dichos principios son parte de la esencia del arbitraje y una garantía para las partes.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

Siendo ello así, consideramos que el ejercicio de las facultades probatorias debe realizarse cumpliendo con dichos principios; toda vez que la ausencia de dichos principios atentaría contra la propia esencia del arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias garantizando la igualdad entre las partes

La Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, señala que el Tribunal Arbitral deberá tratar a las partes con igualdad.

El arbitraje busca poner fin a una controversia suscitada entre las partes a través de una decisión emitida por un Tribunal Arbitral; es decir, el papel de los árbitros es de un tercero que decide sobre una controversia. Dicho tercero, al ser ajeno a los intereses de las partes, siempre deberá ajustar sus decisiones, actuaciones y trato en aras de la igualdad entre las partes pues ello garantiza que el árbitro sea efectivamente un tercero.

Asimismo, desde un sentido práctico, el trato igualitario a las partes propicia que ellas, en aras de acreditar los hechos afines a sus pretensiones o intereses, tengan una mayor predisposición para aportar en el proceso mayores elementos probatorios, lo cual permitirá al Tribunal Arbitral contar con mayores elementos de juicio al momento de emitir sus decisiones.

Siendo ello así, consideramos que el ejercicio de las facultades probatorias debe realizarse garantizando la igualdad entre las partes.

3. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias otorgando a las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos

La Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, establece que el Tribunal Arbitral deberá dar a cada una de las partes la suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

Sobre el particular, a nuestra consideración, cabe precisar que el Tribunal Arbitral solo puede garantizar escenarios donde “potencialmente” las partes puedan hacer valer sus derechos; toda vez que, al tratarse de derechos de libre disponibilidad, las partes deciden la forma, oportunidad o momento en que hagan valer sus derechos, siendo que, incluso las partes pueden optar por no hacer valer sus derechos.

Siendo ello así, consideramos que el ejercicio de las facultades probatorias debe realizarse garantizando escenarios donde “potencialmente” las partes puedan hacer valer sus derechos.

4. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias motivando sus decisiones

La motivación es una garantía de todo proceso, más aún si estuviéramos ante un arbitraje de derecho. Cabe indicar si bien en la Ley Peruana de Arbitraje se establece que los árbitros pueden ejercer ciertas potestades, las mismas no deben ser ejercidas atendiendo a razones y no de forma arbitraria.

Siendo ello así, la motivación se constituye como una garantía a favor de las partes respecto a las decisiones de los árbitros, garantía que permite advertir que las decisiones no sean realizadas de forma arbitraria sino atendido a razones justificadas.

Por tanto, consideramos que el ejercicio de las facultades probatorias debe realizarse de forma motivada.

5. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias conforme a las reglas establecidas por las partes, la institución arbitral o el propio Tribunal Arbitral

Al respecto, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 34, establece que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el Tribunal arbitral en sus actuaciones. Asimismo, dicho artículo señala que a falta de acuerdo entre las partes o de un reglamento arbitral aplicable, el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral deberá ejercer sus facultades probatorias conforme el siguiente orden de prelación: (i) Según las reglas establecidas por las partes; (ii) Según las reglas señaladas en el reglamento arbitral aplicable; o, (iii) Según las reglas establecidas por el propio Tribunal Arbitral.

6. El Tribunal Arbitral debe ejercer las facultades probatorias guardando la confidencialidad de las mismas

Sobre el particular, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 51, señala que el Tribunal Arbitral están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las actuaciones arbitrales, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones.

Siendo ello así, a nuestra consideración, el Tribunal Arbitral deberá ejercer sus facultades probatorias guardando la confidencialidad de las mismas.

En relación con los criterios específicos respecto a las facultades probatorias señaladas en la Ley Peruana de Arbitraje, consideramos que el Tribunal Arbitral debe seguir los siguientes criterios:

A. Respecto a la admisión y pertinencia de las pruebas

Como bien se señaló en los párrafos precedentes, la Ley Peruana de Arbitraje, Art. 43, señala que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar la admisión y pertinencia de las pruebas.

La celeridad del proceso arbitral es una de las características clave del arbitraje; por ende, en el proceso arbitral se debe evitar toda actuación que dilate innecesariamente el proceso arbitral.

Así pues, a nuestra consideración, el Tribunal Arbitral debe evitar admitir pruebas que no sean pertinentes; por ello, solo se deben admitir pruebas si, previamente, se ha determinado que dichas pruebas son pertinentes.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que para determinar la admisión de una prueba se debe analizar lo siguiente:

- Si la prueba fue obtenida, atenta o resulta contraria al ordenamiento jurídico. Así, el Tribunal Arbitral deberá analizar si la prueba constituye una prueba ilegal, ilícita o prohibida, siendo que si se presentase alguno de esos supuestos no se deberá admitir la prueba.
- Si la prueba es pertinente, es decir si la prueba tiene relación con los hechos u objeto del proceso arbitral.
- Si la prueba es útil, es decir si la prueba contribuye a dar solución a la controversia. Puede darse casos en que, si bien la prueba puede ser pertinente, pero carecer de utilidad; toda vez dicha prueba acredite algún hecho notorio, evidente, de conocimiento público, etc.; por lo que, en aras de la celeridad del proceso, no debería admitirse dicha prueba.

B. Respecto a la valoración de las pruebas

Al respecto, cabe señalar que la Ley Peruana de Arbitraje no establece que ciertas pruebas tengan un valor probatorio determinado (prueba tasada); por lo que, la valoración de las pruebas deberá realizarse bajo el sistema de libre valoración; de tal manera que el Tribunal Arbitral efectúe una valoración de las pruebas de forma conjunta y razonada.

C. Respecto a ordenar o prescindir de pruebas

A nuestra consideración, cuando el Tribunal Arbitral ordene o prescinda de las pruebas debe seguir los criterios generales para el ejercicio de las facultades probatorias antes señaladas.

Sin perjuicio de ello, consideramos que las facultades probatorias referidas a ordenar o prescindir de pruebas deben ser realizadas siguiendo, especialmente, los siguientes criterios:

Reflexiones y aportes sobre las facultades probatorias de los árbitros en el arbitraje peruano

- La decisión de ordenar o prescindir de pruebas deber estar debidamente motivada.
- La decisión de ordenar o prescindir de pruebas debe ser realizada sin vulnerar la igualdad entre las partes.
- La decisión de ordenar o prescindir de pruebas debe ser realizada conforme a las reglas establecidas por las partes, la institución arbitral o el propio Tribunal Arbitral.
- La decisión de ordenar o prescindir de pruebas no debe suponer una vulneración al deber de independencia e imparcialidad de los árbitros.

Conclusiones

Las facultades probatorias del Tribunal Arbitral se encuentran establecidas en distintos artículos de la Ley Peruana de Arbitraje; por lo que, para su adecuada identificación resulta necesaria una lectura integral y sistemática de la referida norma.

En la Ley Peruana de Arbitraje se puede identificar criterios que deben seguir los árbitros para el ejercicio de sus facultades probatorias. Dichos criterios se encuentran alineados a los elementos característicos del arbitraje.

Las decisiones del Tribunal Arbitral en ningún supuesto deben obedecer a un ejercicio arbitrario de sus facultades; por lo contrario, dicho ejercicio debe ser realizado de forma motivada y justificada. Siendo ello así, resulta relevante que el Tribunal Arbitral tenga presente los criterios o principios señalados en la Ley Peruana de Arbitraje respecto al ejercicio de sus facultades.

¿CÓMO EL AGUA Y EL ACEITE?: LA PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN A LOS LAUDOS PARCIALES DESDE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

Iván Tomasevich Castañeda²³⁰

Resumen: La anulación de un laudo arbitral busca que el arbitraje sea llevado sin arbitrariedades. Por otra parte, el laudo parcial permite resolver de manera parcial una controversia, dejando la decisión final a un segundo o más laudos arbitrales.

En ese contexto, en el marco de un laudo parcial emitido por un Tribunal Arbitral, nace la pregunta de si es posible anular un laudo parcial, cuando aún no se ha emitido el laudo final.

El problema es evidente si se anula el laudo parcial, qué debe suceder con el proceso arbitral en sí, debe suspenderse hasta que la anulación del laudo parcial se resuelva o debe continuar a la par que lo que reste del proceso arbitral, aun cuando la anulación del laudo parcial puede ser declarada fundada y con ello haya una mayor cantidad de costos y una pérdida de tiempo para las partes.

La segunda opción sería que la anulación deba ser presentada luego de emitido el laudo final. Con ello, el riesgo que se crea es que el laudo parcial en sí no es anulado, sino hasta el final del proceso arbitral y las partes habrían perdido tiempo y dinero.

En este sentido, en el presente artículo analizaremos la aplicación de la anulación de un laudo arbitral a los laudos parciales emitidos por Tribunales Arbitrales y sostendremos cual debe ser su correcta aplicación; o, por el contrario, no se puede en ninguna circunstancia utilizar la figura de la anulación del laudo arbitral ante laudos parciales. Estos aspectos serán analizados bajo el marco de aplicación de la Ley de Arbitraje Peruana.

Abstract: *The annulment of arbitral awards seeks that the arbitration be carried out without any arbitrariness. On the other hand, a partial award allows a partial solution of the controversy, leaving the final decision to a second or more awards.*

In this context, on the framework of a partial award issued by the Arbitral Tribunal, the question of the possibility to annul a partial award, even when the final decision has not been taken, arises.

The problem is evident, if the partial award is annulled, what should happen to the arbitration process itself? Should it be suspended until the annulment of the partial award is resolved, or should it continue alongside the remainder of the arbitration process, even though the annulment of the partial award may be granted, resulting in increased costs and a loss of time for the parties.

The second option would be to consider filing the annulment after the final award is issued. This creates a risk that the partial award itself is not annulled until the end of the arbitration process, and the parties would have lost time and money.

In this regard, the present article analyzes the application of the annulment to partial awards issued by arbitral tribunal and demonstrate if this is a correct application of the annulment; or, by the contrary, under no circumstances the figure of annulment of arbitral award can be used to annul a partial award. These aspects will be analyzed from the scope of the Peruvian Arbitration Law.

¿Cómo el agua y el aceite?: Pueden convivir el laudo parcial y el recurso de anulación bajo el sistema arbitral peruano

²³⁰ [Iván Tomasevich Castañeda](#). Abogado por la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado del Estudio Fernández Gates (Lima, Perú). Asistente de Docencia en la Universidad del Pacífico.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

Muchas veces en la vida cuando no nos llevamos bien con alguien o cuando dos personas no se pueden ni ver, se dice que son como el agua y el aceite. Dicha frase hace referencia a que esas dos personas son incapaces de comunicarse o complementarse.

El presente artículo desarrollará si la misma situación ocurre con dos figuras jurídicas que están ligadas a que el arbitraje sea un mecanismo idóneo para resolver controversias.

Por un lado, el recurso de anulación del laudo arbitral busca que el arbitraje se lleve a cabo sin arbitrariedades y corregir los defectos que se hubiesen dado al momento de desarrollarse el procedimiento.

Por otro lado, el laudo parcial busca que las cuestiones que se pueden resolver con anterioridad del global del conflicto sean resueltas con mayor celeridad y no esperar a que en un laudo final los árbitros se pronuncien sobre todas las pretensiones de las partes en conflicto.

Así, sin perjuicio de que ambas figuras persiguen fines de protección del arbitraje como son que no hayan arbitrariedades y celeridad, ambos podrían considerarse incompatibles. De este modo, si ambas figuras se dan en conjunto, sería como mezclar el agua y el aceite.

En efecto, esto en tanto que resolver un recurso de anulación sobre un laudo parcial, sin que haya una decisión final, puede significar un retraso en el arbitraje, pues se tendría que esperar a que se resuelva el recurso de anulación para que se laude sobre la siguiente etapa del conflicto y además que el conflicto se termine derivando ante las Cortes Estatales, que es lo que justamente se quiere evitar al incluir una cláusula arbitral en un contrato, e incluso obtener una decisión contradictoria a lo establecido por el tribunal arbitral.

A su vez, esperar a que se emita el laudo final para recién solicitar la anulación del laudo parcial puede significar esperar mucho tiempo y que ello termine dañando los derechos de alguna de las partes involucradas en el conflicto, pues tendrían que realizar gastos que pudieron no desembolsar.

De esta manera, el presente artículo explicará de qué manera conviven el laudo parcial y el recurso de anulación del laudo arbitral y de qué modo consideramos deberían convivir. En ese sentido, brindaremos una noción sobre los laudos parciales y su regulación en la Ley General de Arbitraje Peruana (en adelante, “LGA”).

Posteriormente, veremos el modo en que consideramos ambas figuras deben convivir en base a la LGA. Para, finalmente, dar nuestras reflexiones finales y verificar si en efecto el recurso de anulación y los laudos parciales son como el agua y el aceite bajo la legislación arbitral peruana.

Noción de laudo parcial y su vinculación con el recurso de anulación en la ley general de arbitraje peruana

El laudo parcial nace con el propósito de hacer que el trabajo de resolver un determinado conflicto por parte de los árbitros sea más célere, que al final, termina siendo una de las razones por las que los comerciantes pactan una cláusula arbitral en sus contratos. En efecto, como bien explica Fernando Cantuarias²³¹:

[...] la solución de conflictos en la vía arbitral suele ser más rápida que en la judicial, no solo porque los plazos son más breves sino porque, además, los árbitros se dedican a resolver algunos pocos casos, a diferencia de los jueces que tienen que distraer su tiempo entre muchos procesos judiciales.

Así, con la premisa de obtener arbitrajes céleres, los árbitros pueden emitir laudos parciales con el fin que se decidan de manera previa cuestiones globales del conflicto.

²³¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Arbitraje Comercial y de Inversiones. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. p. 8.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

En palabras de Alan Redfern, Martin Hunter, Constantine Partasides & Nigel Blackaby²³², el laudo parcial termina siendo una herramienta de gran utilidad para los árbitros al momento de resolver un conflicto:

La facultad de dictar un laudo parcial o provisional es un arma útil dentro del arsenal de un tribunal arbitral. Un laudo parcial es una manera efectiva de resolver cuestiones que son susceptibles de ser solucionadas durante el transcurso del procedimiento.

En efecto, coincidimos con los mencionados autores en tanto que el laudo parcial es un mecanismo eficiente, pues permite resolver una parte del procedimiento y así ahorrar costos a las mismas partes, dado que de este modo, no tendrían que esperar hasta el final de la controversia para conocer si por ejemplo el tribunal arbitral tenía competencia, para resolver determinada materia o verificar si en realidad existía responsabilidad de una de las partes antes de proceder con la cuantía de los daños.

Del mismo modo, Gino Rivas²³³ establece lo siguiente sobre la utilización de los laudos parciales:

El laudo parcial es un pronunciamiento no completo sobre toda la controversia. Por distintas razones; puede ser conveniente que la controversia- o la competencia sobre la misma- se resuelva de manera secuencial: ciertos aspectos antes que otros. Por ejemplo, el tribunal podría emitir un laudo sobre la competencia como laudo parcial, para luego pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

Así, como indica el citado autor, un caso donde generalmente es utilizado el laudo parcial por parte de los tribunales arbitrales se da cuando se discute una cuestión de jurisdicción, con el fin de verificar si el tribunal arbitral tiene o no competencia para resolver una materia en específico.

Bajo esa perspectiva, el laudo parcial termina por ser un arma útil, pues permite al tribunal arbitral resolver esa cuestión de jurisdicción y evitar que las partes discutan el fondo de la controversia cuando el tribunal arbitral pudiese no tener jurisdicción, con lo cual las partes, si no hubiese existido un laudo parcial, habrían perdido tiempo y dinero, discutiendo un tema para el cual el tribunal arbitral no tenía competencia.

De igual modo, en un caso donde se discuten cuestiones relacionadas a la responsabilidad civil, el laudo parcial es útil en tanto que permite determinar primero los elementos de la responsabilidad; y, con ello, determinar si existe o no una responsabilidad civil. Esto, con el fin que en un segundo laudo se puedan determinar los daños y su cuantía; o, por el contrario, con la emisión del laudo parcial se termine la controversia²³⁴.

Otro caso se da en los arbitrajes de construcción, en el cual los contratistas solicitan ampliaciones de plazo y reconocimiento de costos en base a ciertos eventos. En estos casos, mediante laudos parciales se califican los eventos y quién es el imputable. De este modo, se ahorran horas de trabajos de peritos, siempre que se tenga claro qué eventos son considerados relevantes para las ampliaciones de plazo y reconocimiento de daños. Luego, de elaboradas las pericias se dicta un segundo laudo que establece el nuevo plazo y el quantum de los daños²³⁵.

Así, el laudo parcial termina por ser un arma útil como mencionan los autores citados, pues termina por ahorrar costos en tiempo y en dinero a las partes, puesto que al final no discutirán cuestiones que para juicio del tribunal no tenían competencia o alguna cuestión que pudiese resolverse con anterioridad.

²³² HUNTER, Martin - PARTASIDES, Constantine - REDFERN, Alan - BLACKABY, Nigel. Redfern & Hunter sobre Arbitraje Internacional. Editorial Fogueras. Lima. 2020. p. 793-794.

²³³ RIVAS CASO, Gino, Anulación de Laudos bajo la Ley Modelo UNCITRAL. Volumen 98. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima. 2021. p. 35.

²³⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Comentarios al Artículo 54 de la Ley Peruana de Arbitraje. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2011. p. 605.

²³⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. En: Advocatus N°32. Revista de Derecho Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima. 2016. p. 201.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

No obstante ello, toda arma por mayores utilidades que tenga puede terminar ocasionando mayores problemas de los que buscaba solucionar, y termina por convertirse en un arma de doble filo.

Al respecto, sobre las consecuencias de la utilización de los laudos parciales Mario Reggiardo establece lo siguiente²³⁶:

Imaginemos que una de las partes cuestiona la competencia de los árbitros y éstos desestiman dicha objeción declarándose competentes para conocer la controversia. En caso se admita el recurso de anulación contra laudos parciales, tendríamos dos procesos paralelos: el arbitraje en el que se discute el fondo de la controversia sometida a arbitraje y el proceso judicial en el que se discute la competencia de los árbitros respecto de la controversia que se sigue en el arbitraje. La consecuencia práctica es precisamente aquella que se quería evitar: la participación en paralelo del Poder Judicial.

Del mismo modo, Felipe Osterling y Alfonso Rebaza²³⁷ precisan lo siguiente sobre las consecuencias de la utilización de laudos parciales:

En efecto, con la interposición de un recurso de anulación contra un laudo parcial se podría generar una situación en la cual el recurso de anulación se tramite ante el Poder Judicial, simultáneamente con el arbitraje que todavía tiene pendiente la expedición del laudo definitivo. Asimismo, si una vez emitido el laudo definitivo, la parte que resulte desfavorecida interpusiera un recurso de anulación, dicho recurso se tramitaría de manera independiente al recurso de anulación interpuesto contra el laudo parcial. Tal temperamento determinaría la existencia de recursos de anulación independientes (tanto para el laudo parcial como para el final) que se tramitarían en paralelo, lo cual generaría el riesgo de que el Poder Judicial emita pronunciamientos discordantes contra laudos (parcial y final) provenientes de un mismo arbitraje.

En efecto, el ejemplo desarrollado por los autores antes mencionados es la exacta situación que nos permite observar por qué muchas veces el laudo parcial termina siendo un arma de doble filo, pues si bien su utilidad radica en que las controversias puedan resolverse de un modo más rápido a veces estos efectos no pueden conseguirse y terminan ocasionando el efecto inverso que es un proceso paralelo, teniendo por un lado un proceso judicial y por el otro un arbitraje.

De esta manera, si una parte considera que existe algún defecto que es causal de anulación del laudo puede interponer el recurso de anulación cuando aún no se ha decidido la etapa de méritos en el proceso. De este modo, por buscar celeridad, al final nos terminamos topando con las Cortes Estatales.

Ahora bien, una vez planteada la problemática que enfrenta a los laudos parciales y al recurso de anulación, es necesario plantearnos: (i) ¿Cómo resuelve dicha problemática la LGA? y (ii) ¿la solución planteada por la LGA es eficiente? Estos cuestionamientos nos ayudarán a conocer si en efecto nos encontramos ante una relación como el agua y el aceite.

Al respecto, el primer artículo que hace mención sobre el laudo parcial en la LGA es el artículo 6, que precisa lo siguiente:

Artículo 6.- Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

²³⁶ REGGIARDO SAAVEDRA, Mario, Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú. En: Forseti N° 1. Revista de Derecho Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Lima. 2014. p. 153.

²³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe – REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. En: Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Tomo II. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2023. p. 1313.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

[...] f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

De esta manera, nuestra legislación indica que un “laudo arbitral” será aquel que resuelva de manera parcial la controversia; así como el que resuelve de manera definitiva la controversia. Teniendo ello en consideración, debemos analizarlo de manera conjunta con lo mencionado en los artículos 41.4 y 41.5 de la LGA, que precisan lo siguiente:

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

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 sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Al respecto, al comentar la presente norma de la LGA, Alfredo Bullard²³⁸ precisa lo siguiente:

La norma se refiere a lo que se conoce como un laudo de jurisdicción que, salvo que declare la incompetencia del tribunal o ponga fin definitivamente a la controversia, será un laudo parcial, siendo que el laudo que defina el fondo de la controversia será el laudo final. Si la excepción u objeción es declarada fundada y el arbitraje no puede continuar, el laudo que la resuelve será el laudo final pues pone fin a la controversia ante el Tribunal y puede ser objeto de anulación directamente. Pero si se desestima de manera previa la excepción u objeción esa decisión es un laudo parcial pues va a dictar un laudo final que se pronuncie sobre el fondo. La norma señala en el numeral 4 que no es posible plantear anulación contra este laudo parcial y habrá que esperar al laudo final para cuestionar recién la decisión de jurisdicción (...) En consistencia con la misma lógica la segunda parte del numeral 5 señala que, si la decisión declara fundada la excepción u objeción sólo respecto de ciertas materias e infundada en otras, continúa el arbitraje y la decisión recién puede ser cuestionada cuando se dicte el laudo final.

A su vez, Fernando Cantuarias²³⁹ explica lo siguiente sobre los supuestos contenidos en los incisos 4) y 5) del artículo 41 de la LGA:

Las únicas excepciones al recurso inmediato de anulación contra un laudo se encuentran dispuestas en los incisos 4) y 5) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje. En efecto, el inciso 4) establece que si el tribunal arbitral desestima una impugnación a su competencia como cuestión previa (es decir, emite un laudo parcial), esta decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación cuando se resuelva definitivamente el fondo de la controversia. Por su parte, el inciso 5) dispone que si el tribunal arbitral como cuestión previa ampara solo parcialmente la excepción de incompetencia (es decir, dicta un laudo parcial), dicha decisión sólo podrá ser impugnada en anulación luego de que se emita el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

De este modo, la normativa peruana plantea un régimen claro para la aplicación del recurso de anulación para laudos parciales, estableciendo que el mismo solo puede interponerse una vez conocida la decisión que resuelve el

²³⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. En: *Advocatus* N°32. Revista de Derecho Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima. 2016. p. 200.

²³⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Comentarios al Artículo 54 de la Ley Peruana de Arbitraje. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2011. p. 607.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

laudo arbitral, siendo que si la excepción previa es amparada, el laudo que se dicta es el laudo que resuelve la controversia y en ese momento se puede plantear el recurso de anulación.

Por otra parte, si el arbitraje sigue para algunas o para todas las materias, recién se podrá interponer el recurso de anulación sobre el laudo parcial una vez el tribunal arbitral emita el laudo definitivo que resuelve la controversia.

Así, si el laudo parcial resuelve una cuestión previa de jurisdicción y los árbitros deciden que son competentes para resolver la controversia, sólo se podrá interponer sobre ese laudo de jurisdicción un recurso de anulación una vez haya emitido el laudo final que resuelve la controversia. Por otra parte, si los árbitros deciden que no tienen competencia, entonces ese será el laudo final y se podrá interponer el recurso de anulación del laudo arbitral.

De este modo, la LGA ha establecido un criterio similar, pues una vez emitido el laudo parcial, este solo podrá cuestionarse al final del arbitraje, no en el transcurso del mismo arbitraje, con ello se evita que exista un proceso paralelo.

Ahora bien, por qué nuestro legislador ha decidido dicha solución, optando por hacer que las partes tengan que esperar hasta el final de la controversia para recién plantear un recurso de anulación.

A nuestro criterio, esto tiene que ver con el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, que como bien explica Roger Rubio²⁴⁰, hace referencia a que la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas al convenio arbitral. De este modo, debe esperarse la decisión en un primer momento del tribunal arbitral junto con su decisión de fondo para recién cuestionarla.

Así, si el tribunal arbitral estableció que tiene competencia, debe dejarse que termine con la emisión del laudo final para recién cuestionarlo, de lo contrario no se estaría respetando de manera plena el principio *kompetenz-kompetenz*, pues si el tribunal arbitral decide sobre su competencia no debe tener impedimentos para ver el fondo. Por ende, si una parte decide cuestionar dicha competencia, debe ser al final del procedimiento y no en el medio, pues ello terminará dilatando el proceso.

No obstante, consideramos que la norma es clara y que la interpretación del legislador fue la acertada, surgen inconvenientes, como bien explica Alfredo Bullard *“El efecto es que siempre se plantean anulaciones contra los laudos parciales para evitar una interpretación posterior según la cual se ha vencido el plazo para interponer dicho recurso. Ello genera dilaciones e incertidumbre.”*²⁴¹

No podríamos estar más de acuerdo con el autor antes citado, al final la interpretación de las partes en conflicto sobre la norma termina siendo la incorrecta y es que la incertidumbre es evidente, si espero al final del arbitraje, se podría interpretar que se perdió el plazo o que estuve de acuerdo con que los árbitros tienen jurisdicción, pues la causal apareció en un momento anterior.

Por ello, la aplicación de la norma genera una notaría incertidumbre e inseguridad jurídica, pues primero una parte no sabe si porque no reclamo en el momento en que la causal apareció, es decir, con la emisión del laudo parcial, será de aplicación el artículo 11 de la LGA²⁴², que hace referencia a la renuncia a objetar el laudo arbitral por una circunstancia que pudo conocer con anterioridad.

²⁴⁰ RUBIO GUERRERO, Roger, Comentarios al Artículo 41 de la Ley Peruana de Arbitraje. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2011. p. 478.

²⁴¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. En: Advocatus N°32. Revista de Derecho Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima. 2016. p. 201.

²⁴² Artículo 11 LGA: 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.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

A su vez, otro problema es que el artículo solo se refiere a cuestiones de jurisdicción, no a cuestiones de fondo, como son determinar primero la existencia de una responsabilidad civil y luego determinar los daños o en un caso donde se discutan dos cuestiones de fondo vinculadas entre sí y no temas de jurisdicción.

Ante ello, consideramos que debe existir un método evidente, que nos ayude a resolver dicha clase de cuestiones y que no se obtengan inseguridades y no nos dé una combinación que implique que el laudo parcial y el recurso de anulación sean como el agua y el aceite, sino siempre tendremos la misma consecuencia que las partes planteen el recurso de anulación con el laudo parcial y no de modo posterior, incluso si nos encontramos ante un laudo de jurisdicción.

¿Cómo debe funcionar la vinculación entre el laudo parcial y el recurso de anulación del laudo arbitral?

Como hemos señalado en la sección anterior, la regulación peruana no termina de aclarar un problema y es si se podría interponer un recurso de anulación cuando el laudo parcial no se pronuncie sobre un tema de jurisdicción, sino sólo sobre aspectos de fondo.

Además, la segunda cuestión es si no plantear el recurso de anulación contra un laudo parcial de jurisdicción implica una renuncia a objetar tal y como está concebido en la LGA, pues el defecto de procedimiento que daría inicio al recurso de anulación se conoció en una oportunidad anterior a la emisión del laudo final.

¿Se puede plantear un recurso de anulación contra un laudo parcial cuando el laudo parcial no sea de jurisdicción?

Como hemos mencionado anteriormente, los incisos 4 y 5 del artículo 41 no se pronuncian sobre el presente tema, pues solo hacen mención de “excepciones u objeciones”, que se refieren a cuestiones de forma o de jurisdicción, que son las situaciones donde se tiene que esperar al final del laudo arbitral para recién plantear un recurso de anulación.

A nuestra consideración, en una situación donde, por ejemplo, no se discute la competencia del tribunal arbitral o ya se emitió un primer laudo parcial y donde luego el tribunal arbitral ha decidido sobre una cuestión de fondo como por ejemplo, los elementos de responsabilidad civil o las causales del derecho de separación de un accionista, consideramos que sí se debería dejar que una parte plantee en ese momento su recurso de anulación. Ello por dos motivos:

El primer motivo es porque si una decisión del Tribunal Arbitral es inmediatamente ejecutable, entonces no tiene sentido esperar hasta que se emita el laudo definitivo para ejecutarse la decisión²⁴³. Así, como bien menciona Alfredo Bullard²⁴⁴:

Mi propuesta fue que la posibilidad de anular o no un laudo parcial dependía de su ejecutabilidad inmediata. Si el laudo parcial es ejecutable una vez dictado debería ser susceptible de anulación, así no haya dictado el laudo final. Por el contrario, si el laudo parcial por su naturaleza no es ejecutable entonces debería esperarse al dictado del laudo final para plantear la anulación.

²⁴³ GUZMÁN TUESTA, Nicolás, ¿Y dónde quedó el recurso de anulación contra el laudo parcial? La posibilidad de interponer un recurso de anulación contra un laudo parcial según la Ley de Arbitraje peruana. 2025. Disponible en: <https://polemos.pe/y-donde-quedo-el-recurso-de-anulacion-contra-el-laudo-parcial-la-posibilidad-de-interponer-un-recurso-de-anulacion-contra-un-laudo-parcial-segun-la-ley-de-arbitraje-peruana/>

²⁴⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, Algunas consideraciones sobre el laudo arbitral y el recurso de anulación. En: *Advocatus* N°32. Revista de Derecho Editada por los Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima. 2016. p. 200.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

Por ello, si la decisión es inmediatamente ejecutable, es decir que sobre las consideraciones hechas por el tribunal arbitral puedan existir efectos que se pueden ejecutar, como son que una parte sufrió daños y necesita demostrarlo o que un accionista pueda demostrar que ejerció de manera correcta su separación, no vemos inconvenientes para que se ejecute ese laudo parcial, pues los otros temas que son la cuantía a pagar por daños o el pago de las acciones se pueden ejecutar en un momento posterior. De este modo, si hay pretensiones independientes y que se pueden ejecutar, no tiene sentido esperar hasta el laudo arbitral definitivo.

Sin embargo, consideramos que al igual que lo mencionado anteriormente por Alfredo Bullard ello no es posible y es necesario un cambio normativo.

Sobre el presente aspecto es de similar opinión en el mismo sentido Felipe Osterling y Alfonso Rebaza²⁴⁵:

Cabe señalar que en los supuestos no previstos en los incisos 4) y 5) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando la parte afectada presente recurso de anulación, sería razonable que el Poder Judicial suspende la tramitación de dicho recurso hasta que se interponga el recurso de anulación contra el laudo final, para lo cual se deberán acumular todos los recursos de anulación interpuestos a efectos de ser resueltos de manera conjunta.

Sin embargo, si bien la norma no se pronuncia sobre temas de fondo. A nuestra consideración, la Jurisprudencia peruana ha aceptado que también una parte debe esperar al final de la controversia para recién en ese momento plantear el recurso de anulación del laudo cuando se traten de temas de fondo solamente²⁴⁶:

(...) cuando se amparan las excepciones sobre determinadas materias, las actuaciones arbitrales continúan sobre las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada una vez emitido el laudo que resuelve definitivamente la controversia. (...) Las reglas de la citada disposición hacen que deba desestimarse la excepción (...) por lo siguiente; i) el laudo parcial sub litis ha estimado la excepción (...) respecto de varias pretensiones y la ha desestimado únicamente sobre otras pretensiones; (...) iii) así las cosas, se verifica en autos que se configuran los supuestos del artículo 41.5, pues el laudo parcial ha estimado la excepción (...) sobre determinadas materias y la ha desestimado otras pretensiones, las mismas que han sido resueltas (amparadas) en el laudo final; y iv) en consecuencia, la anulación del laudo arbitral parcial sólo podrá proponerse una vez emitido el laudo final, como se ha hecho en autos.

De este modo, sobre el primer motivo, consideramos que en la actualidad no es posible que se pueda plantear un recurso de anulación sobre temas de fondo antes de la emisión del laudo definitivo, pero que sí debería estar permitido para cuestiones de ejecución inmediata.

El segundo motivo por el que consideramos que si bien no es posible en la actualidad sí debería permitirse que una parte solicite el recurso de anulación del laudo parcial sobre cuestiones que no sean de jurisdicción, es que el recurso de anulación no debe entrar a ver cuestionamientos de fondo, pues ha sido ideado para solo ver casuales vinculadas al procedimiento y no una apelación que se pronunciará sobre el fondo.

En efecto, si existe un defecto en el procedimiento como que el tribunal no tiene jurisdicción, entonces el principio *Kompetenz-Kompetenz* es de aplicación y hace que las partes deban esperar hasta el final del arbitraje para recién presentar su recurso de anulación.

De este modo, por ambos motivos si bien a la fecha no es posible plantear un recurso de anulación de laudo parcial, consideramos que sí debe permitirse que se pueda plantear un recurso de anulación sobre laudo parcial en cuestiones de fondo, siempre que sean de ejecución inmediata y en tanto que el recurso de anulación no sirve para dar un segundo pronunciamiento, sino solo para ver defectos de formales del procedimiento.

²⁴⁵ OSTERLING PARODI, Felipe – REBAZA GONZÁLEZ, Alfonso. Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. En: Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Tomo II. Instituto Peruano de Arbitraje. Lima. 2023. p. 1314.

²⁴⁶ Expediente N° 00404-2021-0-1817-SP-CO-01. Pág. 116.

¿Cómo el agua y el aceite?: La problemática de la aplicación del recurso de anulación a los laudos parciales desde la Ley de Arbitraje Peruana

¿Si una parte no plantea el recurso de anulación cuando se ha emitido un laudo parcial, esa parte está renunciando a objetar?

De acuerdo con el artículo 11 de la LGA si una parte conociendo o debiendo conocer que se ha infringido una norma de la LGA o del reglamento aplicable y no objeta, se considera que renuncia a su derecho a objetar el laudo por dichas circunstancias.

Al respecto, vinculando el presente problema al recurso de anulación de laudos parciales, consideramos que una parte que no plantea el recurso de anulación no está renunciando a su derecho a objetar el laudo emitido por el tribunal arbitral, pues los artículos 41.4 y 41.5 sirven como una excepción a la regla establecida por la propia normativa, es decir, dado que el propio artículo 41.4 y 41.5 establecen que el recurso se plantea una vez se emita el laudo definitivo, una parte que se considera afectada por el laudo arbitral, no está renunciando a su derecho a objetar.

No obstante, si consideramos que en más de una oportunidad esta discusión sale a la luz y las partes en un arbitraje plantean de manera inmediata a la emisión del laudo parcial, el recurso de anulación del laudo, que es un error, pues debe seguirse el lineamiento del artículo 41.4. y 41.5, que establecen que es al final del arbitraje.

Ante ello, la norma debe ser más precisa, estableciéndose con claridad que nos referimos a laudos parciales y no “objeciones y excepciones”, con ello, también se evitarán conductas que tienden a dilatar el proceso, creando procesos paralelos, dilatando el conflicto y haciendo a las partes perder en dinero y en tiempo.

Reflexiones finales: ¿Estamos ante una relación como el agua y el aceite?

Como se puede observar tanto el recurso de anulación y el laudo parcial son dos herramientas útiles. El primero para evitar arbitrariedades en el procedimiento y el segundo para que el arbitraje sea más célere.

De este modo, ambas figuras tienen vinculación cuando se emite un laudo parcial, pues de acuerdo con la LGA solo se podrá pronunciar sobre el fondo, una vez exista un laudo definitivo. Esta medida sirve para proteger el principio *kompetenz-kompetenz* pues si los árbitros ya decidieron que tienen competencia deben terminar de analizar todo el procedimiento, lo contrario implicaría dilatar el procedimiento arbitral.

Por otra parte, no vemos argumento para sostener que no se pueda permitir el recurso de anulación sobre cuestiones que son de ejecución inmediata, ello porque no tiene sentido esperar el pronunciamiento final y además porque el recurso de anulación no es similar a uno de apelación donde se revisará el fondo de lo decidido.

Por otro lado, consideramos que el hecho de plantear un recurso de anulación, una vez emitido el laudo parcial no genera de ninguna manera una renuncia a objetar el laudo arbitral, pues ello sería contrario al artículo 41.4 y 41.5 de la LGA, que establecen que el recurso se plantea una vez emitido el laudo arbitral que resuelve de manera definitiva el conflicto.

Por ende, no consideramos que estemos ante una relación como el agua y el aceite, pero si una relación que debe mejorarse para que no existan cuestionamientos y establecerse que para cuestiones de ejecución inmediata debe poder interponerse un recurso de anulación con el fin de evitar que se dilate el proceso arbitral

LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES EN ARBITRAJES MARÍTIMOS ANTE LOS DESAFÍOS CLIMÁTICOS

*Laura Patricia Romero y Pino*²⁴⁷

Resumen: El presente artículo analiza cómo los tribunales arbitrales, en especial los constituidos bajo el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), han interpretado y aplicado la noción de “circunstancias especiales” en los procesos de delimitación marítima. A diferencia de la Corte Internacional de Justicia, cuyo enfoque ha sido mayormente restrictivo y geográfico, los árbitros han desarrollado una práctica más flexible y funcional, integrando factores socioeconómicos, estratégicos y de seguridad. Este estudio sostiene que dicha apertura metodológica convierte al arbitraje en un espacio idóneo para proyectar una evolución hacia la equidad sustantiva, capaz de responder a los desafíos que plantea el cambio climático. Con base en la revisión de casos relevantes —como *Guinea/Guinea-Bissau* (1985), *Eritrea/Yemen* (1999) y *Barbados/Trinidad y Tobago* (2006)—, el trabajo propone una tipología de “circunstancias especiales climáticas”, que incluiría fenómenos como la erosión costera, el hundimiento de islas y la pérdida de recursos marinos esenciales. Finalmente, se sugiere que el arbitraje marítimo, por su flexibilidad interpretativa y su vocación equitativa, puede consolidarse como un laboratorio jurídico para integrar la variable ambiental sin comprometer la coherencia y la estabilidad del derecho del mar.

Abstract: *This article examines how arbitral tribunals, particularly those established under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), have interpreted and applied the notion of “special circumstances” in maritime delimitation. Unlike the International Court of Justice, whose approach has been mainly restrictive and geography-oriented, arbitral tribunals have adopted a more flexible and functional practice, incorporating socio-economic, strategic, and security factors. The study argues that such methodological openness makes arbitration a suitable venue for developing a form of substantive equity capable of addressing the challenges posed by climate change. Based on a review of key arbitral precedents —such as *Guinea/Guinea-Bissau* (1985), *Eritrea/Yemen* (1999), and *Barbados/Trinidad and Tobago* (2006)— the paper proposes a typology of “climatic special circumstances,” including coastal erosion, island submersion, and the loss of vital marine resources. It concludes that maritime arbitration, due to its interpretative flexibility and equitable orientation, may serve as a legal laboratory for integrating environmental considerations without undermining the coherence and stability of the law of the sea.*

I. INTRODUCCIÓN

La delimitación marítima constituye uno de los ámbitos más complejos y sensibles del derecho internacional contemporáneo. A partir de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“CONVEMAR”), los artículos 15, 74 y 83 establecieron la obligación de alcanzar una “solución equitativa” en la determinación de los espacios marítimos. Para cumplir ese mandato, los textos convencionales recurren a una noción abierta: la existencia de “circunstancias especiales” que permiten ajustar o apartarse del método equidistante cuando la equidad lo exige. Sin embargo, la falta de definición precisa de este concepto ha generado un amplio margen de interpretación judicial y arbitral.

Tradicionalmente, la Corte Internacional de Justicia ha tratado las circunstancias especiales desde una perspectiva predominantemente geográfica, vinculando su aplicación a la configuración de las costas o a la presencia de islas menores. En cambio, los tribunales arbitrales constituidos bajo el Anexo VII de la CONVEMAR han demostrado una capacidad mayor para adaptar el principio de equidad a contextos funcionales y materiales. Esta flexibilidad ha

²⁴⁷ Estudiante de décimo semestre de la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana, campus Guadalajara. Se desempeñó como pasante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue vicepresidenta de la Sociedad de Investigación Jurídica UP y miembro del Comité de Edición de la Revista Perspectiva Jurídica UP. Participó en competencias internacionales como la Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition y la International Arbitration Competition (UBA). Su formación y experiencia se centraron en el Derecho Internacional Público, el Derecho del Mar y el Arbitraje Internacional.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

permitido considerar elementos socioeconómicos, de seguridad y de dependencia marítima que trascienden los límites estrictamente geométricos de la delimitación.

Casos como *Guinea/Guinea-Bissau* (1985), *Eritrea/Yemen* (1999) y *Barbados/Trinidad y Tobago* (2006) evidencian esta tendencia arbitral hacia una equidad sustantiva. En ellos, los árbitros reconocieron que la justicia en la delimitación no se agota en el trazado de una línea, sino que requiere ponderar la manera en que los Estados costeros utilizan y dependen del mar para su supervivencia económica y estratégica. De este modo, el arbitraje marítimo se ha consolidado como un espacio de innovación metodológica, capaz de incorporar matices funcionales que complementan la rigidez de la jurisprudencia judicial.

El presente artículo se propone examinar cómo los tribunales arbitrales han interpretado y aplicado la noción de circunstancias especiales en el marco del derecho del mar, y en qué medida dicha práctica puede proyectarse hacia la incorporación de factores climáticos en futuras delimitaciones. Se sostiene que el arbitraje, por su flexibilidad procesal y metodológica, ofrece un terreno fértil para desarrollar una lectura funcional y climática del principio de equidad.

En un contexto en el que la erosión costera, el hundimiento de islas y la pérdida de recursos marinos afectan de forma directa las fronteras y los derechos soberanos, resulta imperativo reconsiderar el alcance de las circunstancias especiales. Este trabajo plantea que los efectos del cambio climático pueden configurarse como una nueva categoría de circunstancias relevantes, cuyo reconocimiento permitiría garantizar la equidad sustantiva y la estabilidad jurídica del sistema marítimo internacional.

II. Marco jurídico y doctrinal del arbitraje marítimo

A. Fundamento normativo

El arbitraje constituye uno de los mecanismos principales de solución de controversias previstos en el artículo 287 de la CONVEMAR. Dicho precepto permite a los Estados elegir, entre varios foros jurisdiccionales, la instancia que consideren más adecuada para resolver sus disputas. Cuando no existe acuerdo previo o una elección coincidente, el procedimiento arbitral bajo el Anexo VII se activa automáticamente, garantizando que ninguna controversia sobre la interpretación o aplicación de la Convención quede sin un medio obligatorio de arreglo.

El Anexo VII establece las reglas básicas de composición, competencia y procedimiento de los tribunales arbitrales. Estos órganos, integrados por cinco miembros independientes, gozan de amplia discrecionalidad para determinar su propio reglamento, aplicando la CONVEMAR, el derecho internacional general y los principios de equidad. Su independencia y flexibilidad han hecho del arbitraje un foro preferente para controversias marítimas sensibles, en especial aquellas relacionadas con delimitaciones de zonas económicas exclusivas y plataformas continentales.

Los artículos 15, 74 y 83 de la CONVEMAR imponen la obligación de alcanzar una “solución equitativa” al determinar las fronteras marítimas entre Estados con costas adyacentes o frente a frente. Para ello, la Convención introduce la noción de “circunstancias especiales” como elemento modulador del principio de equidistancia. La ausencia de una definición normativa expresa otorga a los tribunales un margen interpretativo sustancial.

Esta flexibilidad ha permitido a los árbitros adaptar el método de delimitación a las particularidades de cada caso. Así, la “circunstancia especial” no se concibe como una excepción aislada, sino como un instrumento de corrección equitativa. Tal interpretación responde al objetivo general de la Convención: equilibrar la certeza jurídica con la justicia material en la distribución de los espacios marítimos.

B. Doctrina relevante sobre el arbitraje marítimo

El arbitraje marítimo se consolidó como un medio eficaz para resolver disputas en la delimitación marítima. Su estructura ad hoc, bajo el Anexo VII de la CONVEMAR, permite seleccionar árbitros con formación técnica y

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

adaptar el procedimiento a las características del caso. Esta flexibilidad procesal y sustantiva lo diferencia de la Corte Internacional de Justicia, donde el precedente y la formalidad limitan la innovación jurídica.

David D. Caron describe el arbitraje como un mecanismo intermedio entre la negociación política y la jurisdicción judicial²⁴⁸. En él, los árbitros combinan la aplicación de normas jurídicas con elementos técnicos, como la geomorfología costera o la dinámica de los recursos marinos. La equidad no se reduce a una noción abstracta: funciona como criterio operativo para evaluar los efectos materiales de una delimitación.

Ted L. McDorman coincide en que el arbitraje ha sido el escenario más apropiado para transformar la equidad en una herramienta práctica²⁴⁹. Los árbitros no se limitan a aplicar la equidistancia mecánicamente, sino que consideran factores que influyen en la justicia del resultado, como la configuración de las costas, la longitud relativa y la dependencia de los Estados respecto del mar.

Malcolm N. Shaw subraya que la equidad en el derecho del mar no implica dividir espacios en proporciones iguales, sino asegurar que el resultado sea razonable según las circunstancias²⁵⁰. En su análisis, la equidad exige una lectura contextual del territorio y de los intereses involucrados, especialmente en zonas con alta interdependencia económica.

Yoshifumi Tanaka sostiene que el arbitraje marítimo ofrece la oportunidad de incorporar factores humanos y funcionales dentro del concepto de “circunstancias especiales”²⁵¹. Para el autor, el enfoque arbitral ha sido más receptivo a reconocer dependencias pesqueras, riesgos de seguridad y otros elementos materiales que condicionan la equidad sustantiva.

Robin Churchill y Alan Lowe destacan que esta evolución doctrinal demuestra una transición desde una equidad geométrica —centrada en las líneas costeras— hacia una equidad sustantiva, que busca equilibrar necesidades reales y estabilidad jurídica²⁵². Según los autores, el arbitraje ha contribuido a mantener la coherencia del sistema al mismo tiempo que amplía su capacidad de adaptación frente a nuevas realidades.

La doctrina converge en que el arbitraje marítimo ha permitido avanzar hacia una interpretación práctica del principio de equidad. Este enfoque otorga relevancia a factores materiales y funcionales, sin romper la previsibilidad del Derecho del Mar. Esta base doctrinal justifica el uso del arbitraje como vía para integrar, en el futuro, circunstancias ambientales y climáticas dentro del marco de las delimitaciones marítimas. En consecuencia, la práctica arbitral refuerza la idea de que la equidad es un principio dinámico, que integra criterios jurídicos, técnicos y económicos con el fin de garantizar un reparto equilibrado de los espacios marítimos.

III. El arbitraje y la evolución del método tripartito

A. El método tripartito en la práctica arbitral

Los tribunales arbitrales han seguido una estructura común en la delimitación marítima. Este modelo, conocido como método tripartito, consiste en tres etapas: (i) el trazado de una línea equidistante provisional; (ii) el ajuste por circunstancias especiales o pertinentes; y (iii) la verificación de proporcionalidad entre las costas y las áreas asignadas.

²⁴⁸ CARON, David D., “Sea level rise and the law of the sea”, en BOYLE, Alan - FREESTONE, David (Eds.), *International law and sustainable development: past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 117–140, p. 130.

²⁴⁹ MCDORMAN, Ted L., “Maritime boundary delimitation”, en ROTHWELL, Donald R. - ELFERINK, Alex G. Oude (Eds.), *The Oxford handbook of the law of the sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 467–488, p. 472.

²⁵⁰ SHAW, Malcolm N., *International law*, 9ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p. 507.

²⁵¹ TANAKA, Yoshifumi, *The international law of the sea*, 2ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 140–150.

²⁵² CHURCHILL, Robin R. – LOWE, Alan V., *The law of the sea*, 3ª ed., Manchester University Press, Manchester, 1999, p. 108.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

El método busca garantizar resultados equitativos sin alterar la coherencia del derecho del mar. Su origen se consolidó en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, pero su aplicación práctica y flexible proviene en gran medida de los tribunales arbitrales constituidos bajo el Anexo VII de la CONVEMAR. Estos tribunales adoptaron la estructura tripartita, pero la adaptaron a contextos específicos, introduciendo consideraciones funcionales y materiales.

Se puede observar que el arbitraje ha permitido convertir la equidad en un instrumento verificable mediante criterios técnicos, en lugar de dejarla como un concepto abierto²⁵³. De esa manera, la equidad se aplica como una metodología concreta de revisión, no como un argumento político o moral.

B. Innovaciones arbitrales

La práctica arbitral ha desempeñado un papel decisivo en la consolidación del método tripartito para la delimitación marítima. A través de los laudos dictados bajo el Anexo VII de la CONVEMAR, los tribunales arbitrales han mostrado una capacidad singular para adaptar los principios tradicionales de equidistancia y equidad a circunstancias concretas de orden geográfico, económico y funcional. Esta línea evolutiva puede apreciarse con claridad en los casos *Guinea/Guinea-Bissau* (1985), *Eritrea/Yemen* (1999) y *Barbados/Trinidad y Tobago* (2006), los cuales ilustran el tránsito desde una equidad esencialmente geométrica hacia una equidad sustantiva.

En el arbitraje entre *Guinea* y *Guinea-Bissau*, el tribunal se enfrentó a una controversia en torno a la interpretación de la Convención Franco-Portuguesa de 1886, que no establecía una frontera marítima clara entre las antiguas colonias. Las partes solicitaban al tribunal determinar el límite marítimo aplicable conforme al derecho internacional. En su análisis, el tribunal concluyó que el acuerdo de 1886 no fijaba una delimitación marítima y que, en consecuencia, debía recurrirse a los principios generales del derecho del mar. Tras examinar la configuración de la costa de África Occidental, el tribunal reconoció la existencia de un mismo margen continental y destacó la necesidad de mantener la proporcionalidad entre la extensión de las costas y las áreas atribuidas a cada Estado. La decisión rechazó una aplicación automática de la equidistancia y propuso una línea basada en paralelos de latitud, inspirada en la configuración regional. Al justificar esta elección, el tribunal afirmó que la equidad no se agotaba en la precisión geométrica, sino que debía reflejar un equilibrio material entre las partes, teniendo en cuenta los intereses de pesca y la continuidad natural del margen continental²⁵⁴. Este laudo representó un punto de inflexión, pues por primera vez se reconocía explícitamente que los factores socioeconómicos (como la dependencia pesquera y la unidad funcional de las costas) podían incidir en la delimitación marítima.

Casi quince años después, el tribunal arbitral constituido en el caso *Eritrea/Yemen* amplió esta visión funcional. Tras resolver en una primera fase la soberanía sobre un conjunto de islas del Mar Rojo, el tribunal debía delimitar en la segunda fase la frontera marítima entre ambos Estados. El contexto geográfico era complejo: una cadena de islas e islotes separaba las costas continentales de Eritrea y Yemen, situadas en aguas estrechas y de intensa actividad pesquera. En su razonamiento, el tribunal reconoció que las condiciones físicas del Mar Rojo (estrecho, con numerosos archipiélagos intermedios y comunidades dependientes de la pesca artesanal) impedían aplicar de manera automática el principio de equidistancia. En su lugar, consideró que una línea de equilibrio debía reflejar la coexistencia histórica de las poblaciones ribereñas y la necesidad de preservar sus prácticas de pesca tradicionales²⁵⁵. El tribunal afirmó que “ninguna delimitación puede considerarse equitativa si destruye un modo de vida basado en el uso compartido de las aguas”²⁵⁶, integrando así un componente humano y funcional al concepto de circunstancias

²⁵³ MCDORMAN, Ted L., “Maritime boundary delimitation”, en ROTHWELL, Donald R. - ELFERINK, Alex G. Oude (Eds.), *The Oxford handbook of the law of the sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 467–488, p. 478.

²⁵⁴ Tribunal Arbitral, “Delimitation of the Maritime Boundary between the Republic of Guinea and the Republic of Guinea-Bissau”, 14/02/1985, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XIX, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, pp. 149–196, párrs. 88–90.

²⁵⁵ Tribunal Arbitral, “Eritrea/Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation)”, 17/12/1999, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXII, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, párrs. 98–102.

²⁵⁶ Tribunal Arbitral, “Eritrea/Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation)”, 17/12/1999, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXII, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, párr. 102.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

especiales. Además, reconoció expresamente el derecho a mantener un “régimen pesquero tradicional”, destacando que la equidad debía tener en cuenta no sólo las formas de la costa, sino también los intereses vitales de las comunidades afectadas²⁵⁷. Con esta decisión, el arbitraje incorporó por primera vez un criterio socioeconómico y cultural dentro de la estructura tripartita, reforzando la dimensión sustantiva de la equidad en la delimitación marítima.

El arbitraje *Barbados/Trinidad y Tobago* (2006) confirmó esta evolución metodológica. La controversia giraba en torno a la delimitación de una frontera única entre las zonas económicas exclusivas y las plataformas continentales de ambos Estados. El tribunal reconoció la aplicación del método tripartito: trazó una línea equidistante provisional, examinó posibles circunstancias relevantes y verificó que el resultado no produjera una desproporción manifiesta. Sin embargo, el aspecto más innovador del laudo fue la consideración de factores funcionales ligados a la pesca y la economía costera. Barbados alegó su dependencia del recurso del “pez volador”, esencial para la subsistencia de sus pescadores, y sostuvo que la equidad exigía ajustar la línea a fin de garantizar acceso razonable a esa pesquería. Aunque el tribunal no aceptó modificar sustancialmente la delimitación, sí reconoció que las actividades pesqueras podían constituir un elemento funcional relevante en la valoración de la equidad²⁵⁸. En los párr. 248 y 249 del laudo, el tribunal sostuvo que la equidad debía apreciarse en relación con “las circunstancias geográficas y la interacción humana con el mar”, una fórmula que amplió el marco interpretativo de las circunstancias especiales más allá de los factores puramente físicos.

En conjunto, estos tres arbitrajes consolidaron una doctrina de delimitación que entiende la equidad como una estructura dinámica. El caso *Guinea/Guinea-Bissau* introdujo la proporcionalidad regional y la dependencia pesquera como factores moduladores; *Eritrea/Yemen* añadió la consideración de las prácticas tradicionales y la seguridad de las comunidades marítimas; y *Barbados/Trinidad y Tobago* integró el uso funcional del mar como indicador de equilibrio económico. De esta forma, el arbitraje internacional pasó a concebir las “circunstancias especiales” no sólo como accidentes geográficos, sino como realidades socioeconómicas que condicionan la justicia del resultado. Esta transición metodológica permite afirmar que la equidad, en la práctica arbitral, ha evolucionado desde un criterio geométrico hacia una equidad sustantiva y contextual, abierta a integrar factores materiales y humanos. En perspectiva, esta misma lógica ofrece una base conceptual para reconocer, en el futuro, las circunstancias climáticas como una nueva categoría dentro de la noción de “circunstancias especiales”, vinculando directamente el principio de equidad con la sostenibilidad y la estabilidad del Derecho del Mar.

a. Matices jurisprudenciales en torno a las “circunstancias especiales”

Una de las principales divergencias entre órganos jurisdiccionales radica en la interpretación y peso asignado a las circunstancias pertinentes. Aunque todos los tribunales reconocen que la equidistancia puede ser modificada, difieren en qué factores justifican un ajuste. La Corte Internacional de Justicia ha sido más restrictiva en cuanto al reconocimiento de estas circunstancias. En *Cameroon v. Nigeria* (2002) y *Ghana v. Côte d'Ivoire* (TIDM, 2017), reafirmó que las irregularidades costeras, por sí solas, no justifican necesariamente una modificación de la línea de equidistancia. En cambio, tribunales arbitrales como en *Bangladesh v. India* (2014) o *Guinea v. Guinea-Bissau* (1985) han adoptado una visión más amplia, considerando aspectos geométricos, funcionales e incluso socioeconómicos²⁵⁹.

²⁵⁷ Tribunal Arbitral, “Eritrea/Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation)”, 17/12/1999, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXII, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, párr. 107.

²⁵⁸ Tribunal Arbitral, “Barbados/Trinidad and Tobago Arbitration”, 11/04/2006, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, párrs. 248–249.

²⁵⁹ Corte Internacional de Justicia (CIJ), “Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)”, Sentencia de 10 de octubre de 2002, Recueil des Arrêts, 2002, párrs. 288–306; Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), “Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean”, Sentencia de 23 de septiembre de 2017, párrs. 289–328; TRIBUNAL Internacional del Derecho del Mar (TIDM), “Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal”, Sentencia de 14 de marzo de 2012, párrs. 323–340; TRIBUNAL ARBITRAL, “Delimitation of the Maritime Boundary

Esto se explica, en parte, por el mandato de cada órgano: mientras la CIJ privilegia la estabilidad y continuidad de su jurisprudencia general, los tribunales arbitrales pueden responder con mayor flexibilidad a las particularidades de cada controversia, especialmente cuando están facultados por acuerdos específicos entre las partes

IV. Tipos de circunstancias especiales reconocidas por los árbitros

A. Factores geográficos

Los factores geográficos siguen siendo el fundamento clásico de la noción de circunstancias especiales. La forma de las costas, la existencia de islas menores o la presencia de bahías y promontorios son elementos que, desde los primeros casos, han influido directamente en la delimitación. Según Tanaka, la configuración costera “*es el factor más recurrente en la práctica judicial y arbitral, porque determina el punto de partida del trazado equitativo*”²⁶⁰.

En el caso Guinea/Guinea-Bissau, el tribunal reconoció que la marcada concavidad del litoral podía distorsionar el efecto de la equidistancia, optando por una línea paralela al ecuador que preservara la proporcionalidad entre costas y áreas marítimas²⁶¹. Posteriormente, en Bangladesh/Myanmar, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar reiteró que la equidistancia solo produce un resultado equitativo cuando las costas presentan proporciones comparables; de lo contrario, debe ajustarse para evitar un efecto de “encierro” geográfico²⁶². Estos ejemplos muestran que la equidad no depende únicamente de la geometría, sino del impacto real que la costa ejerce sobre la proyección marítima.

B. Factores funcionales y socioeconómicos

Los tribunales arbitrales han incorporado factores funcionales y socioeconómicos como elementos complementarios de la equidad. Estos factores se relacionan con la dependencia de los recursos marinos, las actividades económicas costeras y el uso histórico del espacio marítimo. Para Tanaka, tales consideraciones “*no alteran la base jurídica de la delimitación, pero pueden servir como guía para ajustar el resultado cuando los intereses vitales de los Estados dependen directamente del mar*”²⁶³.

En Guinea/Guinea-Bissau, el tribunal tuvo en cuenta la importancia de las pesquerías para las economías locales. Barbados/Trinidad y Tobago amplió este enfoque al reconocer que la equidad debía considerar la relación funcional de las comunidades con el mar, aunque sin desplazar la metodología tripartita²⁶⁴. La doctrina coincide en que la dependencia económica y el uso racional de los recursos son indicadores legítimos de equidad, siempre que su efecto pueda demostrarse de forma objetiva²⁶⁵.

C. Factores estratégicos y de seguridad marítima

Los factores estratégicos y de seguridad también han sido tratados como circunstancias especiales en la práctica arbitral, especialmente en contextos de estrechos o zonas de tránsito. Tanaka señala que “*las preocupaciones de*

between the Republic of Guinea and the Republic of Guinea-Bissau”, Laudo de 14 de febrero de 1985, párrs. 50–69.

²⁶⁰ TANAKA, Yoshifumi, *The international law of the sea*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 250–251.

²⁶¹ Tribunal Arbitral, “Delimitation of the Maritime Boundary between the Republic of Guinea and the Republic of Guinea-Bissau”, 14/02/1985, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XIX, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, párrs. 88–90.

²⁶² Tribunal Internacional del Derecho Del Mar (TIDM), “Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal”, 14/03/2012, párrs. 323–340.

²⁶³ TANAKA, Yoshifumi, *The international law of the sea*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 263–265.

²⁶⁴ Tribunal Arbitral, “Barbados/Trinidad and Tobago Arbitration”, 11/04/2006, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXVII, Naciones Unidas, Nueva York, 2007, párr. 249.

²⁶⁵ CARON, David D., “Sea level rise and the law of the sea”, en BOYLE, Alan - FREESTONE, David (Eds.), *International law and sustainable development: past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 117–140, p. 130.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

*seguridad pueden influir en la delimitación cuando el trazado afecta el control de rutas marítimas o la defensa costera, pero su valoración debe ser limitada para no convertir la equidad en un argumento político*²⁶⁶.

En el caso *Eritrea/Yemen*, el tribunal reconoció que la delimitación debía garantizar la estabilidad regional y la libre navegación. En el párrafo 101, sostuvo que el trazado “no debía comprometer la seguridad ni la cooperación marítima en el estrecho del Mar Rojo”²⁶⁷. Este precedente muestra que la equidad también abarca el equilibrio entre soberanía y seguridad colectiva, sin alterar el carácter jurídico de la delimitación.

D. Límites de admisibilidad de estos factores

La expansión del concepto de circunstancias especiales exige mantener límites claros. Los tribunales arbitrales han establecido tres criterios básicos de admisibilidad. Primero, el factor debe tener un efecto demostrable sobre la equidad del resultado, no un impacto hipotético o político. Segundo, su consideración debe ser coherente con la proporcionalidad general de la delimitación. Tercero, los tribunales deben justificar expresamente su relevancia dentro del razonamiento jurídico.

Tanaka advierte que “una interpretación demasiado amplia de las circunstancias especiales podría erosionar la previsibilidad del derecho del mar y transformar la equidad en discrecionalidad”²⁶⁸. Por ello, los árbitros suelen aplicar una verificación final de proporcionalidad —tercera etapa del método tripartito— para asegurar que los ajustes no generen resultados arbitrarios. Este control mantiene la coherencia entre flexibilidad y seguridad jurídica, preservando la función de la equidad como principio estructurante y no como una excepción discrecional.

V. El cambio climático como nueva categoría de circunstancias especiales

La evolución reciente del derecho internacional refleja una tendencia clara hacia la ampliación del concepto de “circunstancias especiales” en la delimitación marítima. La práctica arbitral ha consolidado su función como instrumento de equidad, pero los desarrollos más recientes en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) y de la Asamblea General de las Naciones Unidas confirman que los efectos del cambio climático se perfilan como un nuevo supuesto jurídico dentro de esta categoría. La elevación del nivel del mar, la erosión costera y la desaparición de islas no solo transforman la geografía marítima, sino que exigen respuestas jurídicas coherentes con la estabilidad de las fronteras y la protección de los derechos de los Estados ribereños.

A. Reconocimiento

El reconocimiento del cambio climático como circunstancia especial encuentra sustento en los trabajos de la CDI sobre la elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Desde su inclusión en el programa de trabajo en 2018, la Comisión ha identificado el fenómeno como un desafío transversal que afecta directamente la interpretación y aplicación de la CONVEMAR. En su primer documento temático, la CDI señaló que la elevación del nivel del mar puede modificar las líneas de base desde las cuales se miden las zonas marítimas, lo que amenaza la seguridad jurídica de las delimitaciones vigentes²⁶⁹.

El debate posterior dentro de la Comisión reafirmó que la estabilidad jurídica de las fronteras marítimas constituye un principio fundamental del derecho internacional, incluso frente a transformaciones geofísicas irreversibles²⁷⁰. La

²⁶⁶ TANAKA, Yoshifumi, *The international law of the sea*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 266.

²⁶⁷ Tribunal Arbitral, “Eritrea/Yemen Arbitration (Second Stage: Maritime Delimitation)”, 17/12/1999, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XXII, Naciones Unidas, Nueva York, 2001, párr. 101.

²⁶⁸ TANAKA, Yoshifumi, *The international law of the sea*, 3ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 267–268.

²⁶⁹ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Primer documento temático”, A/CN.4/740, 28/02/2020, párrs. 25–28.

²⁷⁰ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Documento complementario del primer documento temático (2020) — cuestiones relativas al derecho del mar”, A/CN.4/761, 13/02/2023, párrs. 46–49.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

fijación de líneas de base “móviles” implicaría una alteración continua del alcance espacial de los derechos marítimos, incompatible con la necesidad de certeza y previsibilidad. Por ello, la CDI propuso mantener el principio de intangibilidad de las fronteras marítimas, garantizando que la elevación del nivel del mar no anule ni modifique los derechos ya establecidos²⁷¹.

La Asamblea General, mediante la resolución 77/276 de 29 de marzo de 2023, reforzó esta tendencia al solicitar a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados respecto del cambio climático²⁷². En su texto, la Asamblea reconoció expresamente que el ascenso del nivel del mar, la erosión costera y la pérdida de territorio afectan la integridad de los Estados y la estabilidad de sus límites marítimos. Este reconocimiento eleva el fenómeno a una cuestión jurídica de alcance general y abre la posibilidad de considerarlo, en el futuro, como una circunstancia especial dentro del marco de la equidad internacional.

B. Manifestaciones del fenómeno climático

La CDI ha identificado varias manifestaciones concretas del cambio climático que pueden tener relevancia jurídica para la delimitación marítima. La primera es la erosión costera y el desplazamiento de líneas de base, fenómeno que altera los puntos de referencia geográficos utilizados para determinar el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental²⁷³. Si los Estados aplicaran un criterio puramente físico, las líneas de base se desplazarían constantemente hacia el interior, reduciendo progresivamente el espacio marítimo nacional. La Comisión ha subrayado que esta consecuencia sería inaceptable desde el punto de vista del principio de estabilidad y del respeto a los derechos adquiridos²⁷⁴.

La segunda manifestación es el hundimiento o desaparición de islas y formaciones costeras. Este fenómeno afecta de manera directa al principio según el cual “la tierra domina el mar”, base estructural del derecho del mar. La CDI ha advertido que la desaparición física de una isla no debería implicar automáticamente la extinción de los derechos marítimos que proyectaba²⁷⁵. De no adoptarse esta interpretación, los Estados insulares o con archipiélagos bajos se verían privados de extensas zonas económicas exclusivas y plataformas continentales, con efectos desproporcionados sobre su soberanía y desarrollo.

La tercera manifestación es de carácter humano y económico: la pérdida de recursos y el desplazamiento de poblaciones costeras. El Grupo de Estudio de la CDI ha destacado la necesidad de proteger a las personas afectadas por la elevación del nivel del mar, en particular a las que podrían quedar sin territorio o medios de subsistencia²⁷⁶. Este componente introduce una dimensión social dentro del análisis jurídico de la equidad marítima. La preservación de las condiciones de vida y de la continuidad estatal forma parte de las obligaciones derivadas del principio de cooperación internacional, tal como lo reconocen los informes más recientes de la Comisión²⁷⁷. En conjunto, estas manifestaciones reflejan que el cambio climático no constituye un fenómeno meramente físico, sino

²⁷¹ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Elementos de los trabajos anteriores de la Comisión que podrían ser especialmente pertinentes para el tema”, A/CN.4/768, 26/01/2024, párrs. 3–5.

²⁷² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change”, A/RES/77/276, 29/03/2023, párrs. 6–8.

²⁷³ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Primer documento temático”, A/CN.4/740, 28/02/2020, párrs. 25–28.

²⁷⁴ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Documento complementario del primer documento temático (2020) — cuestiones relativas al derecho del mar”, A/CN.4/761, 13/02/2023, párrs. 46–52.

²⁷⁵ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Documento complementario del segundo documento temático (2022)”, A/CN.4/774*, 19/02/2024, párrs. 19–25.

²⁷⁶ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Segundo documento temático: condición de Estado y protección de las personas afectadas”, A/CN.4/752, 19/04/2022, párrs. 60–63.

²⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Elementos de los trabajos anteriores de la Comisión que podrían ser especialmente pertinentes para el tema”, A/CN.4/768, 26/01/2024, párrs. 27–35.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

una realidad jurídica compleja que exige una adaptación progresiva del derecho del mar. Al integrarse dentro del marco de “circunstancias especiales”, el fenómeno climático se transforma en un criterio objetivo de equidad que debe considerarse al momento de resolver disputas o revisar delimitaciones afectadas.

C. Criterios para su aplicación

La aplicación de los efectos climáticos como circunstancias especiales requiere criterios jurídicos precisos que garanticen coherencia y previsibilidad. En su trabajo sobre la elevación del nivel del mar, la CDI ha identificado tres parámetros principales que podrían guiar la práctica futura de los tribunales arbitrales y judiciales.

El primero es el principio de estabilidad jurídica de las fronteras marítimas. Este principio impone que las delimitaciones legalmente acordadas o decididas por laudos o sentencias mantengan su validez, incluso si la línea costera cambia de forma natural. La CDI ha considerado que esta regla protege tanto los derechos soberanos de los Estados como la seguridad de la comunidad internacional²⁷⁸.

El segundo criterio es el principio de cooperación internacional y solidaridad, orientado a mitigar los efectos humanos y materiales del cambio climático. La Comisión ha enfatizado que los Estados tienen la obligación de colaborar para preservar la continuidad de los derechos marítimos de los países más vulnerables, especialmente los pequeños Estados insulares²⁷⁹. Esta cooperación incluye asistencia técnica, intercambio de datos científicos y mecanismos para prevenir desplazamientos forzados.

El tercer criterio es el de proporcionalidad razonable, que permite ajustar las decisiones equitativas a la magnitud de los efectos climáticos comprobados. La CDI ha subrayado que toda alegación de impacto climático debe sustentarse en evidencia científica verificable, con el fin de evitar soluciones especulativas o arbitrarias²⁸⁰. Este estándar probatorio otorga objetividad a la consideración de los fenómenos ambientales dentro de los procesos de delimitación.

Estos tres criterios (estabilidad, cooperación y proporcionalidad) establecen la base metodológica para integrar los efectos del cambio climático en la práctica arbitral y judicial sin comprometer la seguridad jurídica. Así, el cambio climático se incorpora gradualmente al lenguaje jurídico del derecho del mar como un nuevo tipo de “circunstancia especial”: una que no depende de la geografía natural, sino de la transformación ambiental global que redefine los parámetros de la equidad y la soberanía marítima.

Vi. Conclusiones y desafíos futuros

La práctica arbitral demuestra que el concepto de “circunstancias especiales” no es estático. Su evolución ha permitido incorporar factores que van más allá de la geografía, integrando elementos funcionales, socioeconómicos y de seguridad. En esa línea, los efectos del cambio climático pueden considerarse válidamente como una nueva categoría de circunstancia especial. La elevación del nivel del mar, la erosión costera o la pérdida de territorio no pueden ser hechos neutros para el derecho del mar, pues afectan directamente la equidad y la estabilidad jurídica de las delimitaciones marítimas.

Reconocer el cambio climático como circunstancia especial permite asegurar que los Estados mantengan la proyección y el acceso a sus espacios marítimos, aun ante transformaciones físicas inevitables. Esta interpretación

²⁷⁸ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Documento complementario del primer documento temático (2020) — cuestiones relativas al derecho del mar”, A/CN.4/761, 13/02/2023, párrs. 46–49.

²⁷⁹ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Documento complementario del segundo documento temático (2022)”, A/CN.4/774*, 19/02/2024, párrs. 55–61.

²⁸⁰ Comisión de Derecho Internacional, “La elevación del nivel del mar en relación con el derecho internacional. Elementos de los trabajos anteriores de la Comisión que podrían ser especialmente pertinentes para el tema”, A/CN.4/768, 26/01/2024, párrs. 34–35.

Las circunstancias especiales en arbitrajes marítimos ante los desafíos climáticos

protege la seguridad jurídica y evita que los derechos soberanos dependan de factores naturales fuera del control estatal. Así, los principios de equidad y estabilidad ofrecen una base suficiente para que los tribunales integren los efectos climáticos dentro del análisis de delimitación sin alterar la coherencia del régimen de la CONVEMAR.

Los desafíos para los tribunales arbitrales serán significativos. No existe aún norma convencional ni práctica consuetudinaria que regule expresamente el cambio climático como factor jurídico en la delimitación. Los árbitros deberán construir su razonamiento a partir de principios generales, apoyándose en evidencia científica y en la cooperación entre los Estados. Su reto será equilibrar la estabilidad de las fronteras marítimas con la necesidad de adaptar el derecho a realidades climáticas nuevas, garantizando soluciones justas, razonables y coherentes con la evolución del orden jurídico internacional.

LA ATRIBUCIÓN DE ACTOS DE TERCEROS BAJO EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENA: EL CASO LUPAKA GOLD INC. C. REPÚBLICA DEL PERÚ

*Lucía Cortijo Tovar*²⁸¹

Resumen: El Tribunal de *Lupaka Gold Inc. c. República del Perú* concluyó que las acciones de la Comunidad Campesina de Parán, incluyendo el bloqueo y la toma de posesión del proyecto minero Invicta, son actos atribuibles al Estado peruano y, en consecuencia, se configuran como una violación al estándar de Protección y Seguridad Plena (PSP). Esta decisión representa una expansión significativa del alcance de la responsabilidad estatal por actos de terceros en el marco del arbitraje de inversiones. El presente artículo presenta un análisis de la aplicación del estándar PSP a conductas de actores no estatales, tomando como eje el caso *Lupaka Gold* y contrastándolo con precedentes relevantes como *Tecmed v. México* y *Bear Creek v. Perú*. A través de este análisis, se exploran las implicancias jurídicas y prácticas de esta interpretación, así como sus posibles efectos en la evolución de la doctrina sobre atribución y protección en el derecho internacional de inversiones.

Abstract: *The Arbitral Tribunal in Lupaka Gold Inc. v. Republic of Peru held that the actions of the Parán Peasant Community, including the blockade and occupation of the Invicta mining project, were attributable to the Peruvian State and, consequently, constituted a breach of the Full Protection and Security (FPS) standard. This decision marks a significant expansion of the scope of state responsibility for third-party conduct within the framework of investment arbitration. This article offers a critical analysis of the application of the FPS standard to acts carried out by non-state actors, using the Lupaka Gold case as a focal point and contrasting it with key precedents such as Tecmed v. Mexico and Bear Creek v. Peru. Through this comparative lens, the article explores the legal and practical implications of this broadened interpretation, as well as its potential impact on the evolving doctrine of attribution and investor protection under international investment law.*

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2018, miembros de la Comunidad Campesina de Parán (“Comunidad de Parán”) bloquearon la carretera de acceso y ocuparon el campamento del proyecto minero Invicta (“Invicta”), operado por la empresa canadiense Lupaka Gold Inc. (“Lupaka”). Lejos de ser un hecho aislado, este acontecimiento representó el desenlace de un conflicto social que se venía gestando desde hacía años, alimentado por el deterioro de las relaciones entre Invicta y la Comunidad de Parán.

Casi siete años más tarde, este hecho se convertiría en un eje central del arbitraje de inversiones iniciado por Lupaka contra la República del Perú por la pérdida de su inversión producto de las acciones de la Comunidad de Parán y de sus miembros²⁸². Para sustentar este reclamo, Lupaka sostuvo que los actos de la Comunidad de Parán representan actos del Estado por los cuales la República del Perú sería internacionalmente responsable²⁸³. En el Laudo del 30 de junio de 2025 (“Laudo”), el Tribunal Arbitral (“Tribunal”) le dio la razón a Lupaka en tanto consideró que los actos de la Comunidad de Parán constituían actos del Estado y que este último había incumplido su obligación de otorgar Protección y Seguridad Plena (“PSP”) a Lupaka como inversionista protegido²⁸⁴.

La conclusión de este Tribunal representa un cambio de paradigma en forma en la cual es interpretado y aplicado el estándar de PSP y sobre todo con respecto a la manera en la cual entendemos los actos atribuibles al Estado. El

²⁸¹ Abogada titulada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Egresada de la carrera de antropología de la Pontificia Universidad Católica del Perú y B.A. en Philosophy, Politics, Economy and Law por la University of Arizona.

²⁸² *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 202.

²⁸³ *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 268-269.

²⁸⁴ *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 361.

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso *Lupaka Gold inc. c. República del Perú*

Tribunal en el presente caso realiza una interpretación expansiva del estándar de PSP y del concepto de “actos atribuibles al Estado” o “actos del Estado”, replanteando los límites de lo que entendemos por *due diligence* exigible al Estado.

En este contexto, el presente artículo analiza críticamente el razonamiento del Tribunal en *Lupaka Gold Inc. c. República del Perú*, a la luz de precedentes relevantes como *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* y *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*. El objetivo es examinar las implicancias jurídicas y prácticas de esta decisión y su posible impacto en la evolución del derecho internacional de las inversiones, en particular en la doctrina sobre atribución y protección frente a actos de terceros.

II. PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENA (“PSP”)

A. La obligación de Protección y Seguridad Plena

El estándar de Protección y Seguridad Plena (PSP), previsto en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión, comprende en realidad dos dimensiones u obligaciones complementarias a cargo del Estado receptor. En primer lugar, impone al Estado la obligación de proteger al inversionista y a su inversión frente a actos de terceros, lo que incluye situaciones derivadas de protestas, disturbios u otras formas de desobediencia civil que puedan afectar la integridad física o el goce pacífico de la inversión. En segundo lugar, el estándar de PSP también exige al Estado abstenerse de causar perjuicio al inversionista o a su inversión mediante actos de sus propios órganos o de otras conductas atribuibles al Estado, garantizando así un entorno de seguridad jurídica y material adecuado para el desarrollo de la inversión extranjera.

De esta manera, el estándar de PSP puede ser vulnerado tanto por acción como por omisión del Estado, reflejando su carácter dual: proteger activamente frente a riesgos externos y evitar interferencias indebidas desde dentro de la propia estructura estatal²⁸⁵.

B. Naturaleza de la obligación

La obligación del Estado receptor de garantizar protección y seguridad plenas al inversor protegido bajo el estándar PSP ha sido interpretada históricamente como una obligación de conducta, y no de resultado. Esto implica que el Estado no está obligado a garantizar que no existirá daño alguno que pueda perjudicar al inversor, sino que el Estado deberá actuar con *due diligence* para prevenir o mitigar dichos daños, así como para investigar y sancionar los daños que finalmente pudieran ocurrir²⁸⁶.

En este sentido, resulta ilustrativo el caso *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, uno de los primeros precedentes relevantes en la interpretación del estándar de PSP en el marco del arbitraje de inversiones. En este caso, el inversionista alegó que el Estado había incumplido su obligación de otorgar protección y seguridad plenas tras la destrucción de sus instalaciones durante una operación militar contra insurgentes. El Tribunal de esta controversia concluyó que, si bien el Estado no podía ser considerado responsable por todo daño derivado de actos de violencia interna, sí tenía la obligación de ejercer *due diligence* para prevenirlos o, al menos, mitigar sus efectos. Así, el tribunal estableció que el estándar de PSP no implica una garantía absoluta de seguridad, sino la exigencia de que el Estado adopte las medidas razonables dentro de sus posibilidades para proteger al inversionista y su inversión²⁸⁷.

En la misma línea, el caso *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* reafirmó que la obligación asociada al estándar de PSP constituye una obligación de conducta y no de resultado. En este arbitraje, el inversionista británico reclamó

²⁸⁵ SCHREUER Christoph, “Full Protection and Security”, en *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1-17.

²⁸⁶ DOLZER Rudolf – SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 232-233.

²⁸⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI Case N° ARB/87/3, Laudo, 27 de junio de 1990, párr. 83.

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso Lupaka Gold inc. c. República del Perú

la falta de protección de las autoridades egipcias frente a la ocupación violenta de dos hoteles por parte de una empresa estatal. El tribunal sostuvo que, aunque el Estado no estaba obligado a garantizar un resultado específico, como la completa prevención de todo daño, sí debía actuar con *due diligence* para proteger la inversión frente a actos de terceros y responder adecuadamente ante los hechos. En consecuencia, la omisión del Estado egipcio de adoptar medidas razonables para recuperar los hoteles y sancionar a los responsables fue considerada una violación del estándar de PSP, consolidando su interpretación como una obligación que exige al Estado demostrar una conducta activa, razonable y proporcional a las circunstancias²⁸⁸.

C. Los límites del estándar PSP

Si bien el estándar de PSP es un estándar absoluto, este no proporciona una protección absoluta a los inversores contra daños físicos o jurídicos²⁸⁹. Tanto la jurisprudencia como la doctrina reconocen de forma consistente que la obligación derivada del estándar de PSP no convierte al Estado en garante absoluto de la seguridad o, mucho menos, el éxito económico de la inversión. Toda inversión representa, por su propia naturaleza, un determinado nivel de riesgo asumido por parte del inversor, y existen factores de riesgo que escapan a la capacidad del Estado. En este sentido, el contenido y alcance del estándar de PSP debe considerarse en función a las circunstancias específicas de cada caso²⁹⁰.

El Tribunal en el caso *Noble Ventures Inc. c. Romania* precisó que el estándar de PSP no debe interpretarse como una obligación de protección absoluta frente a todo daño o perturbación, sino como el deber del Estado de adoptar medidas razonables que el inversor podría esperar de un Estado que actúa con *due diligence*²⁹¹. En la misma línea, el laudo en *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania* enfatizó que el estándar debe aplicarse teniendo en cuenta el contexto socioeconómico y político del Estado, particularmente en situaciones de disturbios o conflictos internos, donde no puede exigirse un nivel de diligencia equiparable al de Estados en condiciones de estabilidad²⁹².

De esta manera, anteriores decisiones han delimitado el estándar de PSP, reafirmando que su incumplimiento requiere que el demandante demuestre la existencia de una omisión atribuible al Estado en el ejercicio de su *due diligence*. Es decir, no basta con la mera existencia un daño recaído sobre el inversor protegido para considerar que el estándar de PSP ha sido violado. Esta esta tendencia en la interpretación del estándar de PSP parece buscar el equilibrio entre la protección del inversionista y la expectativa razonable, evitando que el estándar se convierta en una herramienta de responsabilidad objetiva.

III. ATRIBUCIÓN DE CONDUCTAS DE ACTORES NO ESTATALES AL ESTADO

A. Actos atribuibles al Estado en el derecho internacional

En el Laudo que resuelve la controversia entre Lupaka y la República del Perú, el Tribunal no solo consideró que había existido una violación del estándar de PSP, sino que esta violación del estándar estaba basada en un acto propio del Estado, en tanto los actos de la Comunidad de Parán representaban actos del Estado. Es decir, el Tribunal consideró que no solo ocurrió una omisión por parte del Estado ante la conducta de un actor privado, sino que existía una atribución directa de responsabilidad.

²⁸⁸ Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto Caso CIADI Case N° ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, párr. 131.

²⁸⁹ DOLZER Rudolf – SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 232.

²⁹⁰ SALACUSE Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015, pp. 343–344.

²⁹¹ Noble Ventures Inc. c. Rumania, Caso CIADI N° ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párr. 165.

²⁹² Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, párr. 71-84.

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso *Lupaka Gold inc. c. República del Perú*

Ahora bien, en el derecho internacional, el principal punto de partida para determinar la responsabilidad internacional del Estado por actos de terceros se encuentra en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“ARSIWA”) elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2001. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de los ARSIWA, para poder establecer la responsabilidad internacional de un Estado deben concurrir dos elementos: (i) que la conducta sea atribuible al Estado según el derecho internacional y (ii) que esta conducta representa la violación de una obligación internacional del Estado.

En este sentido, establecer la responsabilidad internacional depende de qué entendamos como una conducta que puede ser atribuible al Estado. Al respecto, los artículos 4 al 11 de los ARSIWA establecen los criterios bajo los cuales la conducta de una persona o una entidad puede entenderse como un acto del Estado, esto incluye el comportamiento de los órganos del Estado que tengan dicha condición según el derecho interno del Estado, los comportamientos de una persona o entidad que, sin ser un órgano del Estado, ejerce atribuciones de poder público, incluso cuando sus actos excedan su competencia o contravengan instrucciones²⁹³.

B. *Atribución de conductas de actores no estatales en el CIADI*

Hasta hace poco, los tribunales llamados a resolver controversias en el marco del CIADI habían sido cautelosos al momento de extender la responsabilidad del Estado más allá de los órganos formales de éste en el ejercicio de sus funciones. Si bien, históricamente, los actos de terceros sí fueron considerados al momento de establecer la responsabilidad del Estado con respecto a daños causados a inversionistas protegidos, esto se planteó a través de los supuestos de falta de *due diligence* relacionada a la omisión del Estado para prevenir los daños o su falta de respuesta ante éstos.

En el apartado anterior, hemos mencionado el caso de *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*. En esta controversia, el actor cuya conducta ocasionó el daño era una empresa estatal; sin embargo, el Tribunal que la conducta de este actor no podía ser atribuida directamente al Estado egipcio. Si bien el Laudo consideró que el Estado egipcio no actuó con *due diligence* y violó el estándar de PSP, esta conclusión no se basó en que los actos perjudiciales representaran actos del Estado, sino en la responsabilidad del Estado de proteger la inversión de actos de terceros²⁹⁴.

Anteriormente, en el caso de *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República del Zaire*, el Tribunal llamado a resolver la controversia determinó que los actos de particulares no podían ser directamente atribuidos al Estado. Sin embargo, sí encontró que el Estado había faltado a su obligación basada en el estándar de PSP al no evitar el saqueo y la destrucción de los activos del inversionista durante los disturbios civiles. Así, los daños materiales que habían sido causados por terceros no podían ser directamente atribuidos a actos del Estado, pero sí representaban una inacción del Estado al no haber este tomado medidas razonables para proteger la inversión²⁹⁵.

Como podemos ver, los tribunales arbitrales llamados a resolver controversias en el contexto del CIADI han optado principalmente por entender la relación entre los actos de particulares y la responsabilidad del Estado a través de la *due diligence* o la falta de ésta, evitando en la medida de lo razonable establecer una atribución directa de los actos de terceros como actos del Estado. Así, la jurisprudencia previa al caso de *Lupaka* muestra una línea interpretativa prudente, que no dejó desprotegido al inversor, pero evitó, en la medida de lo razonable, establecer una atribución directa de los actos de terceros como actos del Estado.

²⁹³ Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, A/56/10, p. 45, art. 1-11.

²⁹⁴ *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI Case N° ARB/98/4, Laudo, 8 de diciembre de 2000, párr. 131.

²⁹⁵ *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República del Zaire*, Caso CIADI, N° ARB/93/1), Laudo, 21 de febrero de 1997, párr. 6.20-6.24

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso Lupaka Gold inc. c. República del Perú

IV. LUPAKA GOLD INC C. LA REPÚBLICA DEL PERÚ

A. Hechos

Como ya hemos señalado, la controversia *entre* Lupaka Gold y la República del Perú se originó a partir de los hechos ocurridos en torno al proyecto minero Invicta, ubicado en la provincia de Huaura, región Lima, y operado por la empresa canadiense Lupaka Gold Inc. a través de su subsidiaria peruana. El proyecto, que contaba con permisos ambientales y de exploración aprobados, se encontraba próximo a iniciar operaciones cuando, en octubre de 2018, miembros de la Comunidad Campesina de Parán bloquearon el acceso principal al campamento minero y ocuparon las instalaciones, impidiendo el ingreso del personal técnico y administrativo.

El conflicto entre Lupaka e Invicta y la Comunidad de Parán no surgió de manera repentina, sino como consecuencia de una escalada de tensiones acumuladas a lo largo de varios años, vinculadas al uso de tierras comunales, expectativas económicas no satisfechas y preocupaciones medioambientales. Diversas comunicaciones y reportes previos habían advertido a las autoridades locales y nacionales sobre el riesgo de enfrentamientos y bloqueos, sin que el Estado adoptara medidas preventivas o mecanismos de diálogo sostenido²⁹⁶.

Lupaka argumentó que, durante la toma del campamento y el bloqueo, las autoridades no intervinieron oportunamente para restaurar el orden o garantizar el derecho de acceso de la empresa a sus instalaciones. Asimismo, señalaron que, tras los hechos, tampoco se implementaron acciones efectivas para resolver el conflicto, lo que derivó en la paralización definitiva del proyecto y en la pérdida total de la inversión.²⁹⁷ Es así que, el 21 de octubre de 2020, Lupaka inició un arbitraje de inversiones contra el Perú bajo el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Canadá y Perú (“APPRI”), alegando la violación de varios estándares de protección, entre ellos, el estándar de PSP.

B. Razonamiento del Tribunal Arbitral

El 30 de junio de 2025, el Tribunal Arbitral emitió su Laudo resolviendo la controversia. En este Laudo, el Tribunal determinó que el Estado peruano incurrió en una violación del estándar de PSP, pero su análisis fue distinto al de los casos mencionados en apartados anteriores. El Tribunal no consideró únicamente que el Estado violó el estándar de PSP a través de su inacción o falta de prevención, sino que fue un paso más allá al considerar que los actos de la Comunidad de Parán eran actos atribuibles al Estado. Así, el Tribunal consideró que el Estado había violado el estándar de PSP tanto por omisión, al demostrar falta de *due diligence* para prevenir y responder a un conflicto de cuyo riesgo tenía pleno conocimiento, como por su acción, pues los actos de la Comunidad de Parán se encontrarían amparados por las protecciones jurídicas que el Estado atribuye a las Comunidades Campesinas.

Por un lado, en la misma línea que han trazado ya decisiones anteriores en casos similares, el Tribunal consideró probado que las autoridades peruanas, en particular, los gobiernos regionales, la policía y los ministerios competentes, eran plenamente conscientes de la escalada del conflicto y, aun así, omitieron adoptar medidas razonables para proteger al inversionista. Asimismo, tras el bloqueo y la ocupación del campamento, el Estado no actuó con celeridad ni efectividad para garantizar la integridad del proyecto o investigar los hechos, configurándose así una violación por omisión del deber de diligencia debida.

Sin embargo, el Tribunal fue más allá y de forma innovadora sostuvo que, en vista de la prolongada pasividad estatal y de la permisividad frente a la ocupación del proyecto, pero sobre todo en consideración del especial lugar de las comunidades campesinas en el marco jurídico peruano, la conducta de la Comunidad de Parán podía considerarse atribuible al Estado, no solo bajo el enfoque de omisión, sino como una forma de participación indirecta o tolerancia activa. En consecuencia, el Tribunal concluyó que el Estado había incumplido su obligación de brindar

²⁹⁶ Lupaka Gold Inc c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 85-112.

²⁹⁷ Lupaka Gold Inc c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr.113.

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso Lupaka Gold inc. c. República del Perú

protección y seguridad plenas, tanto por no haber prevenido los hechos como por haber permitido que estos se consolidaran²⁹⁸.

V. LUPAKA EN CONTEXTO, NUEVOS ESTÁNDARES

La decisión en *Lupaka Gold Inc. c. República del Perú* introduce elementos interpretativos novedosos en la aplicación del estándar de PSP y en la doctrina de atribución de conductas de actores no estatales. El Tribunal desarrolla el concepto de una *due diligence* que el Estado debe ejercer cuando las amenazas a la inversión provienen de comunidades locales en contextos de conflicto social recurrente. Según establece el Tribunal en el Laudo, tener conocimiento previo del riesgo y la capacidad institucional del Estado para anticiparlo generan un umbral más alto de diligencia exigible, en este sentido cambia lo que entendemos por “razonable”²⁹⁹.

Sin embargo, la principal innovación de la decisión del Tribunal en este caso no se encuentra únicamente en su interpretación más amplia del estándar de PSP. Sino que, apartándose de la lectura tradicional de los actos atribuibles al Estado, el Tribunal considera que no nos encontramos ante una mera omisión del Estado de proteger al inversor ante actos de terceros. Por el contrario, el Tribunal entiende que los actos de la Comunidad de Parán representan actos atribuibles al Estado. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal señala que las comunidades campesinas, como la Comunidad de Parán, forman parte de la estructura jurídica del Estado peruano, que es un órgano del Estado y que, por lo tanto, el Estado es internacionalmente responsable por sus actos en virtud de los ARSIWA³⁰⁰.

Esta interpretación contrasta con la postura asumida en precedentes como *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (CIADI, Caso No. ARB(AF)/00/2), donde el tribunal había adoptado una concepción restrictiva del estándar de PSP, vinculándolo estrechamente al trato justo y equitativo. En *Tecmed*, el Tribunal afirmó que la obligación de protección no exige garantizar la ausencia de perjuicios, sino únicamente desplegar una conducta razonable frente a riesgos previsibles, reafirmando que se trata de una obligación de medios, no de resultado. El enfoque de *Tecmed* se centró en el análisis en la diligencia estatal abstracta, sin considerar factores estructurales como la conflictividad social o las asimetrías institucionales³⁰¹.

Posteriormente, el caso *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú* (CIADI, Caso No. ARB/14/21) abordó de manera más directa la cuestión de la responsabilidad estatal frente a actos de comunidades locales. En este caso, el Tribunal reconoció que el Estado peruano tenía conocimiento de la creciente oposición social al proyecto minero Santa Ana y que su respuesta fue tardía, no atribuye estos actos al propio Estado. Es decir, las protestas y bloqueos realizados por actores sociales autónomos no generan en sí mismos una responsabilidad del Estado, por el contrario, el Tribunal en este caso encuentra responsabilidad de parte del Estado proviene de la expropiación indirecta derivada de la derogación de un Decreto, no de los actos de terceros. En consecuencia, *Bear Creek* reafirmó los límites de la diligencia debida al sostener que la PSP no puede imponer al Estado una carga imposible, manteniendo así una interpretación delimitada y contenida del estándar³⁰².

Frente a estos precedentes, *Lupaka* redefine el equilibrio entre capacidad estatal y expectativa de protección, desplazando el foco desde la mera reacción ante el daño hacia la prevención activa del riesgo cuando el Estado conoce la existencia de tensiones sociales persistentes que amenazan a un inversor o su inversión. De este modo, el Tribunal amplía el alcance del estándar de PSP para incorporar factores contextuales, tales como el historial de

²⁹⁸ *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 206.

²⁹⁹ *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 360.

³⁰⁰ *Lupaka Gold Inc c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/20/46, Laudo, 30 de junio de 2025, párr. 213-244.

³⁰¹ *Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI, N°. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, párr. 181-182

³⁰² *Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú*, Caso CIADI, Caso N°. ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017, párr. 400-414

La atribución de actos de terceros bajo el estándar de protección y seguridad plena: el caso Lupaka Gold inc. c. República del Perú

conflictividad, la presencia de comunidades en oposición y la disponibilidad de mecanismos institucionales de mediación, considerando estos como elementos relevantes para evaluar la diligencia estatal.

En conjunto, la evolución que va de Tecmed a Bear Creek y culmina en Lupaka Gold evidencia un tránsito desde la concepción tradicional del estándar PSP, centrada en la razonabilidad formal de la conducta estatal, hacia una visión más exigente y sustantiva, un estándar más elevado, que reconoce la dimensión estructural del deber de protección en entornos donde el riesgo social es parte inherente de la actividad económica.

IV. CONCLUSIONES

El Laudo en Lupaka no solo reafirma la obligación del Estado de proteger a los inversionistas frente a actos de terceros de la forma en la cual anteriores Tribunales venían haciéndolo con anterioridad, sino que eleva el umbral de *due diligence*, integrando al análisis jurídico la realidad social y política en la que las inversiones operan.

En este sentido, el Laudo de Lupaka Gold establece, por primera vez, que los actos de una comunidad pueden representar una responsabilidad internacional para el Estado de acuerdo a los ARSIWA, esto es de manera directa, como actos en los cuales el propio Estado ha incurrido. Esta innovación podría representar un punto de quiebre en la forma en la cual los Estados llevan sus relaciones con las comunidades locales y las consecuencias de este cambio en el paradigma de cómo entendemos los actos de terceros y su atribución de éstos al Estado es algo que aún está por verse.

ASPECTOS GENERALES DE LOS MODELOS DE CONTRATOS NEC EN EL PERÚ

*Lucy Chávez Espinoza*³⁰³

Resumen: En el ámbito de la construcción, los modelos de contratos *New Engineering Contract*, conocidas usualmente bajo las siglas “NEC”, son un conjunto de contratos estandarizados de carácter internacional, el cual tiene como finalidad la colaboración y gestión eficiente de proyectos de ingeniería, efectivizando el cumplimiento de la adecuada gestión de obras; coadyuvando al cumplimiento de objetivos y fines de las partes. En este punto, surgen algunas interrogantes: ¿Qué ocurre cuando los sujetos intervinientes no entienden con claridad el espíritu de este tipo de contrato?, ¿Por qué, en el contexto actual, resulta indispensable contar con la comprensión mínima de los conceptos relacionados a contratos estandarizados?, ¿Qué diferencias fundamentales existen entre estos y los contratos tradicionales? En atención a estos cuestionamientos, mediante el presente artículo se tiene como propósito, desarrollar de forma breve y comprensible cada uno de los aspectos más importantes y generales sobre los contratos NEC, abordando desde sus antecedentes hasta los retos y desafíos que enfrentan los sujetos en su implementación. Todo ello con el fin de contribuir a mejorar el sistema contractual y usar este tipo de herramientas de forma más eficiente y beneficiosa.

Abstract: *In the construction sector, New Engineering Contract (NEC) models are a set of internationally standardized contracts designed to facilitate collaboration and efficient management of engineering projects, ensuring proper construction management and contributing to the achievement of the parties' objectives. This raises several questions: What happens when the parties involved do not clearly understand the purpose of this type of contract? Why, in the current context, is it essential to have a basic understanding of the concepts related to standardized contracts? What are the fundamental differences between these contracts and traditional contracts? To address these questions, this article aims to briefly and clearly explain each of the most important aspects of NEC contracts, from their history to the challenges faced by parties during their implementation. The ultimate goal is to contribute to improving the contractual system and using these tools more efficiently and effectively.*

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los contratos, particularmente en los de construcción, existen múltiples retos para quienes forman parte, estos desafíos se van generando desde la celebración y redacción de los contratos, aunque se visibilizan en mayor medida en la etapa de ejecución contractual. De modo que, los efectos no solo repercuten a las partes, sino que podrían tener una incidencia social, por la envergadura que acogen los contratos de construcción.

Así, es cierto que al momento de la celebración de un contrato, las partes solo establecen cláusulas que la norma exige (en caso de ser una obra pública) y suman algunas que son comunes para todo tipo de contrato, sin embargo; en la etapa de negociación y su posterior celebración, no es común que se logre advertir riesgos futuros o desconocidos, puesto que son asuntos que se encuentran en la parte exógena de la voluntad de las partes pero que, en mayor o menor medida, las partes se encuentran obligados a menguar correlativamente aquellas dificultades. Así, se podrían disminuir problemas en contratos de gran trascendencia haciendo uso de nuevos modelos de contrato como los modelos NEC, porque los mismos fueron elaborados a raíz de nuevas vivencias y/o experiencias en proyectos trascendentales. Es claro que la implementación no será una tarea sencilla, pero mientras mayor conocimiento existan sobre estos modelos, se tendrán mayores posibilidades de una implementación exitosa.

En el ámbito internacional se estuvo trabajando al respecto y se elaboró diversos tipos de contratos para intentar disminuir los problemas existentes en la fase de ejecución del contrato, tal es el caso de los modelos de los contratos NEC, el cual es un contrato con algunos estándares particulares que pueden ser eficaces, de modo que, las partes que se someten a ese tipo de modelo deben cumplirlo con el único objetivo de obtener un beneficio en el marco de

³⁰³ [Lucy Chávez Espinoza](#). Abogada por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

“ganar-ganar”, ganancia en los costos, gastos, tiempo. Sobre todo, este último elemento, es decir, con el cumplimiento en la ejecución del proyecto en el tiempo establecido, aunque parezca utópico.

En virtud a ello y por la presencia de proyectos trascendentales en el Perú, es que se escribe este artículo mediante el cual se intenta dar a conocer lo relativo a los contratos NEC, tomando como eje los antecedentes en la creación de este modelo de contrato, en seguida, con las características genéricas que mantienen estos modelos, la clasificación que mantienen, para finalmente concretar a la idea principal que hace referencia a la eficiencia de los proyectos que fueron abordados bajo el modelo de la familia de los contratos NEC y en mayor medida los proyectos desarrollados en el Perú, cabe precisar que, son diversos los tipos y dependerá de las partes cuál de todos serán elegidos de acuerdo a las necesidades de cada proyecto.

La importancia de conocer estos modelos también radica en que, a la fecha, los modelos de contratos NEC ya fueron añadidos en la Ley General de Contrataciones Públicas – Ley N.º 32069, lo que demuestra que, frente a un nuevo marco normativo, es importante reflexionar sobre su rol, sobre la eficacia y sobre los retos en la implementación de estos modelos para proyectos de nuestro país.

Antecedentes

Este tipo de modelo de contrato surge en Reino Unido, en una época rodeada de altos índices de inversión en obras públicas y la poca o paupérrima efectividad de los contratos tradicionales, cansados de ver situaciones adversas, *“el estado británico buscó una política que les permita recuperar la confianza entre los actores y con ello poder llevar a cabo, su proyecto decenal de inversión pública”³⁰⁴*.

Es así que, un grupo de profesionales propios de “*The institution of civil engineers* o ICE” traducido en español como: El Instituto de Ingenieros Civiles de Reino Unido, tuvo a bien la creación de ciertos parámetros que, posteriormente, se denominaron “contratos *New Engineering Contract* (NEC)”. En el año 1991 se realizó la primera versión - “*NEC 1*”, la misma que fue publicado en el año 1993, esta primera versión contaba con características que los diferenciaban de los otros contratos internacionales, puesto que mantenía particularidades tales como, la simplicidad con la que eran redactados, la flexibilidad y claridad respecto de las obligaciones entre las partes, entre otros.

Frente a la abundante acogida de este modelo de contrato, en el año 1995, se publicó una segunda versión, conocida como “*NEC 2*” el cual fue utilizado en la edificación del túnel bajo el canal de la Mancha y en la ejecución del Terminal N°05 del aeropuerto de Heathrow³⁰⁵. Como era de esperarse, los contratos NEC continuaron avanzando en cuanto a su uso ya de forma internacional, por lo que, en el año 2005, se publicó la tercera versión “*NEC 3*”, versión que fue modificado en el año 2013 y finalmente hasta la fecha, la última versión fue del año 2017 - “*NEC 4*” con actualizaciones en el año 2020.

Cada una de estas versiones contienen mayores aspectos respecto del anterior, ello con el fin de generar mayores soluciones en la gestión de edificación e ingeniería de las obras y construcción, con el fin principal de cumplir con la conclusión del proyecto bajo el tiempo y costo establecido, en esa medida, este tipo de contratos mantiene una importancia mayor con temas como la gestión de riesgos, calendarización de obras y otros. Los modelos de contratos se consideran preponderante y trascendental porque tiene como uno de los objetivos principales la disminución de incidencia en litigios, de modo que se encuentra diseñado para evitar conflictos que deriven a un arbitraje, la participación de la Junta de Resolución de Disputas o de los *Dispute Boards* pueden ser usados pero el objetivo es que sea en menor cantidad, ello debido a que recurrir a alguna de estas instancias ya significa pérdidas económicas y retrasos en la finalización de proyectos.

³⁰⁴ AMES PERALTA, Luis E., “Los contratos NEC, una nueva era”, *Área Especial Gubernamental* N°172, Instituto Pacífico, 2023, 1-16, p.1-2.

³⁰⁵ AMES PERALTA, Luis E., “Los contratos NEC, una nueva era”, p. 2.

definición de los contratos nec

Sobre la definición de los contratos NEC, Medina Flores señala lo siguiente:

Los contratos NEC son una familia de modelos de contratos estándar de uso internacional, tal como los contratos FIDIC, ICC, JCT, entre otros, que fueron desarrollados en Inglaterra por el Instituto de Ingenieros Civiles como un intento de cambiar las formas tradicionales de contratación, a fin de promover la buena gestión de proyectos³⁰⁶.

Considerando lo hasta aquí descrito, definimos a los contratos *New Engineering Contracts*, conocidas por sus siglas “NEC” como aquel conjunto de modelos de contrato estandarizado, donde se consignan las diferentes cláusulas y condiciones contractuales, usadas principalmente en el ámbito de la construcción e ingeniería, estos modelos utilizan un lenguaje claro y sencillo a fin de quién lo lea pueda comprender con facilidad, diferenciándose así de los contratos clásicos en el que por lo general al ser redactados por profesionales en derecho, usan un lenguaje técnico, lenguaje que algunas veces no son comprendidos con facilidad y pueden generar algunos retrasos o entendimientos errados.

Uno de los pilares de estos modelos es que en este tipo de contratos las partes mantienen un espíritu de colaboración; esto es, “*a través del diálogo entre el contratista y el contratante o los representantes debidamente identificados, quienes buscarán evitar las futuras controversias y disminuir la complejidad de los contratos y de esta forma reducir los actos de corrupción*”³⁰⁷. Dicho, en otros términos, “*las partes actúan bajo el principio de “libro abierto”, es decir, compartiendo la información del proyecto de manera conjunta y oportuna, de tal forma que se puedan prevenir y mitigar los riesgos*”³⁰⁸. Lo que me permite concluir que uno de los primeros retos para el uso adecuado de estos modelos de contrato, es que las partes no mantengan una cultura adversarial, es decir, que se realice un cambio en la idiosincrasia de quienes forman parte y se tenga un espíritu de cooperación mutua, este aspecto; aunque parezca poco relevante, puede ser fundamental para el éxito o fracaso de algún proyecto usando los modelos estandarizados.

Cabe destacar que estos modelos contractuales no presentan como único uso del comercio en el ámbito de la ingeniería o construcción, puesto que, si bien se trata de uno de los sectores de la industria en el que se ha desarrollado con mayor preeminencia. Su uso también ha sido adaptado para “*distintas actividades vinculadas a contratos de servicios, subcontratación, suministro, entre otros*”³⁰⁹.

En la práctica internacional, el uso de estos modelos es importante porque las mismas fueron elaborados por instituciones de reconocida reputación, asimismo, se encuentran absolutamente reforzadas por las diversas manifestaciones del proceso interpretativo de instituciones como la cámara de comercio Internacional y la Corte de Arbitramento Internacional de Londres, lo que ha generado mayor certeza respecto al uso correcto de los modelos de contrato NEC.

características

³⁰⁶ MEDINA FLORES, Juan C., “Algunos apuntes sobre contratos NEC: el modelo contractual que se usó en los Juegos Panamericanos”, *Portal jurídico Ius Et Veritas*, 12/01/2020, párrafo tres (03), disponible en: <https://ius360.com/algunos-apuntes-sobre-los-contratos-nec-el-modelo-contractual-que-se-uso-en-los-juegos-panamericanos/>.

³⁰⁷ INIGO POZO, Yampier, “Análisis comparativo de la implementación del Nuevo Contrato de Ingeniería y la Ley de Contrataciones del Estado en la Gestión de obras Públicas” (Tesis de pregrado, Universidad Ricardo Palma de Lima), 2023, p. 9, disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.14138/6651>

³⁰⁸ OTÁROLA AZABACHE, Silvia - SILVA LONGOBARDI, Paula, “El éxito de trabajar en conjunto: prácticas colaborativas recomendadas al diseñar un contrato de construcción”, *Revista Ius Et Veritas* N°66,2023, 55-63, p. 57.

³⁰⁹ UGARTE CARMELINO, Ameth - LOAIZA PORCEL, Alexandra, “El riesgo de financiamiento en la ejecución de infraestructura Pública a través de contratos NEC 3 Opción F”, *Revista Ius Et Veritas*, N°66,2023, 149-65, p. 150, disponible en <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202301.010>

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

Respecto a las características, es pertinente precisar que existen diversas, propias de cada modelo, pero a nuestra consideración son tres las más resaltantes y las que todos los modelos de la familia de contratos NEC mantiene, en tal sentido, a continuación, se detallan cada una de ellas:

- A) Flexibilidad del contrato: Esta característica consiste en que las partes frente a algún inconveniente, en cualquier etapa, puedan reunirse para buscar alternativas de solución, y si es necesario modificar e incluso incorporar cláusulas adicionales a las ya existentes si así lo consideren conveniente, modificando el estándar del contrato principal, ello es posible a través de las conocidas “cláusulas Z”³¹⁰. Por la flexibilidad que denota este tipo de contratos, las partes tienen libertad de hacer una gestión para los cambios de precio y plazo frente a la ocurrencia de eventos, sin recurrir al formalismo o aprobación que resultan en algunas ocasiones innecesarias. Asimismo, puede ser usado no solo en obras de ingeniería y construcción sino también en otros tipos de contratos que pueden ser adaptados con facilidad.
- B) Claridad y Simplicidad: La segunda característica es principalmente por el uso del lenguaje, esto es, un lenguaje de forma sencilla y evitando términos ambiguos o engorrosos, con el objeto de los modelos de contrato sean de fácil comprensión para todo aquel quien lo lea y busque ejecutarlo, un lenguaje sencillo para que no sea necesario un grado de instrucción específica, facilitando su empleo y la toma de decisiones por las personas en el sitio de la obra, “sin la necesidad de buscar a un abogado para alguna interpretación. Más que ser visto como contrato, debe ser una herramienta para la gestión de proyectos”³¹¹. Es en virtud a ello que a menudo se debe usar poca cantidad de texto, u oraciones subdivididas en viñetas, resaltando las cláusulas principales o de opciones, el número de cláusulas es menor, las cláusulas de opciones son añadidas pero no son eliminadas, las obligaciones de las partes se encuentran definidas de forma precisa, el diseño de los modelos NEC se basa en diagramas de flujo de procedimiento lo cual facilita a la simplificación de la estructura del contrato, y otros aspectos que se deben tener en cuenta dependiendo el tipo del modelo de contratos NEC.
- C) Buena Gestión: Principalmente porque a través de este modelo de contrato se busca efectivizar el proyecto de obra, con el propósito de mitigar o reducir de manera considerable los riesgos, sobrecostos y sobretiempos existente en todo tipo de contrato, porque las obras tienden a cambiar con el tiempo, porque están propensos a ser afectadas por diferentes eventos, en ese contexto, difícilmente el cronograma inicial podrá mantenerse hasta concluir el proyecto. Entonces en los contratos NEC necesariamente se estable mecanismos para identificar, evaluar y asignar los riesgos existentes a lo largo del ciclo de vida del contrato, lo cual puede ser aprovechado para el cumplimiento con los objetivos de un proyecto.

En cuanto a los riesgos, cabe resaltar la forma en el que es abordada por los contratos NEC, en tanto que estos distribuyen los riesgos entre todos y con un espíritu colaborativo y cooperación mutua (como no sucede en los contratos tradicionales) de modo que el riesgo lo asumen las partes de manera conjunta, puesto que, en estos modelos, “prestan vital importancia a la gestión de los riesgos del proyecto, estableciendo mecanismos para que las partes identifiquen, actualicen, evalúen, asignen y mitiguen los riesgos en forma conjunta durante toda la vida del contrato”³¹². Sobre estos últimos mecanismos, me permito ampliar a través de lo siguiente:

- a) Identificación: Se evalúa de manera detallada todos los posibles riesgos existentes en el proyecto, cada riesgo evaluado es desde el punto de la probabilidad de ocurrencia y consecuencias futuras.

³¹⁰ “Cláusulas Z”: Son condiciones adicionales que son acordadas por las partes pese que no se encuentran previstas en el contrato primigenio. Pero que pueden ser modificadas si ambas partes están de acuerdo, usados en los contratos NEC3, Opción F.

³¹¹ MEDINA FLORES, Juan Carlos, “El acuerdo de gobierno a gobierno y los contratos NEC: ¿soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?”, *Revista Ius Et Veritas*, N° 58, 2019, 110-27, p.116, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201901.006>.

³¹² MEDINA FLORES, Juan Carlos, “El acuerdo de gobierno a gobierno y los contratos NEC: ¿soluciones a las deficiencias de la normativa de contrataciones del estado que puedan ser replicadas por todas las entidades?”, p. 117.

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

- b) Asignación: Luego de tener presente cuales son los posibles riesgos e identificarlos, se prosigue con la evaluación de quién se encuentra en mejor posición para asumir dicho riesgo y consecuentemente se realiza la asignación mediante cláusulas específicas en el contrato, de modo que, la responsabilidad de cada riesgo asignado debe encontrarse de manera directa y sin ambigüedades.
- c) Establecimiento de un Plan de Gestión: Luego de asignar los riesgos a cada parte, se realiza un plan de gestión, en dicho plan se detallan la forma en el cual será manejado, controlado, y monitoreado, para ello, en los modelos de contrato NEC, utilizan una herramienta altamente colaborativa denominada “*alerta temprana*”, sobre ello, “*el sistema de alerta temprana debe ser entendido como una herramienta de gestión del proyecto importante para mantener el desarrollo de la obra frente a cualquier situación que pueda afectarla*”³¹³.

A través de esta alerta las partes pueden notificar a la otra cualquier evento importante que sea de alta posibilidad de un impacto en el costo, plazo o calidad del proyecto, evidentemente, con el objetivo de reducir dicha situación adversa. Es necesario puntualizar que los costos para mitigar el riesgo son asumidos por cada parte, ello en tanto que, el costo asignado no se entrega hasta que el riesgo haya ocurrido, mitigado o gestionado, luego de esto y a fin de mantener el equilibrio económico contractual, las partes buscan mecanismos para realizar una compensación. El principal objetivo es la reducción del impacto en el proyecto.

- d) Revisión y Actualización Periódica: El plan de gestión de riesgos debe estar constantemente en revisión y actualización para que las partes puedan tener la seguridad de que dicho plan es efectivo, asimismo, debe ser adaptable a la realidad.

clasificación

Los modelos de contratos NEC son una familia extensa, a continuación; voy a señalar de forma genérica la clasificación de los mismos a fin de tener una mayor noción, cabe señalar que cada uno de los modelos guardan diferencias y particularidades independientes, por lo dependerá de las partes la elección de cada modelo dependiendo del proyecto que se pretenda ejecutar. El estándar general es que los contratos NEC tienen como base principal a nueve cláusulas, entre las cuales se encuentra “*el tiempo, las responsabilidades del contratista, pruebas y defectos, pago, eventos de compensación, título, terminación, riesgos y seguros*”³¹⁴.

Ahora bien, entre las opciones de los modelos de contratos NEC, señala lo siguiente:

Opción A: Contrato de Precio Fijo con plan de actividades - “*Priced Contract With Activity Schedule*”: En esta primera opción, el contratante realiza un listado con las partidas que se efectuarán en el proyecto, dicho listado cuenta con un cronograma de actividades, el mismo que debe ser cumplido obligatoriamente. Posteriormente, el contratista oferta precios fijos por la elaboración de dichas partidas y es remunerado conforme culmine la ejecución de las partidas, de modo que, el riesgo del precio es traslado al contratista. Por lo mencionado, se sugiere que este tipo de opción sea usado solo cuando exista la seguridad del alcance del trabajo a realizarse.

Opción B: Contrato de Precio Fijo y lista de cantidades - “*Bill Of Quantities*”: Dentro de esta opción, el

³¹³ MANYARI Ahmed – RAMÍREZ Camilo, “La implementación del sistema de alertas tempranas para el cambio de paradigma hacia la gestión eficiente y colaborativa del proyecto”, *Revista de Derecho y Sociedad* N°55, 2020, 145-161, p.146.

³¹⁴ CUELLAR RODRÍGUEZ, Christian Eduardo, “Análisis de la implementación del modelo de contrato New Engineering Contract (NEC) en la ejecución de inversiones públicas de gran envergadura: una primera aproximación a su uso en el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima 2019”, Tesis de Pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, p. 23, disponible: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/19216>

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

contratista realizará una lista con las partidas que se efectuarán dentro del proyecto e indicará una cifra de metrados, a este documento se le asigna el nombre de *Lista de Cantidades*. Por otro lado, el contratista oferta un precio por la unidad de medida de dichas actividades siendo éste remunerado en base a los metrados que realice. Asimismo, con esta opción se logra reducir el riesgo sobre el contratista pues aquí se les remunerará de acuerdo a la cantidad de trabajo que va desarrollando. Ahora bien, esta opción es habitual cuando se tiene conocimiento de los trabajos, aunque no se tenga conocimiento con precisión de las cantidades exactas.

Opción C: Contrato de Precio Meta con cronograma de actividades: Bajo esta opción el contratante diseña una lista con las partidas que se ejecutarán dentro del proyecto, a dicho documento se le denomina Cronograma de Actividades. En ese mismo sentido, el contratista oferta precios fijos por la ejecución de las mencionadas partidas siendo retribuido conforme culmine la ejecución de las mismas, más una tarifa. Este precio total es equiparado con el precio objetivo, se dividen los sobrecostos, si el precio total es inferior al precio objetivo se dividirán los ahorros. En base a esta opción se va trasladar el riesgo acerca del precio al contratista pues oferta un precio fijo sobre los trabajos que efectuará; sin embargo, al poseer un precio objetivo, impulsa al contratista ahorrar en el proyecto.

Opción D: Contrato de Precio Meta y lista de actividades: Aquí el contratante realiza nuevamente una lista de cantidades. El contratista oferta un precio por la unidad de medida de las mencionadas actividades y es remunerado por los metrados que efectúe más una tarifa. El precio total de lo realizado es cotejado contra el precio objetivo, entonces, si el precio total es mayor al precio objetivo, se repartirá los sobrecostos; si el precio total es inferior al precio objetivo, se dividen los ahorros.

Por ende, bajo esta opción se busca también en el equilibrio de la asunción del riesgo sobre el precio entre el contratante y contratista ya que se les remunerará de acuerdo a las cantidades de trabajo que vienen desarrollando. Asimismo, al contar con un precio objetivo, se comparten los ahorros.

Opción E: Contrato de Costo Reembolsable: Bajo esta penúltima opción el contratista realiza todos los trabajos que resulten necesarios para la ejecución de la obra. Existiendo un reembolso entre contratistas en base a todos los costos que se suscitaron por la ejecución del proyecto más una tarifa. Esta opción transfiere el riesgo del precio al contratante siendo éste el que deberá reembolsar al contratista todo concepto en el que se haya incidido para efectuar dicha obra. En base a todo ello, esta opción no resulta usual si no se tiene establecido el alcance y las cantidades de la obra, por lo que se otorga libertad al contratista para materializar los trabajos que son necesarios para la ejecución del proyecto.

Opción F: Contratos de Gestión: En esta última opción se emplea al contratista para que pueda ser un gestor del proyecto el mismo que se responsabilizará de subcontratar las actividades del proyecto que resulten necesarias para su ejecución. El contratante reembolsa al contratista por todos los costos a los que se ha incurrido por la ejecución del proyecto más una tarifa. Esta opción resultará beneficiosa específicamente cuando el contratante tiene como finalidad encontrar un contratista con experiencia para que éste se encargue de ejecutar el diseño y construcción del proyecto, propósito de lo referido, cabe resaltar que éste fue la opción con la cual se hizo uso en la construcción del proyecto de los juegos panamericanos, evento que se desarrolló durante el año 2019 en la ciudad de Lima - Perú.

partes intervinientes

Al igual que en cualquier tipo de contrato, son las partes quienes dan origen a cualquier tipo de relación con el fin de satisfacer sus intereses, por ello es menester detallar las partes o actores más relevantes en estos modelos de contrato, siendo ellos los siguientes³¹⁵:

³¹⁵ CUELLAR RODRÍGUEZ, Christian Eduardo, “Análisis de la implementación del modelo de contrato New Engineering Contract (NEC) en la ejecución de inversiones públicas de gran envergadura: una primera aproximación a su uso en el Proyecto

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

El empleador: Que en ocasiones puede ser la entidad, quien por lo general tiene la obligación de hacer entrega de los terrenos de la obra, y coadyuvar con la colaboración para cumplir con el proyecto, recordemos que el espíritu colaborativo es vital y no solo en la negociación simple sino una cooperación continua y con mayor importancia durante la ejecución del contrato.

El gerente del proyecto: Es el designado por el contratante, sea personal interno o externo, tiene a su cargo gestionar el proyecto lo que involucra no solo cumplir con los objetivos sino cumplir con el proyecto de acuerdo al contrato. Dado que su trabajo es el de administrar el proyecto, se encuentra facultado para adoptar decisiones de manera directa sin la necesidad de previa autorización o aprobación expresa, es por esto que el gerente obligatoriamente debe ser un profesional probo con alta profesionalidad sobre los temas en específico en caso se desee usar estos modelos estandarizados.

El Supervisor: Ahora bien, el supervisor tiene una función principal, el cual es revisar la calidad de las obras, para evaluarlo y someterlo a diversas pruebas o ensayos y dependiendo de ello emitir certificados o constancias de defecto en caso lo hubiese o constancias de conformidad.

alcances

En los últimos años, los contratos NEC fueron utilizados en diversos países, algunos autores aseguran que hasta la fecha son más de veinte (20) países en las que se realizó algún proyecto y fueron bajo el modelo de los contratos NEC, lo cual nos puede dar a entender la viabilidad con la que puede ser usado y aplicado, pero considerando las realidades de cada uno de los países.

La expansión de estos modelos a palabras de FIGUEROA VALDÉS³¹⁶, consiste en:

En Reino Unido los modelos hasta la fecha son ampliamente aplicados y han sido utilizados en importantes proyectos, por ejemplo: en el parque Olímpico, el Crossrail y el Velódromo, todos de Londres, en el Departamento de Emergencias del Hospital de St. Thomas. De igual modo, el modelo NEC3 fue utilizado en la construcción del túnel debajo del Canal de la Mancha y el Terminal N°5 del aeropuerto de Heathrow en Londres.

Asimismo, en Holanda se usó para la construcción del nuevo edificio de la Corte Penal Internacional en Hong Kong, estos contratos en Holanda son obligatorios, para inversiones en construcción.

En Sudáfrica también fueron usados, para la construcción de la Universidad de Mpumalanga. Asimismo, fueron utilizados en Nueva Zelanda, en Australia en la construcción de la granja Eólica Mt Mercer.

Finalmente, en Latinoamérica se usó en Brasil y en el Perú para la ejecución de los principales proyectos de infraestructura necesarios para los Juegos Panamericanos de 2019 y para las Escuelas Bicentenario aplicado por el Proyecto Especial de Inversión Pública – Escuelas Bicentenario (PEIP - EB).

Como se ha señalado, estos modelos de contrato han tenido un alcance ampliamente reconocido en diversos países y han sido aplicados en proyectos de gran relevancia. De ahí surge la importancia de conocerlos desde su génesis, con el fin de que su implementación en nuestro país pueda lograr la misma eficacia que demostraron en otras jurisdicciones.

los contratos nec y su eficiencia en los juegos panamericanos

Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos y Sextos Juegos Parapanamericanos de Lima 2019”, p. 26.

³¹⁶ FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción”, *Revista de Derecho y Sociedad*, N°55, 197 – 221, p. 216.

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

Como bien se describió líneas anteriores, los contratos NEC con el paso de los años han ido evolucionando, mostrando resultados positivos que han facilitado su adopción por numerosos estados. Gracias a sus particularidades para la gestión y ejecución de proyectos, estos modelos han sido usados para edificaciones de gran envergadura, en el caso peruano, también fue usado en uno de los proyectos más relevantes que tuvo a su cargo el Gobierno Peruano, esto es, el proyecto para el “XVIII Juegos Panamericanos del 2019” cuando la ciudad de Lima fue la elegida para desarrollar dicha edición.

Evidentemente nuestro país no se encontraba preparado para afrontar un evento de tal magnitud pero precisamente por ello, fue un absoluto desafío significativo, es por ello que pese a las diversas carencias, gracias a un equipo comprometido, se logró superar cada una de ellas para el cumplimiento de las obligaciones que sostenía el gobierno peruano en aquel entonces, sin embargo; cabe cuestionarnos ¿El modelo de contrato aplicado en este proyecto resultó realmente eficaz?, es la pregunta que intentaremos responder en el presente apartado.

A modo de contexto, es pertinente puntualizar que cuando la Asamblea General de la organización Deportiva Panamericana “*Panam Sports*” eligió a la ciudad de Lima como sede para los Juegos Panamericanos del año 2019, en octubre del año 2013 tuvo a bien la suscripción de un Acuerdo con la Municipalidad de Lima; mediante el cual se asignaron responsabilidades y obligaciones a cada parte. Asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 002 – 2015 – MINEDU se posibilitó la creación del proyecto especial, el cual consistía en utilizar una serie de herramientas especiales dentro de una contratación, como lo fue el “Acuerdo de Gobierno a Gobierno”, el cual es un mecanismo de contratación que si bien tiene poco desarrollo legislativo es bastante utilizado en el ámbito internacional, la función de este acuerdo es que a través de ello se posibilita que un estado contrate sobre bienes, obras o servicios que serán ofrecidos en su momento por otro estado.

Ahora bien, sin alejarnos de lo realmente importante, debe destacarse que para el desarrollo de los juegos panamericanos fue gracias al Acuerdo de Gobierno a Gobierno, entre Perú y el gobierno de Reino Unido, las responsabilidades asumidas por el estado peruano fue la de proveer una villa panamericana para albergar a miles de atletas, organizar ceremonias de apertura y clausura para los juegos panamericanos y juegos parapanamericanos, asumir gastos de hospedaje, transporte de atletas y oficiales, entre otros, por su parte el Gobierno de Reino Unido tuvo a su cargo la selección del proveedor para los juegos, la contratación de proyectos de infraestructura y es en este punto donde se unen o usan los modelos internacionales, provenientes de los contratos NEC. y específicamente el modelo de tipo NEC, el proyecto debía ser utilizado de ingeniería y construcción (ECC) – Opción F – Contratista Administrador “*Management contractor*”.

La opción elegida, guarda la particularidad de tener entre las funciones la de gestionar el proyecto, seleccionando, contratando y administrando con el mayor valor y eficacia, lo que incluye que se encargue de la subcontratación de terceros, subcontratación que era necesaria por la complejidad de la obra. La redacción de los contratos que propone NEC 4 gira en torno a que el propietario, el contratista, el gerente de proyecto “*Project Manager*” y el supervisor van a actuar según lo establecido en el contrato y en el espíritu de mutua confianza y cooperación³¹⁷.

Finalmente, y respondiendo a la pregunta antes realizada, se vislumbra que luego de cerca de seis años de haber sido Lima la sede de los juegos panamericanos, la infraestructura se encuentra en óptimas condiciones, de hecho dicha infraestructura de acuerdo a algunas revistas hasta el año 2021 ha servido para “*el desarrollo de más de 117 eventos deportivos en sus canchas homologadas internacionalmente, entre los cuales destacan 90 torneos nacionales y 27 internacionales*”, asimismo, ya hay un compromiso por el que en el año 2027 Lima, será por segunda vez, la anfitriona para los juegos deportivos, con lo referido, se puede acreditar el éxito en la infraestructura, considerando además el éxito que tuvo los juegos panamericanos se puede suscribir que efectivamente los actores efectuaron un buen trabajo al tiempo de

³¹⁷ LAMA BUSTINZA, José A. - BECERRA NACCHA. Ives D., “Mecanismos multi-tier y el dispute avoidance en el entorno colaborativo de los contratos New Engineering Contract 4 (NEC4)”, *Revista Derecho & Sociedad*, N.º 55, 2020, p. 125-44. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23238>.

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

aplicar uno de los modelos NEC, lo cual debe servir de modelo para los sucesivos proyectos adoptando los modelos estandarizados.

retos en la implementación a nivel nacional

Al respecto, existe cierta dicotomía para arribar a una conclusión única o definitiva, señalo ello debido a que para algunas posiciones, este tipo de contrato no tiene mayor complicación y pueden ser fácilmente añadidas para proyectos regulados por el ámbito público o privado, ello en tanto que cuando se trata del aspecto privado el código civil permite la autorregulación entre las partes por lo que es posible que a través de acuerdos el contrato se desarrolle y sean añadidos sin mayor complicaciones, respecto al ámbito público explican que de acuerdo a los artículos 212.1 y 212.2 del artículo 212° del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado de la anterior Ley N°30225 es posible la inclusión de este tipo de contratos, no solo los de tipo o modalidad NEC sino aquellos contratos de carácter estandarizado como los FIDIC. Aunque, como es de conocimiento general, la nueva Ley General de Contrataciones Públicas – Ley N°32069, mediante el artículo 59° faculta el uso de contratos estandarizados, y si bien refiere que el marco normativo es el propio contrato y su reglamento, también señala que no están exentas del control de la Contraloría General de la República.

Por otro lado, tenemos una postura negativa de quienes consideran que efectivamente podría estar permitido por el estado pero la adopción de contratos estándar de modelo internacional por parte de la normativa nacional debe ser tomada con responsabilidad y sobre la base de un análisis profundo, para verificar si estamos ante la compatibilidad entre los modelos de contrato y la normativa peruana, en tanto que las normas son bastante rígidas y no es tan sencillo unificarlos porque incluso algunos aspectos puede colisionar generando poca efectividad sobre la situación real, por ello consideran que es un desafío el hecho de incorporarlos en el ámbito público y más si hasta la fecha solo se pudo desarrollar alguna de las obras pero ello fue gracias al acuerdo de gobierno a gobierno, lo cual entre muchos aspectos añadía el alejarse de la normativa nacional que otorgaba facultades libres al gobierno de Reino Unido, justamente para que le permitiera conocer cada detalle y opte por la decisión adecuada. Sin embargo, a criterio personal, más que colisionar con la nueva normativa, creo que el reto o desafío consiste en que los modelos sean entendidos correctamente, ya no se trata del modelo en sí, sino de los actores, personal calificado que comprenda que esta nueva herramienta debe ser aprovechado en pro y no como obstáculo generando igual o mayor litigiosidad, creo que ello radica mucho de la comprensión del espíritu de estos modelos, principios que no deben ser desplazados por las partes, principalmente el de cooperación y colaboración frente a alguna adversidad, de lo contrario, por mucho que el contrato sea de alta sofisticación, si se desconoce la forma de aplicación o conociéndolo se aplica incorrectamente, será muy poco favorecer el uso de las mismas.

Al respecto, se tiene la experiencia de ZEGARRA BUITRÓN, Antonio³¹⁸, quien señala que en proyectos del sector educación, infraestructura vial y hospitales bajo modelos NEC:

- Funcionarios públicos temen tomar decisiones proactivas por temor a controles posteriores o sanciones de los órganos de control.
- Contratistas se ven forzados a seguir vías contractuales más defensivas ante la incertidumbre o la falta de respuesta oportuna del empleador.
- Las mesas de trabajo, que deberían ser espacios colaborativos, se convierten en prolongadas rondas de “diálogo de sordos”, donde la solución de temas críticos se posterga indefinidamente.
- Eventos compensables y revisiones de diseño se transforman en puntos de fricción en lugar de oportunidades de mejora conjunta del proyecto.

³¹⁸ ZEGARRA BUITRÓN, Henry Antonio, “Contratos NEC en el Perú: ¿colaboración o una narrativa vacía?, párrafo (07) siete, disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/contratos-nec-en-el-per%C3%BA-colaboraci%C3%B3n-o-una-narrativa-coronel-uriona-bj0fe/>

Aspectos generales de los modelos de contratos NEC en el Perú

Lo descrito únicamente evidencia lo ya señalado, los modelos NEC solo serán efectivos si los actores reflexionan y realizan una correcta aplicación, de lo contrario, solo quedará en la narrativa más no será reflejado en los proyectos de necesidad social.

Considerando lo antes señalada y como una posición ecléctica, considero que estos contratos pueden ser bastante trascendentales, porque como ya se señaló, a través de diversos proyectos tanto en el lado internacional como nacional se ha demostrado que pueden traer crecimiento y ser eficientes, sin embargo; no debemos olvidar el marco en el que se desarrolló al menos en ámbito peruano, que entre otros aspectos se tuvo que modificar parte de la normativa de contratación estatal y emitir lineamiento que permitan desarrollarlo, bajo ese contexto, los contratos NEC pueden ser implementados en nuestro país pero bajo el referente de actuar con responsabilidad, siempre bajo el escenario de la seriedad que ello involucra para concretizar el éxito que finalmente buscan las partes.

conclusiones

Los contratos NEC son una familia con caracteres estandarizados, que a la fecha son usados internacionalmente y que su uso se va extendiendo hasta algunos países de Latinoamérica, tiene como uno de sus aspectos fundamentales el fomentar la colaboración entre las partes, estructurándose de manera idónea, permite una comunicación abierta y la resolución temprana de posibles disputas que puedan suscitarse dentro de los mismos, estos ofrecen una visión más innovadora ya que a diferencia del resto de contratos, priorizan la flexibilidad y moderan los posibles riesgos, convirtiéndolos en una opción más eficaz para aquellos contratistas que buscan mejorar la eficiencia y disminuir los conflictos dentro de la ejecución de proyectos.

Un paradigma que ha venido revolucionando la industria de los contratos en un mundo corporativo que se encuentra en constante evolución y desarrollo, ello a través de una base sólida para la ejecución eficaz y exitosa de proyectos, por lo que su aplicación simboliza un avance significativo en el ámbito de la construcción e ingeniería que no solo impulsa su productividad o calidad sino también otorga un patrón para una gestión moderna de proyectos a desarrollarse, siendo un ejemplo el proyecto para los Juegos Panamericanos de Lima, la cual marcó un hito en la gestión de eventos deportivos en nuestro país en donde se estableció un estándar muy bien planificado y ejecutado, sentando un precedente exitoso de proyecto, por lo que viene siendo un referente para futuros proyectos o empresas que pretenden alcanzar una gestión efectiva y transparente aunque, es claro que el éxito de un proyecto no determina el éxito de todos, más aún si los actores no lo aplican respetando los principios que contiene cada uno de los modelos.

LA BIFURCACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL ¿UNA MEDIDA NECESARIA O DILATORIA?

Nataly Cardona Salazar³¹⁹ & Santiago Walter Banda Viscarra³²⁰

Resumen: El presente artículo analizará la facultad de bifurcación otorgada a los tribunales arbitrales de realizar la división de un proceso arbitral en diferentes etapas como ser las de excepciones por jurisdicción y competencia o por cuantificación de daños, según su incidencia en el proceso (resolución parcial o total). En ese orden, se analizará si la facultad de bifurcar el proceso es arbitraria o no, y la necesidad de regular la figura para su aplicación en casos concretos. Asimismo, se analizará si el dividir el proceso en diferentes etapas hace que este sea más rápido, económico y eficaz, o por el contrario se prolonga innecesariamente el proceso. En consecuencia, se concluirá si la bifurcación del proceso arbitral es una medida necesaria o dilatoria, y si esta necesita una regulación específica para no ser considerada arbitraria.

Abstract: *This article will analyze the arbitral tribunals' authority to bifurcate proceedings, that allows them to divide an arbitration process into different stages such as exceptions concerning jurisdictional and competence or damage qualification, according to its incidence on the process (partial or total resolution). In that order it will be analyzed if the faculty to bifurcate the process is arbitrary or not, and the necessity to regulate this legal figure for its application in specific cases. In addition, it will be analyzed if dividing the arbitration process on different stages makes it faster, cheaper and effective, or on the contrary it prolongs the process unnecessarily. Consequently, it will be concluded if bifurcation of arbitration processes is an arbitrary measure or not, and if this measure needs a specific regulation in order to not be considered arbitrary.*

I. Introducción

El proceso arbitral se encuentra conformado por diferentes etapas y momentos procesales, mismos que han merecido cada uno su propio análisis y desarrollo. En ese entendido, en el presente trabajo se analizará la génesis del proceso arbitral y la importancia que el mismo da a principios como ser la celeridad y la economía, resaltando como objetivo principal la eficiencia procesal, ello en expresa relación con la figura de la bifurcación.

De igual manera, por medio del presente trabajo se analizará la figura de la bifurcación, los criterios para su aplicación desde las diferentes reglas y casos internacionales tramitados ante diferentes instituciones internacionales para poder así observar cómo se aplica esta figura y cuando se considera que la misma es procedente, ello a efectos de poder determinar si esta figura es coherente con la génesis del proceso arbitral y a su vez determinar si esta herramienta puede convertirse en un arma de doble filo, es decir, si la misma se constituye en una medida necesaria o dilatoria.

II. El proceso arbitral, etapas y la bifurcación

El arbitraje, como cualquier otro proceso, se desprende de un derecho humano consagrado para todas las personas, el cual es el derecho de acceso a la justicia. Este derecho ha sido proclamado por diversos cuerpos normativos internacionales, entre estos cuerpos normativos se tiene a la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce este derecho humano en su Art. 25 al consagrar expresamente lo siguiente:

Artículo 25. Protección Judicial

³¹⁹ [Nataly Cardona Salazar](#). Licenciada en Derecho. Universidad Mayor de San Simón. Abogada Junior en Reinicke Ostria - Estudio de Abogados S.R.L. Contacto: nataly.csdj@gmail.com

³²⁰ Santiago Walter Banda Viscarra. Licenciado en Derecho. Universidad Católica Boliviana Sede Cochabamba. Ex Orador del Equipo de Arbitraje de la Universidad Católica Boliviana Sede Cochabamba. Abogado Junior en Reinicke Ostria - Estudio de Abogados S.R.L. Contacto: santiagowbandav@gmail.com

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.³²¹

En consonancia el derecho de acceso a la justicia se encuentra expresamente relacionado al concepto de jurisdicción, mismo que es un concepto amplio y complicado, pero que para el presente trabajo corresponde entenderlo de la siguiente forma:

Se acepta mayoritariamente que la jurisdicción es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto. Para que tal facultad pueda ser cumplida adecuadamente, se reconoce desde antaño que el ejercicio de la función admite ser descompuesto en los siguientes elementos (o atribuciones concurrentes de los jueces): a) *Notio*: es la facultad para conocer de una determinada cuestión litigiosa; b) *Vocatio*: es la facultad para compeler (en rigor, para generar cargas) a las partes para que comparezcan al proceso (vincular a las partes a los efectos jurídicos del proceso); c) *Coertio*: es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas; d) *Judicium*: es la facultad de resolver el conflicto con el efecto propio del caso juzgado; e) *Executio*: es la facultad de ejecutar, mediante el uso de la fuerza pública, la sentencia no acatada espontáneamente por las partes, a fin de no tornar meramente ilusorias las facultades antes mencionadas³²²

Si bien estos elementos son aquellos que demuestran la existencia de jurisdicción estatal, debe de tenerse presente que la misma puede desarrollarse alejada de las instituciones judiciales estatales. Así se entiende la figura del arbitraje, la cual es una figura propia en la que se sustrae la jurisdicción estatal, en elementos como la *notio*, la *vocatio* y el *judicium*, para otorgar esta facultad a juzgadores particulares establecidos voluntariamente por las partes, los cuales son conocidos como árbitros; los cuales si bien cuentan con parte de los elementos de la jurisdicción no llegan a tener todos estos elementos, pues deben acudir a la función estatal para el ejercicio de la fuerza pública en orden de hacer cumplir sus decisiones (*coertio* y *executio*).

En ese entendido, el arbitraje constituye en sí un medio alternativo de solución de conflictos mediante el cual se materializa de una forma diferente a la convencional el derecho de acceso a la justicia (vale decir fuera de los juzgados establecidos por el estado), ello para ciertos casos de derechos considerados disponibles y que en general no guardan relación con el orden público (aunque este sea una limitante que merece un mayor abordaje y que ha empezado a ser ampliamente discutida para poder ampliar esta función arbitral para extenderla a ciertos elementos del orden público).

³²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) Art. 25

³²² ALVARADO VELLOSO, Adolfo – HERRERA HERRERA, Henry, *Manual de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Adaptado a la legislación boliviana vigente*. Editorial Innova, Rosario Santa Fe, 2025, pp. 144-145

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

Así, es menester establecer que el proceso arbitral tiene su génesis en la necesidad de un acceso mucho más rápido y eficaz a la justicia (elemento esencial de dicho derecho), incluso analizando la existencia de una justicia mucho más especializada y en la que lo que se busca es una concreción oportuna del derecho de acceso a la justicia; este es un aspecto fundamental que ejercerá de eje temático para el análisis al respecto de la bifurcación del proceso arbitral y poder entender si el mismo es coherente con esta génesis del proceso arbitral.

Por ello, corresponde profundizar en analizar al arbitraje como un medio de resolución de conflictos basado esencialmente en el consentimiento de las partes. Sobre este elemento, debe de analizarse especialmente que para poder acceder a un arbitraje es necesario y esencial que exista un convenio o acuerdo arbitral en el cual el consentimiento de las partes de renunciar a la jurisdicción estatal en favor al arbitraje sea lo suficientemente expreso para evitar que se genere algún tipo de controversia sobre su decisión voluntaria de acudir a arbitraje; en ese entendido puede entenderse que:

(...) el arbitraje, sin perjuicio de su mediato origen en la disposición de la ley que lo permite, nace a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. Ese acuerdo de voluntades -que genéricamente denominaremos “acuerdo arbitral” o “pacto de arbitraje” - puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos (...) ³²³

En dicha línea, debe de tenerse presente que el convenio o acuerdo arbitral (en cualquiera de sus formas) goza de requisitos intrínsecamente relacionados a los requisitos generales de los contratos. En relación, analizando los requisitos del convenio o acuerdo arbitral se debe tener presente lo siguiente:

Pero, con la salvedad de que su objeto no es crear derechos u obligaciones personales, sino asignar jurisdicción a quienes intervendrán como árbitros, no encontraremos diferencias de fondo entre los contratos comunes y el acuerdo arbitral.

Por esa razón, en tanto acuerdo de voluntades o convención - veremos más adelante si es un contrato definitivo o meramente preparatorio - el pacto arbitral debe de cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento tiene que ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse; ha de versar sobre un objeto lícito y posible tanto física como jurídicamente; y debe hallarse revestido de la forma legalmente prescripta ³²⁴

Por otra parte, entre las características propias del arbitraje se encuentra la designación de un arbitraje ad hoc o institucionalizado, así como el establecer la formación del Tribunal Arbitral e incluso las reglas por las cuales se desarrollará el mismo; encontrándose entre las instituciones y reglas más famosas las establecidas en el ámbito internacional por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI); cuya relevancia será importante en el presente trabajo.

Consecuentemente, corresponde señalar que una vez realizado el convenio o acuerdo arbitral, el cual debe ser específico y no dejar duda alguna de la voluntad de las partes para acudir a arbitraje, es que posterior a ello se desarrolla el proceso arbitral, en el cual se pueden analizar diferentes elementos esenciales para el procedimiento arbitral como pueden ser: la jurisdicción del tribunal arbitral (en caso de observaciones por alguna de las partes en relación al convenio arbitral o acuerdo arbitral), la etapa de fondo en la cual se discute propiamente lo relativo a la controversia que ha motivado se inicie el arbitraje; y en su caso la etapa de cuantificación de daños y perjuicios

³²³ CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, 2ª Ed., Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 2000, p. 107.

³²⁴ CAIVANO, *Arbitraje*, p. 109.

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

Conforme lo anterior y teniendo presente las etapas ya descritas, es que en el desarrollo del proceso arbitral las autoridades designadas (árbitros) en aplicación a principios como el *Kompetenz-Kompetenz*, o para poder realizar una debida cuantificación de los daños y perjuicios o cualquier otro tipo de trámite incidental que ocurra dentro del proceso arbitral, pueden determinar la aplicación de la figura de la bifurcación.

Sobre este concepto y para poder llegar a una comprensión del mismo, corresponde acercarnos a su definición, la cual puede comprenderse como “*dividirse algo en dos ramales o brazos*”³²⁵ vale decir que este concepto comprende la idea misma de una división en dos partes. Relacionando dicho concepto al proceso arbitral, se entiende que el mismo otorga a los árbitros la posibilidad de dividir o partir el proceso en partes (generalmente en dos) para así poder resolver las cuestiones accesorias al fondo del proceso arbitral (sea jurisdicción, daños o perjuicios, etc.), ello para evitar una posible dilación o afectación a las partes.

A pesar de lo anterior, no siempre la bifurcación puede considerarse una medida que priorice la rapidez o efectividad del proceso, puesto que existe una fuerte corriente que considera que en algunos casos, el determinar la bifurcación del proceso puede terminar siendo una medida dilatoria, que solo retrase el desarrollo del proceso. Por ello, corresponde analizar los criterios para la procedencia de esta figura, conforme se expone en el siguiente punto.

III. Criterios para la procedencia de la bifurcación

Ahora bien, en el punto anterior se mencionó que la finalidad del arbitraje es solucionar de manera rápida, eficiente y definitiva los conflictos, bajo ese entendimiento, el tribunal arbitral o árbitros se encuentran facultados para ejercer todos los medios necesarios para dar mayor celeridad a los conflictos, entre esas medidas se encuentra la bifurcación arbitral.

En este orden de ideas, señalaremos los motivos por los que se podría bifurcar un procedimiento arbitral encontrándose entre estos las excepciones de forma, problemas de jurisdicción, competencia y cuantía, éstas son las más conocidas sin embargo, podría tratarse cualquier otro tema siempre y cuando no vaya al fondo de la pretensión.

La bifurcación arbitral si bien es una medida que toma el tribunal arbitral o árbitros ya sea a solicitud de una de las partes o ambas, y de oficio, bajo el entendido que no en todos los casos se procede a bifurcar el proceso, ya que depende del criterio del tribunal arbitral o árbitros, en ese entendido, en la mayoría de centros de arbitraje no existe una reglamentación para la procedencia de la bifurcación arbitral, como excepción se encuentra el CIADI, ya que esta institución ha establecido reglas para la procedencia de bifurcación arbitral, el cual se detallará en otro apartado.

En primer lugar, nos referiremos a los procesos que no tienen reglas específicas para la procedencia de la bifurcación del proceso ya que para estos casos el tribunal arbitral o árbitros deben tomar ciertos criterios para su procedencia, tal es así que traeremos a colación jurisprudencia con respecto a CNUDMI y CCI (instituciones que no cuentan con reglas para la procedencia de la bifurcación arbitral) en la que se definieron criterios para la procedencia de la bifurcación.

Caso Glencore Finance (Bermuda) Limited c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA N° 2016-39

En el presente caso se tiene que es conforme el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que fue iniciado por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en contra del Gobierno de la República de Bolivia, solicitando la parte demandada (Gobierno de la República de Bolivia) la bifurcación del proceso fundando en la excepción de competencia, señalando que la disputa no puede llevarse ante un tribunal que no tenga jurisdicción, por ende, solicitando al tribunal se sirva aplicar los tres criterios descritos en el caso Philip Morris vs Australia, los

³²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Bifurcarse”, *Diccionario del Estudiante*, 23/11/2025, disponible en: <https://www.rae.es/diccionario-estudiante/bifurcarse#:~:text=bifurcarse%20%7C%20Diccionario%20del%20estudiante%20%7C%20RAE&text=intr,en%20dos%20ramales%20o%20brazos>.

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

cuales son: “(i) ¿Es la objeción *prima facie* grave y sustancial?, (ii) ¿Se puede examinar la objeción sin prejuzgar o entrar en el fondo? y (iii) ¿Podría la objeción, si tiene éxito, desechar la totalidad o una parte esencial de las demandas planteadas?”³²⁶

Señalando la parte demandada que la excepción interpuesta cuenta con estos tres criterios, por ende debería darse curso.

El tribunal arbitral al resolver el presente caso señala como los principios que se deben tomar en cuenta por cada tribunal arbitral son de la justicia procesal y de igual manera no menos importante la eficiencia procesal, conforme a estos principios procede a señalar los siguientes criterios:

- a) Si la petición es sustancial o si la objeción es, *prima facie*, seria y sustancial;
- b) Si la petición, en caso de ser concedida, conduciría a una reducción material de la siguiente fase del procedimiento o si la objeción podría, en caso de prosperar, disponer de todos o de una parte esencial de los reclamos presentados;
- c) Si la bifurcación es impráctica en el sentido de que las cuestiones están tan ligadas con el fondo que es muy improbable que haya ningún ahorro en tiempo o coste o si la objeción puede ser examinada sin prejuzgar o entrar en el fondo.³²⁷

Bajo estos criterios el tribunal considera que para que sea más eficiente el proceso se deben llevar las objeciones preliminares así como la responsabilidad en una primera fase y en otra fase si es que se requiere la cuantía, con estos criterios el tribunal considera que será más eficiente en términos de tiempo y costos, bajo dichos argumentos el tribunal decide bifurcar el procedimiento solamente con respecto a la cuantía en caso de que se admita.

Así, conforme al caso mencionado se tiene que el Tribunal arbitral o árbitros deben tomar los siguientes criterios a la hora de decidir si bifurcar o no el proceso:

1. Si al bifurcar el proceso arbitral, las cuestiones que se pretenden bifurcar se pueden llevar de forma independiente, es decir, ninguna depende de la otra son independientes;
2. Al bifurcar el proceso habrá mayor celeridad al proceso, es decir, ayudará a reducir el tiempo y los costos, por tanto, será eficiente
3. Si el caso es complejo, ¿al bifurcar el proceso en diferentes etapas, este ayudará a un mejor análisis?

Conforme los criterios mencionados el tribunal arbitral o árbitros deben analizar si se bifurcará el proceso, recalando que su principal objetivo es hacer eficiente el proceso, mediante el cual se reducirá tiempo como costos, por lo que el tribunal arbitral o árbitros bajo su criterio pueden ordenar o no la separación del proceso.

IV. Criterios desde el CIADI

A continuación, nos referiremos al caso del CIADI, mismo que sí regula expresamente la bifurcación de procesos en sus reglas del 2022. Conforme se ha expuesto en el apartado anterior, si bien la mayoría de los centros e instituciones ante los cuales se desarrollan arbitrajes y en los que se establecieron reglas para el desarrollo de procesos arbitrales no cuentan con reglas claras y preestablecidas para el desarrollo de proceso de bifurcación; sin embargo, por la otra mano se tiene que el CIADI en el año 2022 desarrolló una nueva versión de las reglas de este

³²⁶ Glencore Finance (Bermuda) Limited c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA No. 2016-39 Orden Procesal No. 2: Decisión sobre bifurcación, 31/01/2018, párr. 34; disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9492.pdf>

³²⁷ Glencore Finance (Bermuda) Limited c. El Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA No. 2016-39 Orden Procesal No. 2: Decisión sobre bifurcación, 31/01/2018, párr. 39; disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9492.pdf>

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

centro para el desarrollo de arbitrajes, las cuales incorporaron como novedad la aplicación de la figura de la bifurcación, ello al establecer en su Regla 42 lo siguiente:

Regla 42

Bifurcación

- (1) Una parte podrá solicitar que una cuestión sea abordada en una fase separada del procedimiento ("solicitud de bifurcación").
- (2) Si la solicitud de bifurcación se refiere a una excepción preliminar, se aplicará la Regla 44.
- (3) Se aplicará el siguiente procedimiento a las solicitudes de bifurcación que no sean las referidas en la Regla 44:
 - (a) la solicitud de bifurcación deberá presentarse lo antes posible;
 - (b) la solicitud de bifurcación deberá indicar las cuestiones que deben bifurcarse;
 - (c) el Tribunal fijará plazos para las presentaciones sobre la solicitud de bifurcación;
 - (d) el Tribunal emitirá su decisión sobre la solicitud de bifurcación dentro de los 30 días siguientes a la última presentación sobre la solicitud; y
 - (e) el Tribunal fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.
- (4) Al decidir si corresponde bifurcar, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo si:
 - (a) la bifurcación reduciría significativamente el tiempo y costo del procedimiento;
 - (b) la decisión de las cuestiones que se bifurcarían, desestimaría toda o una parte sustancial de la diferencia; y
 - (c) las cuestiones que se examinarían en fases separadas del procedimiento están tan ligadas entre sí que harían que la bifurcación no fuera práctica.
- (5) Si el Tribunal ordena la bifurcación en virtud de esta regla, suspenderá el procedimiento con respecto a aquellas cuestiones que deban abordarse en una fase posterior, salvo acuerdo en contrario de las partes.
- (6) El Tribunal podrá decidir de oficio en cualquier momento si una cuestión debería abordarse en una fase separada del procedimiento.³²⁸

En correlación, corresponde atender a lo establecido por la Regla 44, la cual establece el proceso de bifurcación para excepciones preliminares:

Regla 44

Excepciones Preliminares con una Solicitud de Bifurcación

- (1) Se aplicará el siguiente procedimiento en relación con una solicitud de bifurcación relativa a una excepción preliminar:

³²⁸ CIADI Convenio, Reglamento y Reglas, Regla 42.

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

- (a) salvo que las partes acuerden lo contrario, la solicitud de bifurcación deberá presentarse:
 - (i) dentro de los 45 días siguientes a la presentación del memorial sobre el fondo;
 - (ii) dentro de los 45 días siguientes a la presentación de un escrito que contenga la demanda subordinada, si la excepción se refiere a la demanda subordinada; o
 - (iii) lo antes posible después de que la parte tenga conocimiento de los hechos en los que funda su excepción preliminar, si esa parte no tenía conocimiento de tales hechos en las fechas a las que se refiere el párrafo 1(a)(i) y (ii);
 - (b) la solicitud de bifurcación deberá indicar la excepción preliminar a la que se refiere;
 - (c) salvo acuerdo en contrario de las partes, el procedimiento sobre el fondo se suspenderá hasta que el Tribunal decida si corresponde bifurcar;
 - (d) el Tribunal fijará los plazos para las presentaciones sobre la solicitud de bifurcación; y
 - (e) el Tribunal emitirá su decisión sobre la solicitud de bifurcación dentro de los 30 días siguientes a la última presentación en relación con la solicitud.
- (2) Al decidir si corresponde bifurcar, el Tribunal considerará todas las circunstancias relevantes, incluyendo si:
- (a) la bifurcación reduciría significativamente el tiempo y costo del procedimiento;
 - (b) la decisión de la excepción preliminar desestimaría toda o una parte sustancial de la diferencia; y
 - (c) si la excepción preliminar y el fondo están tan ligados que harían que la bifurcación no fuera práctica.
- (3) Si el Tribunal decide abordar la excepción preliminar en una fase separada del procedimiento, deberá:
- (a) suspender el procedimiento sobre el fondo, salvo acuerdo en contrario de las partes;
 - (b) fijar los plazos para las presentaciones sobre la excepción preliminar;
 - (c) dictar su decisión o laudo sobre la excepción preliminar dentro de los 180 días siguientes a la última presentación, de conformidad con la Regla 58(1)(b); y
 - (d) fijar cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento si el Tribunal no dicta un laudo.
- (4) Si el Tribunal decide unir la excepción preliminar al fondo, deberá:
- (a) fijar los plazos para las presentaciones sobre la excepción preliminar;
 - (b) modificar cualquier plazo para las presentaciones sobre el fondo, según proceda; y
 - (c) dictar un laudo dentro de los 240 días siguientes a la última presentación, de conformidad con la Regla 58(1)(c).³²⁹

³²⁹ CIADI Convenio, Reglamento y Reglas, Regla 44.

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

De ello se pueden observar los siguientes elementos:

1. La solicitud de bifurcación puede darse por dos motivos identificados como excepciones preliminares o cualquier otro tipo de solicitud que pueda ser abordada de forma aparte al objeto principal.
2. En el caso de la Regla 42, aplicable a toda solicitud de bifurcación que no esté relacionada a excepciones preliminares, se observa que existen plazos determinados para la emisión de una resolución a una solicitud de bifurcación. Así, el plazo para resolver la solicitud es de 30 días, resolución en la que se puede definir aceptar o no la solicitud de bifurcación. En caso de no aceptarse la solicitud de bifurcación, se proseguirá con el proceso. Mientras que en caso de darse curso a la solicitud, se debe establecer por qué la misma es importante y cómo reduciría la duración del proceso; en dicho caso se suspende la tramitación del proceso en todas las cuestiones que deban tramitarse en una fase posterior.
3. En el caso de la Regla 44 para el caso de excepciones preliminares, se observa que existe un plazo de 45 días para la presentación de la solicitud computable desde la presentación del memorial de fondo u otra demanda subordinada, suspendiendo esta solicitud la tramitación de fondo salvo acuerdo entre partes. El plazo para resolver la solicitud es de 30 días a la última presentación con relación a la solicitud. En caso de no dar curso a la bifurcación, la excepción preliminar se tramita con el fondo del proceso. En caso de darse curso a la bifurcación, se suspende el proceso de fondo (salvo acuerdo de partes) y se tiene un plazo de 180 días (6 meses) para emitir el Laudo que resuelva la excepción preliminar.

Teniendo presente lo expresado, es que corresponde analizar casos en los que se dio curso a la bifurcación en aplicación a las Reglas del CIADI 2022, ello conforme al siguiente orden:

A. Caso ABH Holdings S.A. vs Ucrania - CIADI Caso No. ARB/24/1 - Aplicación de la Regla 42 de las Reglas del CIADI 2022

Sobre este caso debe de tenerse presente que el mismo se desarrolló bajo las reglas del CIADI 2022. El proceso fue iniciado por la solicitud presentada por ABH Holdings en fecha 29 de diciembre de 2023, desarrollándose la primera sesión arbitral en fecha 12 de septiembre de 2024, y posteriormente todos los actuados correspondientes.

Así, en fecha 18 de febrero de 2025 Ucrania presentó una solicitud de bifurcación con relación a la cuantificación del proceso, en el entendido de que dicha parte consideraba que el realizar esto previamente reduciría el tiempo del proceso y esto podía realizarse de forma separada al proceso principal y a los procesos de jurisdicción y fondo.

En consecuencia, en fecha 12 de mayo de 2025 se emitió la decisión sobre bifurcación. En dicha decisión, el tribunal arbitral decidió dar curso a la solicitud de arbitraje. En esta solicitud el tribunal decidió aplicar la Regla 42 al tratarse de una solicitud sobre cuantía y no de una excepción preliminar.

Ahora bien, los motivos y criterios que llevaron al tribunal arbitral a dar curso a la solicitud de bifurcación fueron:

1. El tribunal estaba convencido de que la bifurcación reduciría el tiempo y los costos del proceso, así como ayudaría a resolver la totalidad o partes sustanciales del proceso.
2. El tribunal no se encontraba convencido de que los temas de cuantía se encontrarán tan entrelazados con el fondo del proceso, como para hacer que la bifurcación no sea práctica.
3. El tribunal determinó que si la bifurcación se realizaba, los costos que el demandante tendría que cubrir no serían mayores.
4. El tribunal consideró que la bifurcación sería de ayuda para la producción de documentos en relación a la cuantía.³³⁰

³³⁰ ABH Holdings S.A. vs Ucrania, Caso CIADI No. ARB/24/1, Decision on Bifurcation 12/05/2025, párr. 37-43, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1826949.pdf>

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

Siendo estos los motivos que llevaron a que el Tribunal Arbitral diera curso a la bifurcación en este caso. De lo referido, se observa que los motivos de la bifurcación en este caso, se encuentran expresamente relacionados con la Regla 42 en su punto 4 a, b y c y así lo estableció el propio Tribunal Arbitral. Además se observa que para proceder a la bifurcación se consideró los costos y el tiempo que se ahorrarían al dar curso a la solicitud, hecho que resulta relevante y demuestra que la aplicación de las Reglas del CIADI para bifurcación denota un procedimiento específico sobre cómo se tramitan las solicitudes de bifurcación en casos de solicitudes no relacionadas a excepciones previas.

B. Caso Bacanora Lithium Limited, Sonora Lithium Ltd. y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd. c. Estados Unidos Mexicanos Caso CIADI No. ARB/24/21 - Aplicación de la Regla 42 de las Reglas del CIADI 2022

Sobre este caso debe de tenerse presente que el mismo se desarrolla bajo las reglas del CIADI 2022. En el proceso se desarrolló la primera sesión arbitral en fecha 11 de marzo de 2025, y posteriormente todos los actuados correspondientes. Así, en fecha 10 de junio de 2025 se presentó la solicitud de bifurcación por parte del demandado.

Al respecto, la parte demandada presentó hasta 5 excepciones jurisdiccionales y una de admisibilidad, enmarcándose por ello en lo establecido por la Regla 44 de las Reglas del CIADI 2022. En consecuencia, las referidas excepciones fueron resueltas mediante la Resolución Procesal No. 3 (Corregida) de fecha 25 de agosto de 2025, la cual decidió negar la solicitud de bifurcación planteada, ello conforme los siguientes fundamentos:

1. Con relación a la primera excepción jurisdiccional, se observa que el tribunal arbitral desestimó la solicitud de bifurcación al considerar que si se aplicara esta figura al caso en concreto, no se reduciría la duración ni el costo del procedimiento y tampoco se simplificarían las cuestiones a decidirse en el fondo, por lo que las ventajas procesales que pudiera tener la bifurcación serían, en el mejor de los casos, poco claras.
2. Con relación a la segunda excepción jurisdiccional, se observa que el tribunal arbitral desestimó la solicitud de bifurcación al considerar que la bifurcación no reduciría el tiempo del procedimiento o el costo del mismo, incluso podría por el contrario prolongar su duración pues muchas de las cuestiones se volverían a discutir en el fondo.
3. Con relación a la tercera excepción jurisdiccional, se observa que el tribunal arbitral desestimó la solicitud de bifurcación al considerar que la bifurcación no reduciría el tiempo del procedimiento o el costo del mismo e incluso que en caso de darse curso a la bifurcación el impacto no sería suficiente para compensar los costos de tramitar el proceso en dos fases.
4. Con relación a la cuarta excepción jurisdiccional, se observa que el tribunal arbitral desestimó la solicitud de bifurcación al considerar que la misma podría requerir que el Tribunal se adentre al fondo de la controversia.
5. Con relación a la quinta excepción jurisdiccional, se observa que el tribunal arbitral desestimó la solicitud de bifurcación al considerar que la bifurcación no reduciría el tiempo del procedimiento o el costo del mismo o que exista un procedimiento más eficiente.
6. Con relación a la excepción de admisibilidad de la demandada, el tribunal arbitral desestimó la excepción al considerar que se trataría de una excepción en la que se ventilarían elementos de fondo.
7. Al analizar todas las excepciones en conjunto, el tribunal arbitral consideró que si bien la segunda y la cuarta excepción preliminar podrían poner fin al proceso, si se pronunciara en contra de las mismas, el trámite de fondo se vería retrasado significativamente y quedarían aun cuestiones jurisdiccionales por resolver; por lo que se consideró que esto no sería eficiente, negando por ello la bifurcación.³³¹

³³¹ Caso Bacanora Lithium Limited, Sonora Lithium Ltd. y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB/24/21, Resolución Procesal No. 3 (CORREGIDA) Decisión sobre Bifurcación (Corregida), párr. 68-91, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1827146.pdf>

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

Siendo estos los motivos que llevaron a que el tribunal arbitral no dé curso a la bifurcación en este caso. De lo referido, se observa que los motivos de no dar curso a la bifurcación en este caso, se encuentran expresamente relacionados con la regla 44 de las reglas CIADI 2022. Además se observa que para negar la solicitud de bifurcación se consideró los costos y el tiempo que tomaría llevar a cabo la bifurcación e incluso se observó si esta solicitud se encontraba ligada al fondo de la solicitud, demostrando una aplicación concisa de las reglas CIADI 2022. No obstante, es muy llamativo el análisis conjunto de las excepciones, puesto que si bien se pudo observar que las excepciones 2 y 4 podrían poner fin al procedimiento, el tribunal arbitral tuvo que ponderar y analizar los efectos de bifurcar y que no se dé curso a la solicitud, determinando que ello sólo implicaría una dilación indebida del proceso, demostrando ello la necesidad de análisis jurídico que cada tribunal debe realizar sobre cada caso para cada solicitud de bifurcación.

C. Caso BA Desarrollos LLC. c. República Argentina Caso CIADI No. ARB/23/32 - Aplicación de la Regla 44 de las Reglas del CIADI 2022

Este caso se desarrolla bajo las reglas del CIADI 2022. En el proceso se emitió la primera resolución procesal en fecha 15 de marzo de 2024, y posteriormente todos los actuados correspondientes. Así, en fecha 28 de junio de 2024 se presentó la solicitud de bifurcación por parte del demandado.

Al respecto, la parte demandada presentó hasta 3 excepciones jurisdiccionales, enmarcándose por ello en lo establecido por la regla 44 de las reglas del CIADI 2022. En consecuencia, las referidas excepciones fueron resueltas mediante la resolución procesal No. 7 de fecha 09 de septiembre de 2024, la cual decidió negar la solicitud de bifurcación planteada, ello conforme los siguientes fundamentos:

1. En el caso en concreto, la demandada al momento de interponer sus excepciones objeto de la solicitud de bifurcación, tuvo a bien reservarse el derecho de presentar ulteriores objeciones jurisdiccionales, lo que si bien está enmarcado en la regla 45, hizo que el tribunal razonará que si bifurcaba y rechazaba las excepciones jurisdiccionales, igualmente la demandada podría volver a plantear nuevas excepciones u objeciones jurisdiccionales, lo que en sí frustraría la eficiencia de la bifurcación. A pesar de ello, se aperturó a revisar las objeciones planteadas a efecto de poder analizar si las mismas eran convincentes y permitían, a pesar de lo previamente establecido, llevar a cabo la bifurcación.
2. Con respecto a la primera objeción jurisdiccional, el tribunal desestimó la misma por constatar que no se encontraba exenta de controversia.
3. Con respecto a la segunda objeción jurisdiccional el tribunal la desestimó por considerar que estaba se encontraba fuertemente ligada al fondo, por lo que no podría tratarse de forma bifurcada.
4. Con respecto a la tercera objeción jurisdiccional, el tribunal la desestimó por considerar que la misma también se encontraba ligada al fondo del proceso, por lo que no se podría tramitar de forma anticipada y separada del fondo.
5. Por último consideró que, conforme expuso la demandante, si el proceso se bifurcaba podría llegar a darse una dilación de un año y medio, por lo que en este caso la no bifurcación resultaba procesalmente más eficiente.³³²

Siendo estos los motivos que llevaron a que el tribunal arbitral no diera curso a la bifurcación en este caso. De lo referido, se observa que los motivos de no dar curso a la bifurcación en este caso, se encuentran expresamente relacionados con la regla 44 de las Reglas CIADI 2022. Además se observa que para negar la solicitud de bifurcación se consideró los costos y el tiempo que tomaría llevar a cabo la bifurcación, calculándolo incluso en un año y medio, e incluso se observó si esta solicitud se encontraba ligada al fondo de la solicitud, demostrando una aplicación concisa de las reglas CIADI 2022. Además, de forma adicional se observó la solicitud de la demandada al

³³² *Caso BA Desarrollos LLC. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/23/32, Resolución Procesal N.º 7 (Sobre Solicitud de Bifurcación), párr. 13-42, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw182369.pdf>

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

momento de reservarse la posibilidad de volver a interponer objeciones jurisdiccionales, hecho que dejaría sin eficacia real a la bifurcación por que podrían volver a plantearse observaciones sobre el mismo tema (jurisdicción); demostrando ello el claro análisis realizado para denegar la solicitud de bifurcación.

V. Ventajas y desventajas

De conformidad a los criterios de cuándo se debe bifurcar el proceso, se debe hacer un análisis exhaustivo si al bifurcar el proceso es beneficioso para las partes intervinientes o caso contrario es perjudicial, en ese entendimiento se procederá a establecer la ventajas y desventajas de la bifurcación arbitral.

Ventajas

Las ventajas identificadas, en el caso de aplicarse la bifurcación en los procesos arbitrales, son las siguientes:

- Reducción de costos, ya que el arbitraje mayormente es bastante oneroso.
- Mayor celeridad al proceso.
- En los casos complejos ayuda a un mejor análisis, asimismo facilita al tribunal arbitral o árbitros a centrarse sobre cada cuestión por separado, siempre y cuando estas pueden ser divisibles.
- Existe mayor reserva del proceso arbitral, ya que evita que se revele información sensible de las partes.

En ese entendido, al bifurcar el proceso este tiene como objetivo principal eficiencia procesal, siendo éste el objetivo principal para bifurcar el proceso, es decir, resolver la cuestión con celeridad y reducción de costos pudiendo poner fin al proceso en su totalidad o parcialmente, como ejemplo en caso de que el tribunal arbitral o árbitros carecieran de jurisdicción, se evitan de analizar el fondo, por ende se ahorra tiempo y dinero.

Desventajas

Las desventajas identificadas, en el caso de aplicarse la bifurcación en los procesos arbitrales, son las siguientes:

- Dilatar el proceso, puesto que algunas excepciones son dilatorias y tienen como fin retardar el proceso.
- Aumento en los costos, si no se resuelve en la primera fase, los costos aumentan porque se llevará a cabo la segunda fase, es decir habrá dos audiencias.
- Repetición de pruebas y argumentos, prolongándose más el proceso
- Prejuzgamiento, al bifurcar el proceso el tribunal puede formar un criterio sobre el caso antes de ingresar a fondo.
- Al separarse cuestiones que están estrechamente ligadas, puede que el tribunal arbitral o árbitros pierdan el enfoque integral del caso.

En ese sentido, a la hora de decidir si dividir en dos el proceso, el tribunal arbitral debe tener muy en cuenta si este es realmente beneficioso para las partes intervinientes, es decir, debe tomar en cuenta el principio de eficiencia procesal, a su vez tomarse en cuenta los criterios señalados para poder hacer más eficiente el proceso y no perjudicar a ninguna de las partes.

VII. ¿La bifurcación puede ser arbitraria?

Atendiendo a todo lo expuesto, es necesario que nos hagamos una pregunta esencial la cual es:

¿Si el proceso arbitral busca la abreviación de los plazos y reducir el tiempo que se tarda en acceder a la justicia por los medios tradicionales, entonces la bifurcación, como una técnica que en sí genera que el proceso arbitral tome mayor tiempo, resulta en una técnica coherente con el fin del proceso arbitral?

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

Por otra parte, observando que la decisión de los tribunales depende exclusivamente del criterio propio de los árbitros, es que corresponde plantear la siguiente cuestión: ¿La decisión de bifurcar puede ser arbitraria?

En ese orden estas preguntas serán atendidas en los siguientes apartados:

¿La bifurcación es coherente con la génesis y finalidad del proceso arbitral?

Para poder responder a esta cuestión, corresponde remitirnos a lo establecido en el primer punto de este trabajo, en el cual se estableció claramente que la génesis y finalidad del proceso arbitral es lograr un derecho de acceso a la justicia de carácter privado y especializada en materia civil, comercial y de inversiones.

Tomando en cuenta esto, debe de señalarse que la idea del arbitraje es generar un proceso celero, eficiente y económico (en la medida de las posibilidades). Así es que, considerando que el trámite de una bifurcación implica un mayor gasto, en relación a que el mismo requiere mayores intervenciones de árbitros y abogados en el desarrollo de un mayor número de audiencias además de prolongar el proceso en el tiempo, es que, a primera vista la aplicación de la figura de la bifurcación debería ser considerada contraria a la génesis y finalidad del proceso arbitral.

A pesar de lo anterior, también debe considerarse las consecuencias de no llevar a cabo una bifurcación cuando ella es evidentemente necesaria. A tal efecto, se tiene que a efectos de analizar la duración de los procesos arbitrales en los que se desarrolló el procedimiento de la bifurcación, Greenwood analizando estadísticas referidas al CIADI observó que en los casos en los que se tomó la decisión de llevar a cabo la bifurcación y se llegó a dictar un laudo final los casos duraban hasta 2 años más que los procesos no bifurcados, pero en los casos en los que el Tribunal concluía declinando la jurisdicción, el proceso duraba hasta 18 meses menos³³³.

Ahora bien, los datos adquieren especial relevancia cuando se analiza si la aplicación de esta figura es coherente con la génesis del proceso arbitral, pues conforme las reglas 42 y 44 de las reglas de arbitraje del CIADI, es evidente que el arbitraje en el caso de existir una solicitud de bifurcación se dilata, pues incluso con el procedimiento ya establecido, esta solicitud toma su propio tiempo en resolverse. A tal efecto podemos nuevamente remitirnos al *Caso BA Desarrollos LLC. c. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/23/32 el cual fue claro al determinar que en caso de darse una bifurcación el proceso se dilataría por un año y seis meses más.

No obstante lo anterior, en el *Caso ABH Holdings S.A. vs Ucrania - CIADI Caso No. ARB/24/1*, en el cual sí se dio curso a la bifurcación, se observa que la misma era necesaria, pues permitía de forma paralela tramitar cuestiones relevantes al proceso, sin interrumpir el mismo.

Conforme lo anterior, se hace evidente que la bifurcación puede llegar a ser una medida que priorice la celeridad y economía del proceso arbitral, siendo por ello coherente con su génesis; sin embargo, también puede ser utilizada de forma contraria y convertirse en una medida dilatoria. Es por ello que el peso real de la decisión que se toma en cuanto a la solicitud de bifurcación goza de una especial relevancia, en el entendido de que un error cometido al momento de tomar esta decisión puede generar mayores costos e incluso un retraso innecesario en la tramitación del proceso; de ahí la importancia de esta decisión, sobre la cual pasaremos a responder si puede llegar a ser arbitraria.

¿La decisión de bifurcar puede ser arbitraria?

Conforme a todo lo expuesto, corresponde realizar el análisis sobre si la decisión de bifurcar o no bifurcar puede ser arbitraria. Inicialmente, debemos señalar que esta cuestión no depende de las reglas o el centro ante el cual se desarrolle el arbitraje, pues conforme se ha observado tanto CNUDMI como CCI y el propio CIADI, manejan

³³³ GREENWOOD, Lucy, trad propia, "Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings" *Journal of International Arbitration*, 23/11/2025, disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0375.pdf

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

criterios similares para proceder a la bifurcación; pues la única diferencia entre estos centros de arbitraje es que el CIADI ha reglamentado y normado la aplicación y procedimiento de la bifurcación, mientras que en los demás casos en los que se aplican reglas que no son las del CIADI 2022, se aplica lo establecido en casos similares por los Tribunales Arbitrales y cuyos criterios son particularmente similares, por lo que no existe gran diferencia.

Partiendo de lo anterior, es que en todos los casos la decisión de bifurcación, depende exclusivamente de lo que el Tribunal Arbitral decida de forma subjetiva en cada caso, vale decir se subordina a la voluntad y argumentación que cada árbitro pueda tener, generando ello la posibilidad que desde la subjetividad se puedan generar decisiones arbitrarias.

Para efectos aclaratorios es necesario definir lo que se entiende por arbitrariedad, a tal efecto esta puede ser entendida como “*Acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno*”³³⁴, a ello se puede sumar lo establecido por la Sentencia SU 172/15 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, que definió lo arbitrario de la siguiente forma: “*Lo arbitrario expresa el capricho o voluntad individual, contraria a la razón, de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley.*”³³⁵

A lo anterior y ahondando en el tema, la jurisprudencia constitucional boliviana determinó que la arbitrariedad de las decisiones públicas o privadas podía darse por tres motivos esenciales los cuales serían una decisión sin motivación, una decisión con motivación arbitraria o una decisión con motivación insuficiente. A tal efecto se determinó que una decisión que no dé razones de hecho y derecho que sustenten la decisión, se considera una decisión sin motivación. Por otro lado, cuando la decisión se basa en fundamentos y consideraciones meramente retóricas, basadas en conjeturas que carecen de todo sustento probatorio o jurídico alguno, y alejadas de la sumisión a la Constitución y la ley, nos encontramos ante una motivación arbitraria. Por último, cuando la decisión no fundamenta por qué omite o se abstiene de pronunciarse sobre ciertos temas, se encuentra una motivación insuficiente.³³⁶

Bajo esa línea, para la responder la cuestión planteada, corresponde analizar la decisión de no bifurcar tomada en el *Caso Bacanora Lithium Limited, Sonora Lithium Ltd. y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd. c. Estados Unidos Mexicanos*, en la cual se observa que el Tribunal Arbitral pudo observar que existían dos excepciones preliminares que podían poner fin al proceso, pero no dio curso a la solicitud por considerar que la misma dilataría innecesariamente el proceso de fondo. En este caso se observa que la decisión si bien sostiene por qué decide no bifurcar, puede llegar a considerarse arbitraria, considerando que si las excepciones preliminares 2 y 4 tenían la posibilidad de dar fin al proceso, por qué continuar con el mismo y generar mayores gastos en caso de que al momento de resolverse el fondo se pueda determinar cómo procedentes dichas excepciones, elemento que no fue analizado por el Tribunal Arbitral, que determinó que en caso de bifurcar las excepciones 2 y 4, dejaría sueltas las otras excepciones que igual se encontraban relacionadas.

En ese entendido, con respecto al *Caso Bacanora Lithium Limited, Sonora Lithium Ltd. y Ganfeng International Trading (Shanghai) Co. Ltd. c. Estados Unidos Mexicanos*, se puede observar que la decisión de no bifurcar podría considerarse arbitraria.

Pero lo que más llama la atención son los efectos que la misma puede llegar a tener, ya que en caso de que en fondo se determine la procedencia de las excepciones preliminares, el tiempo que se habrá perdido así como los costos sufridos serán de una gran magnitud, por lo que la decisión tendría un efecto claramente negativo; no obstante, si en fondo se determinará que las excepciones preliminares no son procedentes, en dicho caso la decisión habrá sido

³³⁴ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 33ª Ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2022, p. 96.

³³⁵ Corte Constitucional (Colombia), Sala Plena, Sentencia SU172/15, 16/04/2015, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/su172-15.htm>

³³⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia), Sala Tercera, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 2221/2012, 08/11/2012, disponible en: <https://buscador.tcpbolivia.bo/resolucion/125889>

La bifurcación del proceso arbitral ¿una medida necesaria o dilatoria?

acertada, por lo que lamentablemente si la decisión fue correcta o no depende fuertemente del resultado que se logró al final del arbitraje.

Por otra parte, en el caso de *ABH Holdings S.A. vs Ucrania*, se evidencia que la decisión de bifurcar parece ser la más adecuada, pues a la par que se desarrolla el proceso, se va estableciendo la cuantificación, vale decir los montos sobre los que recaerá el posible Laudo Arbitral; ahora bien ¿que ocurriría si la decisión de fondo no da curso a la solicitud de la demandante?, la respuesta es clara, se habrá incurrido en gastos absolutamente innecesarios y en una tramitación de una cuestión bifurcada que no habrá tenido razón ni motivo de ser. Por ello, nos encontramos ante la misma situación que en el caso anterior, ya que la decisión de bifurcar o no un proceso, parece depender exclusivamente del resultado final del mismo.

Denotando este breve análisis basado en los dos casos mencionados, la inseguridad que pueden generar las decisiones asumidas, pues no se encuentra un criterio absoluto que otorgue claridad sobre cuándo se aplica correctamente la bifurcación, ya que los criterios jurisprudenciales y de la Reglas CIADI 2022 tienen un grado de subjetividad que permite que se puedan producir decisiones arbitrarias o incluso simplemente erradas con relación a la decisión de si bifurcar o no, por ello es que es necesario ahondar aún más en esta figura y plantear una regulación más clara sobre la misma o en todo caso permitir la revisión de la decisión de bifurcación, pues ninguna de las Reglas o de los criterios jurisprudenciales contempla este elemento.

VIII. Conclusiones

La bifurcación arbitral es una figura procesal que puede ser solicitada tanto por las partes como por el propio tribunal arbitral, siendo este último el que se encuentra facultado a aplicarla o no, según el análisis realizado al caso concreto. Esta figura, si bien esta puede ser útil también puede ser peligrosa, ya que si se aplica correctamente dará eficiencia al proceso, otorgando celeridad, reducción de costos y evitar carga procesal; no obstante, en caso de aplicarse incorrectamente generará una indebida dilación del proceso y un mayor gasto económico a las partes. Por ende, su aplicación debe ser exhaustivamente examinada según el caso y a su vez bajo los criterios señalados, vale decir observando que la misma sea estrictamente necesaria y reduzca el tiempo y costo del proceso, existiendo una línea delgada entre las ventajas que en caso de un mal uso pueden transformarse en obstáculos o dilaciones indebidas del proceso.

En ese entendido, los tribunales arbitrales al decidir si corresponde bifurcar o no un proceso arbitral, deben analizar si la aplicación de la bifurcación dará eficiencia al proceso o por el contrario lo dilatará, debiendo para ello hallar una línea media entre economía procesal y justicia sustantiva, pues como se ha expuesto, el fin del arbitraje es el acceso a la justicia del modo más especializado, rápido y eficiente posible. En consecuencia, si se utiliza correctamente la separación de cuestiones que no estén estrechamente relacionadas al fondo del proceso y que tengan la posibilidad de concluir en su totalidad o parcialmente la controversia, esta figura procesal se convierte en una gran herramienta para lograr el fin de eficiencia, celeridad y acceso a la justicia del proceso arbitral. En caso contrario, puede convertirse en una medida dilatoria que afecte directamente el derecho a una justicia pronta y oportuna.

Por último, con base en todo lo expuesto, es que podemos concluir que la bifurcación arbitral es una figura jurídica en pleno desarrollo, pues la misma necesita de mayor claridad y desarrollo, tanto doctrinal como normativo, para irse construyendo y generar una verdadera situación de seguridad jurídica para las partes, y será en dicho momento (que seguramente llegará) en el cual esta figura será compatible sin duda alguna con la finalidad del proceso arbitral, vale decir un acceso a justicia de forma pronta y oportuna. Por el momento, corresponde establecer que esta figura depende de manera exclusiva del criterio de los tribunales para no convertirse en una figura dilatoria, sino en una medida aplicable cuando así sea necesario.

¿EL DILEMA DEL ÁRBITRO PARTISANO? MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA DESIGNACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS EN EL PERÚ

Sebastián D. Balvin Montalván³³⁷

Resumen: En el Perú, el arbitraje se ha consolidado como el principal mecanismo de resolución de controversias, especialmente en el ámbito de la contratación pública, donde su utilización resulta obligatoria. El crecimiento sostenido de la práctica arbitral, tanto en el sector público como en el privado, ha reforzado la confianza en ventajas tradicionales como la celeridad, la especialización y la flexibilidad procedimental, pero también ha evidenciado ciertos riesgos que pueden afectar la percepción de legitimidad del sistema. Entre ellos destaca el fenómeno del *partisanismo*, entendido como la posible inclinación, consciente o inconsciente, de un árbitro hacia la parte que lo designó.

Esta problemática adquiere particular relevancia si se considera que el método de designación unilateral por las partes constituye uno de los mecanismos más utilizados en la práctica arbitral. Así, el mismo mecanismo que busca fortalecer la confianza de las partes en la conformación del tribunal arbitral puede generar cuestionamientos sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, principios fundamentales del proceso arbitral.

El presente artículo se examina críticamente el fenómeno del *partisanismo* y su relación con los mecanismos de designación de árbitros, a partir del análisis doctrinario y del estudio de experiencias comparadas, con el objetivo de identificar alternativas que permitan mitigar estos riesgos sin menoscabar el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Abstract: In Peru, arbitration has become the principal mechanism for dispute resolution, particularly in the field of public procurement, where its use is mandatory. The sustained growth of arbitral practice in both the public and private sectors has reinforced confidence in its advantages, such as efficiency, specialization, and procedural flexibility. However, it has also revealed certain risks that may affect the perceived legitimacy of the system. Among these is the phenomenon of partisanship, understood as the possible conscious or unconscious inclination of an arbitrator toward the party that appointed them.

This issue becomes particularly relevant considering that unilateral party appointment remains one of the most widely used methods of arbitrator selection in arbitral practice. Thus, the same mechanism intended to strengthen the parties' confidence in the composition of the arbitral tribunal may also raise concerns regarding the impartiality and independence of arbitrators, fundamental principles underpinning the arbitral process.

This article critically examines the phenomenon of partisanship and its relationship with arbitrator appointment mechanisms through doctrinal analysis and the study of comparative experiences, with the aim of identifying alternatives capable of mitigating these risks without undermining the principle of party autonomy.

Introducción

Es innegable que el arbitraje se ha consolidado, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, como uno de los mecanismos más utilizados y, a la vez, más eficaces para la resolución de controversias en diversos sectores. Su

³³⁷ Asistente legal del área Contratación Pública, Proyectos e Infraestructura y Arbitraje en Casahierro Abogados. Especialización en arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Russian Institute of Modern Arbitration. Cuenta con experiencia en arbitraje nacional e internacional y práctica centrada en el sector construcción y minería.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

éxito se debe, en gran medida, a una serie de características propias de la práctica arbitral como la flexibilidad procedimental, la confidencialidad, la celeridad, la especialización de los árbitros y, sobre todo, al respeto del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esta último permite a las partes definir aspectos esenciales del proceso, tales como las reglas aplicables, la sede, el idioma y, en particular, el procedimiento de designación o nombramiento de los árbitros que integrarán el tribunal arbitral. Precisamente, este último aspecto constituye el objeto de examen del presente artículo.

La libertad reconocida a las partes para determinar la conformación y regulación del procedimiento arbitral no está exenta de tensiones ni de riesgos que potencialmente pueden incidir en la legitimidad del proceso. Entre ellos, uno de los más discutidos en el mundo arbitral es la cuestión relativa a la imparcialidad e independencia de los árbitros, aspectos que guardan estrecha vinculación con la neutralidad del procedimiento y con la garantía del debido proceso. La inobservancia de estos principios fundamentales no solo pone en duda la validez del laudo arbitral, sino que también afecta a la confianza y credibilidad de todo el sistema arbitral en su conjunto.

En este marco, la nominación de árbitros realizadas directamente por las partes – también denominado *designación unilateral* – ha sido objeto de debate por parte de la comunidad arbitral. Si bien se fundamenta en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, diversos autores han advertido que este mecanismo podría ser fuente u origen de una problemática latente y poco visibilizada: el *partisanismo*. Este fenómeno se manifiesta como una inclinación real o potencial del árbitro hacia la parte que lo designó y no necesariamente deriva de una relación previa o de una dependencia objetiva, sino que en algunos casos obedece a factores subjetivos y/o psicológicos que pueden influir en la valoración de los hechos o en el razonamiento del árbitro. Precisamente esta dimensión subjetiva, difícil de verificar y de regular mediante normativas nacionales o estándares internacionales, convierte al partisanismo en un fenómeno especialmente complejo de prevenir y controlar, lo que justifica la necesidad de analizar críticamente sus implicancias a lo largo del presente trabajo.

Estos factores subjetivos pueden ser motivados, por ejemplo, por el deseo de asegurar futuras designaciones de la parte que lo nombró³³⁸, o por la intención de reforzar el prestigio profesional dentro de la comunidad arbitral mediante nombramientos frecuentes o consecutivos³³⁹. Sin embargo, en el contexto peruano se evidencia un factor adicional que ha contribuido a la proliferación de árbitros partisanos, especialmente en el marco de la contratación pública. Esto es la presencia de árbitros que muestran una inclinación sistemática a favorecer al Estado o, en sentido contrario, a los privados, independientemente de cuál de ellos los haya designado y con ello asegurar la posibilidad de futuras designaciones dentro de un sector caracterizado por su elevado nivel de conflictividad³⁴⁰. Esta situación puede generar dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, comprometiendo tanto la integridad del sistema arbitral como el equilibrio procesal entre las partes.

A diferencia de otros supuestos de afectación a la independencia e imparcialidad como los vínculos económicos, familiares o profesionales previos, el *partisanismo* presenta un desafío: su identificación, regulación y prueba resultan especialmente complejas. Ello obedece a que el sesgo no suele manifestarse en conductas objetivas, sino en actitudes o decisiones que influyen de manera sutil en el razonamiento del árbitro, difíciles de detectar antes, durante e incluso después del desarrollo del proceso arbitral. Esta complejidad explica por qué los principales instrumentos normativos y de *soft law*, como la Ley Modelo de la CNUDMI, el Decreto Legislativo N°1071 en Perú o las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses, no pueden abordar de forma autónoma este problema, sino que lo subsumen en la noción general de imparcialidad e independencia del árbitro. Esta omisión, aunque comprensible por la dificultad de objetivar un sesgo de naturaleza subjetiva, contribuye a que el fenómeno

³³⁸ SMIT, Hans., “The pernicious institution of the party-appointed arbitrator”. *Perspectives on topical foreign direct investment Vol. 33*. Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, 2010.

³³⁹ WILSON, W., “Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges.” *Journal of International Arbitration*, Vo. 34, 2017, pp.730.

³⁴⁰ CASTILLO FREYRE, M. – SABROSO MINAYA, R., “Los árbitros y el deber de revelación en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”. Derecho & Sociedad Asociación Civil, 2015, pp. 252.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

permanezca en un terreno ambiguo y, en consecuencia, se consolide como una problemática latente en la práctica arbitral contemporánea.

El propósito del presente artículo no es realizar un análisis exhaustivo de todas las posibles afectaciones a la imparcialidad e independencia de los árbitros, sino enfocarse en el examen del mecanismo de designación unilateral por las partes, así como evaluar el impacto que esta práctica puede tener sobre la percepción de integridad y legitimidad del arbitraje.

Asimismo, se revisarán las principales posiciones doctrinarias que han surgido en torno a este debate, particularmente las propuestas de autores como Jan Paulsson y Albert Jan van den Berg, con la finalidad de identificar sus aportes, límites y pertinencia en el contexto actual. Finalmente, se plantearán algunas reflexiones sobre posibles alternativas que, sin menoscabar el principio de autonomía de la voluntad, permitan mitigar o controlar los riesgos derivados del *partisanismo*, garantizando así un equilibrio adecuado entre flexibilidad procesal y resguardo de los principios fundamentales del arbitraje.

El partisanismo como problemática en torno a la designación de los árbitros por las partes

Imaginemos que las partes A y B celebran un contrato. Años más tarde, B considera que A ha incumplido dicho contrato y decide iniciar un arbitraje en su contra. La cláusula arbitral establece un procedimiento de nombramiento de árbitros según el cual tanto A como B deberán designar cada uno a un árbitro. En ejercicio de este derecho, B nombra a un árbitro que ya ha designado en anteriores procesos arbitrales, se precisa que el caso bajo análisis no responde a un supuesto de designaciones reiterativas.³⁴¹

Hasta este punto, la designación no debería generar mayores cuestionamientos. Sin embargo, surgen interrogantes si se analiza con detenimiento el comportamiento previo del árbitro en aquellos arbitrajes anteriores en los que fue designado por B. Por ejemplo, si en dichos casos el laudo final ha sido favorable a los intereses de B, o si el árbitro emitió votos disidentes únicamente cuando la decisión mayoritaria le era desfavorable.

Es importante subrayar que, en el caso de análisis, B no ha influido en la decisión del árbitro, ya sea para que este emita un laudo favorable o el voto disidente. Los resultados consistentemente favorables a la parte que lo designa sumado a otros factores como lo puede ser la de designaciones reiteradas, pueden generar la percepción de que su imparcialidad e independencia se encuentran comprometidas, lo que, a su vez, nos llevaría a cuestionarnos si la legitimidad del proceso arbitral se encuentra en riesgo.

Cabe preguntarse ¿qué puede motivar a un árbitro a adoptar decisiones favorables a la parte que lo ha designado, incluso en ausencia de una injerencia directa por parte de esta?

Este interrogante invita a considerar factores más sutiles, aunque igualmente determinantes, en la configuración de la imparcialidad arbitral. Uno de ellos se vincula con la posibilidad de que el árbitro, de manera consciente o inconsciente, actúe motivado por el deseo de preservar o fortalecer su reputación profesional dentro de la comunidad arbitral. Otro factor relevante se relaciona con la expectativa de futuras designaciones, en un contexto caracterizado por una competencia elevada y por la reiteración de nombramientos de determinados árbitros por parte de las mismas instituciones arbitrales o actores (privados o estatales).

En el caso peruano, este análisis adquiere particular relevancia debido a que un porcentaje significativo de los arbitrajes se desarrolla en el ámbito de la contratación pública. En este escenario, la posición del árbitro frente a las entidades estatales o a los actores privados puede incidir en la percepción de imparcialidad e independencia, lo que

³⁴¹ Si bien es común encontrarse con el uso de estos términos de forma indiscriminada, para los fines de este artículo se debe tener en cuenta que la designación corresponde ser empleada cuando las partes la realizan. Por otro lado, al usar el término nombramiento, se refiere a la acción que realiza el Centro de Arbitraje.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

en la práctica nacional se ha denominado como árbitros “encamisetados”³⁴². Así, resulta pertinente examinar cómo las dinámicas de designación pueden influir en la aparición de sesgos, sean estos voluntarios o involuntarios, que favorezcan o perjudiquen a una de las partes.

Los árbitros a los que se ha hecho referencia pueden ser identificados bajo la figura del partisanismo. Este término, en el arbitraje, hace referencia a la parcialidad o lealtad que un árbitro puede mostrar hacia la parte que lo designó, caracterizada por una pérdida de objetividad o, en algunos casos, de neutralidad. En síntesis, el partisanismo describe la inclinación de un árbitro – denominado en este contexto árbitro partisano o *partigiano* – a favorecer los intereses de la parte que lo ha designado, aun sin una intervención directa de esta sobre la decisión que adoptará dicho árbitro.

En las siguientes secciones se analizarán las consecuencias prácticas del partisanismo, su tratamiento en el derecho arbitral comparado, y las alternativas que han surgido para contrarrestar sus efectos, incluyendo mecanismos de designación de árbitros que buscan preservar la imparcialidad e independencia del tribunal arbitral.

Entendiendo a la imparcialidad e independencia como principios del arbitraje

Principios rectores del arbitraje comercial y su recepción en la práctica

Si bien, a nivel internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, mediante la introducción del artículo 2-A, y, en el ámbito nacional, el Decreto Legislativo N°1071, a través del artículo 3, establecen una serie de principios rectores para la actuación arbitral, lo cierto es que el desarrollo y aceptación más significativos de estos principios – incluidos aquellos no expresamente recogidos en dichas normas – se han producido por la propia práctica arbitral. Esta evolución y adaptación ha consolidado un conjunto de principios ampliamente reconocidos y aceptados de manera casi unánime, que hoy constituyen los ejes fundamentales de la regulación arbitral. Para algunos autores, muchos de ellos han sido elaborados bajo la influencia de otras ramas del derecho, particularmente del derecho contractual y del derecho procesal, lo que evidencia el carácter híbrido y evolutivo del arbitraje contemporáneo³⁴³.

Para comprender el arbitraje en su real dimensión, es necesario dejar de considerarlo únicamente como un mecanismo de resolución de conflictos y comenzar a entenderlo como una rama autónoma y especializada del derecho: el derecho arbitral.

Como se indicó, esta no tan nueva rama del derecho se nutre de las prácticas del derecho contractual y procesal, adaptándolas al contexto arbitral en la medida en que resulten pertinentes y adecuadas para el desarrollo y consolidación del derecho arbitral, sin que estos dos afecten su naturaleza.

Entre los principios que rigen el derecho arbitral, y sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden mencionar: la inevitabilidad del arbitraje, el principio pro arbitraje, el principio de *kompetenz-kompetenz*, la separabilidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad, la autonomía o flexibilidad del procedimiento, la confidencialidad, así como la imparcialidad e independencia. Sobre estos dos últimos principios se centrará el presente análisis, en tanto son los principalmente afectados al referirnos al partisanismo.

Tanto en el arbitraje nacional como en el internacional, existe consenso prácticamente unánime en considerarlos principios fundamentales de la función arbitral, aplicables a todos los árbitros, sin importar si han sido designados

³⁴² DE LA FLOR, Nicolás - Espinoza, Brigitte, “Yo por ti y tú por mí: ¿Y si los árbitros son escogidos por las contrapartes?” *BFE+*, 11/04/2024 disponible en: <https://bullardfallaezcurra.com/publicaciones/2024/04/11/yo-por-ti-y-tu-por-mi-y-si-los-arbitros-son-escogidos-por-las-contrapartes/>

³⁴³ MIRANDA MIRANDA, Rodolfo G., “*Temas de arbitraje internacional*”. Palestra, 2023, pp. 20.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

por las partes, nombrados por las instituciones arbitrales como parte del tribunal arbitral o si actúan como árbitro único³⁴⁴.

Ahora bien, aunque con frecuencia ambos principios son tratados de manera conjunta o incluso utilizados como sinónimos, en realidad se trata de nociones conceptualmente distintas, que cumplen funciones complementarias dentro del arbitraje. Como precisa De Trazegnies³⁴⁵:

La independencia y la imparcialidad, aunque parezcan sinónimos a primera vista, no lo son. La independencia se refiere a la ausencia de una relación objetiva y subordinada con alguna de las partes (ser abogado de una de ellas, por ejemplo), mientras que la imparcialidad obvia las relaciones formales y aprecia si pueden existir otras vinculaciones del árbitro con alguna de las partes que afecten su juicio imparcial (haberse pronunciado previamente sobre esta materia, tener negocios con uno de los litigantes, etc.).

De esta distinción se desprende que, en conjunto, estos principios buscan preservar la confianza de las partes en la integridad del proceso arbitral, elemento esencial para la legitimidad y eficacia del sistema. Sin embargo, la independencia del árbitro tiene por objeto el garantizar que este no se encuentre sujeto a vínculos objetivos de dependencia o subordinación respecto de las partes; y, la imparcialidad, busca asegurar que no existan circunstancias subjetivas o de carácter indirecto que puedan comprometer su juicio o generar una percepción razonable de parcialidad.

Regulación en el derecho comparado y en el ordenamiento peruano

La relevancia de los principios de imparcialidad e independencia es tal que la mayoría de las normas que regulan el arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional, reconocen expresamente la posibilidad de cuestionar la designación o el nombramiento de un árbitro, con independencia del método empleado. A nivel internacional, destaca la Ley Modelo de la CNUDMI, que reconoce expresamente este derecho como una garantía esencial del debido proceso arbitral. En el plano nacional, el Decreto Legislativo N°1071 – que regula el arbitraje en el Perú y cuyo texto se inspira en dicha ley modelo – recoge una disposición similar, reafirmando así el carácter imperativo de los principios de imparcialidad e independencia.³⁴⁶

De igual modo, diversos instrumentos de *soft law* orientados a promover buenas prácticas en los procedimientos arbitrales como las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional, precisan que la obligación de observar y preservar la imparcialidad e independencia del árbitro se debe dar durante todas las etapas del proceso. Conforme a estas directrices, cuando surjan dudas razonables sobre la existencia o el mantenimiento de tales cualidades, el árbitro tiene el deber ético y profesional de rechazar su designación o, en su caso, de renunciar al cargo tan pronto como tome conocimiento de los hechos que puedan comprometer su idoneidad o credibilidad.

En este marco, se destaca el desarrollo de las Directrices de la IBA la cual propone dos herramientas fundamentales para la evaluación y prevención de conflictos de interés. La primera es el “test de una tercera persona con buen juicio”, que permite determinar si una persona razonable, en conocimiento de las circunstancias, consideraría que existe un conflicto que compromete la independencia o imparcialidad del árbitro. La segunda es el “test a los ojos de las partes”, aplicable para evaluar la existencia del deber de revelación de determinadas circunstancias, aun cuando estas no configuren un conflicto directo.

³⁴⁴ BESSON, S.. “Chapter 35: The Role of Party-Appointed Arbitrators versus That of the Chairperson”. En KROLL, & KAY, Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration. Kluwer Law International. 2024, pp. 1075 – 1095.

³⁴⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando, “Artículo 28.- Motivos de abstención y recusación”. En SOTO, Carlos & BULLARD, Alfredo *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, pp. 336.

³⁴⁶ Véase Decreto Legislativo N°1071. Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación. 1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

Como se indicó, si bien el deber de imparcialidad e independencia recae principalmente sobre los árbitros, también existe sobre las partes una carga de diligencia, que las obliga a informarse respecto de los árbitros y a ejercer oportunamente los mecanismos de recusación frente a dudas razonables. Esta carga se mantiene incluso en los casos en que las partes tomen conocimiento con posterioridad de hechos o circunstancias que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del árbitro, aun cuando haya transcurrido el plazo legalmente previsto para solicitar su apartamiento del caso.

En ese sentido, aunque la imparcialidad e independencia son deberes primarios del árbitro, las partes deben asumir una responsabilidad activa en la detección de posibles vínculos, conflictos de interés o inclusive, en algunos casos, patrones de designaciones reiteradas, que pudieran afectar la percepción de neutralidad del tribunal. Esta vigilancia no se limita a la etapa de conformación del Tribunal Arbitral, sino que debe extenderse durante todo el desarrollo del proceso arbitral. De igual forma, los árbitros tienen el deber permanente de revelar cualquier situación que pueda ser razonablemente entendida como un potencial conflicto, incluso si surge con posterioridad a su designación.

Ahora bien, en el Perú, para que una parte pueda cuestionar la idoneidad de un árbitro por presunta falta de imparcialidad o independencia, debe acreditar la existencia de duda justificada. Dicha duda no puede fundarse únicamente en la percepción subjetiva de laguna de las partes, sino que debe evaluarse en una forma objetiva para su determinación como puede ser la aplicación del test de “una tercera persona con buen juicio”, estándar ampliamente aceptado en la práctica arbitral internacional y reconocido en diversos reglamentos arbitrales nacionales. Esta exigencia opera como un filtro frente a los cuestionamientos infundados, evitando que se conviertan en simples estrategias dilatorias. En efecto, solo los indicios objetivos que generan una duda razonable pueden ser considerados suficientes para activar el mecanismo de recusación³⁴⁷.

Los límites del estándar frente al partisanismo y el desafío pendiente

El problema se presenta cuando, aun existiendo una percepción de parcialidad, esta no alcanza a acreditarse bajo el umbral de la duda justificada, incluso aplicando estándares orientativos como los previstos en las Directrices de la IBA. Este es, precisamente, el caso del partisanismo, un fenómeno que, si bien puede influir de manera significativa en la conducta del árbitro, suele manifestarse de forma sutil y, por ello, difícilmente resulta detectable a partir de pruebas objetivas.

Como se ha señalado, su particular complejidad radica en que, a diferencia de otros supuestos de afectación a la independencia o imparcialidad basados en vínculos económicos, familiares o profesionales objetivamente comprobables, el partisanismo se expresa, por lo general, a través de sesgos psicológicos o subjetivos, orientados, por ejemplo, a asegurar futuras designaciones arbitrales o a consolidar el prestigio del árbitro dentro de la comunidad arbitral. Estas motivaciones, por su propia naturaleza, escapan a los parámetros tradicionales de análisis de la duda justificada, lo que dificulta su identificación y valoración en sede de recusación.

De ello se desprende que la regulación del partisanismo resulte especialmente compleja, cuando no prácticamente inviable, si se pretende abordarla mediante los mismos criterios aplicables a los conflictos de interés clásicos. Su carácter predominantemente subjetivo impide un tratamiento normativo análogo al de aquellas situaciones en las que existe un interés directo, verificable y objetivamente constatable.

No obstante, esta dificultad no debe interpretarse como una ausencia de reflexión doctrinal. Por el contrario, a lo largo de los años se han desarrollado diversas posiciones académicas en torno a las implicancias del partisanismo y a los posibles mecanismos para mitigar sus efectos en la práctica arbitral, las cuales serán analizadas a lo largo del presente artículo.

³⁴⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando, “Artículo 28.- Motivos de abstención y recusación”. En SOTO, Carlos & BULLARD, Alfredo *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, pp. 337.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

Finalmente, debe precisarse que el hecho de que el partisanismo no se encuentre expresamente tipificado en listados como los de las Directrices de la IBA, ni en las normas nacionales de arbitraje o en los reglamentos de los centros arbitrales, no implica que, una vez identificada una situación concreta de parcialidad o dependencia, esta deba ser automáticamente desestimada. Por el contrario, corresponderá evaluar, caso por caso, si dicha situación alcanza una afectación suficiente para justificar la recusación o descalificación del árbitro, conforme a los principios generales que rigen la independencia y la imparcialidad en el arbitraje.

Métodos de designación y nombramiento de árbitros

Existen diversos métodos para la designación y nombramiento de árbitros, algunos más frecuentes y consolidados en la práctica arbitral que otros. En términos generales, el mecanismo aplicable suele variar en función del cargo a cubrir dentro del tribunal arbitral – esto es, árbitro único, coárbitro o presidente del tribunal – aunque dicha diferenciación no constituye una regla rígida ni excluyente. Por el contrario, las partes cuentan con un amplio margen de autonomía para pactar combinaciones y fórmulas procedimentales diversas, orientadas a configurar el mecanismo que mejor responda a sus intereses y a las particularidades de la controversia.

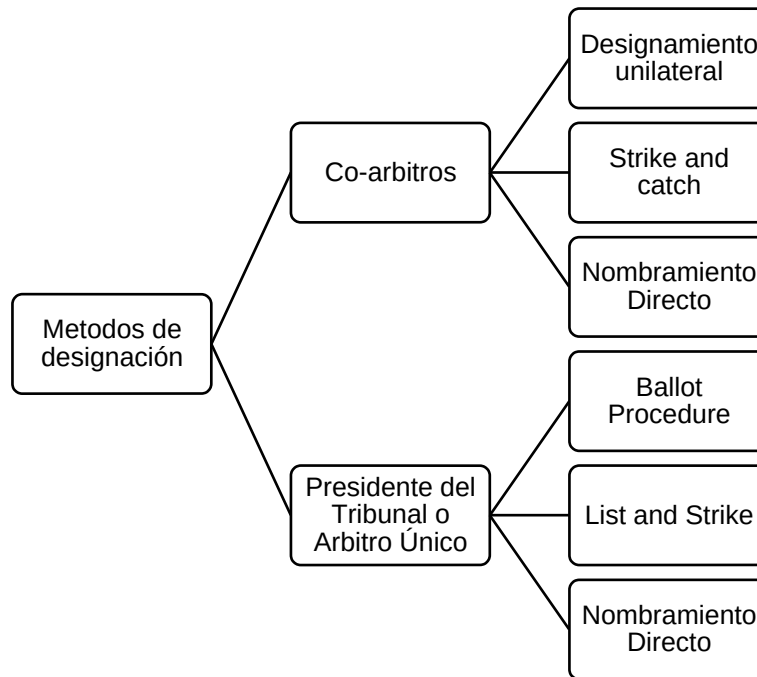
Esta flexibilidad encuentra su fundamento en uno de los principios estructurales del arbitraje: la autonomía de la voluntad de las partes, conforme al cual son estas quienes, como regla general, deben participar activamente en la designación de los árbitros llamados a resolver su controversia. La posibilidad de incidir en la composición del tribunal arbitral constituye, así, una de las principales ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción estatal y un elemento central de su legitimidad.

Precisamente en atención a este principio, el ordenamiento arbitral peruano no impone un procedimiento único de designación de árbitros. Antes bien, reconoce expresamente la libertad de las partes para convenir el mecanismo de designación que estimen pertinente o, en su defecto, para someterse a los procedimientos previstos en los reglamentos de los centros de arbitraje institucional. Esta remisión normativa no solo refuerza la autonomía privada, sino que también permite a las partes beneficiarse de reglas preestablecidas que buscan garantizar eficiencia, neutralidad y equilibrio en la conformación del tribunal.

No obstante, la normativa sí prevé un procedimiento supletorio de designación, aplicable en aquellos supuestos en los que las partes no hayan acordado un mecanismo específico o cuando el procedimiento pactado resulte inejecutable. Este mecanismo supletorio cumple una función esencial: evitar la paralización del arbitraje y asegurar la efectiva constitución del tribunal arbitral, sin desconocer en la medida de lo posible, el equilibrio entre las partes.

Si bien, como se ha señalado, existen múltiples métodos de designación y la posibilidad de combinarlos de diversas maneras, la práctica arbitral permite identificar ciertas modalidades recurrentes, cuya aplicación se ha ido consolidando con el tiempo. Estas modalidades suelen clasificarse en función del cargo que se busca cubrir dentro del tribunal arbitral y presentan particularidades propias en cuanto a su lógica, ventajas y riesgos, conforme se desarrollará a continuación.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú



Designación unilateral por las partes

El método más utilizado en la práctica arbitral, tanto a nivel nacional como internacional, es, sin lugar a duda, el de la designación unilateral de árbitros por las partes. Bajo este esquema, cada parte nombra directamente a un árbitro, comúnmente denominado árbitro de parte, y estos, a su vez, acuerdan el nombramiento de un tercer árbitro, quien asumirá la presidencia del tribunal arbitral. Este modelo se encuentra estrechamente vinculado con el principio de autonomía de la voluntad y con la lógica de equilibrio entre las partes, en la medida en que cada una participa activamente en la conformación del órgano decisor.

La amplia aceptación de este método responde, en buena medida, a la percepción de que permite a las partes asegurar confianza técnica y jurídica en al menos uno de los integrantes del tribunal arbitral, sin que ello deba entenderse al menos en términos normativos como una habilitación para la defensa de intereses particulares. En efecto, aun cuando el árbitro es designado por una de las partes, su deber de independencia e imparcialidad se mantiene incólume y se proyecta durante todo el desarrollo del arbitraje, conforme a los estándares generalmente aceptados en la práctica arbitral y a las normas aplicables.

A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima regula de manera detallada este mecanismo de designación. Conforme a dicho reglamento, la parte demandante designa a su árbitro al momento de presentar la solicitud de arbitraje, mientras que la parte demandada realiza su designación al presentar su escrito de respuesta. Una vez que ambos nombramientos han sido aceptados, corresponde a los dos árbitros designados acordar el nombramiento del árbitro presidente, quien no solo dirigirá las actuaciones arbitrales, sino que también desempeñará un rol central en la conducción del procedimiento y en la formación de la decisión final.

Este método, sin embargo, no se encuentra exento de críticas. En particular, se ha señalado que la designación unilateral de árbitros puede generar incentivos para la aparición de sesgos conscientes o inconscientes, especialmente cuando el árbitro percibe que su futura designación en otros procesos podría depender de la satisfacción de la parte que lo nombró. Estas preocupaciones han alimentado el debate doctrinal en torno al riesgo de partisanismo, cuestión que será abordada más adelante, y han motivado el desarrollo de mecanismos complementarios de designación destinados a preservar la integridad del proceso arbitral.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

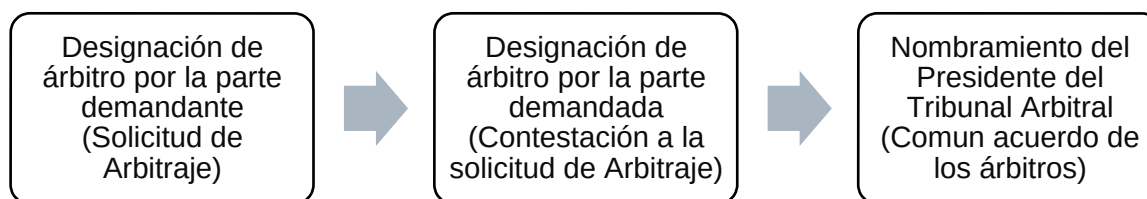


Ilustración 1 – Pasos para la designación unilateral de árbitros

En relación con los plazos y a otros aspectos como los supuestos de falta de designación de un árbitro por una de las partes o la ausencia de acuerdo entre los coárbitros para designar al presidente, cada reglamento establece la forma en que el centro arbitral correspondiente deberá asumir su competencia para efectuar dichos nombramientos. Es importante resaltar que, en algunas situaciones el árbitro designado estará sujeto a ser confirmado por el Centro que administre el arbitraje, aunque, no necesariamente se dará en todos los casos.

Ballot procedure

El método conocido como “*ballot procedure*” consiste en un mecanismo de designación indirecta mediante el cual el secretario general del centro arbitral elabora una lista de árbitros candidatos, la cual es remitida a cada una de las partes para su evaluación. Recibida la lista, cada parte procede a seleccionar de manera confidencial al candidato o candidatos de su preferencia y devuelve la lista al secretario general, quien se encarga de consolidar los resultados y determinar al árbitro finalmente designado, ya sea para desempeñarse como árbitro único o como presidente del tribunal arbitral, según corresponda.

Este procedimiento puede desplegarse bajo dos escenarios principales. En primer lugar, si ambas partes coinciden en la elección de un mismo candidato, el secretario general procede a confirmar directamente la designación del árbitro seleccionado, dando por concluido el proceso. En segundo lugar, si no existe coincidencia entre las selecciones efectuadas por las partes, o si estas han marcado más de un candidato en común, corresponde al Secretario General activar un mecanismo complementario de desempate, el cual puede consistir en la continuación del propio *ballot procedure* mediante rondas sucesivas, o en la aplicación de criterios adicionales previamente establecidos en el reglamento arbitral o definidos discrecionalmente dentro de los márgenes que este autoriza, con el fin de culminar el proceso de designación.³⁴⁸

Este método busca equilibrar la participación de las partes con la intervención institucional, reduciendo el riesgo de bloqueos en la conformación del tribunal arbitral y, al mismo tiempo, atenuando percepciones de parcialidad asociadas a la designación directa. No obstante, su eficacia dependerá en gran medida de la transparencia del procedimiento, de los criterios empleados para la elaboración de la lista inicial y del grado de discrecionalidad reconocido al centro arbitral en la fase final de designación.

³⁴⁸ BOYKIN, J., - BEDROSYAN, A., “Part 3: ICSID Arbitration Rules, Chapter II: Establishment of the Tribunal [Rules 13-21]}2. En HAPP & WILSKE, ICSID Rules and Regulations 2022: Article-by-Article Commentary. *Kluwer Law International BV*, 2022, pp.167.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

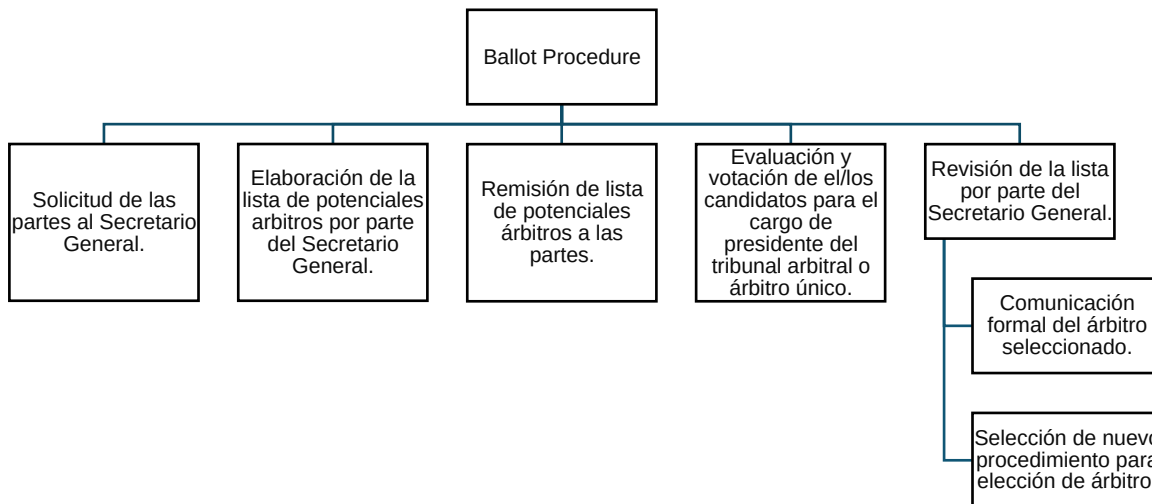


Ilustración 2 – Pasos para designación de árbitro bajo el método “ballot procedure”

Un ejemplo de su aplicación se encuentra en la Regla 17 del Reglamento de Arbitraje del CIADI, aunque su uso se limita a los supuestos en que las partes lo han acordado expresamente y, en principio, se circunscribe a la designación del presidente del tribunal arbitral o del árbitro único.

List and strike

El procedimiento conocido como “*list and strike*” se estructura a partir de una lógica similar a la del *ballot procedure*, en tanto la autoridad nominadora de la institución arbitral o el secretario general es quien elabora inicialmente una lista de árbitros candidatos. No obstante, la principal diferencia entre ambos métodos radica en la forma y alcance de la intervención de las partes durante el proceso de selección.

Una vez remitida la lista, cada parte debe excluir (tachar) un número determinado de candidatos en la mayoría de los casos se trata de un tercio (1/3) de los árbitros propuestos, conforme a lo previsto en el reglamento aplicable y, respecto de los candidatos restantes, ordenarlos según su grado de preferencia. Este ordenamiento se realiza de manera confidencial y es devuelto posteriormente a la autoridad nominadora o al secretario general del centro arbitral.

Recibidas las listas de ambas partes, la autoridad nominadora procede a comparar los resultados, asignando relevancia al nivel de coincidencia y al orden de preferencia expresado por cada una de ellas. En función de dicha evaluación, se designa como árbitro al candidato que obtenga la mejor calificación global, entendida como aquel que haya sido menos objetado y mejor posicionado en ambas listas.

Este método tiene como objetivo maximizar el consenso indirecto entre las partes, reduciendo el riesgo de designaciones percibidas como unilaterales, al tiempo que limita la discrecionalidad de la autoridad nominadora frente a otros sistemas puramente institucionales. Sin embargo, su correcta aplicación exige reglas claras sobre el número de exclusiones permitidas, el sistema de ponderación de preferencias y los criterios de desempate, pues de lo contrario podría generar incertidumbre o cuestionamientos sobre la transparencia del proceso de nombramiento.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

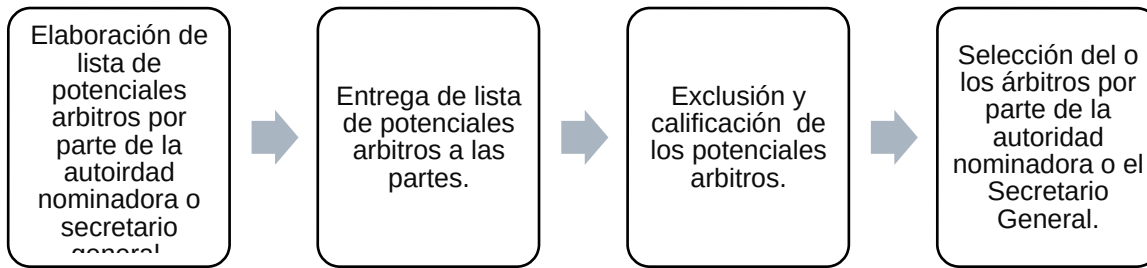


Ilustración 3 – Procedimiento de designación en el proceso “list and strike”

Un ejemplo de este método, es el regulado en el artículo 8 de la Sección II. Composición del Tribunal Arbitral de las Reglas de Arbitraje de la *Permanent Court of Arbitration* y en el artículo 3 del Anexo 1 – Reglas de designación, confirmación y nombramiento de árbitros del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), el cual regula de manera detallada las etapas y parámetros aplicables a este procedimiento.

Strike and catch

El método denominado “*strike and catch*” se caracteriza por otorgar a las partes un alto grado de intervención directa en la conformación del tribunal arbitral, combinando elementos de exclusión y selección progresiva. Su desarrollo se estructura, por lo general, en cuatro (4) etapas sucesivas: i) Elaboración de listas: Cada parte confecciona de manera independiente una lista inicial de árbitros potenciales, integrando a aquellos profesionales que considera idóneos para conocer y resolver la controversia, atendiendo a criterios como especialidad, experiencia, disponibilidad e independencia; ii) Intercambio de listas: Las listas elaboradas por cada parte son intercambiadas recíprocamente, permitiendo que ambas tengan conocimiento de los candidatos propuestos por su contraparte y puedan evaluar su idoneidad en relación con el caso concreto; iii) Eliminación y calificación de candidatos: Una vez recibida la lista de la otra parte, cada una tiene la facultad de eliminar (*strike*) a aquellos árbitros que considere inadecuados o respecto de los cuales exista algún reparo objetivo o estratégico. Concluida esta etapa de exclusión, las partes proceden a calificar u ordenar los árbitros restantes conforme a su grado de preferencia, generalmente de manera confidencial; iv) Selección final: Sobre la base de las calificaciones y preferencias expresadas por ambas partes, se realiza la selección definitiva (*catch*) de los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, privilegiando a aquellos candidatos que presenten un mayor nivel de coincidencia y mejor valoración conjunta.

Este método busca equilibrar la autonomía de las partes con la necesidad de consenso, reduciendo la posibilidad de designaciones percibidas como unilaterales y promoviendo un mayor grado de aceptación respecto de la composición del tribunal. No obstante, su eficacia práctica depende de la claridad de las reglas aplicables, especialmente en lo relativo al número de eliminaciones permitidas, el sistema de calificación y los criterios de desempate.

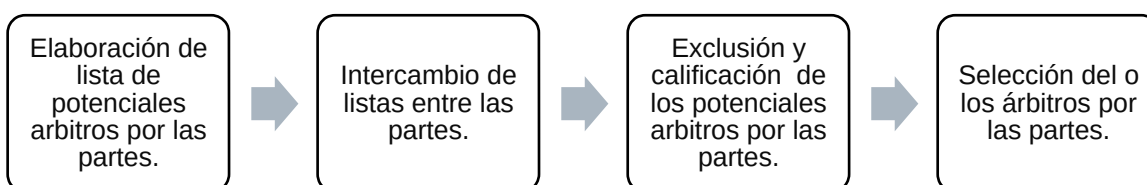


Ilustración 4 – Procedimiento de designación en el proceso “strike and catch”

El método de nombramiento directo:

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

A diferencia de los métodos anteriores, el nombramiento directo reduce significativamente la intervención de las partes, delegando la designación en la propia institución arbitral ya sea por acuerdo previo de las partes de que sea la propia institución arbitral quien se encargue del nombramiento o en caso de falta de acuerdo de las partes en el nombramiento del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral. Su finalidad es la de reforzar la eficiencia y objetividad del proceso, al tiempo que se podría indicar que es el método que garantiza en mayor medida la imparcialidad e independencia del tribunal arbitral.

Un ejemplo de este se encuentra en el Reglamento de Arbitraje del CIIAM³⁴⁹, cuyo procedimiento contempla tres etapas: i) la Secretaría General elabora una lista preliminar de árbitros candidatos; ii) la lista es sometida a la Comisión de Designación; y, iii) la Comisión elige al árbitro titular y un árbitro sustituto. Cabe destacar que, en caso de disconformidad con la propuesta inicial, la Comisión puede rechazarla y solicitar la elaboración de una nueva lista, lo que asegura un control institucional adicional sobre el procedimiento de nombramiento.



Ilustración 5 – Procedimiento de designación por nombramiento directo

Se debe precisar que el mecanismo de nombramiento directo previsto en el Reglamento del CIIAM se encuentra diseñado para supuestos específicos. Entre ellos, destacan: el acuerdo de las partes, la existencia de pluralidad de partes e intervención de terceros, o cuando el Secretario General, atendiendo a las circunstancias del caso, lo considere pertinente. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, cuando una de las partes no hubiera designado a su coárbitro, en función de la cuantía de la controversia, en casos de rebeldía procesal, para la designación de un árbitro de emergencia, o cuando se estime inconveniente la aplicación del sistema de listas. No obstante, el propio reglamento establece que los escenarios mencionados no deben entenderse como taxativos, lo que otorga al Centro un margen de flexibilidad para garantizar la conformación eficiente y adecuada del tribunal arbitral.

Método	Descripción	Ventajas	Desventajas
Nombramiento unilateral por las partes	Cada parte designa a un coárbitro y estos, de común acuerdo, nombran al presidente del tribunal arbitral.	-Máxima expresión de la autonomía de las partes. -Método tradicional y ampliamente extendido. -Rapidez en la designación inicial.	- Riesgo de partisanismo. - Alta dependencia de la cooperación y buena fe procesal.
Ballot procedure	La institución arbitral propone una lista; las partes eligen confidencialmente y, de	-Favorece consensos. -Participación simétrica de las partes.	-Ineficiente ante falta de coincidencia. -Margen limitado de

³⁴⁹ Véase Anexo 1 al Reglamento de Arbitraje, Reglas de designación, confirmación y nombramiento de árbitros, Artículo 4. Nombramiento Directo.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

	existir coincidencia, se designa al árbitro.	-Reduce confrontación directa.	decisión para las partes. -Generalmente restringido a árbitro único o presidente.
List and strike	La institución remite una lista; las partes eliminan candidatos y ordenan los restantes; la designación se realiza comparando ambas list.	-Equilibrio entre autonomía privada e intervención institucional. -Mitiga percepciones de favoritismo.	-Procedimiento más complejo. -Vulnerable a dilaciones por inacción de una parte.
Strike and catch	Las partes intercambian listas, eliminan candidatos y califican a los restantes; la designación se basa en coincidencias y preferencias.	-Alto nivel de participación de las partes. -Refuerza la sensación de equilibrio en la conformación del tribunal.	- Elevada complejidad procedimental. - Riesgo significativo de bloqueo o dilación estratégica.
Nombramiento directo por el centro arbitral	La institución arbitral o autoridad nominadora designa directamente al árbitro ante falta de acuerdo o como método pactado.	-Eficiencia y celeridad. -Evita bloqueos procedimentales. -Mayor objetividad institucional.	-Reducción de la autonomía de las partes. -Dependencia de la calidad y legitimidad del centro arbitral.

¿Cuestionamiento al método de designación unilateral de árbitros por las partes?

Dentro de la doctrina internacional pueden distinguirse dos posiciones principales en torno al fenómeno del partisanismo en el arbitraje y a la incidencia que sobre este genera el mecanismo de designación unilateral de árbitros por las partes. Ambas corrientes abordan, desde perspectivas distintas, la existencia y alcance del problema, así como sus implicancias sobre la integridad y legitimidad del procedimiento arbitral. Si bien las soluciones propuestas han variado con el tiempo, la crítica central permanece inalterada: el partisanismo constituye una amenaza constante a los principios de imparcialidad e independencia que deben regir la actuación de todo árbitro.

La primera de estas posiciones fue desarrollada por Jan Paulsson en su artículo “*Are Unilateral Appointments Defensible?*”. El autor formula una crítica profunda – aunque no exenta de controversia – al derecho de las partes de nombrar unilateralmente a los árbitros. Paulsson cuestiona que este derecho pueda ser considerado un principio “fundamental” del arbitraje, al sostener que, lejos de fortalecer el proceso, lo expone a riesgos que comprometen la imparcialidad e independencia de los árbitros. Su propuesta consiste en eliminar el nombramiento unilateral, sustituyéndolo por métodos de designación institucional o neutrales que garanticen mayor objetividad, neutralidad y transparencia en la formación del tribunal. Aunque influyente, esta postura ha sido objeto de críticas por parte de quienes defienden la autonomía de las partes como un elemento esencial del arbitraje comercial y de inversión.

La segunda posición, de carácter más moderado, ha sido desarrollada por Albert Jan van den Berg en su artículo “*Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*”. Centrándose en el arbitraje de inversión, el

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

autor observa que los árbitros designados por las partes tienden con mayor frecuencia a emitir opiniones disidentes frente a la decisión mayoritaria del tribunal. Aunque su análisis coincide con Paulsson en advertir los riesgos que entraña el método de designación unilateral, Van den Berg considera que el efecto principal se produce a nivel de percepción externa sobre la imparcialidad del procedimiento, antes que en una falta efectiva de independencia³⁵⁰.

Ambas posturas comparten una preocupación legítima por los riesgos que el modelo actual plantea para la imparcialidad e independencia arbitral. No obstante, no compartimos plenamente la solución que proponen —esto es, la eliminación del derecho de las partes a nombrar unilateralmente a sus árbitros—, pues dicha medida implicaría una restricción directa al principio de autonomía de la voluntad, pilar estructural del arbitraje moderno. Esta objeción ha sido sostenida por buena parte de la doctrina, que considera que la facultad de las partes para designar árbitros es un elemento consustancial al arbitraje y expresión de su naturaleza consensual.

Sin embargo, estas posturas suelen subestimar, o al menos no abordar con la profundidad necesaria, el fenómeno creciente y preocupante del partisanismo. Al centrarse casi exclusivamente en la defensa irrestricta de la autonomía de las partes, dejan de lado el análisis del impacto que dicho fenómeno puede tener sobre la confianza pública en el arbitraje y sobre la legitimidad institucional del sistema³⁵¹.

Considerando este debate, resulta pertinente cuestionar por qué, en el contexto peruano, se ha consolidado no solo como práctica sino casi como regla implícita, el método de designación unilateral por las partes. Antes de abordar dicha problemática, conviene examinar con brevedad cómo se regula actualmente este procedimiento en el ámbito internacional, con el propósito de identificar los estándares predominantes y los marcos de referencia que podrían servir de contraste o inspiración para la práctica nacional.

Regulación en España

El Reglamento de Arbitraje del CIIAM³⁵², al igual que otros reglamentos arbitrales, reconoce expresamente el principio de autonomía de la voluntad de las partes, permitiéndoles acordar libremente el número de árbitros que conformarán el tribunal. Solo en caso de ausencia de dicho acuerdo, el centro se encuentra facultado para proceder con la designación de los árbitros.³⁵³

Hasta aquí, podría sostenerse que no existe una diferencia sustancial respecto de otros reglamentos institucionales, como los aplicables en el Perú. No obstante, la particularidad del Reglamento de Arbitraje del CIIAM radica en lo dispuesto en su artículo 11. Conforme a esta disposición, cuando las partes no hubiesen alcanzado un acuerdo sobre el procedimiento de designación, el Centro recurrirá a alguno de los dos mecanismos previstos en el Anexo 1, denominado Reglas de designación, confirmación y nombramiento de árbitros.

Dichos mecanismos son: (i) el sistema de lista, y (ii) el nombramiento directo.

- Sistema de lista: Este procedimiento consta de tres fases diferenciadas: en la primera, el secretario general elabora una propuesta de candidatos; en la segunda, la lista es validada y confirmada por la Comisión de Designación de Árbitros; y en la tercera (la fase decisoria) las partes deben excluir hasta un tercio de los árbitros propuestos y calificar a los restantes según su orden de preferencia. El árbitro con mejor puntuación conjunta será designado.

³⁵⁰ VAN DEN BERG, Albert., “Charles Brower’s problem with 100 per cent—dissenting opinions by party-appointed arbitrators in investment arbitration”. *Arbitration International*, Vol. 31, 2015, pp. 382.

³⁵¹ Véase: “Understanding the ‘Authority’ of International Tribunals: A Reply to Professor Jan Paulsson”; “The Death of the Two-Headed Nohthingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded”; “Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson’s Moral Hazard in International Arbitration”; entre otros.

³⁵² Véase Reglamento de Arbitraje CIIAM, vigente desde el 01 de enero de 2024.

³⁵³ Véase artículo 10 del Reglamento de Arbitraje CIIAM.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

- Nombramiento directo: Se trata de un mecanismo residual, aplicable únicamente en supuestos específicos previstos en el Reglamento. En este caso, el procedimiento consta de dos fases: en la primera, el secretario general prepara una lista de candidatos; y en la segunda, corresponde a la Comisión de Designación de Árbitros realizar directamente el nombramiento. A diferencia del sistema de lista, este método no otorga a las partes la posibilidad de intervenir en la selección, lo que lo convierte en una alternativa excepcional, reservada para situaciones en que la participación de las partes no pueda llevarse a cabo.

Ahora bien, además del Reglamento CIAM, otras instituciones han elaborado metodologías orientadas a promover buenas prácticas en materia de designación de árbitros, respetando siempre como límite la autonomía de las partes. Un ejemplo destacado es el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (Código de Buenas Prácticas)³⁵⁴, cuya Recomendación 52 dispone lo siguiente:

Cuando las partes no hayan acordado un método específico para la designación del presidente del tribunal arbitral o del árbitro único:

- a) Por regla general, la Corte preparará una lista con nombres propuestos por las partes y por la propia institución arbitral, de conformidad con el Reglamento Modelo del CEA. Cada parte tendrá derecho a veto sobre un tercio de los nombres propuestos y enumerará los nombres restantes en orden de preferencia. El árbitro con la mejor puntuación conjunta será el nombrado.
- b) Por regla general, en los procedimientos abreviados, o en procedimientos inferiores a una cuantía determinada a criterio de la institución, se utilizará el sistema de nombramiento directo.
- c) Cuando una de las partes no haya nombrado al árbitro que le corresponda, la Corte lo hará de manera directa.

Como se advierte, tanto el reglamento bajo comentario como el Código de Buenas Prácticas coinciden en la conveniencia de introducir mecanismos alternativos al modelo tradicional de designación unilateral, con el objetivo de reforzar la imparcialidad e independencia del tribunal sin sacrificar la participación de las partes en el proceso.

No obstante, el Código de Buenas Prácticas recomienda limitar estos mecanismos al nombramiento del árbitro único o del presidente del tribunal, dejando a las partes plena libertad para designar a los coárbitros. Esta postura es discutible, pues la preocupación por el partisanismo suele presentarse respecto de los árbitros designados por las partes. En este punto, parece más equilibrada la solución prevista por el Reglamento del CIAM, que permite recurrir tanto al sistema de listas como al método de designación directa, garantizando así mayor uniformidad y objetividad en la conformación del tribunal arbitral.

A diferencia de la experiencia española, la situación peruana revela un escenario opuesto. Pese a las modificaciones introducidas en los reglamentos de los principales centros de arbitraje, el método de designación directa por las partes se ha mantenido prácticamente inalterado. Ello evidencia una resistencia institucional al cambio, pese a los riesgos que el modelo plantea frente a fenómenos como el partisanismo o la concentración de designaciones en un grupo reducido de árbitros. Esta problemática se agrava en el contexto peruano, donde el arbitraje es la vía obligatoria para resolver controversias derivadas de la contratación pública, y donde las Entidades deben seleccionar árbitros únicamente del Registro Nacional de Árbitros previsto por la Ley N° 30225 y la Ley N° 32069. Esta limitación refuerza la necesidad de adoptar sistemas de designación más objetivos y transparentes.

Regulación en Perú

³⁵⁴ Véase Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje, publicado en el año 2019.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

Como se ha indicado, las partes gozan de plena autonomía para acordar el mecanismo de designación de los árbitros. Sin embargo, en la práctica peruana persiste una recurrencia casi uniforme al método tradicional de designación directa por las propias partes cuando se trata de la elección de los coárbitros. Esta aparente contradicción entre la flexibilidad normativa y la rigidez práctica plantea interrogantes sobre las causas que han consolidado este modelo como el estándar dominante.

El artículo 23 del Decreto Legislativo N° 1071 establece que las partes pueden someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. Este principio exige un trato equitativo entre las partes, lo que incluye su participación en igualdad de condiciones en el nombramiento de los árbitros. Sin embargo, la mayoría de los reglamentos institucionales en el Perú han mantenido la designación por las partes como método principal, lo que ha contribuido a su arraigo como práctica habitual.

Así, los reglamentos de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham) y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP (CARC-PUCP) establecen, en ausencia de acuerdo, la designación unilateral por cada parte como regla general.

Veamos por ejemplo el método de designación del Reglamento de la CCL³⁵⁵:

Artículo 10.- Conformación del Tribunal Arbitral

1. El Tribunal Arbitral está compuesto por uno o tres árbitros, según el acuerdo de las partes.
2. Si las partes no han acordado el número de árbitros, la controversia se resuelve por tres árbitros, a menos que el Consejo decida que sea resuelta por un solo árbitro, tomando en consideración la complejidad del caso, el monto en disputa y cualquier otra circunstancia relevante.
3. Salvo estipulación en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral es constituido según lo previsto en el presente artículo y los artículos 11, 12 y 13.

Como se aprecia, el Reglamento de la CCL establece en el numeral 3 del artículo 10 el método a seguir para la constitución del tribunal arbitral:

Artículo 11.- Procedimiento de designación

(...)

2. Si las partes han acordado que la controversia sea resuelta por tres árbitros, cada parte, en la Solicitud y en la Respuesta, respectivamente, designan un árbitro para su posterior aceptación y, en su caso, confirmación. Si una parte no designa al árbitro que le corresponde, el nombramiento es efectuado por el Consejo.
3. En los arbitrajes sometidos a tres árbitros, el tercer árbitro, quien actúa como presidente del Tribunal Arbitral, es nombrado de común acuerdo por los árbitros designados por las partes en el plazo de diez días que confiere el Centro luego de comunicarles que no existe pendiente de resolver recusación alguna en su contra. El Consejo nombra al tercer árbitro si no es nombrado por los árbitros en el plazo conferido.

³⁵⁵ Véase Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, vigente del 01 de marzo de 2025.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

Resulta claro que, en el caso de la CCL, la designación de los miembros del tribunal arbitral se rige por el método clásico de designación unilateral por las partes. Igual situación se observa en el reglamento del Reglamento del CARC-PUCP)³⁵⁶ y el Reglamento de³⁵⁷ conforme a lo siguiente:

Reglamento de CARC-PUCP	Reglamento de AmCham
Artículo 18.- Número de árbitros (...) Salvo pacto en contrario, la designación de los árbitros se realizará conforme a lo dispuesto en este Reglamento y sus anexos. Artículo 20.- La designación del Tribunal Arbitral se regirá por las siguientes reglas: a) Cada parte debe nombrar respectivamente a un árbitro en la solicitud de arbitraje y en su contestación, y estos, a su vez, en el plazo de cinco (5) días de notificados con el pedido, nombras al tercer árbitro, quien se desempeña como presidente. (...)	Artículo 19.- Conformidad del Tribunal Arbitral 3. La conformación del tribunal arbitral se efectúa según el acuerdo de las partes, pudiendo la Secretaría complementar el procedimiento acordado, en lo que fuese necesario, con la finalidad de que el convenio arbitral surta efectos o para evitar que se vulnere la igualdad entre las partes. A falta de acuerdo de las partes, la conformación del tribunal arbitral se realiza conforme a los artículos 19(2), 20 y 21, según sea el caso. Artículo 20.- Procedimiento de designación (...) 2. Cuando la controversia haya de ser resuelta por tres árbitros, cada parte, en la solicitud de arbitraje y en su respuesta, respectivamente, propone a un árbitro. Los árbitros propuestos por las partes y confirmados por el Centro tendrán un plazo de quince (15) días para que designen al presidente del tribunal de común acuerdo. Vencido este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el presidente del tribunal arbitral será nombrado por la Corte. (...)

El examen conjunto de los reglamentos arbitrales peruanos permite concluir que la práctica nacional ha consolidado un modelo conservador, poco receptivo a las innovaciones observadas en la práctica comparada. Aunque este esquema se sustenta en la autonomía de las partes, también perpetúa riesgos de concentración, repetición de designaciones y percepción de parcialidad.

Es cierto que la designación unilateral de árbitros ofrece ventajas, como asegurar que la controversia sea resuelta por un especialista en la materia, lo que refuerza la confianza de las partes y la legitimidad del laudo³⁵⁸. Sin embargo, estos beneficios pueden alcanzarse e incluso potenciarse cuando la designación recae en una institución arbitral imparcial, capaz de garantizar tanto la idoneidad técnica como la independencia del árbitro designado.

³⁵⁶ Véase Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la P Pontificia Universidad Católica del Perú, vigente desde el 01 enero de 2024.

³⁵⁷ Véase Reglamento de Arbitraje de AMCHAM PERÚ, vigente desde el 01 de julio de 2024.

³⁵⁸ BALBIANI, Bruno., "The Paradox of the so-called "party-appointed arbitrators". *Revista Română de Arbitraj*, 2024, pp. 111 - 120.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

Ello exige también que las partes ejerzan una diligencia informada al escoger el centro arbitral, privilegiando instituciones reconocidas por su transparencia y solvencia técnica. De esta forma, la imparcialidad y especialización de los árbitros pueden asegurarse sin sacrificar la autonomía de las partes, fortaleciendo al mismo tiempo la legitimidad del laudo y la confianza en el sistema arbitral.

En este sentido, resulta recomendable que las instituciones arbitrales peruanas avancen hacia la incorporación de mecanismos alternativos de designación, tales como el sistema de listas o la designación directa bajo criterios objetivos, siguiendo modelos como los implementados por el CIAM-CIAR o las recomendaciones del CEA. Ello permitiría alcanzar un mayor equilibrio entre la libertad de las partes y la necesidad de garantizar la imparcialidad e independencia en la conformación de los tribunales arbitrales.

Los nombramientos consecutivos de árbitros

Teniendo en cuenta que el presente análisis se centra en la experiencia peruana, no se puede dejar de lado algunos aspectos que pueden llegar a confundir cuando un elemento como los nombramientos reiterativos, no es determinante para configurar un supuesto de partisanismo. En este punto, es importante diferenciar que los nombramientos consecutivos de un mismo árbitro no constituyen, por sí solos, una manifestación del fenómeno de partisanismo. Uno de los aspectos más discutidos en relación con la imparcialidad e independencia de los árbitros es precisamente la reiteración en su designación. Este fenómeno no se limita al arbitraje comercial, sino que también se observa en otros ámbitos, como advierte Giraud³⁵⁹, al señalar que los nombramientos frecuentes pueden generar sospechas razonables de sesgo, debilitando la confianza no solo en el árbitro, sino también en la institución arbitral y, en general, en el sistema de arbitraje, cuyo valor esencial radica en la confianza y la neutralidad que proyecta:

The problem of these frequent appointments is that it could undermine the trust in an arbitrator's impartiality and independence and might therefore affect the general trust in the ICSID as an institution. These reiterated situations are giving rise to reasonable suspicions of bias, since one of the essential reasons one resorts to arbitration is because of its aura of "trust" and this is a supremely valuable and fundamental feature of arbitration that must be preserved at all cost.

A partir de lo anterior, puede advertirse que el nombramiento consecutivo o repetitivo puede generar en las partes una percepción de sesgo respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro, afectando no solo la confianza depositada en su persona, sino también en el proceso arbitral en su conjunto.

Sin embargo, en el caso peruano, esta realidad no necesariamente se traduce en un indicio de falta de independencia. Ello se debe, entre otros factores, a que el arbitraje en contratación pública es de carácter obligatorio y se encuentra regulado por disposiciones específicas que establecen mecanismos para la participación del Estado, a través de sus Entidades, en los procesos arbitrales. Así, conforme a la Ley N°30225 y la actual Ley N°32069, las Entidades públicas deben seleccionar a sus árbitros de un Registro Nacional de Árbitros, lo que restringe el universo de posibles designaciones y explica que un mismo árbitro sea nombrado en múltiples ocasiones sin que ello suponga, necesariamente, una falta de neutralidad.

Esta percepción de parcialidad, aunque no implique una falta real de independencia, puede afectar uno de los pilares fundamentales del arbitraje: la confianza de las partes en la transparencia, objetividad y equidad del proceso.

En ese sentido, el hecho de que una parte o una institución arbitral designe reiteradamente a un mismo árbitro no constituye una práctica inusual dentro del arbitraje, sino que responde, en gran medida, a la dimensión

³⁵⁹ GIRAUD, Vanessa, "The Problem of Repeat Arbitrators in Investment Arbitration". *Kluwer Arbitration Blog*, 01/09/2014, disponible:

https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/01/the-problem-of-repeat-arbitrators-in-investment-arbitration/?utm_source=chatgpt.com

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

relativamente reducida de la comunidad arbitral. Pese a la expansión del arbitraje tanto a nivel nacional como internacional, dicho círculo continúa siendo limitado y, en muchos casos, presenta barreras de acceso para nuevos profesionales.

Como señalan Blanco y Osorio³⁶⁰, esta situación se ve acentuada cuando se privilegian criterios como la experiencia, la especialización y la confianza en el manejo de los procedimientos:

“Es evidente que el mundo del arbitraje es relativamente reducido y que por ello es habitual que se produzcan reiteradas coincidencias profesionales entre las personas más cualificadas en el sector. En el mismo sentido, la necesidad de contar con especialistas por razón de la materia que, además, conozcan el procedimiento arbitral y sus singularidades, conduce en ocasiones a una esfera bastante reducida de profesionales. Asimismo, y el igual que afirmábamos al hablar de los nombramientos repetidos, la confianza en el juicio de un profesional ya contrastado lleva necesariamente al hecho de que se produzcan reiteraciones en los nombramientos. Y es normal que esto lo hagan los propios árbitros, tratando de velar por el mejor desenvolvimiento del proceso.

Lo señalado cobra mayor relevancia si se atiende a la precisión efectuada por las Directrices de la IBA en relación con el supuesto de nombramientos consecutivos, recogido en el numeral 3.1.3 del “Listado Naranja” en el cual se señala:

En cierto tipo de arbitrajes, como el arbitraje marítimo, deportivo o el relativo a materias primas, los árbitros pueden proceder de un grupo especializado de personas o ser seleccionados de una lista obligatoria. Las partes que actúan en esos ámbitos pueden tener conocimiento de una costumbre o práctica por la que las partes designan con frecuencia al mismo árbitro en diferentes casos. En ese caso, si bien la revelación de los nombramientos múltiples puede seguir siendo deseable de conformidad con la sección 3.1.3, el alcance de la revelación y las consecuencias de las designaciones repetidas pueden ser diferentes de los establecidos en estas Directrices.

Por otro lado, las listas exclusivas elaboradas por algunos centros arbitrales, si bien buscan garantizar un estándar mínimo de calidad y fortalecer la reputación institucional, no están exentas de críticas. La limitación de las designaciones a los árbitros incluidos en dichas listas puede restringir la autonomía de las partes y reducir la diversidad del mercado arbitral. En esa medida, resulta más razonable que los centros adopten criterios transparentes y objetivos de evaluación, basados en la experiencia, especialización y trayectoria profesional, de modo que se verifique la idoneidad del árbitro propuesto sin imponer barreras cerradas a su participación como coárbitro, árbitro único o presidente del tribunal.

Por otro lado, las listas exclusivas elaboradas por algunos centros arbitrales, si bien buscan garantizar un estándar mínimo de calidad y fortalecer la reputación institucional, no están exentas de críticas. La limitación de las designaciones a los árbitros incluidos en dichas listas puede restringir la autonomía de las partes y reducir la diversidad del mercado arbitral. En esa medida, resulta más razonable que los centros adopten criterios transparentes y objetivos de evaluación, basados en la experiencia, especialización y trayectoria profesional, de modo que se verifique la idoneidad del árbitro propuesto sin imponer barreras cerradas a su participación como coárbitro, árbitro único o presidente del tribunal.

En el caso peruano, esta situación se agrava por la alta concentración de arbitrajes en materia de contratación pública, donde el número de procesos es elevado, pero el registro de árbitros disponibles es limitado. Como consecuencia, no resulta extraño que un mismo profesional sea designado en distintos procedimientos, incluso

³⁶⁰ JIMENEZ-BLANCO, Gonzalo – OSORIO, Lucas. Los llamados “Árbitros de Parte”. *Iurgium*. N°18, 2013, pp. 80.

¿El dilema del árbitro partisano? Métodos alternativos para la designación y nombramiento de árbitros en el Perú

coincidiendo en causas donde una de las partes sea la misma que en otros casos. Esta reiteración, sin embargo, responde más a la estructura institucional y normativa del sistema arbitral peruano que a un verdadero indicio de falta de independencia o imparcialidad.

Conclusión:

El método tradicional de designación de árbitros por las partes constituye, sin duda, una de las expresiones más claras del principio de autonomía de la voluntad y uno de los elementos que históricamente ha contribuido a generar confianza inicial en el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de controversias. No obstante, dicho modelo no se encuentra exento de riesgos estructurales. La posibilidad de que los árbitros designados puedan verse influidos, consciente o inconscientemente, por los intereses de la parte que los nombra, particularmente en escenarios caracterizados por designaciones reiteradas y comunidades arbitrales reducidas, plantea cuestionamientos legítimos sobre los márgenes reales de independencia e imparcialidad.

Este riesgo no debe entenderse como una imputación automática de conducta indebida, sino como un problema sistémico que impacta directamente en la percepción externa del arbitraje. En efecto, aun cuando no se logre acreditar una falta concreta bajo los estándares tradicionales de duda justificada, la reiteración de determinados patrones de designación puede erosionar la confianza en el sistema y afectar la legitimidad del laudo arbitral, que depende no solo de su corrección jurídica, sino también de la apariencia de imparcialidad del tribunal que lo emite.

Ahora bien, la respuesta a estas tensiones no puede consistir en la eliminación o restricción severa de la facultad de las partes para intervenir en la conformación del tribunal arbitral. Una medida de esta naturaleza supondría debilitar uno de los pilares esenciales del arbitraje y desnaturalizar su lógica consensual. El verdadero desafío radica, más bien, en encontrar fórmulas que permitan compatibilizar la autonomía de la voluntad con mecanismos que atenúen los riesgos asociados al partisanismo y a la concentración de designaciones, sin vaciar de contenido la participación de las partes.

En este contexto, los métodos alternativos de designación como los sistemas de listas, el procedimiento *list and strike* o la designación institucional directa bajo criterios objetivos y transparentes aparecen como herramientas idóneas para introducir contrapesos al modelo tradicional. Si bien estos mecanismos pueden implicar mayores exigencias administrativas y, en algunos casos, una extensión de los plazos de conformación del tribunal, su aplicación progresiva permite diversificar los perfiles arbitrales, reducir percepciones de dependencia y reforzar la confianza en la neutralidad del proceso.

La experiencia comparada demuestra que no existe una contradicción insalvable entre autonomía de las partes y objetividad en la designación de árbitros. Por el contrario, numerosos sistemas arbitrales han evolucionado hacia esquemas híbridos que preservan la participación de las partes, pero incorporan filtros institucionales orientados a fortalecer la independencia e imparcialidad. En el caso peruano, donde el modelo tradicional se mantiene en gran medida inalterado, la reflexión sobre estos mecanismos cobra especial relevancia, particularmente frente a las recientes discusiones normativas y regulatorias en materia de arbitraje en contratación pública.

En definitiva, el fortalecimiento del arbitraje no pasa por restringir la autonomía de las partes, sino por perfeccionar los instrumentos a través de los cuales esta se ejerce. Solo así será posible garantizar tribunales arbitrales más equilibrados, procesos más confiables y decisiones que gocen de una legitimidad reforzada tanto desde una perspectiva jurídica como institucional.

LA ANULACIÓN DEL LAUDO EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS ECONÓMICO DE SUS COSTOS, INCENTIVOS Y EFICIENCIA

*Sofía Portocarrero Alania*³⁶¹

Resumen - La anulación del laudo cumple un rol esencial en el arbitraje al garantizar la regularidad del proceso. Sin embargo, su aplicación práctica en el Perú revela un uso intensivo del recurso: en 2022 se emitieron más de 400 sentencias de anulación. Aunque solo el 18% prosperó, la gran cantidad de solicitudes refleja un desbalance entre el diseño excepcional del mecanismo y su uso real, generando costos de transacción elevados para las partes y externalidades negativas sobre el sistema judicial.

Este trabajo emplea evidencia empírica, análisis comparado (Perú, Ecuador y Panamá) y herramientas del Análisis Económico del Derecho -incluyendo aportes conductuales- para evaluar los incentivos que explican estas dinámicas. Se sostiene que la expansión interpretativa de la motivación del laudo ha erosionado la eficiencia del arbitraje y se proponen medidas institucionales orientadas a mejorar la predictibilidad y restablecer la excepcionalidad del control judicial.

Abstract - *The annulment of arbitral awards plays a crucial role in safeguarding the procedural integrity of arbitration. However, its practical application in Peru shows an intensive use of the mechanism: in 2022, more than 400 annulment decisions were issued, although only 18% were successful. This imbalance between the exceptional nature of the remedy and its actual use generates significant transaction costs for the parties and negative externalities for the judicial system.*

This study relies on empirical evidence, comparative analysis (Peru, Ecuador, and Panama), and tools from Law and Economics — including recent behavioral insights— to evaluate the incentives driving these dynamics. It argues that the expansive judicial interpretation of the motivation requirement has undermined the efficiency of arbitration and proposes institutional measures to enhance predictability and restore the exceptional character of judicial control over arbitral awards.

Introducción

El arbitraje se ha consolidado como uno de los principales mecanismos de resolución de disputas en el Perú, en gran medida por la celeridad, especialización y carácter definitivo del laudo. Sin embargo, su eficiencia depende también del alcance y funcionamiento del control judicial. El recurso de anulación, concebido en el Decreto Legislativo N° 1071³⁶² (“DL N° 1071”) como un mecanismo excepcional y estrictamente limitado, busca corregir irregularidades sin reabrir el fondo. En la práctica, no obstante, su utilización puede expandirse y generar efectos no deseados para el sistema.

La experiencia comparada entre Perú, Ecuador y Panamá muestra patrones comunes: alto número de solicitudes de anulación, baja tasa de éxito y el uso frecuente de causales que, en mayor o menor medida, intentan una revisión indirecta del fondo. Sin embargo, cada país presenta particularidades que afectan la eficiencia del control judicial. En el caso peruano, la centralidad que adquiere la motivación como causal para anular el laudo explica gran parte de la litigación posterior al laudo y las mayores cargas para las partes y para el sistema.

Como señala Alfredo Bullard, “el mal Derecho”³⁶³ no solo genera injusticia, sino también ineficiencia, al elevar los costos institucionales y distorsionar los incentivos. El análisis de la anulación en el Perú no puede por ello, limitarse a la normativa, exige examinar cómo interactúan los incentivos de las partes, los jueces y los propios árbitros.

³⁶¹ Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. sofia.portocarrero@unheval.pe

³⁶² Decreto Legislativo N° 1071 de 1 de septiembre de 2008 (Perú), Art. 62.

³⁶³ BULLARD, Alfredo, *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 28.

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

Metodológicamente, este trabajo combina evidencia empírica, análisis comparado y herramientas del Análisis Económico del Derecho -tanto en su versión tradicional como conductual- para evaluar los costos, incentivos y externalidades asociados al recurso de anulación. El objetivo es determinar si el modelo peruano mantiene la excepcionalidad del control judicial o si su expansión está afectando la eficiencia del arbitraje y, sobre esa base, proponer ajustes institucionales que reduzcan los costos de transacción y mejoren la predictibilidad del sistema.

la necesidad del control judicial del laudo

Una de las principales virtudes del arbitraje -y una de las razones por las que suele preferirse frente a la jurisdicción ordinaria -es el carácter definitivo del laudo arbitral. El laudo constituye una resolución ejecutiva e inapelable sobre el fondo de la controversia, evitando que una segunda instancia reabra el debate sustantivo y reduciendo así el riesgo de ciclos interminables de impugnación. Esta característica aporta seguridad jurídica a las partes y optimiza tiempos y costos en la resolución de disputas.

Al pactar el convenio arbitral, las partes no solo eligen resolver sus controversias fuera de la jurisdicción ordinaria, sino que también renuncian a que un juez reexamine el fondo del conflicto. Permitir que un juez ratifique, modifique o incluso revoque el laudo implicaría desconocer esa voluntad y vaciar de contenido la finalidad del arbitraje como mecanismo eficiente y definitivo.

Sin embargo, reconocer la fuerza del laudo no implica desconocer la posibilidad del error. El arbitraje supone una delegación de poder decisorio a los árbitros, quienes, como cualquier operador jurídico, pueden equivocarse; lo relevante es que el sistema cuente con mecanismos que permita corregir abusos sin desnaturalizar la autonomía arbitral. Como advierte Bernardo Cremades, *“el que el laudo sea equivalente a la sentencia judicial hace que sea necesaria la función de control que el Poder Judicial ejerce en relación a las decisiones de los árbitros”*³⁶⁴.

En ese sentido, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI³⁶⁵ (“Ley Modelo”) reconoció como único medio impugnatorio el recurso de anulación. Siguiendo este estándar, el Perú -como la mayoría de los países de la región- incorporó esta figura mediante el DL N° 1071, estableciendo un modelo de control judicial excepcional y limitado, orientado a proteger la autonomía del arbitraje y garantizar un uso eficiente de los recursos judiciales. Como señala Alfredo Bullard *“el objetivo del recurso de anulación y yo siempre lo he dicho, es proteger el convenio arbitral, es decir proteger el acuerdo de las partes”*³⁶⁶.

Por ello, la anulación del laudo es necesaria, pero su alcance debe ser restrictivamente limitado: se trata de un control de validez y no de mérito. Un sistema eficiente requiere equilibrio: un control judicial presente, pero no invasivo, que resguarde la regularidad del procedimiento sin convertir el arbitraje en una segunda instancia.

La experiencia en Bélgica es especialmente ilustrativa sobre los riesgos de reducir el control judicial más allá de lo razonable. En 1985 se introdujo una norma que casi excluía la acción de anulación para arbitrajes entre partes completamente extranjeras, limitando severamente el control judicial. Este cambio fue muy criticado, como señala la American Bar Association, *“contrary to expectations, this law did not result in an increased number of arbitrations in Belgium but might have led to Belgium being chosen for arbitrations less frequently.”*³⁶⁷, lo que revela los riesgos de un control judicial demasiado débil: la pérdida de confianza puede reducir la eficiencia al debilitar la legitimidad institucional.

³⁶⁴ CREMADES, BERNARDO M., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2007, N.º 6, 13-59, p. 13.

³⁶⁵ Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, Art. 34.

³⁶⁶ BULLARD, ALFREDO, *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*, Lima, 2015, cit. por ROJAS, Paula, “¿Recurso o demanda? La anulación del laudo arbitral”, Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, p. 9.

³⁶⁷ American Bar Association, “Contrary to expectations, this law did not result in an increased number of arbitrations in Belgium but might have led to Belgium being chosen for arbitrations less frequently”, American Bar Association, s.f., disponible en <https://www.americanbar.org/groups/litigation/resources/newsletters/alternative-dispute-resolution/judicial-review-of-arbitral-awards-on-merits-in-europe/>

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

Este contexto conduce a una pregunta central: si el control judicial debe ser excepcional, ¿qué ocurre con los errores que los árbitros puedan cometer? La respuesta no es ampliar el recurso de anulación ni convertirla en un mecanismo de revisión del fondo -lo cual convertiría al arbitraje en una doble instancia encubierta-sino adoptar un enfoque distinto: aceptar que ciertos errores forman parte del “riesgo permitido”.

El error como riesgo permitido

El recurso de anulación del laudo se limita a revisar errores procedimentales y no errores de hecho o de derecho. Ello implica aceptar un margen inevitable de falibilidad en toda decisión arbitral. Ese margen -que el sistema tolera de manera consciente- puede explicarse mediante la teoría del “riesgo permitido”, concepto originalmente desarrollado en el Derecho Penal, pero que es posible adaptarla a otras áreas del derecho cuando la eliminación absoluta del riesgo produciría costos institucionales excesivos.

La teoría del “riesgo permitido” reconoce que el ordenamiento admite ciertos resultados no deseados cuando evitarlos por completo resultaría irrazonable o impracticable.

Como sostiene Ítalo Reyes Romero:

(...) resulta sumamente poco razonable –y, por lo demás, impracticable– exigir la evitación, a todo evento, de resultados típicos (...) si el resultado no hubiese podido ser evitado por un agente que actúa conforme a los estándares de cuidado respectivos, entonces no puede haber responsabilidad³⁶⁸.

Aplicado al arbitraje, ello no significa que el sistema avale errores de fondo, sino admitir que su corrección judicial tendría un costo institucional mayor. Exigir a los jueces la revisión de cada interpretación jurídica o de cada valoración probatoria convertiría a la anulación en una segunda instancia encubierta.

En palabras de Fabio Núñez Del Prado:

(...) la regulación del recurso de anulación de laudo en el arbitraje es la más apropiada. Consideramos que no hay ninguna razón de peso por la cual se deba someter a revisión el fondo de la controversia. Basta y sobra con articular un mecanismo que evite el abuso y controle el potencial exceso de poder de los árbitros³⁶⁹.

Desde el Análisis Económico del Derecho, esta aceptación del riesgo no solo es razonable, sino eficiente. Evita duplicar esfuerzos entre árbitros y jueces, reduce el tiempo de litigación, limita los incentivos para impugnar estratégicamente, y previene la sobrecarga del Poder Judicial.

En consecuencia, el riesgo permitido actúa como un punto de equilibrio: el sistema admite que no todo error podrá corregirse, porque hacerlo comprometería la eficiencia, la autonomía y la naturaleza definitiva del arbitraje. Al mismo tiempo, mantiene un control judicial limitado -pero existente- para evitar abusos y proteger la integridad del procedimiento.

Las causales de anulación desde la evidencia empírica y práctica comparada en Perú, Ecuador y Panamá

³⁶⁸ REYES, ÍTALO, Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva, Revista Ius et Praxis N° 1, 2015, 137–170, pp. 156–157. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v21n1/art05.pdf>

³⁶⁹ NÚÑEZ DEL PRADO, FABIO, “Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano”, Repositorio Institucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 106, disponible en <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5897>

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

A partir del marco normativo y conceptual, corresponde analizar cómo funciona la anulación en la práctica. La evidencia comparada permite identificar patrones comunes y divergencias que luego servirán para el análisis económico.

Aunque el recurso de anulación fue diseñado como un mecanismo excepcional y de alcance limitado, la práctica revela tensiones recurrentes entre su estructura normativa taxativa y su aplicación judicial. Como señala Vescovi, “*el recurso de nulidad sólo puede proponerse por las causales expresamente reguladas (...) y, por lo tanto, es un verdadero recurso extraordinario*”³⁷⁰.

En la misma línea, la Ley Modelo, Art. 34.2 utiliza el término “solo” para enfatizar que la anulación procede únicamente por las causales expresamente previstas.

El DL N° 1071 que norma el arbitraje en el Perú, replica esta fórmula restrictiva. Su Exposición de Motivos es categórica al afirmar que:

El artículo 62° establece que contra el laudo sólo podrá interponerse el recurso de anulación, conforme a causales taxativas; prohibiendo expresamente que por esta vía pueda discutirse el fondo de la controversia, el contenido de la decisión o calificarse los criterios, motivaciones o interpretaciones de los árbitros.³⁷¹

Como advierten José Merino y José Chillón:

(...) siendo los laudos arbitrales inalterables en su fondo (los errores in indicando no son fiscalizables por instancia judicial alguna) e inmodificables en sus efectos (...) no es admisible extender o ampliar a causas distintas a las taxativamente previstas (...), pues de otra forma se vulnerarían la inalterabilidad e inmodificabilidad del laudo (...)³⁷².

El objetivo de este diseño normativo es claro, evitar que la anulación se convierta en una segunda instancia encubierta. Sin embargo, la práctica comparada revela tensiones entre la estructura normativa taxativa y su aplicación real. En varios países, las partes -especialmente la parte vencida- utilizan el recurso de anulación para reabrir indirectamente el fondo de la controversia, generando un elevado número de solicitudes aun cuando la gran mayoría terminan siendo desestimadas.

Desde un enfoque económico, esta proliferación de solicitudes tiene efectos relevantes: incrementa los costos privados, genera externalidades negativas sobre el sistema judicial y alimenta incentivos para impugnar incluso cuando no existen fundamentos sólidos. Como recuerda Fabio Núñez del Prado, adaptando la conocida frase de Milton Friedman, “*no hay tal cosa como un almuerzo gratis*”³⁷³. Impugnar tiene costos. Cada acción requiere recursos, tiempo, personal, audiencias y revisión judicial; incluso cuando la solicitud es declarada infundada, esos costos no se recuperan y la eficiencia del sistema se ve afectada. A ello se le suma un componente conductual relevante: la aversión a la pérdida y otros sesgos cognitivos llevan a sobrevalorar la posibilidad de revertir un laudo adverso, aun cuando el estándar jurídico no lo justifica plenamente.

³⁷⁰ VESCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Desalma, Buenos Aires, 1988, p. 66.

³⁷¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, “Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.º 1071”, MINJUSDH, 2008, disponible en https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf

³⁷² MERINO MERCHÁN, José - CHILLÓN MEDINA, José, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3.ª ed., Thomson-Cívitas, Navarra, 2006, pp. 694–695.

³⁷³ NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio, “Desmitificando mitos: análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano”, *THEMIS Revista de Derecho*, N.º 66, 2014, 393–412, p. 403, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12708/13261>

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

En este contexto, Mezgravis, advierte que “*las causales de nulidad, a pesar de ser taxativas, son lo suficientemente amplias para que en ellas se puedan subsumir cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales*”³⁷⁴.

Esta dinámica -con incentivos psicológicos, costos económicos y expansión interpretativa- se observa con particular nitidez en países como Ecuador y Perú, mientras que Panamá constituye un caso en contraste, donde el número de anulaciones es significativamente menor.

La práctica comparada en Perú, Ecuador y Panamá: patrones comunes y divergencias

La evidencia de estos tres países permite identificar tendencias convergentes y divergentes en la aplicación del recurso de anulación.

Pese a la diversidad institucional, los tres sistemas comparten un patrón general; el número de solicitudes es alto, especialmente en Ecuador y Perú, baja tasa de éxito y las causales más invocadas suelen permitir -o ser utilizadas para intentar- una revisión indirecta del fondo.

A través de los datos recopilados se confirman que la tensión estructural entre las causales taxativas y su uso es un fenómeno recurrente en los sistemas arbitrales de Latinoamérica. Sin embargo, cada país presenta particularidades importantes que inciden en los costos de transacción del sistema y en la eficiencia global del control judicial.

A continuación, se revisan los tres casos de forma individual.

El caso ecuatoriano

La práctica ecuatoriana ofrece un ejemplo claro de cómo las causales de anulación pueden utilizarse más allá de su propósito original. Un estudio empírico que analizó 259 sentencias emitidas entre 2001 y 2020³⁷⁵ muestra que la acción de nulidad es presentada mayoritariamente por la parte demandada (75%). Sin embargo, la tasa de éxito es baja: menos del 9% prospera, lo que equivale aproximadamente al 1% del total de laudos emitidos. Es decir, la mayoría de las impugnaciones terminan desestimadas.

Respecto a las causales más invocadas, el estudio revela que en el 44% de los casos se alegó la causal Art. 31. d) de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador,³⁷⁶ (“LAM”), referida a incongruencias “*extra petita*” y “*ultra petita*”. No obstante, esta causal no siempre se utilizó para cuestionar verdaderas incongruencias: con frecuencia, se empleó para introducir alegaciones de errores de derecho valoración probatoria, aspectos que competen exclusivamente al tribunal arbitral. En la práctica, la causal 31.d) se ha convertido en una vía indirecta para reabrir el fondo de la controversia, pese a que la LAM excluye expresamente esa posibilidad.

La segunda causal más invocada fue la referida a “vulneraciones al debido proceso”. No obstante, el análisis muestra que muchas de estas alegaciones no correspondían a auténticas irregularidades procesales, sino a intentos de ampliar la competencia del juez hacia cuestiones de fondo. Los propios autores advierten que en varios expedientes los jueces reconocen que las acciones de anulación “*se refieren mayormente a asuntos de fondo sobre los cuales no tienen competencia las cortes provinciales*”³⁷⁷.

³⁷⁴ MEZGRAVIS, Andrés, *Recursos contra el laudo arbitral comercial*, Caracas, 1999, cit. por RENGEL, Pedro, “La impugnación del laudo arbitral”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N°1, 2020, 177-209, p. 193.

³⁷⁵ ANDRADE, Xavier – RIVADENEIRA, Gabriela – ARROYO, Carolina – FIERRO, Estefanía; y GONZÁLEZ, Sol, “Veinticuatro años de la acción: un estudio empírico de la nulidad en el arbitraje ecuatoriano (2001-2020)”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 12, 2021, disponible en <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/view/3456/3987>

³⁷⁶ Ley de Arbitraje y Mediación de 14 de diciembre de 2006 (Ecuador), Art 31.

³⁷⁷ Corte Provincial de Pichincha (Ecuador), “Proceso N.º 17100-2015-00003, 17/11/2015, cit. por ANDRADE, Xavier – RIVADENEIRA, Gabriela – ARROYO, Carolina – FIERRO, Estefanía; y GONZÁLEZ, Sol, “Veinticuatro años de la acción: un estudio empírico de la nulidad en el arbitraje ecuatoriano (2001-2020)”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 12, 2021.

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

En cuanto a los tiempos de resolución, el 53% de los recursos se resolvió dentro de los 6 meses, 24% entre 6 y 12 meses, y 7% superaron los 24 meses. Se trata de plazos no tan prolongados en comparación con el contexto regional.

Este patrón -volumen significativo de solicitudes, baja tasa de éxito y uso expansivo de las causales- genera costos privados y sociales: incrementa el tiempo y gasto para las partes, utiliza recursos judiciales que podrían destinarse a otros casos y crea incentivos para usar el recurso como herramienta estratégica. En consecuencia, aun cuando la anulación es excepcional en su diseño, su uso práctico introduce costos de transacción que reducen la eficiencia del arbitraje.

El caso panameño

A diferencia de la tendencia expansiva observada en otros países de la región, Panamá constituye un caso singular en el que la estructura normativa y la práctica judicial mantienen una coherencia excepcional. La Ley 131 que regula el Arbitraje Nacional e Internacional en Panamá (“Ley 131”)³⁷⁸, establece en su artículo 67 un listado taxativo de causales de anulación, siguiendo la lógica del *numerus clausus* de la Ley Modelo.

Lo distintivo del modelo panameño no es solo la taxatividad formal, sino la consistencia entre la regulación y práctica judicial. En este sistema, la anulación está diseñada como un control eminentemente formal: el juez no revisa el mérito del laudo, sino únicamente la regularidad del procedimiento arbitral.

La evidencia empírica confirma esta coherencia. Un estudio elaborado por Víctor V. Moreno, a partir de la revisión de 178 recursos de anulación presentados ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de Panamá (“Sala Cuarta”) entre el año 2004 y 2018³⁷⁹, muestra que solo tres laudos fueron anulados (dos en su totalidad y uno parcialmente). Esta tasa -extraordinariamente baja en comparación con otros países -refleja la estabilidad institucional y una alta previsibilidad para los usuarios.

La existencia de impugnaciones no desaparece, pero su impacto sobre la firmeza del laudo es mínimo. Las partes siguen presentando recursos, pero el diseño restrictivo del sistema reduce sus efectos distorsivos y limita cualquier intento de revisión del fondo.

No obstante, el modelo enfrenta ciertos desafíos. La Ley 131, Art. 68, fija un plazo de sesenta días para resolver el recurso, el estudio evidencia una moderada mora judicial. De los 178 recursos interpuestos, 124 fueron resueltos y 54 permanecen pendientes. Aunque este retraso no compromete la independencia del laudo arbitral, sí introduce un costo temporal que puede incidir en la eficiencia.

Panamá ofrece un modelo de control judicial delimitado, coherente y predecible. Este contraste permite observar que, en sistemas donde las causales se interpretan de manera expansiva -como Perú o Ecuador-, el número de solicitudes y los costos asociados son considerablemente mayores.

El caso peruano

El caso peruano confirma la tendencia regional: aunque la anulación es un mecanismo excepcional en su diseño, la práctica revela un uso intensivo del recurso y una expansión interpretativa de sus causales. El *Estudio de anulación de laudos 2022* (“el Estudio”), analizó 440 sentencias de anulación emitidas por las Salas Comerciales de Lima durante dicho año³⁸⁰, de las cuales 70 fueron fundadas en todo o en parte, equivalente al 18% del total.

³⁷⁸ Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (Panamá), Art. 14.

³⁷⁹ MORENO, Víctor V., “El recurso de anulación en contra del laudo arbitral en Panamá”, *Revista Científica del Istmo*, N.º 8, 2023, disponible en <https://ojs.udelistmo.edu/index.php/revistacientificadelistmo/article/view/8/7>.

³⁸⁰ MONTES, Sandra – OLÓRTEGUI, Julio – RIVAS, Gino – WONG, Julio M., “Estudio de anulación de laudos 2022”, *Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*, 2022, disponible en <https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf>

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

El Estudio señala que este porcentaje es excepcional en relación con el universo total de laudos; pero advierte que resulta “*alta al compararlo con otras jurisdicciones*”³⁸¹. Este contraste es crucial; mientras que países como Ecuador muestran tasas de anulación cercanas al 1% del total de laudos y Panamá alrededor del 1.6%, el 18% de Perú se ubica muy por encima del estándar regional. Esta diferencia sugiere que, en la práctica, el recurso se utiliza con una intensidad significativamente mayor.

Respecto de las causales más invocadas, el Estudio reporta que el 91% de las solicitudes alegan falta de motivación, formulada principalmente mediante las causales del Art. 63.1.b y 63.1.c, del DL N° 1071, e incluso en algunos casos por la causal del Art. 63.1.d. Además, de los 70 laudos anulados, 60 (85%) lo fueron por razones vinculadas a motivación.

La preponderancia de esta causal -invocada en el 91% de solicitudes y decisiva en el 85% de las anulaciones-revela que, en la práctica, la motivación se ha convertido en una causal elástica, susceptible de absorber cuestionamientos que exceden lo estrictamente procesal.

Como advierte Ricardo León Pastor:

Porque si entramos a consideraciones sobre la calidad de los motivos, nos encontramos en un escenario de apelación, camino no previsto en la configuración legal del arbitraje en la mayoría de países del mundo, incluyendo de suyo al Perú. Si los jueces en el recurso de anulación corrigen o modifican malos argumentos por argumentos buenos o mejores, influirán directamente sobre la decisión de fondo, convirtiéndose en los tomadores de decisiones reales y destruyendo la lógica del arbitraje³⁸².

Este patrón sugiere un uso estratégico del recurso: aunque la causal de motivación no habilita formalmente la revisión del fondo, su interpretación judicial amplia permite, en la práctica, reabrir controversias ya decididas por el tribunal arbitral.

En comparación con Ecuador y Panamá, Perú presenta un volumen notablemente mayor de solicitudes, una tasa más alta de laudos anulados, y una mayor elasticidad interpretativa de las causales.

Así, aunque la anulación es excepcional a nivel normativo, su utilización práctica incrementa los costos privados (litigación adicional, retrasos, honorarios) y sociales (congestión judicial, pérdida de eficiencia), erosionando la finalidad del arbitraje como mecanismo de resolución eficiente de conflictos.

Como señala Tabata Arteta, “*es una práctica común al interponer el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral, que se busquen maneras para “ampliar” el sentido de la norma y encontrar causales que le permitan impugnar el laudo*”³⁸³.

Eficiencia y costos de transacción de la anulación del laudo arbitral

La doctrina coincide en que el arbitraje es un mecanismo generalmente eficiente para resolver controversias, caracterizado por su mayor especialización y celeridad. Como señala Jaime Guasp “*es el prototipo de la administración de justicia. Es la forma más elemental de la jurisdicción, que, por simple, también —y usando aquí un término tan caro a los tiempos modernos— es más eficiente*”³⁸⁴. Esta eficiencia depende, sin embargo, de que el sistema mantenga su estructura y evite nuevas instancias que prolonguen el conflicto.

³⁸¹ MONTES, “Estudio de anulación...”, p. 21.

³⁸² LEÓN, Ricardo, “¿Puede anularse un laudo por defecto de motivación?”, Arbitraje PUCP, 2017, N.º 7, 44–51, p. 46.

³⁸³ ARTETA, Tabata, “La interpretación restrictiva de las causales del recurso de anulación de laudo arbitral”, *Themis Revista de Derecho*, N.º 58, 2010, 109–121 p. 120, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9122/9533>

³⁸⁴ GUASP, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Barcelona, 1956, cit. por CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, “Arbitraje: naturaleza y definición”, *Derecho PUCP*, N.º 59, 2006, 273–284, p. 274.

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

Desde la Análisis Económico del Derecho, esta eficiencia puede comprenderse a partir del concepto de “costos de transacción”³⁸⁵ desarrollado por Ronald Coase. Cada trámite, instancia o mecanismo que requiere más tiempo, recursos, y litigación incrementa el costo total de resolver una disputa. Bajo esta lógica, aunque el recurso de anulación cumple un rol indispensable de control, su interposición genera nuevos costos que puede hacer menos eficiente el sistema si se utiliza más allá de lo estrictamente necesario.

Siguiendo a Marianella Ledesma, el DL. N° 1071 distingue dos clases de costos; “los costos de la defensa y los gastos comunes arbitrales”³⁸⁶. El recurso de anulación activa nuevamente estos gastos que ya han sido invertidos previamente en el arbitraje, incrementando el costo total del conflicto.

La evidencia empírica demuestra esta dinámica. El Estudio de Anulación de Laudos 2022, señala que solo el 18% de las acciones de anulación prosperaron, mientras que en el 82% de los casos el laudo se mantiene. Esto evidencia que la mayoría de las solicitudes no corrige irregularidades reales, pero sí genera costos adicionales para las partes y para el sistema judicial.

A nivel institucional, el uso intensivo de la anulación también produce costos sociales. Cada solicitud exige recursos judiciales -jueces, personal, tiempo de resolución- generando una externalidad negativa de congestión que afecta a otros usuarios del sistema de justicia. Así, aun cuando una solicitud es infundada, el costo social ya se produjo.

El problema se agrava por la utilización expansiva de la causal de motivación. El Estudio de 2022 revela que 9 de cada 10 solicitudes versan sobre la motivación. La ausencia de un estándar claro ha permitido que se use como vía para cuestionar el fondo del laudo.

Como advierte Rivas Caso:

(...) cuando se examina la motivación la intromisión al fondo del asunto es indiscutible. Calificar la motivación de defectuosa o correcta, suficiente o insuficiente, lógica o ilógica implica que el razonamiento de los árbitros solo será válido si los jueces consideran “buena” la exposición del mismo (motivación)³⁸⁷.

Cuando las causales se interpretan de manera extensiva, aumenta la litigiosidad, se incrementan los costos privados y sociales y se reduce la eficiencia del arbitraje. Por ello, mantener el carácter taxativo y restrictivo del recurso no es solo una exigencia normativa, sino también una necesidad económica para preservar la eficiencia del arbitraje.

Los costos de transacción del recurso de anulación

Cada acción de anulación genera nuevos costos de transacción: contratación de abogados, preparación de expedientes, atención a audiencias y, sobre todo, la prolongación del conflicto. Incluso cuando la solicitud es declarada infundada, estos costos no se recuperan: el tiempo invertido, la incertidumbre adicional y la demora en la ejecución del laudo constituyen pérdidas económicas efectivas.

Estos efectos no recaen únicamente sobre quienes litigan. También existe un costo social que se proyecta sobre el sistema judicial. Cada recurso de anulación demanda jueces, personal, tiempo y recursos. En un Poder Judicial ya sobrecargado, cada solicitud de anulación desplaza la atención de otros procesos y contribuye al incremento del tiempo de respuesta. Esta externalidad negativa -la congestión judicial- termina siendo asumida por todos los usuarios del sistema.

³⁸⁵ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960, 1–44. p. 15

³⁸⁶ LEDESMA, Marianella, “Los costos en el arbitraje”, *Foro Jurídico*, N° 11, 2010, 75–80, p. 77.

³⁸⁷ RIVAS, Gino, “La anulación del laudo por su motivación en el Perú – cómo hacer frente a una vía distorsionada”, *Themis Revista de Derecho*, 2017, N° 72, 225–234, p. 226.

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

A partir del enfoque de Ronald Coase³⁸⁸, cuando los costos de transacción aumentan, el mecanismo institucional pierde eficiencia. Aplicado al arbitraje, ello implica que el recurso de anulación -aunque necesario como control de validez- se vuelve menos eficiente cuando se utiliza más allá de lo estrictamente indispensable.

El arbitraje, en principio, debería contribuir a aliviar la carga judicial, pues *“la cultura arbitral contribuye así no solo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente, con una mayor autonomía privada y descargando el sistema judicial del conocimiento de determinadas materias”*.³⁸⁹ Sin embargo, cuando la anulación se utiliza de manera excesiva o estratégica, este propósito se invierte: el costo social total del sistema aumenta y el arbitraje pierde parte de la eficiencia que justificó su elección.

Por ello, la interpretación estricta y excepcional del recurso no responde únicamente a criterios doctrinales, sino a una necesidad económica. Cuanto más se expande la anulación, más se diluyen los beneficios institucionales, procesales y económicos que hacen del arbitraje un mecanismo eficiente.

Propuestas institucionales para optimizar el recurso de anulación y reducir incentivos a su uso indebido

La evidencia empírica -tanto nacional como comparada- revela que el alto porcentaje de solicitudes de anulación no prosperan, pero aun así las partes interponen la acción con elevada frecuencia. Este comportamiento sugiere que intervienen factores psicológicos que van más allá de un cálculo estrictamente económico.

El Análisis Económico Conductual del Derecho (*“behavioral law & economics”*) ofrece una clave explicativa de este fenómeno. Jolls, Sustain y Thaler, advierten que las personas no toman decisiones como agentes plenamente racionales, sino bajo patrones sistemáticos de racionalidad limitada, *“people can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest”*³⁹⁰.

Estos límites -especialmente el sobreoptimismo y el *“hindsight bias”*- ayudan a entender por qué las partes impugnan un laudo aun cuando la probabilidad de éxito es reducida: después de conocer un resultado adverso, tienden a reconstruirlo como si hubiera sido previsible y, por tanto, como un error que “debe” ser corregido

Ello coincide con la explicación de Fabio Núñez del Prado, quien sostiene que la anulación responde también a una dimensión psicológica, *“las personas tienen la necesidad de contradecir, en el plano jurídico tienen la necesidad de impugnar. Así, todo parece indicar que la impugnación surge de una necesidad psicológica del ser humano”*³⁹¹.

Comprender esta dinámica permite formular propuestas que no buscan restringir derechos ni ampliar el control judicial, sino diseñar mecanismos institucionales que mitiguen sesgos conductuales, reduciendo el uso estratégico o emocional del recurso y fortaleciendo su naturaleza excepcional

En esa línea se presentan tres propuestas:

- Implementar un sistema público, permanente de estadísticas sobre recursos de anulación. La transparencia sobre tasas de éxito, causales invocadas y tiempos de resolución corrige el sobreoptimismo, ajusta expectativas y reduce la litigación basada en percepciones erróneas.

³⁸⁸ COASE, “The Problem of Social Cost”, p. 3.

³⁸⁹ CASTILLO FREYRE, Mario - VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo - SABROSO MINAYA, Rita, “La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú”, *Derecho PUCP*, N° 62 (2009), 87–99, p. 99, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3159/2974>

³⁹⁰ JOLLS, Christine – SUNSTEIN, Cass R. – THALER, Richard, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1998, 1471–1550, p. 1476.

³⁹¹ NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio, “El recurso de anulación de laudo y el derecho a patear”, *Themis Revista de Derecho*, N.º 71, 2017, 13–30, p. 16, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19810/19856>

La anulación del laudo en el Perú: un análisis económico de sus costos, incentivos y eficiencia

- Clarificar normativamente el estándar de motivación del laudo arbitral: Un parámetro claro limita el uso expansivo de esta causal y reduce la influencia del *bindsight bias* en la interposición del recurso.
- Promover la unificación jurisprudencial del estándar de motivación por la Corte Suprema. Un estándar vinculante restituiría predictibilidad y reforzaría la excepcionalidad del recurso.

Estas medidas buscan alinear el diseño institucional con la forma real en que las personas toman decisiones, reduciendo distorsiones conductuales, fortaleciendo la eficiencia del sistema y preservando el carácter definitivo del laudo arbitral.

Conclusiones

La investigación muestra que la expansión práctica del recurso de anulación en el Perú responde a una combinación de incentivos económicos, sesgos conductuales y elasticidad interpretativa de la causal de motivación. Aunque la anulación es un mecanismo excepcional en su diseño, su uso intensivo evidencia que las partes no actúan únicamente bajo lógica racional: la aversión a la pérdida, el *bindsight bias* y el sobreoptimismo influyen en la percepción subjetiva del laudo y motivan la impugnación.

Esta dinámica genera costos privados y sociales significativos y afecta la finalidad del arbitraje como mecanismo eficiente. Las propuestas planteadas -estadísticas públicas, clarificación del estándar de motivación y unificación jurisprudencial- permiten corregir estas distorsiones sin modificar la estructura normativa del sistema.

En conjunto, estas medidas buscan alinear la regulación con la forma real en que las personas toman decisiones, restaurando la excepcionalidad del recurso y fortaleciendo la seguridad jurídica del laudo arbitral.

Optimizar el recurso de anulación no exige un rediseño normativo, sino una intervención institucional que reduzca sesgos conductuales, fortalezca la predictibilidad del sistema y preserve la función del arbitraje como mecanismo eficiente de resolución de controversias

LOS CRITERIOS ESG Y SU IMPACTO EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ENERGÉTICAS: LECCIONES PARA EL PERÚ DESDE LA EXPERIENCIA EUROPEA

*Zuilymm Milenka Sánchez Távora*³⁹²

Resumen: La incorporación de los principios ambientales, sociales y de gobernanza en los contratos y controversias del sector energético ha modificado de manera significativa el escenario del arbitraje de inversiones. La transición hacia modelos sostenibles y las reformas regulatorias asociadas generan un aumento de disputas entre inversionistas y Estados, en las que los tribunales arbitrales deben equilibrar la seguridad jurídica con el derecho soberano a regular en materia ambiental y social. Este artículo analiza comparativamente la experiencia europea — incluyendo casos como *Vattenfall vs. Alemania* y *Eiser vs. España*— y la realidad peruana, destacando precedentes como *Latam Hydro vs. Perú* y *Bear Creek vs. Perú*. A partir de esta revisión, se identifican buenas prácticas y se proponen lineamientos para incorporar criterios ESG (por sus siglas en inglés) en la práctica arbitral y en la redacción de tratados y contratos de inversión en el Perú. El objetivo es aportar al diseño de un marco jurídico que permita prevenir conflictos, reforzar la legitimidad de los laudos y promover inversiones energéticas sostenibles y responsables.

Abstract: *The integration of Environmental, Social and Governance criteria into energy-sector contracts and disputes has significantly reshaped the landscape of international investment arbitration. The transition towards sustainable models and the regulatory reforms that accompany it have led to a growing number of investor-State disputes, where arbitral tribunals must balance legal certainty with the sovereign right to regulate on environmental and social matters. This article offers a comparative analysis of the European experience — including cases such as Vattenfall v. Germany and Eiser v. Spain— and the Peruvian context, highlighting precedents such as Latam Hydro v. Peru and Bear Creek v. Peru. Based on this review, it identifies best practices and proposes guidelines for incorporating ESG standards into arbitral practice and the drafting of investment treaties and contracts in Peru. The aim is to contribute to the design of a legal framework that prevents conflicts, strengthens the legitimacy of awards and promotes sustainable and responsible energy investments.*

INTRODUCCIÓN

La integración de los principios ambientales, sociales y de gobernanza (ASG o ESG, por sus siglas en inglés) en el ámbito jurídico y económico ha dejado de ser una tendencia para convertirse en una condición esencial de la inversión moderna. Tal como señalan Milesi y Amado, estos principios ya operan como parámetros concretos para evaluar el desempeño empresarial y estatal, orientando la forma en que se estructuran, financian y ejecutan los proyectos³⁹³. En los sectores de energía, mina e infraestructura, ello implica incorporar compromisos medibles en materia ambiental, social y de transparencia desde la etapa contractual.

En esa misma línea, Iain MacNeil e Irene-Marié Esser destacan que la incorporación de los criterios ESG ha transformado el modelo financiero tradicional, orientándolo hacia un paradigma de responsabilidad ampliada, donde las decisiones de inversión deben atender tanto a la rentabilidad como al impacto social, ambiental y de gobernanza que generan³⁹⁴. Este cambio de enfoque redefine la noción de seguridad jurídica, ya no limitada a la

³⁹² [Zuilymm Milenka Sánchez Távora](#). Estudiante de Derecho del IX ciclo de la Universidad de Lima. Coordinadora de Investigación del Círculo de Derecho Civil y miembro del Círculo de Arbitraje. Practicante Pre Profesional en Indra Group, donde cuenta con experiencia en el ámbito corporativo.

³⁹³ MILESI, María J. - AMADO, Juan I., El impacto de la normativa en materia de ESG en el arbitraje internacional, *Revista Argentina de Arbitraje*, 2024.

³⁹⁴ MACNEIL, Iain - ESSER, Irene-M., “From a Financial to an Entity Model of ESG”, *Eur Bus Org Law Rev* 23, 9–45, 2022.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

previsibilidad normativa, sino también vinculada a la capacidad del sistema jurídico para garantizar inversiones sostenibles y responsables.

Desde una perspectiva internacional, Natalia Petrik y Samuel Carey advierten que las disputas energéticas europeas bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE) evidencian el papel decisivo del arbitraje de inversión en la transición energética³⁹⁵. Sin embargo, la práctica arbitral ha puesto de manifiesto que el TCE enfrenta crecientes cuestionamientos por su falta de coherencia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Aunque fue concebido para asegurar la estabilidad jurídica de las inversiones energéticas, diversos laudos han revelado un desequilibrio que otorga una protección desproporcionada a los inversionistas frente a las políticas ambientales de los Estados.

A partir de esta experiencia, el presente artículo examina la relevancia de los criterios ESG en el arbitraje de inversiones y su potencial aplicación en el contexto peruano. Se busca analizar cómo la experiencia europea puede servir de referencia para fortalecer el marco arbitral nacional, evitando los errores observados en otros sistemas. En un escenario caracterizado por el aumento de controversias socioambientales en proyectos energéticos e infraestructurales, el estudio plantea la necesidad de repensar la relación entre arbitraje, inversión y sostenibilidad, con miras a consolidar un modelo que armonice la atracción de capital con los objetivos ambientales y sociales del país.

I. LA CONVERGENCIA ENTRE LOS PRINCIPIOS ESG Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Los principios ESG constituyen un conjunto de estándares orientados a evaluar el nivel de sostenibilidad, responsabilidad corporativa y compromiso ético de una organización. Según Serhat Yaman, el componente ambiental (E) examina el impacto de las actividades empresariales sobre el entorno natural, la gestión de recursos y la mitigación del cambio climático; el social (S) se enfoca en las relaciones laborales, comunitarias y de derechos humanos, así como en la inclusión y el bienestar de los trabajadores; mientras que la gobernanza (G) abarca la ética empresarial, la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción. En conjunto, estos factores permiten evaluar no solo la rentabilidad económica, sino también la capacidad de las organizaciones para generar valor sostenible a largo plazo³⁹⁶.

En un contexto marcado por la transición energética y la creciente conciencia ambiental, el arbitraje de inversión se configura como un espacio donde convergen los intereses de los inversionistas y las políticas públicas de los Estados, orientado a lograr un equilibrio entre crecimiento económico y sostenibilidad. Como explica Jean-Michel Marcoux, la progresiva incorporación del desarrollo sostenible en la práctica arbitral refleja una evolución del derecho económico internacional hacia un modelo en el que las decisiones arbitrales ya no se limitan a proteger el capital invertido, sino que consideran también los impactos socioambientales y regulatorios de las inversiones³⁹⁷.

Esta evolución teórica tiene su correlato en el plano normativo y práctico. En esa línea, Juan Gómez-Moreno subraya que el mecanismo de solución de controversias entre inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés) puede desempeñar un papel decisivo en la aplicación de las políticas climáticas, siempre que los distintos actores del sistema —Estados, inversionistas y tribunales arbitrales— integren efectivamente los principios de sostenibilidad en sus decisiones. En el ámbito europeo, esta orientación se refleja en la revisión del TCE y en la incorporación de

³⁹⁵ PETRICK, Natalia - CAREY, Samuel, “Energy disputes and investment protection in international arbitration”, *Financier Worldwide*, 2017.

³⁹⁶ YAMAN, Serhat, “La importancia de ESG en finanzas: un enfoque integral”, CIUP–Universidad del Pacífico, (6/10/2023), disponible en <https://ciup.up.edu.pe/analisis/la-importancia-de-esg-en-finanzas-un-enfoque-integral/>

³⁹⁷ MARCOUX, Jean-Michel, “The Concept of Sustainable Development in Investment Arbitration: A Disconnect from Investment Policymaking and International Adjudication”, *Leiden Journal of International Law* 38, N° 3 (2025): 501–26.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

cláusulas ambientales en los tratados bilaterales de inversión, cuyo objetivo es asegurar que la protección de las inversiones sea compatible con los compromisos climáticos y los ODS³⁹⁸.

A partir de la experiencia europea, el Perú adquiere especial relevancia. Pues, es un país donde el desarrollo de energías renovables es una prioridad estratégica, la adopción de estándares ESG y mecanismos arbitrales sostenibles puede fortalecer la seguridad jurídica sin limitar la potestad regulatoria del Estado. En esta línea, Brandon Rojas sostiene que el arbitraje constituye un espacio esencial para equilibrar los intereses públicos vinculados al desarrollo sostenible con la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas³⁹⁹.

II. IMPACTO JURISPRUDENCIAL DE LOS CRITERIOS ESG EN ARBITRAJES ENERGÉTICOS EUROPEOS

El análisis jurisprudencial europeo permite identificar cómo los tribunales arbitrales han comenzado a interactuar con los criterios ESG al resolver controversias en el sector energético, aunque dicha incorporación ha sido ambivalente: por un lado, ha reforzado la estabilidad jurídica de las inversiones; por otro, ha evidenciado las tensiones existentes entre la protección del inversionista y la potestad regulatoria de los Estados en materia ambiental. Tal como destacan Natalia Petrik y Samuel Carey, esta tendencia refleja el papel central que ha adquirido el arbitraje de inversión como garante de estabilidad jurídica en el contexto de la transición energética. En sus palabras “*The most important trend of the past 15 years is the development of jurisprudence based on the Energy Charter Treaty (ECT), a major international instrument securing legal framework for international cooperation in the energy sector*”.

En consecuencia, el examen de los casos europeos más representativos —como *Vattenfall v. Alemania* y *Eiser & Energía Solar v. España*— permite comprender cómo los tribunales han interpretado las obligaciones estatales frente a medidas ambientales y de qué manera los criterios ESG comienzan a perfilarse como un punto de fricción entre soberanía regulatoria y protección de las expectativas legítimas de los inversionistas.

A. *Vattenfall v. Alemania*

El caso *Vattenfall v. República Federal de Alemania* representa uno de los precedentes más significativos en la evolución del arbitraje de inversión en materia energética, particularmente en lo que respecta a la incorporación de criterios ESG dentro del razonamiento arbitral. De acuerdo con Veronika Minnemann, la controversia surgió a raíz de la decisión del gobierno alemán de acelerar el cierre de las centrales nucleares del país tras el desastre de Fukushima en 2011, medida adoptada en favor de la salud poblacional, sostenibilidad y protección ambiental. Sin embargo, esta decisión afectó directamente las inversiones de la empresa sueca Vattenfall, la cual interpuso una demanda ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), invocando las garantías previstas ante el TCE. La compañía argumentó que las medidas regulatorias del Estado constituían una violación al estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) así como a la protección de las expectativas legítimas generadas al momento de realizar la inversión⁴⁰⁰.

El resultado del proceso, que culminó con un acuerdo de compensación superior a mil cuatrocientos millones de euros a favor de Vattenfall, evidenció la compleja interacción entre las políticas públicas ambientales y la estabilidad de las inversiones extranjeras. En términos más amplios, el caso reflejó el desafío que enfrentan los Estados al implementar políticas de transición energética que, aunque indispensables para cumplir con los ODS y los compromisos del Acuerdo de París, pueden entrar en conflicto con los derechos económicos y contractuales de los

³⁹⁸ GÓMEZ-MORENO, Juan P., “El Rol del Arbitraje de inversión en la implementación de las políticas de cambio climático”, *THEMIS Revista De Derecho*, N.º 82, (15/12/2022), pp. 123-44.

³⁹⁹ ROJAS, Brandon, “El papel de los criterios ASG (Ambientales, Sociales y de Gobernanza) dentro del arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión”, *Derecho en Sociedad*, VOL. 17, N.º 1, 2023 PP. 1–34.

⁴⁰⁰ MINNEMANN, Veronika L., “Vattenfall v. Federal Republic of Germany: A Report of a Long Story and an Outlook on the Future of Investment Arbitration under the ECT”, Master’s Thesis, *Católica Global School of Law*, Lisboa, 2021, pp. 3–31.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

inversionistas. Desde esta perspectiva, el precedente Vattenfall demuestra que, en la práctica, la aplicación coherente de los criterios ESG dentro del arbitraje de inversión se vuelve un proceso complejo y, en ocasiones, contradictorio, ya que los esfuerzos por fortalecer la potestad regulatoria estatal y promover la sostenibilidad ambiental pueden verse obstaculizados por la estructura misma de protección a la inversión que caracteriza al sistema arbitral.

B. *Eiser & Energía solar v. España*

Según se expone en la Decisión sobre la anulación del laudo del caso (CIADI N.º ARB/13/36) el gobierno español no se escapó del drama jurídico que acompañó la transformación de su sector energético. Todo comenzó en el dinámico mercado de la Energía Solar Concentrada (*Concentrated Solar Power*, CSP), en un país que, impulsado por acuerdos multilaterales y directivas de la Unión Europea, se había consolidado como líder mundial en la promoción de tecnologías limpias. España, decidida a cumplir sus ambiciosas metas de energía renovable, diseñó un marco regulatorio previsible y atractivo sustentado en el Real Decreto 661/2007, el cual ofrecía una retribución económicamente razonable y, sobre todo, garantizaba que las revisiones tarifarias futuras no afectarían a las instalaciones ya operativas. Este régimen fue percibido como una auténtica garantía de estabilidad jurídica, destinada a fortalecer la confianza de los inversionistas y consolidar el desarrollo del sector⁴⁰¹.

En este contexto de aparente certidumbre, Eiser Infrastructure Limited (Reino Unido) y Energía Solar Luxembourg S.à R.L. (Luxemburgo), inversores experimentados en infraestructura, decidieron apostar por el mercado español, destinando más de 126 millones de euros a la construcción de tres plantas de energía solar concentrada. Amparados en la estabilidad regulatoria del Real Decreto 661/2007, los inversionistas estructuraron sus proyectos con altos niveles de apalancamiento financiero, confiando en que los flujos de caja estables garantizarían el retorno de su inversión a largo plazo. Durante años, las autoridades españolas ratificaron expresamente la elegibilidad de las plantas bajo el régimen del decreto, consolidando la expectativa legítima de continuidad.

Sin embargo, el panorama cambió de manera drástica. La crisis económica de 2008 y el incremento del déficit tarifario —es decir, la diferencia entre los costos asumidos por los subsidios y los ingresos obtenidos por la venta de energía— impulsaron una profunda reforma del sistema. Tal como se detalla en el Laudo (CIADI N.º ARB/13/36), entre 2012 y 2014 el Reino de España adoptó un conjunto de medidas que transformaron por completo el marco regulatorio anterior. Entre ellas destacaron: la creación del Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica (IVPEE), con una tasa del 7 %; la eliminación del régimen de primas previsto en el Real Decreto-Ley 2/2013; y la aprobación de un nuevo esquema normativo. Estas disposiciones derogaron el Real Decreto 661/2007 y lo reemplazaron por un sistema de retribución específico basado en los costos teóricos de una planta “eficiente” tipo, aplicable incluso de forma retroactiva a las inversiones ya realizadas⁴⁰².

El Tribunal Arbitral concluyó que el Estado español había violado su obligación de otorgar TJE conforme al Artículo 10(1) del TCE. Si bien reconoció el derecho soberano de España a regular, determinó que el Estado se sobre paso al modificar de manera drástica, abrupta y retroactiva el régimen legal que sustentaba la inversión. El nuevo sistema, al basarse en costos teóricos y no reales, redujo en más del 60 % los ingresos proyectados de una de las plantas, dejando a los inversionistas sin capacidad para cumplir con sus obligaciones financieras y destruyendo esencialmente el valor total de la inversión.

⁴⁰¹ Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain, Caso CIADI N.º ARB/13/36, Decisión sobre la solicitud de anulación del laudo, 11 de junio de 2020, pp. 2- 14.

⁴⁰² Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à R.L. V. Kingdom of Spain, caso CIADI N.º ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017, PP. 2-127.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

El desenlace desamparador para España, sin embargo, tuvo un giro dramático. En 2020, el ya mencionado país solicitó la anulación total del laudo ante un Comité ad hoc del CIADI el cual decidió anular por completo el laudo de 2017, eliminando temporalmente una de las decisiones más emblemáticas contra un Estado miembro de la Unión Europea en materia de arbitraje energético. Este episodio no solo simbolizó el vaivén entre soberanía y seguridad jurídica, sino que reavivó el debate sobre la compatibilidad del TCE con el derecho de la Unión Europea y la necesidad de repensar el arbitraje de inversiones bajo criterios ESG, donde el cumplimiento de objetivos ambientales y sociales se vuelve cada vez más difícil de armonizar con las obligaciones económicas internacionales.

El caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Reino de España* para Lucia Bárcena constituye uno de los numerosos conflictos derivados del denominado “sueño solar español”, y ofrece una de las reflexiones más lúcidas acerca de las tensiones entre la protección internacional de las inversiones y la urgencia de alcanzar una transición energética justa en Europa. Las reformas normativas adoptadas por el Estado español tras la crisis económica de 2008 que modificó sustancialmente los regímenes de incentivos aplicables a la energía fotovoltaica desencadenaron más de medio centenar de demandas arbitrales interpuestas bajo el TCE. Dichas acciones fueron promovidas por empresas e inversionistas que alegaban la vulneración de sus expectativas legítimas y reclamaban compensaciones millonarias, pese a que las medidas estatales respondían a objetivos de interés público, sostenibilidad fiscal y ajuste estructural del modelo energético frente a los compromisos climáticos internacionales⁴⁰³.

III. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES FRENTE AL DESAFÍO DE LA DESCARBONIZACIÓN

Estos procesos han transformado el TCE en un mecanismo de presión estructural que limita el margen regulatorio de los Estados para adaptar sus políticas energéticas a los criterios ESG. De esta manera, el arbitraje de inversiones deja de ser un instrumento de equilibrio entre soberanía y seguridad jurídica para convertirse, en muchos casos, en un instrumento de resistencia contra la descarbonización. En las palabras de Diego Fernández:

*In the present context [...] some see investment arbitration as an obstacle in the fight against climate change, mainly because the efforts of States to pass decarbonization policies carry the risk of potential lawsuits by investors with legacy fossil energy projects*⁴⁰⁴.

Se advierte que este fenómeno no solo pone en entredicho la legitimidad del sistema arbitral, sino que además dificulta el cumplimiento de los compromisos asumidos en el Acuerdo de París, generando una contradicción entre el derecho internacional económico y el derecho ambiental global. De acuerdo al Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible:

*The fossil-fuel industry uses investor-state arbitration more than any other sector [...] The recent but growing trend of investment arbitrations initiated by the fossil fuel industry to counteract environmental measures threatens to make the implementation of critical climate action crushingly expensive, unless states take prompt action to reform or withdraw from the investment treaties on which these arbitrations are based*⁴⁰⁵

En esa línea, la respuesta más coherente frente a dichas tensiones ha sido impulsar una reforma estructural del régimen internacional de inversiones energéticas, orientada a reemplazar el modelo tradicional por uno que integre de manera efectiva los criterios ESG. Solo a través de un marco jurídico que equilibre la protección del inversionista con la potestad regulatoria de los Estados será posible garantizar una transición energética justa y compatible con los compromisos ambientales internacionales.

⁴⁰³ BÁRCENA, Lucía, Del sueño solar de España a la pesadilla legal, *Transnational Institute (TNI)*, Madrid/Ámsterdam, 2021.

⁴⁰⁴ FÉRNANDEZ, Diego, “Investment Arbitration in the New Era: Engine or Obstacle in the Fight Against Climate Change?”, *Jus Mundi Arbitration Review*, Vol. 1, 2024, pp. 61-79.

⁴⁰⁵ Rising Trend in Investment Arbitrations Threatens to Undermine Critical Climate Measures, International Institute for Sustainable Development, (19/01/2022).

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

En este contexto, un modelo jurídico concreto que incorpora los principios ESG es el propuesto por Sofia de Murard mediante el *“Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation”* (TSI). Este instrumento plantea un cambio estructural en la lógica clásica de protección de inversiones, al promover la inversión sostenible y desincentivar aquellas consideradas ambientalmente insostenibles. Asimismo, otorga a los Estados la facultad de definir —a través de anexos— qué actividades cumplen con los criterios de sostenibilidad.

Además, el tratado impone obligaciones directas a los inversionistas en materia de responsabilidad social, transparencia y cumplimiento de estándares ambientales, laborales y de derechos humanos. Finalmente, introduce mecanismos innovadores que permiten a los Estados implementar políticas de transición energética —como la eliminación progresiva de subsidios a los combustibles fósiles— sin quedar automáticamente expuestos a reclamaciones bajo los regímenes tradicionales de protección a la inversión⁴⁰⁶.

Esta reflexión adquiere particular relevancia para países en desarrollo como el Perú, donde la atracción de capital extranjero para proyectos de energías renovables debe articularse con salvaguardas normativas claras que aseguren la coherencia entre la inversión privada, la sostenibilidad ambiental y la protección de los derechos humanos. De este modo, la experiencia europea evidencia que el arbitraje de inversión puede y debe evolucionar hacia un instrumento que no solo resuelva disputas económicas, sino que también contribuya al fortalecimiento de un modelo energético sostenible y socialmente responsable

IV. SECTORES ESTRATÉGICOS DE INVERSIÓN EN EL PERÚ

En el Perú, los sectores de minería, energía e infraestructura constituyen pilares fundamentales para la atracción de inversión extranjera, pero al mismo tiempo representan los ámbitos más expuestos a desafíos ambientales, sociales y de gobernanza. Los proyectos mineros de gran escala suelen generar conflictos sociales vinculados con el acceso y uso del agua, la deforestación y los impactos en comunidades indígenas. En el sector energético, destacan tanto los proyectos hidroeléctricos como los de energías renovables, que se enfrentan a complejos procesos de licenciamiento ambiental y regulaciones en constante evolución. Por su parte, las concesiones de infraestructura —como carreteras, puertos y obras públicas— también han sido foco de controversias derivadas de reasentamientos poblacionales o modificaciones normativas en materia ambiental.

A. El marco peruano de energías renovables: una política de Estado con visión

En el tapiz de las políticas públicas peruanas, la promoción y el desarrollo de las fuentes de energía limpia no fue un mero accidente, sino una iniciativa estratégica formalizada que elevó la inversión en el sector a la categoría de interés nacional y necesidad pública. El vehículo fundamental para este impulso transformador fue la creación del marco normativo para los Recursos Energéticos Renovables (RER), cuya piedra angular es el Decreto Legislativo N.º 1002, el cual promueve la inversión para la generación de electricidad con el uso de energías renovables⁴⁰⁷.

Su aprobación en 2008 se dio en un contexto global en el que la preocupación por el cambio climático, la seguridad energética y la transición hacia una economía baja en carbono comenzaban a dominar la agenda internacional. A pesar de que el Perú contaba históricamente con una sólida base hidroeléctrica, el Decreto Legislativo 1002 representó un paso decisivo hacia la incorporación de energías no convencionales como la solar, eólica, geotérmica, mareomotriz y de biomasa, además de pequeñas centrales hidroeléctricas de hasta 20 MW (Megavatio).

⁴⁰⁶ MURARD, Sofia, “The Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation: A model to steer international law toward renewable energy investments and the low-carbon transition”, *Investment Treaty News*, (20/06/2020).

⁴⁰⁷ Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables No Convencionales en el Perú, Osinergmin, Lima, 2014, pp. 2-15.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

Este marco normativo no se limitó a establecer objetivos, sino que diseñó un sistema operativo claro con tres pilares fundamentales⁴⁰⁸:

- 1) Promover el aprovechamiento sostenible de los RER para mejorar la calidad de vida de la población y proteger el medio ambiente, alineándose con los principios de desarrollo sostenible.
- 2) Introducir un mecanismo de asignación eficiente: las subastas RER, mediante las cuales el Estado adjudica contratos a largo plazo a los proyectos más competitivos, garantizando tarifas estables durante periodos de 20 a 30 años.
- 3) Establecer un marco de incentivos robusto destinado a atraer inversión nacional y extranjera en tecnologías limpias, minimizando riesgos y otorgando previsibilidad a los inversionistas.

Más allá de su valor jurídico, el Decreto Legislativo N.º 1002 se consolidó como una carta de navegación del cambio estructural del mercado eléctrico peruano, al introducir las energías renovables en condiciones de competencia y sostenibilidad. Este diseño regulatorio utilizó las subastas como herramienta de descubrimiento de precios eficientes, garantizando al mismo tiempo la protección ambiental y la seguridad jurídica que demandan los inversionistas responsables.

Los resultados de esta política han sido evidentes, ya que entre 2009 y 2014 el Perú llevó a cabo cuatro subastas RER en las que se adjudicaron 64 proyectos que incorporaron tecnologías solares fotovoltaicas, eólicas, de biomasa y mini-hidráulicas. Estas inversiones no solo transformaron la matriz energética nacional, sino que también posicionaron al país como uno de los pioneros en América Latina en la promoción de energías renovables mediante mecanismos de mercado.

B. Latam Hydro y Mamacocha v. Perú

El Caso CIADI N.º ARB/19/28 es el de Latam Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. contra la República del Perú, el cual fue resuelto por el CIADI, constituyendo un hito para el entendimiento contemporáneo del equilibrio entre la atracción de inversión extranjera y la defensa de los intereses públicos ambientales. El arbitraje se enmarcó en el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú–Estados Unidos y en el Contrato de Concesión RER suscrito entre la empresa CH Mamacocha S.R.L. y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM) para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico “Mamacocha”, ubicado en la región de Arequipa⁴⁰⁹.

El proyecto, concebido como una central hidroeléctrica de pasada de 20 MW, se integraba en la política peruana de fomento de energías limpias impulsada por la Decreto Legislativo N.º 1002, que busca diversificar la matriz energética y reducir las emisiones de carbono mediante incentivos a la inversión privada. Sin embargo, la ejecución enfrentó obstáculos administrativos, controversias regulatorias y tensiones entre la flexibilidad contractual y el cumplimiento estricto del marco normativo.

Los inversionistas denunciaron que el Estado peruano incurrió en demoras injustificadas y actos de interferencia, principalmente en la tramitación de permisos ambientales e hídricos y en la impugnación judicial de certificaciones ya otorgadas. Alegaron que tales medidas frustraron la viabilidad del proyecto y vulneraron al TJE, y de plena protección contempladas en el APC de Perú-Estados Unidos. Por su parte, el Perú sostuvo que las decisiones adoptadas respondieron al ejercicio legítimo de sus facultades regulatorias y al estricto cumplimiento del

⁴⁰⁸ Centrales de Generación Eléctrica con Recursos Energéticos Renovables, Osinergmin, Lima, 2020, pp. 5.

⁴⁰⁹ Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru, Caso CIADI N.º ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023, pp. 13-323.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

Reglamento RER, el cual establecía fechas contractuales inmodificables y mecanismos automáticos de terminación del contrato en caso de incumplimiento.

Se resolvió a favor del Estado peruano, declarando que las medidas impugnadas no constituían violaciones al APC. El Tribunal concluyó que las investigaciones ambientales y el arbitraje interno iniciado por el MINEM fueron actuaciones coherentes con el marco normativo vigente y no equivalían a expropiación indirecta ni a trato arbitrario. Asimismo, consideró que el Contrato RER era un contrato de derecho público, sometido a límites regulatorios que impedían modificar plazos esenciales.

Más allá de su desenlace jurídico, el caso *Latam Hydro vs. Perú* representa un precedente paradigmático en la interacción entre inversión internacional, energía renovable y sostenibilidad ambiental. El Tribunal reafirmó que los Estados no renuncian a su potestad regulatoria al celebrar tratados de inversión, especialmente cuando ejercen competencias destinadas a la protección del medio ambiente o al cumplimiento de procedimientos administrativos legítimos. Esta interpretación fortalece la noción de que los contratos de inversión deben ejecutarse en armonía con los objetivos públicos y las obligaciones internacionales ambientales asumidas por los Estados.

Desde la óptica de los principios ESG este pronunciamiento posee un valor estructural. En su dimensión ambiental, reconoce la prioridad de la sostenibilidad y la gestión responsable de los recursos naturales frente a los intereses económicos privados. En su dimensión social, valida la relevancia de los procesos participativos y de consulta vinculados a las comunidades locales y a la protección de ecosistemas frágiles. Y en su dimensión de gobernanza, refuerza la importancia de la transparencia, la estabilidad normativa y la coherencia institucional en la toma de decisiones estatales.

En suma, el Caso CIADI N.º ARB/19/28 trasciende el plano jurídico para consolidarse como un símbolo de cómo el arbitraje de inversión puede coexistir con la transición energética y los estándares ESG, articulando la inversión extranjera responsable con la defensa del interés público y la sostenibilidad a largo plazo.

C. Bear Creek Mining v. Perú

El caso CIADI N.º ARB/14/21, *Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú*, no constituye únicamente una disputa sobre un proyecto minero, sino un reflejo de la tensión entre la protección de las inversiones extranjeras y la soberanía estatal frente a la presión social. Bear Creek, empresa canadiense, buscó asegurar sus derechos sobre el Proyecto Santa Ana mediante la figura de Jenny Karina Villavicencio, ciudadana peruana que actuó como titular temporal de las concesiones. El Estado peruano calificó esta actuación como el uso de un testaferro, alegando que la compañía pretendía eludir la prohibición constitucional que restringe la propiedad extranjera en zonas de frontera. No obstante, el propio Estado otorgó posteriormente la autorización formal mediante el Decreto Supremo N.º 083-2007-EM, que declaró el proyecto de necesidad pública y permitió a Bear Creek consolidar sus concesiones⁴¹⁰.

Pero la legalidad formal no bastó. La inversión se topó con la resistencia de las comunidades aymaras, preocupadas por la protección del agua, sus territorios y sus santuarios, desatando el “Aymarazo”: protestas, bloqueos y conflictos que obligaron al Estado a revocar la declaratoria de necesidad pública con el Decreto Supremo N.º 032-2011. El Tribunal Arbitral, aplicando el TLC Perú–Canadá y el derecho internacional, reconoció la inversión y concluyó que la revocación constituyó una expropiación indirecta ilícita, al destruir expectativas legítimas y vulnerar la protección de la inversión.

⁴¹⁰ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI N.º ARB/14/21, Laudo, 30 de noviembre de 2017, pp. 10- 175.

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

Analizando el caso desde la perspectiva de los principios ESG, su relevancia se vuelve aún más evidente. En lo ambiental, el proyecto impactó ecosistemas críticos y territorios culturales, recordando que la gestión ambiental no puede ser un mero trámite: debe estar integrada desde el diseño mismo de la inversión. En lo social, la resistencia de las comunidades demostró que la aceptación local puede ser tan decisiva como cualquier permiso oficial; sin ella, incluso la inversión más legalmente sólida puede enfrentarse a bloqueos y conflictos.

En términos de gobernanza, el uso de estructuras complejas como testaferros resalta la importancia de la transparencia, la buena fe y la rendición de cuentas para sostener la legitimidad de un proyecto frente a tribunales y audiencias internacionales. Para Andrés Talavera la consideración de la legalidad en la etapa de fondo fomenta buenas prácticas en las relaciones de inversión, al obligar a ambas partes —Estado receptor e inversionista extranjero— a actuar conforme a los principios ESG. De este modo, el arbitraje no solo protege derechos económicos, sino que se convierte en un mecanismo de depuración y fortalecimiento institucional, promoviendo un entorno de inversión más responsable, coherente con los estándares internacionales y que refuerza la integridad en las operaciones de inversión global⁴¹¹.

La enseñanza es clara: adoptar los principios ESG no es solo un gesto ético, sino una estrategia de supervivencia y resiliencia. Las inversiones que integran sostenibilidad ambiental, inclusión social y gobernanza responsable no solo reducen riesgos legales, sino que también fortalecen la reputación y aseguran la viabilidad a largo plazo. Hoy, tribunales e inversionistas valoran más que la mera legalidad: buscan proyectos que armonicen intereses económicos, derechos comunitarios y protección del entorno. Bear Creek deja un mensaje potente: la inversión moderna demanda equilibrio, visión estratégica y responsabilidad.

V. EL PACTO VERDE EUROPEO COMO INSPIRACIÓN

El Pacto Verde Europeo no es solo un conjunto de políticas: es una hoja de ruta que ha transformado la manera en que Europa piensa la inversión, la sostenibilidad y la gobernanza. Su objetivo de alcanzar la neutralidad climática para 2050 ha obligado a que cada proyecto, cada concesión y cada contrato integre criterios ESG desde el inicio. Evaluaciones climáticas obligatorias, financiamiento, protección de la biodiversidad y mecanismos de justicia social se entrelazan con un marco regulatorio claro y procesos participativos, demostrando que la sostenibilidad puede ser también una herramienta estratégica para reducir conflictos y fortalecer la confianza entre Estados, inversionistas y comunidades⁴¹².

La experiencia europea en la gestión de inversiones y proyectos energéticos con criterios ESG ofrece lecciones valiosas para el Perú. Adoptar un enfoque inspirado en el Pacto Verde Europeo —adaptado a la realidad local— podría convertirse en una herramienta estratégica para prevenir conflictos y fortalecer la confianza. La claridad normativa, la participación social y la incorporación temprana de criterios ESG no solo reforzarían la seguridad jurídica, sino que también promoverían una inversión más responsable y sostenible.

Puesto que en el Perú se cuenta con la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley N.º 30754) el cual exige que las decisiones públicas y privadas incorporen criterios de mitigación, adaptación y gestión del riesgo climático⁴¹³, y también se cuenta con la Política Energética Nacional al 2040, el cual busca garantizar una transición ordenada hacia una matriz energética baja en carbono, promoviendo la diversificación de fuentes renovables, la eficiencia energética y la inclusión social en los procesos de toma de decisiones⁴¹⁴.

⁴¹¹ TALAVERA Andrés, “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”, *THEMIS* N.º 77, pp. 447–455, dic. 2020.

⁴¹² Consejo de la Unión Europea, Pacto Verde Europeo, (21/02/2025), Recuperado de <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>

⁴¹³ Congreso de la República del Perú, Ley Marco sobre Cambio Climático, Ley N.º 30754, El Peruano, (18/04/2018).

⁴¹⁴ Ministerio de Energía y Minas. DECRETO SUPREMO N.º 064-2010-EM, El Peruano. (28/05/2010).

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

A ello podría sumarse la aprobación de una Ley de Transición Energética Justa, que vincule sostenibilidad, justicia social y seguridad jurídica, alineando el desarrollo nacional con los objetivos del Acuerdo de París. En esa línea, la Iniciativa de Transición Energética Justa (JETI) de la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) propone orientar las políticas energéticas hacia una descarbonización inclusiva, basada en la equidad, la generación de empleo verde y la participación de las comunidades, principios que podrían inspirar el diseño de un marco legal peruano adaptado a su contexto social y económico⁴¹⁵.

VI. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES DEL PERÚ FRENTE AL ARBITRAJE SOSTENIBLE Y LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Tras revisar las experiencias europeas, resulta pertinente identificar los desafíos y oportunidades que enfrenta el Perú. En este sentido, el principal reto consiste en adoptar un enfoque dual: garantizar la seguridad jurídica de los inversionistas y, al mismo tiempo, preservar la facultad reguladora del Estado en materia ambiental y social. Este equilibrio resulta esencial para fortalecer la confianza internacional sin comprometer los objetivos nacionales de sostenibilidad.

A nivel de tratados de inversión, el Perú cuenta con una red significativa de Tratados de Libre Comercio (TLC) y Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) que incorporan compromisos medioambientales. Esta base jurídica abre la posibilidad de perfeccionar cláusulas de protección ambiental que reconozcan explícitamente el derecho soberano a regular y prevean excepciones para políticas públicas orientadas a la sostenibilidad, tal como ya ocurre en instrumentos modernos como el TLC Perú–Chile.

La experiencia de la Unión Europea evidencia la importancia de alinearse con foros multilaterales en constante evolución. En este contexto, y considerando que el Perú es miembro de la Alianza del Pacífico y parte de acuerdos como el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TiSA) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífica (CPTPP), resulta estratégico monitorear y participar activamente en los procesos de reforma de instrumentos internacionales relevantes. De no hacerlo, el país podría exponerse a procedimientos arbitrales incompatibles con sus compromisos en materia de cambio climático y con los principios de sostenibilidad ambiental asumidos en el marco del Acuerdo de París.

En el plano interno, el Perú tiene la oportunidad de fortalecer su práctica arbitral mediante la promoción de pautas sostenibles. Así como en Estados Unidos se han desarrollado modelos de cláusulas contractuales que incorporan derechos laborales y estándares ambientales en cadenas de suministro, el Perú podría difundir e implementar estándares ESG en contratos de infraestructura y energía. Esto incluiría la evaluación de impactos ambientales y sociales, la transparencia en la rendición de informes ESG y la integración de cláusulas de sostenibilidad en los contratos públicos y privados.

Finalmente, resulta fundamental fomentar una cultura de cumplimiento voluntario en materia de sostenibilidad. En esta línea, el Perú ha avanzado con iniciativas como el Acuerdo Sectorial IWA 48:2025 del INACAL, alineado con estándares ESG internacionales, que orienta a las organizaciones hacia prácticas empresariales sostenibles y transparentes⁴¹⁶. Estos instrumentos deben servir como base para exigir y verificar la “licencia social” de los proyectos antes de su ejecución, garantizando que las inversiones respondan no solo a la rentabilidad económica, sino también al bienestar social y la protección ambiental.

⁴¹⁵ Asia-Pacific Economic Cooperation. Initiative for a Just Energy Transition (JETI). 2023. APEC Energy Ministers Meeting, Seattle, United States.

⁴¹⁶ Resolución Directoral N.º 000005-2025-INACAL/DN, Aprueban Acuerdo Sectorial Peruano ASP-IWA 48:2025 sobre marco para la implementación de principios ambientales, sociales y de gobernanza (ESG) - 1.ª Edición, 10 de marzo de 2025

Los criterios ESG y su impacto en el arbitraje de inversiones energéticas: Lecciones para el Perú desde la experiencia europea

En el ámbito arbitral, ello implica que los tribunales adopten una interpretación coherente con los principios ESG, reconociendo que la seguridad jurídica y la sostenibilidad no son objetivos opuestos, sino componentes complementarios de un modelo de desarrollo responsable y competitivo.

VII. CONCLUSIÓN

El estudio demuestra que los criterios ESG ya no son una opción complementaria dentro del arbitraje de inversiones, sino una necesidad jurídica y política frente a los desafíos del siglo XXI. La jurisprudencia europea, marcada por casos como *Vattenfall v. Alemania* y *Eiser v. España*, revela que el equilibrio entre inversión y sostenibilidad sigue siendo frágil: los tribunales arbitrales han intentado proteger la seguridad jurídica, pero en ocasiones lo han hecho a costa de limitar las políticas públicas destinadas a la descarbonización. Esta tensión muestra que el arbitraje, si no se adapta, puede quedarse atrás en un mundo que exige coherencia entre economía y clima.

En el caso peruano, los casos *Bear Creek v. Perú* y *Latam Hydro v. Perú* evidencian que el reto va más allá del cumplimiento formal de los tratados de inversión. Ambos casos muestran que la falta de planificación ambiental, el débil diálogo con las comunidades y la ausencia de marcos regulatorios sólidos pueden convertir a las controversias en síntomas de un modelo de desarrollo que aún no logra conciliar crecimiento con sostenibilidad. Estas experiencias deben entenderse no como derrotas, sino como advertencias: sin una estrategia que incorpore los criterios ESG desde el diseño normativo y contractual, el Estado peruano seguirá gestionando conflictos en vez de prevenirlos.

En este contexto, instrumentos como la Ley Marco sobre Cambio Climático (Ley N.º 30754) y la Política Energética Nacional al 2040 ofrecen una oportunidad real para redefinir la gobernanza energética del país. Si se aplican de manera coherente y vinculante, pueden transformar el arbitraje en una herramienta de equilibrio, donde la inversión privada se alinee con los objetivos ambientales y los derechos humanos. La futura Ley de Transición Energética Justa podría ser el paso que consolide este proceso, estableciendo un marco que combine sostenibilidad, justicia social y seguridad jurídica.

El arbitraje de inversiones, lejos de ser un obstáculo, puede convertirse en un aliado para la transición energética peruana. Para lograrlo, es necesario que los árbitros, el Estado y los inversionistas asuman que la sostenibilidad no debilita la seguridad jurídica: la redefine. Solo un arbitraje con conciencia climática y social podrá responder a las nuevas demandas de legitimidad global y consolidar un desarrollo verdaderamente justo, sostenible y duradero.

II. REPOSITORIO DE JURISPRUDENCIA

PERÚ

HABEAS CORPUS, CASO RUTAS DE LIMA, EXPEDIENTE Nº 01072-2023-PHC/TC

Fabiana Coba Mendoza¹ & Alessandra Schwarz Torres²

Fecha: 5 de marzo de 2024

Tribunal: Tribunal Constitucional del Perú

Hechos: La controversia tiene su origen en la concesión denominada Vías Nuevas de Lima, celebrada entre la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) y la empresa Rutas de Lima S.A.C., mediante la cual se otorgó a esta última la explotación, mantenimiento y administración de determinados tramos de la red vial metropolitana, incluyendo la Panamericana Norte, así como la facultad de percibir una tarifa de peaje como contraprestación por el uso de la infraestructura concesionada.

La controversia nace del contrato de concesión “Vías Nuevas de Lima” celebrado entre la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) y Rutas de Lima S.A.C. La concesión otorgó a la empresa la explotación, mantenimiento y administración de tramos de la red vial metropolitana (incluida la Panamericana Norte), así como el cobro de una tarifa de peaje como contraprestación por el uso de la infraestructura.

Durante la ejecución del contrato, Rutas de Lima implementó la Unidad de Peaje Chillón en Puente Piedra. La instalación incluyó barreras y muros de concreto que, según los demandantes, impedían a los vecinos cruzar de un lado a otro de la Panamericana Norte o desplazarse hacia otros distritos sin ingresar a la vía concesionada y pagar el peaje.

Ante ello, la Municipalidad Distrital de Puente Piedra y un vecino (Ramón Lucianeti Pairazamán León) presentaron demandas de hábeas corpus, luego acumuladas. Alegaron vulneración del derecho al libre tránsito porque no existirían vías alternas reales para evitar el uso de la vía concesionada.

En paralelo, la MML y Rutas de Lima mantenían varios arbitrajes (algunos internacionales) sobre la ejecución, validez y eventual caducidad del contrato. En esos procesos se dictaron medidas cautelares que ordenaban a la MML no agravar la controversia contractual y suspendían ciertas decisiones municipales relacionadas con la concesión.

¹ [Fabiana Coba Mendoza](#). Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante pre profesional del Banco Central de Reserva del Perú.

² [Alessandra Schwarz Torres](#). Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante pre profesional del Estudio Campos Arbitraje e Infraestructura.

Durante el proceso constitucional, Rutas de Lima sostuvo que lo discutido (cobro del peaje, ubicación del peaje, existencia de vías alternas) estaba directamente ligado al contrato de concesión y debía resolverse solo en arbitraje, por la cláusula arbitral y por el principio de intangibilidad contractual del artículo 62 de la Constitución.³

Pretensión: Ramón Lucianeti interpuso recurso de agravio constitucional contra la sentencia de segunda instancia que declaró infundado su hábeas corpus. Pidió que el Tribunal Constitucional (TC) declare que la implementación material del contrato vulnera el derecho al libre tránsito de los residentes de Puente Piedra.

Sostuvo que, al no existir rutas alternas reales, los vecinos quedan obligados a transitar por la vía concesionada y pagar peaje incluso para desplazamientos cotidianos dentro del distrito o hacia zonas cercanas. No pidió formalmente la nulidad del contrato, pero sí cuestionó los efectos concretos de su ejecución: bloqueos, barreras y ausencia de opción real para evitar el peaje.

La MML, además, solicitó reconvertir el hábeas corpus en amparo y declarar un estado de cosas inconstitucionales; sin embargo, esas pretensiones no integraron el objeto del recurso de agravio analizado por el TC.

Contestación: Rutas de Lima S.A.C. solicitó que la demanda sea desestimada, alegando principalmente que el Tribunal Constitucional carecía de competencia para pronunciarse sobre los hechos denunciados, en la medida en que estos se encontraban directamente relacionados con un contrato de concesión válido y vigente, cuya interpretación y ejecución habían sido sometidas a arbitraje conforme a lo pactado por las partes.

En particular, sostuvo que el contrato de concesión goza de intangibilidad constitucional y que cualquier cuestionamiento relativo al cobro del peaje, a la ubicación de la unidad de peaje o a la existencia de vías alternas debía resolverse exclusivamente en sede arbitral. Afirmó, además, que la existencia de procedimientos arbitrales en curso —así como la emisión de laudos y medidas cautelares— impedía que la judicatura constitucional conociera el fondo del asunto sin interferir en la competencia del tribunal arbitral. Asimismo, Rutas de Lima argumentó que el derecho fundamental al libre tránsito no es absoluto y que el cobro de peajes constituye una limitación legítima y razonable, máxime cuando, a su juicio, existirían diversas rutas alternas a la vía concesionada. En ese sentido, sostuvo que aun en el supuesto de inexistencia de tales vías, ello no tornaría inconstitucional el peaje ni habilitaría la intervención del juez constitucional.

Por su parte, la Municipalidad Metropolitana de Lima, aun reconociendo la existencia de arbitrajes en trámite, sostuvo que estos no podían excluir el deber del Estado de garantizar los derechos fundamentales de la población. Alegó que las cláusulas contractuales y la prohibición de “puntos de fuga” impedían materialmente la construcción de vías alternas, lo que generaba una afectación estructural al libre tránsito de los residentes de Lima Norte.

Decisión:

I. COMPETENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LA EXISTENCIA DE PROCESOS ARBITRALES

El Tribunal Constitucional advierte que Rutas de Lima alegó que el hábeas corpus estaba ligado a la ejecución del contrato “Vías Nuevas de Lima” y, por ello, debía resolverse en arbitraje conforme a la cláusula compromisoria. También constata que existían arbitrajes en curso, además de laudos y medidas cautelares, incluso internacionales. Sin embargo, precisa que la sola existencia de arbitrajes no excluye la competencia constitucional cuando se denuncia la vulneración de un derecho fundamental. El proceso constitucional no busca resolver la controversia

³ Artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1994. “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.”

contractual ni pronunciarse sobre la validez, modificación o resolución del contrato, sino determinar si actos u omisiones afectan el contenido protegido de un derecho.

El Tribunal enfatiza que no revisa lo pactado ni desconoce la cláusula arbitral: ejerce tutela de derechos fundamentales, que no son materias disponibles. Por eso, su análisis se limita a verificar si la implementación concreta del contrato, tal como se ejecuta, es compatible con el derecho al libre tránsito, sin interferir en los arbitrajes ni resolver cuestiones propias de la relación contractual entre la MML y Rutas de Lima.

II. ARBITRAJE Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A. El arbitraje como mecanismo de resolución de controversias contractuales

El Tribunal Constitucional reconoce que el arbitraje constituye un mecanismo legítimo para la resolución de controversias derivadas de relaciones contractuales, particularmente en el ámbito de los contratos de concesión celebrados por entidades estatales⁴. En ese sentido, toma nota de que el contrato de concesión Vías Nuevas de Lima prevé la solución de las controversias que surjan entre las partes mediante arbitraje, mecanismo que ha sido efectivamente activado en diversas oportunidades. Asimismo, el Tribunal constata que las controversias sometidas a arbitraje entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y Rutas de Lima S.A.C. versan sobre aspectos relacionados con la ejecución, interpretación y efectos del contrato de concesión, incluyendo la eventual responsabilidad contractual de las partes. En relación con ello, reconoce que dichas materias se encuentran comprendidas dentro del ámbito propio del arbitraje, en la medida en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial y disponible.

En este contexto, el Tribunal no cuestiona la validez del convenio arbitral ni la procedencia del arbitraje como vía para resolver las controversias contractuales existentes entre las partes. Por el contrario, deja constancia de que la existencia de procedimientos arbitrales en trámite constituye una manifestación del ejercicio regular de la autonomía de la voluntad y del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos por el ordenamiento jurídico.

B. Derechos fundamentales como materias no disponibles

El Tribunal establece que los derechos fundamentales no son materias disponibles: las partes no pueden disponer de ellos ni excluir su protección por el solo hecho de existir un convenio arbitral. Por eso, la tutela de esos derechos corresponde a la jurisdicción constitucional y no puede ser desplazada por acuerdos contractuales.

Precisa que, aunque las controversias contractuales puedan ir a arbitraje, ello no impide que la justicia constitucional conozca demandas destinadas a proteger el contenido constitucional de un derecho, incluso si la afectación ocurre en la ejecución de un contrato. En esos casos, su intervención se limita a verificar si existe una lesión constitucional, sin resolver cuestiones propias del vínculo contractual.

En consecuencia, la coexistencia de arbitrajes y procesos constitucionales no es contradictoria: el arbitraje resuelve disputas contractuales entre partes, mientras la jurisdicción constitucional protege derechos fundamentales, que no quedan a disposición de los particulares.

III. INTANGIBILIDAD CONTRACTUAL Y CONTROL CONSTITUCIONAL

A. Alcance del principio de intangibilidad contractual

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el principio de intangibilidad contractual reconocido en el artículo 62 de la Constitución, el cual garantiza que los términos de los contratos válidamente celebrados no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado mediante disposiciones legislativas u otros actos de poder público. En

⁴ Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N.º 1071, art. 2: reconoce al arbitraje como mecanismo jurisdiccional para resolver controversias contractuales

ese sentido, reconoce que dicho principio constituye una garantía para la estabilidad de las relaciones contractuales y para la seguridad jurídica, particularmente en el ámbito de los contratos de concesión celebrados por entidades estatales.

Asimismo, el Tribunal deja constancia de que el contrato de concesión Vías Nuevas de Lima se encuentra amparado por dicho principio y que, en consecuencia, las controversias relativas a su ejecución, interpretación o eventual modificación corresponden, en principio, a los mecanismos contractualmente previstos para su resolución, entre ellos el arbitraje. En ese marco, el Tribunal reafirma que no le corresponde revisar el contenido del contrato ni pronunciarse sobre su validez o eficacia jurídica.

B. Límites del principio de intangibilidad frente a los derechos fundamentales

El Tribunal precisa que la intangibilidad contractual no es absoluta: está condicionada por el respeto a la Constitución y a los derechos fundamentales, de modo que la ejecución de un contrato no puede producir efectos incompatibles con su contenido protegido.

Por ello, si la implementación de una concesión afecta un derecho fundamental, la intangibilidad no basta para excluir el control constitucional. En esos casos, el Tribunal no altera el contrato ni desplaza los mecanismos pactados, sino que verifica si los efectos concretos de la ejecución respetan los límites constitucionales. Así, el control constitucional puede recaer sobre actos de ejecución que incidan en derechos fundamentales, sin interferir con el arbitraje ni afectar el núcleo del principio de intangibilidad.

IV. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL FRENTE AL OBJETO DEL ARBITRAJE

El Tribunal Constitucional precisa que el hábeas corpus no busca examinar la validez del contrato de concesión ni pronunciarse sobre su modificación, resolución o responsabilidades contractuales, materias propias de controversias contractuales sometibles a arbitraje.

Aclara que su intervención se limita a verificar si la ejecución fáctica del contrato, tal como se viene implementando, es compatible con el contenido protegido del derecho al libre tránsito. Por ello, distingue entre el contrato y los efectos materiales de su ejecución sobre la población, siendo estos últimos los únicos sujetos a control constitucional. Esta delimitación busca evitar superposiciones entre la jurisdicción constitucional y el arbitraje, preservando la competencia arbitral para las disputas derivadas de la relación contractual entre la MML y Rutas de Lima.

V. CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO

El Tribunal desarrolla el contenido constitucional del derecho al libre tránsito, señalando que este comprende la facultad de toda persona de desplazarse libremente dentro del territorio nacional, sin restricciones irrazonables o arbitrarias. Precisa que dicho derecho no se limita a la mera posibilidad abstracta de circulación, sino que exige condiciones materiales que permitan su ejercicio efectivo.

Asimismo, el Tribunal reconoce que el derecho al libre tránsito no tiene carácter absoluto y que puede ser objeto de limitaciones, siempre que estas se encuentren previstas por ley, persigan un fin constitucionalmente legítimo y resulten razonables y proporcionales. En ese marco, señala que el cobro de peajes constituye, en principio, una restricción legítima al derecho al libre tránsito, en la medida en que se vincula al financiamiento, mantenimiento y mejora de la infraestructura vial. No obstante, el Tribunal precisa que dichas limitaciones deben evaluarse en función de las circunstancias concretas de cada caso, particularmente cuando su aplicación afecta de manera directa a determinados grupos de personas o impide, en los hechos, el ejercicio del derecho fundamental.

VI. EVALUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PEAJE Y AFECTACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE TRÁNSITO

Habeas Corpus, Caso Rutas de Lima, Expediente N° 01072-2023-PHC/TC

El Tribunal analiza la implementación de la Unidad de Peaje Chillón considerando su ubicación, las barreras físicas y la existencia real de vías alternas para que los vecinos de Puente Piedra puedan desplazarse sin usar la vía concesionada. Con base en la prueba del proceso, constata que no hay rutas alternas reales, por lo que los residentes deben usar la vía concesionada como única opción para moverse dentro del distrito o hacia otros puntos, pagando obligatoriamente el peaje. Así, concluye que la ejecución del contrato afecta de manera desproporcionada el derecho al libre tránsito.

Precisa que esta conclusión se limita a la implementación material del peaje y no implica pronunciarse sobre la validez del contrato ni interferir en los arbitrajes en curso.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01072-2023-HC.pdf>

COLOMBIA

SENTENCIA T-069 DE 2022 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL, EXPEDIENTE T-8.260.485*

Fabián Díaz Hernández⁵; Santiago González Ogliastri⁶ & Eduard Albarracín Díaz⁷

Fecha sentencia: 24 de febrero de 2022

Tribunal: Corte Constitucional de Colombia, Sala Primera de Revisión, integrada por la Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najer y Alejandro Linares Cantillo.

Hechos: El 13 de noviembre de 1998, la sociedad colombiana Comunicación Celular S.A., en adelante COMCEL S.A., suscribió un contrato de interconexión con la empresa estatal de servicios públicos domiciliarios denominada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., en adelante ETB S.A. E.S.P.⁸

En la cláusula vigesimocuarta del contrato se estableció que el procedimiento fijado por las partes para la resolución de las diferencias surgidas con relación a la interpretación y ejecución del contrato sería el arbitraje en derecho, a cargo de un tribunal de arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y demás disposiciones concordantes o complementarias.

En desarrollo de dicho contrato, las partes fijaron en la cláusula sexta que ETB pagaría a COMCEL por minuto o proporcionalmente por fracción de minuto cursado, al momento de la terminación de las llamadas internacionales entrantes, el valor equivalente al cargo de acceso que pagan los operadores de larga distancia por el acceso a la red

⁵* Anotación preliminar: la sentencia objeto de estudio corresponde a una providencia judicial de la Corte Constitucional que resolvió una acción de tutela o amparo contra unas sentencias judiciales. La tutela en Colombia es un mecanismo expedito y excepcional de amparo y protección frente a la conculcación de derechos fundamentales. Los jueces de tutela de primera y segunda instancia fueron dos salas de la Corte Suprema de Justicia, quien es el superior jerárquico del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La Corte Constitucional, en su condición de guardiana de la Constitución Política, tiene la competencia para seleccionar y revisar las sentencias de tutela, como ocurrió en este caso.

Fabián Díaz Hernández. Abogado de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en Servicios Públicos y Magíster en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente Investigador, Consultor, Litigante y Promotor (Auxiliar de la Justicia). Catedrático de pregrado y posgrado. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal – ICDP. Conjuez del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y Conjuez del Tribunal Administrativo de Santander. Director de la Maestría en Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Investigador miembro del Grupo de Investigación “Teoría del derecho y formación jurídica” de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Categoría B de MINCIENCIAS). Investigador reconocido por el Ministerio de Ciencia de Colombia. E-mail: jdiaz674@unab.edu.co.

⁶ Santiago González Ogliastri. Estudiante de Derecho en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Integrante del Semillero de Investigación de Arbitraje Nacional e Internacional de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro de la Red Juvenil de Arbitraje en Santander. E-mail: santiagogonzalezogliastri@gmail.com

⁷ Eduard Albarracín Díaz. Estudiante de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Industrial de Santander. Miembro de la Clínica Jurídica para la Atención a Víctimas del Conflicto Armado. Secretario General de la Red de Jóvenes Investigadores de la Revista Euroamericana de Derecho Administrativo – REDOEDA. Miembro de la Red Juvenil de Arbitraje en Santander. Integrante del Semillero de Investigación Ruralidades y Resistencias adscrito al Grupo de Investigación Población Ambiente y Desarrollo G-PAD de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Industrial de Santander (Categoría A1 de MINCIENCIAS). E-mail: albarracineduard2@gmail.com.

⁸ El contrato tuvo como propósito: “establecer el régimen que regulará las relaciones entre las partes del mismo, y las condiciones técnicas, financieras, comerciales, operativas y jurídicas originadas en el acceso, uso e interconexión directa de la red TPBCLD de ETB, con la red de TMC de OCEL S.A., de conformidad con los términos establecidos en el mismo contrato así como en sus anexos”.

TPBC local, de conformidad con el precio que estipule la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones de Colombia – CRT –.

El 28 de abril del 2000, la CRT expidió la Resolución 253, por la cual se fijaron las tarifas aplicables a los operadores de redes móviles por las llamadas de larga distancia internacional entrantes. El 27 de diciembre de 2001, la CRT expidió la Resolución 463 de 2001, mediante la cual se modificaron los Títulos IV y V de la Resolución 087 de 1997.

La modificación consistió en que los operadores de redes TMC y TPBCLD, podían mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución CRT 463 de 2001 o acogerse, en su totalidad a las condiciones previstas en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, modificada por la Resolución CRT 463 del 2001. Para las relaciones de interconexión que ETB sostenía con algunos operadores, la empresa sostuvo el esquema tarifario previsto en la Resolución 463 de 2001. Sin embargo, a COMCEL S.A., le mantuvo la tarifa aplicada antes de entrar a regir la citada Resolución 463.

En vista de esta situación, el 24 de enero de 2003, COMCEL envió a ETB una comunicación formal a través de la cual le solicitó: (i) aplicar los valores establecidos en la Resolución de la CRT 463 de 2001 para el tráfico de larga distancia entrante y, (ii) realizar el ajuste de la liquidación de los cargos de acceso desde el primero de enero de 2002. Dicha solicitud fue rechazada por ETB el 4 de febrero de 2003.

El 21 de diciembre de 2012, COMCEL S.A. presentó demanda arbitral contra la ETB S.A. E.S.P., ante la Secretaría del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Mediante sorteo, el Centro de Arbitraje designó como árbitros a los doctores, Juan Carlos Cuesta Quintero, María Fernanda Guerrero Mateus y Luis Fernando Villegas Gutiérrez, quienes aceptaron la designación dentro del término legal. Una vez asumida la competencia del asunto, se llevó a cabo el decreto de pruebas. Seguidamente, el Tribunal de Arbitraje solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina una aclaración preliminar.

El Tribunal comunitario, determinó el 11 de junio de 2014 que la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia – CRC -anterior CTC - era quien ostentaba la competencia para resolver el asunto y no el Tribunal Arbitral. En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje comunicó a las partes la interpretación, y prosiguió a agotar las etapas propias del proceso arbitral, el cual terminó el 10 de octubre de 2014 con la emisión de un laudo inhibitorio, el cual consiste en la resolución del caso sin pronunciarse sobre el fondo, al establecer su incompetencia para ello.

Ante esta situación, el 9 de diciembre de 2014, COMCEL S.A. interpuso recurso de anulación contra el laudo proferido por el Tribunal Arbitral ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Colombia, el cual fue resuelto negativamente por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre de 2015.

En ese contexto, el 15 de septiembre de 2016, COMCEL S.A. demandó civilmente a los doctores Juan Carlos Cuesta Quintero, María Fernanda Guerrero Mateus y Luis Fernando Villegas Gutiérrez, integrantes del Tribunal de Arbitraje conformado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante acción de responsabilidad civil contractual.

El proceso fue asignado por reparto al Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá, quien mediante sentencia del 6 de febrero de 2018, declaró civilmente responsables a los árbitros, por haber incumplido la relación contractual al no decidir el fondo de la controversia y declarar la falta de competencia. En consecuencia, la autoridad judicial los condenó a devolver el 50% del valor de los honorarios que habían recibido por concepto del arbitraje.

El 12 de noviembre de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia. En ella, determinó que los árbitros fueron responsables por haber rehusado el cumplimiento de los deberes constitucionales y legales asumidos como efecto de la aceptación del encargo como árbitros, al no haber adoptado los correctivos para sanear la ausencia de competencia.

Dado lo anterior, el 3 de marzo de 2020, Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus interpusieron acción de tutela contra las providencias dictadas, alegando la vulneración al debido proceso. El 10 de junio de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia – CSJ, concedió la acción de tutela en primera instancia, y dejó sin efectos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá. Tal decisión, se respalda en la vulneración del principio de congruencia por parte del Tribunal, ya que evacuó la apelación bajo la tesis del incumplimiento de obligaciones legal, cuando el fallo de primera instancia se desarrolló bajo la premisa de un incumplimiento a una obligación contractual. Posteriormente, el 7 de octubre de 2020 la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en segunda instancia, confirmó el fallo de tutela de primera instancia.

Finalmente, en ejercicio de su labor Constitucional de revisión aleatoria de tutelas, la Corte Constitucional de Colombia seleccionó el fallo mediante la Sala Primera de Revisión el 24 de febrero de 2022, fecha para la cual ya se había revocado el fallo del Tribunal de Bogotá, y se había emitido uno nuevo en el que se negaban las pretensiones de la demanda.

Pretensión de los árbitros que presentaron la tutela: Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus solicitaron en las acciones de tutela sometidas a revisión por la Corte Constitucional que se revocaran las decisiones judiciales emitidas en función de la existencia de vulneraciones al debido proceso, las cuales estructuraron de forma individual frente a cada providencia.

Respecto a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, los accionantes arguyeron que en la decisión adoptada se configuró: (i) un defecto sustantivo por desconocimiento de la cosa juzgada, (ii) un defecto orgánico y procedimental por usurpar la competencia del Consejo de Estado, (iii) un defecto sustantivo por desatender una sentencia proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y (iv) un defecto fáctico y procedimental por declarar incumplido un contrato arbitral del que no se tenía prueba.

Respecto a la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá los accionantes reiteraron lo argumentado, y además señalaron que se configuró: (i) un defecto sustantivo porque la autoridad judicial inventó un deber legal y una sanción inexistente; (ii) un defecto procedimental porque se condenó a los árbitros por una causa no alegada por COMCEL S.A.; y (iii) un defecto procedimental dado que, se omitió solicitar una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Contestación de la tutela por parte de los accionados: El Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá se opuso a las pretensiones invocadas por la parte accionante, aduciendo para ello que la decisión que profirió fue con apego a los mandatos legales y constitucionales. En concreto, afirmó que el segundo pago que obtuvieron los accionantes en calidad de árbitros no se acompasa con las pautas normativas que regulan la materia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá no se pronunció respecto a las pretensiones. De igual manera, el Consejo de Estado, que fue vinculado al proceso por parte de la Corte Constitucional.

Por su parte, COMCEL S.A. solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela interpuesta, en tanto consideró que las sentencias cuestionadas que declararon la responsabilidad civil de los árbitros, se encontraban ajustadas a derecho. Adicionalmente, la sociedad resaltó que los argumentos expuestos por los árbitros accionantes se encontraban desprovistos de fundamento jurídico. Finalmente, argumentó que los defectos propuestos por los tutelantes resultan inexistentes, y que los árbitros incumplieron con la misión que les fue encomendada.

Decisión de la acción tutela:

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia integrada por la Magistrada Ponente Diana Fajardo Rivera, y los Magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo, decidió por unanimidad, pero con una aclaración de voto, confirmar los fallos emitidos en primera instancia por la Sala de

Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, y en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación.

Para adoptar dicha decisión, el Tribunal Constitucional Colombiano constató en primera medida que la acción de tutela promovida por los árbitros Juan Carlos Cuesta Quintero y María Fernanda Guerrero Mateus, era procedente por cumplir los requisitos de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Sobre este punto, la Sala encontró que en efecto, la solicitud de amparo cumplía con los requisitos de procedibilidad que exigen los estándares de la propia Corporación, a saber: (i) legitimación en la causa – por activa y pasiva -; (ii) oportunidad e inmediatez; (iii) subsidiariedad; (iv) relevancia constitucional; (v) agotamiento previo de recursos ordinarios y extraordinarios para la defensa de los derechos vulnerados; y (vi) adecuada identificación de los hechos que revistieron la vulneración previamente en el proceso.

Seguidamente, la Corte indagó sobre la concurrencia de las causales de procedencia de la tutela contra providencia judicial, encontrando que, para el caso en particular, las sentencias proferidas por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá y por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá incurrieron en una serie de defectos, esto es: defecto orgánico, procedimental y sustantivo. Esto por cuanto las autoridades judiciales adelantaron un proceso de responsabilidad civil contractual contra el señor Juan Carlos Cuesta Quintero y la señora María Fernanda Guerrero Mateus, sin tener competencia para ello. Así mismo, se concluyó que los jueces civiles obraron al margen de lo previsto en la Ley 1563 de 2012, cuerpo normativo que regula las conductas y hechos que dan lugar al reembolso de honorarios por parte de las autoridades arbitrales bajo causales taxativas enunciadas por la norma.

Por otro lado, la Sala encontró que se configuró un defecto sustantivo por el desconocimiento del principio de congruencia previsto en los artículos 280 y 281 del Código General del Proceso. Esto por cuanto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá declaró que a los árbitros demandados les asistía responsabilidad civil extracontractual.

El escenario descrito configuró una concesión mayor a la solicitada originalmente por COMCEL S.A. Lo cual, a su vez desconoció el carácter rogado de la justicia civil, así como la prohibición que se le impone a la autoridad judicial relativa a no proferir fallos ultra y extrapetita, dado que, las pretensiones de la demanda se dirigían a la declaración de la responsabilidad civil contractual de los árbitros y no la extracontractual.

Una vez agotada la revisión de los aspectos procesales relacionados con la procedencia de la acción de tutela contra las aludidas providencias judiciales, el Tribunal Constitucional abordó la naturaleza y características del arbitraje a fin de determinar cuál es el régimen de responsabilidad de los árbitros.

En este análisis, la Sala retomó lo expuesto anteriormente en la sentencia C – 947 de 2014, en donde, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, sostuvo que el arbitraje: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos; (ii) es una institución procesal; (iii) es temporal; (iv) es un mecanismo excepcional; y (v) se rige por el principio de la autonomía privada.

Seguidamente, la Corporación sentó que la doctrina constitucional se ha inclinado hacia una concepción mixta del arbitraje, pues esta institución procesal es un mecanismo de resolución de conflictos que tiene origen contractual y voluntario.

Sin perjuicio de lo expuesto, no debe pasarse por alto que el ejercicio de la actividad arbitral está vinculado a una regulación legal, respaldada y legitimada por el Estado. Lo anteriormente reseñado conlleva considerar que el arbitraje es una institución de orden privatista, influenciada por las teorías liberales del voluntarismo, que inspiraron nuestro ordenamiento civil. Adicionalmente, se trata de un servicio público de orden prestacional que se encuentra

disciplinado en un estatuto procesal⁹, por cuanto la función arbitral es una modalidad de la función jurisdiccional, que nace de un acto de delegación de funciones públicas que a su vez, debe orientarse al cumplimiento de la finalidad privada, social y pública del proceso judicial.

Al tratarse el arbitraje de una modalidad de la función jurisdiccional, las actuaciones de los árbitros se circunscriben a los mandatos de independencia, autonomía, imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad, contradicción, imperio de la Ley, prevalencia de la buena fe y la confianza legítima, garantía de los derechos y deberes, eficacia directa de la Constitución, control de convencionalidad, celeridad, justicia pronta y tutela jurisdiccional efectiva.

En ese sentido, es palmario que existen diferencias entre la labor de los jueces y los árbitros, pues la Corte señala que mientras los primeros ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los árbitros actúan como particulares que ejercen función pública, en virtud de la habilitación temporal que les han conferido las partes un ejercicio de confianza que nace de la autonomía de su voluntad contractual.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte concluyó que es inviable adjudicar alguna causa de responsabilidad civil contractual a los árbitros, pues sus obligaciones no nacen de una convención privada, porque los árbitros no acuerdan ni suscriben la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional, los árbitros, no son parte del contrato arbitral, su actividad nace de una serie de postulados, normas y estándares relacionados con la actividad pública que ejercen en representación del Estado, la cual asumen a partir de la aceptación de un encargo que si tiene origen privado.

Por lo anterior, el régimen de responsabilidad que les aplica a los árbitros no se rige bajo la institución del derecho civil de responsabilidad civil contractual, sino que tiene su propia regulación en la Ley 1563 de 2012 más específicamente en sus artículos 7, 15, 16, 19, y 48, en los cuales se encuentran las disposiciones que fundamentan el régimen de responsabilidad arbitral.

En complemento, la Corte recuerda que la Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone que el Estado será responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, y hayan sido causados por sus agentes judiciales. Finalmente, expuso el Tribunal que las disposiciones de la norma son aplicables tanto para los agentes del Estado que pertenecen a la Rama Judicial, como para aquellos particulares que ejercen función jurisdiccional de manera transitoria.

En suma, la Corte advierte que a los árbitros les asiste un paradigma dual de responsabilidad que nada tiene que ver con el régimen de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Según lo expuesto, la responsabilidad de las autoridades arbitrales por los daños causados en ejercicio de sus funciones, se estructura sobre un esquema especial y propio de la función arbitral, desarrollado a partir de la Ley 1563 de 2012. Sin perjuicio de lo anterior, de forma adicional, la Corte sostiene que la responsabilidad de los árbitros puede ser abordada a partir de la lógica de la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, más precisamente por error jurisdiccional.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Constitucional concluyó que las sentencias sometidas a solicitud de amparo incurrieron en un defecto orgánico, en su faceta funcional, dado que los funcionarios judiciales condenaron a los árbitros en un proceso civil, pese a que ni la acción de responsabilidad civil contractual, así como tampoco la acción de responsabilidad civil extracontractual, pueden ser empleadas para ordenar la devolución de honorarios causados en función al ejercicio de la función arbitral.

Esta misma situación configuró un defecto sustantivo, pues se omitió la existente y exhaustiva regulación prevista en la ley 1563 de 2012, respecto al régimen de inhabilidades y sanciones disciplinarias aplicables a los árbitros. Así como también se presentó un defecto procedimental, por haberse empleado un procedimiento judicial que no fue diseñado para devolver los honorarios de quienes actuaron como árbitros.

⁹ Ley 1563 de 2012.

Sentencia T-069 de 2022 de la Corte Constitucional, expediente T-8.260.485*

En función de todo lo anterior, la Corte decide confirmar los fallos emitidos, en primera instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que dejaron sin efecto la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y ampararon el derecho fundamental al debido proceso del señor Juan Carlos Cuesta Quintero y la señora María Fernanda Guerrero Mateus.

Disidencia: La sentencia sometida a análisis contó con una aclaración de voto a cargo del magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien sostuvo que pese a compartir la decisión adoptada por la Sala de Revisión, era necesario exponer ciertas precisiones sobre algunos temas abordados por la Corte, que el mismo magistrado consideró grises o complejos.

El colegiado recuerda que los árbitros no son portadores de ninguna inmunidad judicial ni patrimonial, por lo que pueden ser investigados, juzgados, y sancionados por sus conductas u omisiones. En su concepto la Corte omitió hacer referencia a la sentencia C-451 de 2015, providencia que representa un importante precedente jurisprudencial, pues en esta se expone que el procedimiento descrito en el artículo 48 de la ley 1563 de 2012 no pretende impedir o limitar la responsabilidad civil de los árbitros, lo cual permite que esta institución pueda ser estudiada de forma independiente.

Por otro lado, argumenta el magistrado que los árbitros sí pueden estar sujetos a sanciones como consecuencia de la declaración de responsabilidad civil contractual. Esto por cuanto, a su juicio, al momento de aceptar el encargo en virtud del pacto arbitral, los mismos se convierten en parte del contrato. Esta premisa representa una confrontación directa al razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia.

Adicionalmente, el magistrado Linares acoge una tendencia propia del derecho comparado, según la cual se reconoce que entre las partes y el árbitro existe una convención de voluntades, denominada contrato árbitro. Así, dada la naturaleza *intuitu personae* del arbitraje, se entiende que como las partes eligen al particular para que actúe como juez frente a su controversia, los deberes y obligaciones del árbitro nacen de un contrato, que se crea en un segundo momento, cuando las partes lo designan, y este acepta la designación.

Entonces, al existir un contrato de árbitro, existen obligaciones contractuales de medio y de resultado en cabeza del particular que ejerce la función jurisdiccional, las cuales deben ser cumplidas con preponderancia de la buena fe; de forma que, si no lo hace, se puede predicar contra él responsabilidad no solo disciplinaria, sino también civil de carácter contractual. Propone entonces el magistrado que, a partir de la existencia de este contrato, pueden las partes pactar supuestos en los que el árbitro pierda o deba devolver sus honorarios, distintos a los dispuestos en el artículo 48 de la ley 1563 de 2012; y que de estas se pueda derivar un incumplimiento contractual.

Finalmente, menciona también que el Estado no está llamado a responder por los daños antijurídicos causados por los árbitros, ya que estos no son agentes del Estado, ni están sujetos a su control y vigilancia directa. Así, por más que los árbitros administren justicia de forma temporal, esto no es suficiente para predicar la responsabilidad estatal, ya que sus facultades jurisdiccionales nacen del acuerdo de voluntades entre las partes, y no por delegación o atribución estatal; especialmente porque la intención de las partes es precisamente renunciar a la intervención estatal para la resolución del conflicto.

Ubicación del precedente: Disponible en:

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/t-069-22.htm>

Consultado el 29 de diciembre de 2025.

PERÚ

**LIMA EXPRESA S.A.C. v. MUNICIPALIDAD
METROPOLITANA DE LIMA. EXPEDIENTE N° 00395-
2024-0-1866-SP-CO-01**

Jhostyn Jeyson Aliaga Espinoza¹⁰ & Lucía Natalia Timaná Quispe¹¹

Fecha: 10 de septiembre de 2025

Corte: Niño Neira Ramos, Martel Chang y Rivera Gamboa

Hechos: Lima Expresa S.A.C. (en adelante, “Limex”) solicitó el reconocimiento ante el Poder Judicial peruano del Laudo Parcial emitido el 9 de enero de 2024 y rectificado el 24 de junio de 2024 (en adelante, el “Laudo”), dictado en el arbitraje CAIP – Caso No. 3286, administrado por la Cámara de Arbitraje Internacional de París, con sede en Francia.

El referido arbitraje se inició a partir de controversias no técnicas derivadas del Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla (en adelante, el “Contrato”). El Contrato fue celebrado en el año 2009 entre la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante, la “Municipalidad”) y Línea Amarilla S.A.C., hoy Limex. En el marco del arbitraje, ambas partes formularon diversas pretensiones, entre ellas, la solicitud de declaración de nulidad del Contrato por causal de fin ilícito y presuntos actos de corrupción.

Las alegaciones de corrupción formuladas por la Municipalidad se vincularon a hechos investigados en sede penal y a la presunta participación del grupo empresarial brasileño OAS, entonces vinculado societariamente a Limex, así como a investigaciones fiscales relacionadas con el proyecto Línea Amarilla y la exalcaldesa Susana Villarán.

El Tribunal Arbitral analizó los medios probatorios ofrecidos por las partes, incluyendo información proveniente de investigaciones penales en curso y antecedentes públicos, y concluyó que no se había acreditado la existencia de actos de corrupción ni el nexo causal necesario entre los hechos alegados y la celebración del Contrato. En consecuencia, desestimó la pretensión de nulidad planteada y procedió a analizar las pretensiones de pago compensatorio e indemnizatorio formuladas por las partes.

Sobre la base de dicho Laudo, Limex solicitó su reconocimiento ante el Poder Judicial peruano, lo que dio origen al proceso de reconocimiento de laudo arbitral extranjero.

Pretensión: El presente proceso de reconocimiento del Laudo fue iniciado por Limex, quien sustentó su pedido en dos argumentos principales: (i) que el Laudo es susceptible de reconocimiento en el Perú, y (ii) que se han cumplido con los requisitos exigidos por la normativa aplicable para dicho reconocimiento.

Primero, al haber sido emitido el Laudo fuera del territorio peruano, Limex sostuvo que este califica como laudo arbitral extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 74.1 del Decreto Legislativo No. 1071 (en adelante, la “Ley de Arbitraje”), el cual dispone:

¹⁰ Estudiante de 6° año de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹¹ Egresada de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Artículo 74.- Normas aplicables. 1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:

a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o

b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o

c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales y Extranjeras (en adelante, la “Convención de Nueva York”) dispone que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral deberá efectuarse conforme a las normas procesales vigentes del Estado donde se solicita el reconocimiento, resultando aplicable la Ley de Arbitraje peruana¹². En ese sentido, sostuvo que el hecho de que el Laudo haya sido emitido en Francia no impedía su reconocimiento y ejecución en el Perú.

Segundo, Limex argumentó que la naturaleza parcial del Laudo no constituye un impedimento para su reconocimiento, en la medida en que la Ley de Arbitraje admite expresamente el reconocimiento de laudos parciales. Para ello, citó el artículo 6 inciso f de dicha norma, conforme al cual la referencia a “laudo” comprende tanto al laudo parcial como al que resuelve de manera definitiva la controversia.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, Limex manifestó haber observado lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Arbitraje, que versa lo siguiente:

Artículo 76.- Reconocimiento. 1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

[...]

Al remitirse al artículo 9 de la referida ley, Limex aseveró que: (i) la solicitud de reconocimiento y el Laudo fueron presentados en idioma español; y (ii) el Laudo fue presentado debidamente apostillado conforme al Convenio de La Haya, que suprime la exigencia de legalización consular de los documentos públicos extranjeros.

Finalmente, Limex sostuvo que el Laudo no incurre en ninguna de las causales de denegatoria previstas en el artículo 75 de la Ley de Arbitraje, afirmando que:

- No hay afectación por incapacidad alguna.
- El convenio arbitral es válido según la ley arbitral francesa.
- Las partes han podido hacer valer sus derechos.
- El Laudo resuelve una controversia dentro de los alcances del convenio arbitral.
- La composición del Tribunal Arbitral y las actuaciones arbitrales se han ajustado al acuerdo de las partes y a la ley aplicable.
- El Laudo no ha sido anulado ni suspendido.
- El objeto de la controversia es susceptible de arbitraje.
- El Laudo no es contrario al orden público internacional.

En relación con las alegaciones de corrupción formuladas por la Municipalidad, Limex desarrolló su argumentación orientada a sostener que el Laudo no vulnera el orden público internacional. Al respecto, señaló que el análisis de

¹² Artículo III de la Convención de Nueva York.

dicha causal debe efectuarse a la luz de tres principios: (i) el principio de excepcionalidad, vinculado al respeto de la cosa juzgada de los laudos dictados en el arbitraje comercial internacional; (ii) el principio de interpretación restrictiva, que impide una ampliación indebida del alcance de esta causal de denegatoria; y (iii) el principio del carácter evidente, conforme al cual el control judicial debe ser mínimo y la infracción al orden público debe resultar manifiesta.¹³

Contestación: La Municipalidad estructuró su oposición a la solicitud de al reconocimiento del Laudo, solicitando que sea declarada infundada, en atención a la causal de contravención del orden público internacional, prevista en el artículo 75 de la Ley de Arbitraje, el artículo V.2.b de la Convención de Nueva York y el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

Sostuvo que el Laudo se funda en un Contrato celebrado en un contexto de corrupción, lo que, a su criterio, vulnera principios esenciales del ordenamiento jurídico peruano, tales como la moralidad pública, la transparencia y la justicia, los cuales integran el contenido del orden público internacional.

En ese sentido, alegó que el Proyecto Línea Amarilla habría sido adjudicado como resultado de sobornos y prácticas ilícitas, circunstancia que viciaría el Contrato desde su origen por ilicitud del fin, impidiendo así que el laudo que lo validara produzca efectos jurídicos en el Perú. Añadió que el reconocimiento del Laudo equivaldría a convalidar actos de corrupción, lo cual resultaría incompatible con los valores fundamentales del Estado peruano.

Asimismo, la Municipalidad destacó que tanto el Laudo materia de la solicitud de reconocimiento como un laudo parcial anterior se encontraban impugnados ante la Corte de Apelación de París, sobre la base de alegaciones de vulneración del orden público internacional por presuntos actos de corrupción, lo que, a su criterio, debía ser considerado por el juez del reconocimiento.

Finalmente, sostuvo que el Tribunal Arbitral no habría valorado adecuadamente los indicios y antecedentes vinculados a los actos de corrupción, al exigir un estándar probatorio excesivo y omitir analizar el nexo causal entre dichos actos y la celebración del Contrato, por lo que el reconocimiento del Laudo tendría efectos lesivos para el interés público y el patrimonio del Estado, generando un precedente negativo para la lucha contra la corrupción.

Decisión: La Primera Sala Civil de la Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró fundada la solicitud de reconocimiento del Laudo presentado por Limex.

Al respecto, la Sala precisó que el proceso de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero tiene un alcance limitado, circunscrito a la verificación de las causales taxativas de denegación previstas en la Ley de Arbitraje y en la Convención de Nueva York, y encontrándose prohibido revisar el fondo de la controversia arbitral. En tal sentido, señaló que no se revisarán los hechos materia de controversia, la interpretación del Tribunal Arbitral ni sus conclusiones.

En ese contexto, la Sala advirtió que las alegaciones de corrupción formuladas por la Municipalidad habían sido expresamente analizadas por el Tribunal Arbitral, el cual concluyó que no se había acreditado la existencia de actos de corrupción ni el nexo causal necesario para declarar la nulidad del contrato de concesión. Dicho extremo no podría ser analizado nuevamente por la Sala por no ser compatible con la naturaleza del presente proceso.

A su vez, la Sala indicó que la sola existencia de investigaciones penales en curso o procesos de anulación del laudo en el extranjero no constituye prueba suficiente de corrupción, ni habilita al juez nacional a denegar el reconocimiento del laudo por razones de orden público internacional.

¹³ Doctrina desarrollada por Limex. Véase páginas 19 y 20 de la Resolución No. 32, resolución materia del presente reseña.

De otro lado, estableció que el Laudo cuya eficacia se solicitaba constituye un laudo arbitral extranjero conforme a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Arbitraje, y recordó que las causales de denegación del reconocimiento previstas en dicha norma y en la Convención de Nueva York son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva.

En consecuencia, concluyó que el reconocimiento del laudo arbitral extranjero no vulnera el orden público internacional, ordenando su reconocimiento ante el Poder Judicial peruano.

Conclusiones¹⁴: El caso analizado permite identificar tres aspectos relevantes en relación con el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en Perú.

En primer lugar, se reafirma el alcance limitado del control judicial en los procesos de reconocimiento, en coherencia con el principio de mínima intervención judicial y con una política legislativa orientada a favorecer la eficacia del arbitraje y la circulación internacional de los laudos¹⁵. Al igual que en los procesos de anulación, el juez del reconocimiento se encuentra circunscrito a verificar la concurrencia de causales taxativas, sin que le sea posible revisar el fondo de la controversia arbitral. En el ordenamiento peruano, esta lógica se refuerza por la coincidencia entre las causales de nulidad y las causales de denegación del reconocimiento, lo que evidencia una clara preferencia por preservar la validez y ejecutabilidad de los laudos arbitrales.

En segundo lugar, el tratamiento del orden público internacional como causal excepcional de denegación revela las dificultades prácticas de su delimitación, particularmente frente a alegaciones de corrupción. Si bien el concepto de orden público ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, su delimitación práctica continúa presentando zonas grises, especialmente en supuestos vinculados a alegaciones de corrupción. Pese a que la interpretación restrictiva adoptada por la Sala resulta coherente con la Convención de Nueva York, el caso evidencia que el análisis del orden público internacional no puede prescindir completamente de una mínima referencia a los hechos y al contexto en que se dictó el laudo, aun cuando dicha referencia no habilite una revisión del fondo.

En tercer lugar, el pronunciamiento resulta particularmente relevante en relación con el tratamiento de las alegaciones de corrupción en sede de reconocimiento. Al señalar que las alegaciones de corrupción fueron analizadas por el Tribunal Arbitral y que no corresponde reexaminar su valoración probatoria en sede de reconocimiento, la Sala desplaza de manera casi absoluta el debate hacia la etapa arbitral y, eventualmente, hacia los procesos de anulación o las investigaciones penales. Este enfoque, si bien es consistente con la arquitectura del sistema de reconocimiento, plantea interrogantes relevantes respecto a los márgenes de reacción del juez nacional cuando hechos posteriores o elementos externos al arbitraje arrojan nuevas luces sobre alegaciones de corrupción. El caso comentado no ofrece una respuesta definitiva a esta tensión, pero sí pone de manifiesto los límites del control judicial en sede de reconocimiento sin desnaturalizar el régimen del arbitraje internacional.

Ubicación del precedente: [Expediente No. 00395-2024-0-1866-SP-CO-0](#)

¹⁴ De los autores.

¹⁵ Hayward, B. (2025). Being arbitration friendly, pro-arbitration, and pro-enforcement: Why the ways in which we evaluate international commercial arbitration need to change. *Arbitration International*, 41 (1), p. 1.

Concesionaria Vial Andina S.A.S. – Coviandina vs. Agencia Nacional de infraestructura – ANI,
expediente CCB N° 144342

VOCES: CONTRATO DE CONCESIÓN APP – COMPETENCIA ARBITRAL – CLÁUSULA
COMPROMISORIA – PACTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE
LAS PARTES – NULIDAD CONTRACTUAL – INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

COLOMBIA

CONCESIONARIA VIAL ANDINA S.A.S. – COVIANDINA VS. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, EXPEDIENTE CCB N° 144342

*Juan Carlos Peña Suárez*¹⁶

Fecha: 25 de julio de 2025

Tribunal: Tribunal Arbitral administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CAC-CCB) constituido por los árbitros, Dr. José Armando Bonivento Jiménez (presidente), Dr. Luis Hernando Parra Nieto y Dr. Manuel José Ignacio Cepeda Espinosa.

Hechos: El caso se refiere a una controversia sometida a arbitraje, administrado por Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. La parte Demandante es CONCESIONARIA VIAL ANDINA S.A.S. -COVIANDINA S.A.S. (en adelante, “COVIANDINA” el “Concesionario”, la “Demandante”, la “Convocante” o la “Demandada en Reconvención”) y la parte Demandada es la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- (en adelante, la “AGENCIA”, la “ANI” la “Demandada”, la “Convocada” o la “Demandante en Reconvención”) y en conjunto “Las Partes”.

La controversia, de naturaleza contractual, tuvo su origen en un conjunto de hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público-Privada de Iniciativa Privada (APP IP) No. 005 de 2015 (en adelante el “Contrato”), puntualmente en lo relativo con la contratación de los seguros (cobertura) de la obra, las aparentes exclusiones impuestas por el mercado asegurador, las afectaciones presentadas en la infraestructura especial y las actuaciones administrativas adelantadas por la ANI frente al cumplimiento de las obligaciones de aseguramiento del concesionario.

En el Laudo Arbitral se reseña que, el 9 de junio de 2015, la ANI y COVIANDINA suscribieron el mencionado Contrato de Concesión, para el desarrollo del proyecto vial denominado “Chirajara – Fundadores”, dividido en siete unidades funcionales, entre ellas la Unidad Funcional de Operación y Mantenimiento (UF 0), correspondiente a una calzada preexistente construida por el anterior concesionario antes de su celebración, respecto de la cual se estableció que COVIANDINA debía realizar obligaciones operación y mantenimiento.

En el Contrato, Las Partes pactaron estipulaciones sobre garantías y cobertura de riesgos, incluyendo la obligación del concesionario de contratar un seguro de daños contra todo riesgo (Sección 12.8 (v) de la Parte General del Contrato) y reglas específicas sobre los Eventos Eximentes de Responsabilidad (Sección 14.2 y 15.1 de la Parte

¹⁶ [Juan Carlos Peña Suárez](#). Abogado egresado de la Universidad Libre (Colombia), especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) y Magister en Arbitraje Internacional de la Universidad de La Rioja – UNIR (España), con amplia experiencia en Defensa Judicial y Extrajudicial y de representación de entidades públicas ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo Colombiana, así como en el marco de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, como Trámites de Amigable Composición y Arbitraje, tanto Nacional (Doméstico) como Internacional (Arbitraje Comercial Internacional) bajo reglamentos ICC y ICDR.

**Concesionaria Vial Andina S.A.S. – Coviandina vs. Agencia Nacional de infraestructura – ANI,
expediente CCB N° 144342**

General del contrato) y los costos de reparación cuando no existiera seguro disponible para determinados bienes, obras o equipos.

A partir de 2019 se presentaron deslizamientos y cierres en el sector del kilómetro 58, identificado como “Infraestructura Especial” o “sitios críticos”, frente a los cuales COVIANDINA adelantó gestiones para activar y actualizar la póliza de obras civiles con Seguros Alfa y, posteriormente, con el intermediario *Delima Marsh*.

De dichas gestiones, COVIANDINA argumentó la imposibilidad de obtener cobertura plena para la Infraestructura Especial Corredor Existente y algunos puentes construidos en su momento por el INVÍAS¹⁷, por decisión de asegurador y reasegurador, lo que llevó a la emisión de pólizas con exclusiones específicas respecto de esos tramos y estructuras, tanto en daños materiales como en lucro cesante, pese a la insistencia del concesionario en lograr coberturas completas para las vigencias 2019–2023 y 2023–2024.

Paralelamente, la ANI formuló observaciones sobre las pólizas y, en agosto de 2021, la Agencia inició un Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual (PASC) contra COVIANDINA por el presunto incumplimiento de las obligaciones de aseguramiento previstas en el contrato. Por su parte, en septiembre de 2021, COVIANDINA notificó a la ANI sobre la configuración de un EER derivado de la imposibilidad de conseguir en el mercado asegurador las coberturas para la Infraestructura Especial y determinados puentes construidos por INVÍAS, solicitud que fue objeto de concepto de la Interventoría del Contrato en octubre de 2021, en el que recomendó no aceptar la configuración del EER, el cual finalmente fue rechazado por la ANI en diciembre de 2022, previa insistencia del Concesionario mediante correspondencia de agosto de 2022.

Pretensión: En términos generales, COVIANDINA solicitó al Tribunal declarara que la no consecución de los amparos de: (i) lucro cesante para la Sección I de la póliza obras civiles, (ii) daños que puedan sufrir los sitios denominados como “Infraestructura Especial Corredor Existente”, (iii) daños que puedan sufrir los denominados puentes INVÍAS con calificación SIPUCOL mayor o igual a 2, para el Contrato de Concesión, se debe a hechos ajenos y no imputables al Concesionario, y/o por los cuales no está llamada a responder, según como quedara demostrado en el proceso.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declarara que COVIANDINA no era responsable por los riesgos que se materializaran como consecuencia de la falta de los amparos para el Contrato de Concesión, anteriormente descritos, por hechos ajenos y no imputables a la Demandante y por los cuales no está llamada a responder, correspondiendo a la Demandada ANI la asunción de sus efectos.

Adicionalmente, solicitó la nulidad de la Sección 12.8 (v) de la Parte General del Contrato de Concesión 005 de 2025, en palabras de la Demandante, por contrariar normas imperativas y de orden público y de manera subsidiaria, la interpretación de dicha Sección, en el sentido de declarar que la ANI no puede exigir al concesionario reparar daños no asegurados a la infraestructura cuando provengan de causas ajenas a éste.

Contestación: La Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante, ANI) propuso, entre otras, la excepción de falta de competencia, argumentando que, conforme a la redacción de la cláusula compromisoria contenida en la Sección 15.2 “Arbitraje Nacional” de la Parte General del contrato y a la figura contractual de “Evento Eximente de Responsabilidad” (en adelante, “EER” o Fuerza Mayor) regulada en la Sección 14.2 de la Parte General del Contrato, este tipo de controversias debían ser resuelto por un panel de amigables componedores, según lo previsto en la Sección 15.1 de la Parte General del contrato y no por el tribunal arbitral.

La ANI se opuso a los argumentos de COVIANDINA señalando, en síntesis, que el Tribunal carecía de competencia parcial frente a las pretensiones relacionadas con hechos ajenos y no imputables invocados por la Demandante por corresponder a presupuestos propios de un EER a la luz de lo regulado en el Contrato y que las

¹⁷ Instituto Nacional de Vías (Colombia)

**Concesionaria Vial Andina S.A.S. – Coviandina vs. Agencia Nacional de infraestructura – ANI,
expediente CCB N° 144342**

diferencias relacionadas con este tema estaban deferidas al mecanismo de la amigable composición; que no se había declarado por parte de la ANI un EER a favor de la Demandante ni se había acreditado un riesgo no asegurable; que las pretensiones carecían de prosperidad por la naturaleza del Contrato de Concesión objeto de debate (uno de APP de IP) y con ocasión a la asunción de riesgos por parte del concesionario; que la obtención de las garantías, incluida la póliza Todo Riesgo Obra Civil – Sección I y su amparo de lucro cesante, era obligación de resultado exclusiva del concesionario como originador de la APP de iniciativa privada; que la planeación, análisis de riesgos geológicos, estado de la infraestructura revertida y mecanismos de mitigación eran de su conocimiento y responsabilidad; que no existían condiciones contractuales como clasificación SIPUCOL o cumplimiento del indicador E15 para excluir coberturas; que cualquier pérdida o daño no amparado debe ser asumido por el concesionario; que lo pretendido buscaba desconocer el procedimiento contractual para declarar EER, eludir un proceso sancionatorio y beneficiarse de su propio incumplimiento; y que no existe causal de nulidad respecto de la Sección 12.8(v) del contrato.

Además, la ANI formuló demanda de reconvención, donde solicitó declarar el Incumplimiento del Contrato por parte del Concesionario, de la obligación de constitución de la póliza Todo Riesgo Obra Civil con los requisitos de suficiencia e idoneidad establecidos en el Contrato.

Decisión: El Tribunal analizó integralmente el contrato, poniendo especial atención en la cláusula compromisoria y en la definición del EER. Concluyó que el núcleo mayoritario de las pretensiones correspondía materialmente a la figura de EER, por lo que el conocimiento sobre las disputas en esa materia estaba reservado al panel de amigables compondores pactado por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, en la Sección 15.1 de la Parte General del contrato.

Por tanto, declaró probada la excepción de falta de competencia respecto de estas pretensiones y de todas las correlativas de la demanda de reconvención de la ANI relacionadas con EER, absteniéndose así de pronunciarse de fondo sobre dichos puntos.

En relación con la pretensión de nulidad, si bien COVIANDINA solicitó que se declarara la nulidad de la Sección 12.8(a)(v) de la Parte General del contrato, que le atribuía la obligación de asumir daños no cubiertos por seguro. El tribunal desestimó la petición de nulidad de dicha sección, al no encontrar una vulneración de norma imperativa ni causal de nulidad absoluta.

Respecto de la pretensión de interpretación, si bien COVIANDINA pidió que se interpretara la cláusula contractual de manera que no se le exigiera asumir daños no cubiertos por causas ajenas a su control, el Tribunal acogió parcialmente esta interpretación y declaró que, si bien la cláusula no impone una obligación ilimitada al concesionario, el análisis de la situación debe someterse al procedimiento y los requisitos previstos en el Contrato para la figura contractual del EER, al mencionar que *“si tales falta de cobertura y pérdidas o daños tienen lugar por causas extrañas, en el entendido que tal concepto de causa extraña está comprendido en el de “Evento Eximente de Responsabilidad”-EER- a que aluden, en los términos ya mencionados, las Secciones 14.2(b)(i) y 14.2(b)(ii)”*, a las que a su vez remite la estipulación convencional objeto de interpretación ...”¹⁸.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: <http://hdl.handle.net/11520/29920>

VOCES: ARBITRAJE DEPORTIVO – MEDIDAS CAUTELARES – RESPONSABILIDAD OBJETIVA – PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

SUIZA

¹⁸ Laudo Arbitral 144342. Pág. 122

CLUB ATLÉTICO PEÑAROL V. CONFEDERACIÓN SUDAMERICANA DE FÚTBOL (CONMEBOL). TAS 2025/A/11216

Nicolás Camilo Maldonado Garcés¹⁹

Fecha: 12 de agosto de 2025

Tribunal: Tribunal Arbitral del Deporte

Hechos: El 30 de octubre de 2024 se disputó el partido de vuelta de las semifinales de la copa Libertadores de América, organizada por la Confederación Sudamericana de Fútbol (“CONMEBOL”) entre el Club Atlético Peñarol (“Peñarol”) y el club Botafogo de Futebol e Regatas (“Botafogo”).

Estaba programado que el encuentro de vuelta se realice en el Estadio Campeón del Siglo, en Uruguay; sin embargo, a raíz de incidentes de violencia ocurridos durante el partido de ida, el Ministerio del Interior de Uruguay prohibió, a pocas horas del evento, la presencia de público visitante en dicho recinto.

Como consecuencia de esta decisión administrativa, y ante la exigencia de la CONMEBOL de garantizar la presencia de público visitante, el partido fue trasladado al Estadio Centenario, sede que el Club Atlético Peñarol no utilizaba como local desde hacía varios años. El cambio de estadio fue formalmente autorizado por la CONMEBOL el día previo al encuentro.

Antes, durante y después del desarrollo del partido se produjeron diversos incidentes atribuibles a aficionados del club local, entre los que constan el uso masivo y reiterado de pirotecnia, focos de incendio que requirieron la intervención del cuerpo de bomberos, la escalada de estructuras del estadio, la invasión de zonas restringidas próximas al terreno de juego y ataques a los buses que transportaban a la delegación del club visitante.

Estos hechos fueron consignados en los informes oficiales del personal de la CONMEBOL, dando lugar a la apertura de un procedimiento disciplinario contra el Club Atlético Peñarol.

Como resultado de dicho procedimiento, la Comisión Disciplinaria de la CONMEBOL impuso diversas sanciones, entre ellas multas económicas y la obligación de disputar tres partidos como local a puerta cerrada en torneos oficiales internacionales.

El Club Atlético Peñarol impugnó dicha decisión ante la Comisión de Apelaciones de la CONMEBOL. Sin embargo, dicho órgano confirmó la sanción y declaró inadmisile la apelación. Posteriormente, el Club acudió en apelación ante el Tribunal Arbitral del Deporte.

Pretensión: El Club Atlético Peñarol impugnó la decisión dictada por la Comisión de Apelaciones de la CONMEBOL antes el TAS y, solicitó medidas cautelares tendientes a suspender la sanción de disputar tres partidos como local a puerta cerrada.

Peñarol sostuvo que las sanciones fueron impuestas sin una adecuada valoración de las circunstancias del caso, respecto al cambio de estadio impuesto a última hora por la autoridad pública, que —según alega— constituyó un

¹⁹ [Nicolás Camilo Maldonado Garcés](#). Asociado en las áreas de Derecho Constitucional y Litigios en Durini & Guerrero Abogados (Ecuador). Abogado por la Universidad San Francisco de Quito y Máster en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Se desempeña como Secretario Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, y es Profesor Adjunto de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Club Atlético Peñarol v. Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). TAS
2025/A/11216

evento de fuerza mayor que limitó su capacidad para desplegar plenamente las medidas de seguridad correspondientes. Así mismo, se determinó que los actos sancionados no generaron lesiones ni afectaron el desarrollo del partido.

Respecto a la solicitud de medidas cautelares, se argumentó que la ejecución inmediata de la sanción podría ocasionar un grave perjuicio deportivo, económico y reputacional, así como incidir directamente en el desarrollo y resultado de la competición al obligar al club a disputar encuentros sin la presencia de su hinchada.

Contestación: La CONMEBOL sostiene que Peñarol es responsable de las infracciones disciplinarias imputadas en virtud del régimen de responsabilidad objetiva aplicable a los clubes por la conducta de sus aficionados. Afirmó que los incidentes ocurridos antes, durante y después del partido —uso masivo de pirotecnia, focos de incendio, invasión del campo de juego, escalada de estructuras y ataques a la delegación visitante— constituyeron infracciones graves y actividades peligrosas.

Argumenta que el cambio de estadio dispuesto por la autoridad pública no exime al club de sus deberes de organización y control ni configura fuerza mayor exculpativa, y destaca la reiteración de conductas similares durante la competición, así como la existencia de advertencias previas, en partidos previos. Añade que las declaraciones públicas del Presidente del club, alentando conductas prohibidas y minimizando las sanciones, agravan la responsabilidad de Peñarol.

Finalmente, sostiene que las sanciones impuestas son proporcionales y persiguen una finalidad disuasoria legítima, por lo que solicita la confirmación íntegra de la decisión recurrida y el rechazo del recurso de apelación y de las medidas cautelares.

Decisión: Respecto a la Jurisdicción del TAS, el Tribunal argumentó que la misma se sustenta en la posibilidad del Código del TAS que establece la posibilidad de presentar una apelación contra la decisión de una entidad deportiva, si los estatutos de dicha entidad o si las partes lo han previsto.

De ahí, que el artículo 62 del Estatuto de la CONMEBOL, que permiten que las decisiones disciplinarias definitivas puedan ser impugnadas el TAS. Verificó, además, que el recurso fue presentado dentro del plazo establecido y cumpliendo los requisitos formales exigidos, por lo que fue declarado admisible. De igual forma, se determinó que ninguna parte objetó la jurisdicción del TAS, por lo que constituye una manifestación inequívoca de sometimiento voluntario al arbitraje. Así mismo, la demanda fue presentada dentro del término establecido en el artículo R49 del Código del TAS y 69.7 del Código Disciplinario, es decir, 21 días.

En cuanto al derecho aplicable, al no existir pacto al respecto, el Tribunal señaló que, de conformidad con el Código de Arbitraje Deportivo, el litigio debe resolverse, primer lugar, conforme a la normativa interna de la CONMEBOL, la cual incluye sus Estatutos, el Código Disciplinario, el Manual de Clubes, el Reglamento de Seguridad, así como los restantes reglamentos dictados por dicha Confederación. En forma subsidiaria, y conforme al domicilio legal de la CONMEBOL —entidad que dictó la Decisión Apelada—, resulta aplicable la legislación de la República del Paraguay.

Previo al análisis del fondo, el Tribunal examinó la solicitud de medidas cautelares presentada por Peñarol, mediante la cual se solicitó la suspensión provisional de la sanción consistente en disputar partidos como local a puerta cerrada.

El Tribunal recordó que la adopción de medidas cautelares está sujeta al cumplimiento de tres requisitos: la existencia de una apariencia razonable de buen derecho (*fumus boni iuris*), la acreditación de un perjuicio irreparable (*periculum in mora*), y una adecuada ponderación de los intereses en juego, incluida la proporcionalidad de la medida solicitada.

Club Atlético Peñarol v. Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). TAS
2025/A/11216

Sin pronunciarse anticipadamente sobre el fondo de la controversia, el Tribunal centró su análisis en el requisito del *periculum in mora*. En este contexto, reconoció expresamente que la sanción de disputar partidos a puerta cerrada puede generar consecuencias económicas y deportivas relevantes para el club sancionado, y admitió que la ausencia de público local podría influir en el desempeño del equipo en el terreno de juego, la motivación del plantel y una pérdida de ingresos por entradas.

No obstante, el Tribunal consideró que tales efectos, aun siendo significativos, no alcanzan el umbral exigido para configurar un perjuicio irreparable. El mero riesgo de no participar en una competencia, aunque pueda representar un perjuicio, no basta por sí solo para configurar un daño irreparable que justifique el otorgamiento de una medida cautelar.

A juicio del Tribunal, el eventual impacto de la sanción en el desarrollo o resultado de los partidos forma parte de los riesgos inherentes al régimen disciplinario aceptado por los clubes participantes en la competición y no constituye, por sí solo, una afectación irreversible de derechos.

El Tribunal subrayó que admitir la suspensión cautelar de sanciones disciplinarias sobre la base de su posible incidencia en el rendimiento deportivo implicaría vaciar de eficacia inmediata al sistema disciplinario. La alegación relativa al daño deportivo en la forma de desventaja competitiva derivada de la falta de público es meramente conjetural y, en dicho momento, no conllevó un perjuicio concreto, inmediato e irreversible que comprometa los derechos deportivos esenciales del club.

Al entrar al análisis de fondo, el Tribunal partió de una premisa central del derecho deportivo: los clubes responden de manera objetiva por la conducta de sus aficionados, con independencia de que exista culpa, y aun cuando las infracciones deriven de actuaciones intencionales o de omisiones negligentes. Desde esa óptica, concluyó que la activación masiva de pirotecnia, la ocupación de zonas restringidas, la escalada de estructuras y los ataques contra la delegación visitante configuraban infracciones típicas y suficientemente acreditadas, cuya gravedad se explica por el riesgo inherente que generan en un evento deportivo de alta concurrencia.

El Tribunal destacó que este régimen de responsabilidad objetiva cumple finalidades preventivas y disuasorias. En consecuencia, rechazó la tesis de Peñarol según la cual la ausencia de lesiones o de una interrupción sustancial del encuentro excluiría o atenuaría la responsabilidad: el sistema disciplinario no se construye sobre el daño consumado, sino sobre la creación de riesgos relevantes para la seguridad y el orden del espectáculo.

Asimismo, el Tribunal desestimó el argumento de fuerza mayor basado en el cambio de estadio ordenado por la autoridad pública. Si bien reconoció que la decisión administrativa pudo generar exigencias logísticas adicionales, consideró que ello no exoneraba al club de sus deberes de organización, prevención y control, en un partido precedido por incidentes.

Un elemento decisivo para graduar la respuesta disciplinaria fue la reincidencia. El Tribunal valoró que el club había sido sancionado por hechos similares a lo largo de la competición y que había recibido advertencias expresas sobre la aplicación de medidas más severas en caso de reiteración. En ese contexto, consideró agravante tanto la persistencia del patrón de conducta como la pasividad institucional frente a hechos visibles y sostenidos, e incluso la conducta de su máxima autoridad, cuyas declaraciones públicas transmitieron un mensaje de tolerancia hacia prácticas prohibidas.

Finalmente, al revisar la proporcionalidad, el Tribunal recordó que su rol no es sustituir el criterio de los órganos disciplinarios, sino controlar que la sanción no sea manifiestamente desproporcionada. A la luz de la gravedad objetiva, la reiteración, las advertencias previas y la finalidad disuasoria —particularmente relevante cuando las multas previas no habían tenido efecto preventivo— concluyó que el cierre del estadio y las multas impuestas se ubicaban dentro del margen razonable de apreciación de la CONMEBOL, por lo que descartó una vulneración del principio de proporcionalidad.

Club Atlético Peñarol v. Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). TAS
2025/A/11216

Con base en las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral del Deporte rechazó la apelación interpuesta por Peñarol y confirmó la decisión recurrida.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

https://www.tas-cas.org/generated/assets/lists/feb900ba-1137-4b78-a9ff-d68af7869087/Laudo_Motivado_11216_for_publication.pdf

Consultado el 24/12/2025.

VOCES: EMERGENCIA ECONOMICA- PODER DE POLICIA- TRATO JUSTO Y EQUITATIVO – EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS – EXPROPIACION INDIRECTA

ARGENTINA

ORAZUL INTERNATIONAL ESPAÑA HOLDINGS S.L. v. ARGENTINE REPUBLIC. CASE NO. ARB/19/25, 2023

*Salma Corbanini Dematteis*²⁰

Fecha: 14 de diciembre de 2023.

Tribunal: Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), integrado por Inka Hanefeld, David R. Haigh y Alain Pellet.

Hechos: Durante la década de 1990, la República Argentina (“la Demandada”) reformó el sector eléctrico, reemplazando el esquema de control estatal por un mercado liberalizado. De este modo, se estableció el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), que, orientado a la competencia y a la atracción de inversión privada, se estructuró sobre la base de precios spot *uniformes* determinados conforme al costo marginal del sistema y la libre contratación de precios y condiciones entre compradores y vendedores de energía.

En 2002, la Demandada sancionó la Ley 25.561 de Emergencia Pública, disponiendo el abandono del régimen de convertibilidad y la pesificación de las obligaciones denominadas en dólares. Estas medidas impactaron negativamente en los distintos eslabones de la cadena de producción eléctrica, especialmente en las empresas generadoras, cuyos costos operativos continuaban mayoritariamente *dolarizados*.

En este contexto de recesión y desinversión, la Demandada modificó el funcionamiento del MEM mediante las Resoluciones 240/03 y 406/03 (“las Resoluciones”), a través de las cuales la Secretaría de Energía modificó la metodología de cálculo del precio spot, causando que este deje de ser uniforme, y restringió la libre contratación entre los agentes.

En este marco regulatorio ya modificado, Orazul International España Holdings S.L. (“la Demandante”), sociedad de capitales españoles, adquirió en 2003 una participación indirecta en una sociedad argentina titular de las generadoras eléctricas “Central Térmica Alto Valle” e “Hidroeléctrica Cerros Colorados S.A.”. La Demandante consideró afectada su inversión en tanto las Resoluciones, que habían sido presentadas por el Estado como *parciales y transitorias*, se prorrogaron en el tiempo y alteraron de manera permanente el funcionamiento del MEM.

Pretensión: La Demandante alegó que la Demandada violó múltiples obligaciones asumidas en virtud del TBI España–Argentina. En particular, sostuvo que la Demandada incumplió el estándar de trato justo y equitativo (*TJE*) al frustrar sus expectativas legítimas de retorno al régimen del MEM vigente con anterioridad a la crisis de 2001. Según la Demandante, dicha expectativa encontraba sustento en los principios consagrados en la Ley de la Electricidad, entre ellos, la obligación de una tarifa *uniforme* basada en el costo económico del sistema²¹. Finalmente, reclamó que la Demandada expropió indirectamente su inversión al negarse a pagar acreencias pendientes y al obligarla a invertir en el FONINVEMEM²² para evitar mayores pérdidas. Reclamó una indemnización por USD 667,3 millones más intereses y costas.

²⁰Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía en la Universidad de Buenos Aires (UBA), con orientación en derecho empresarial y tributario. Tax Paralegal en Marval O’Farrell & Mairal. Ayudante alumna de la materia Elementos de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía. Ex-competicadora del equipo representativo de la UBA en la Competencia Internacional de Arbitraje (CIA).

²¹Véase art. 36 de la Ley 24.065 (Ley de la Electricidad).

Contestación: En primer lugar, la Demandada opuso excepción de incompetencia, invocando los institutos del estoppel, prescripción liberatoria y buena fe. En cuanto al fondo, negó que se hubieran frustrado expectativas legítimas: sostuvo que estas no integran el contenido del estándar TJE y que, aun si lo hicieran, no pueden configurarse sin la existencia de promesas específicas e inequívocas del Estado. Agregó que las leyes de carácter general, como la Ley de la Electricidad, por su propia naturaleza, pueden evolucionar y no constituyen compromisos específicos frente al inversor. Respecto de la expropiación, afirmó que no se configuró una interferencia sustancial sobre derechos de propiedad, sino una mera pérdida de valor. Afirmó que las medidas se encontraban amparadas por el ejercicio legítimo del poder de policía estatal.

Decisión: El Tribunal, luego de declararse competente, rechazó la demanda sobre la base de las siguientes consideraciones:

I. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO – EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

El Tribunal consideró que la expectativa de la Demandante de restablecer el marco regulatorio previo a la crisis era meramente subjetiva, y no constituía una base suficiente para configurar una expectativa legítima. Para ello, se fundó en que, al momento de la inversión, las condiciones estaban signadas por la crisis y la inestabilidad económica. Agregó que, aún si se admitiera la existencia de tal expectativa, esta carecería de fundamento, ya que la Ley de Electricidad no preveía una garantía de estabilidad de las condiciones vigentes durante la década de 1990.

II. EXPROPIACIÓN

El Tribunal sostuvo que los derechos invocados por la Demandante con fundamento en la Ley de Electricidad, como la percepción de un precio spot uniforme, no eran susceptibles de expropiación, en tanto no se había demostrado que estuvieran comprendidos en la definición de inversión del TBI ni que revistieran la naturaleza de un derecho de propiedad. Asimismo, destacó que la inversión continuó operando y generando una rentabilidad anual positiva significativa, lo que impide tener por configurada una apropiación sustancial de la misma, elemento central para la existencia de una expropiación.

Disidencia: El coárbitro David R. Haigh disintió de la decisión mayoritaria. A su juicio, la cuestión central no radicaba en analizar las expectativas legítimas de la Demandante, sino en determinar si el Estado debía restablecer el régimen previo a las medidas calificadas como transitorias. Consideró que la reiterada caracterización de dichas medidas como temporales podía ser entendida como una promesa específica del Estado, cuya inobservancia configuró una violación del estándar de TJE.

Ubicación del precedente: Disponible [aquí](#).

VOCES: MANIFIESTA FALTA DE MÉRITO JURÍDICO – JURISDICCIÓN DEL CIADI – EXISTENCIA DE INVERSIÓN – CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE

²² La participación en el *Fondo para Inversiones Necesarias que Permitan Incrementar la Oferta de Energía Eléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista* (FONINVEMEM) obligaba a las empresas suscriptoras a aceptar todos los puntos detallados en el Acta de Adhesión. En la práctica, la falta de adhesión impedía a las empresas generadoras percibir las acreencias correspondientes a períodos anteriores.

NURHIMA KIRAM FORNAN Y OTROS C. REINO DE ESPAÑA. CASO CIADI No. ARB/24/45. LAUDO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2025

Soledad Huaman Olivo²³

Fecha: 6 de noviembre de 2025.

Tribunal: Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), integrado por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidenta), Stephan Schill y Alexis Mourre.

Hechos: Los Demandantes, nacionales de Filipinas y miembros de la Familia Real de Sulu, alegan ser sucesores del Sultán de Sulu, quien en 1878 celebró un acuerdo de arrendamiento de determinados territorios en Borneo Septentrional a cambio de un pago anual. Sostienen que Malasia, como sucesora del arreglo, dejó de realizar dichos pagos en 2013, motivo por el cual los Demandantes intentaron activar la cláusula arbitral ad hoc del Acuerdo de 1878.

Dado que la cláusula no preveía sede ni ley aplicable y la autoridad nominadora original ya no existía, los Demandantes acudieron al Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) para que designara un árbitro único, apoyándose en normas de la Ley de Arbitraje española; en ese marco, el Ministerio de Asuntos Exteriores intervino en actuaciones vinculadas a la notificación a Malasia.

El TSJM nombró al Dr. Gonzalo Stampa, quien fijó inicialmente la sede en Madrid y dictó un laudo preliminar afirmando jurisdicción; sin embargo, tras impugnaciones de Malasia, el propio TSJM anuló el nombramiento por considerar defectuosa la notificación y ordenó reiniciar el procedimiento.

Ante ese escenario, el arbitraje se reubicó en París y el Dr. Stampa dictó en 2022 un Laudo Final que reconoció a los Demandantes una indemnización que, con intereses, ascendía a aproximadamente USD 18.000 millones. Posteriormente, autoridades españolas iniciaron un proceso penal contra el árbitro (con condena confirmada en 2024), y los Demandantes afirman que esa actuación y otras conductas estatales afectaron sus derechos derivados del Laudo Final, lo que dio lugar al presente arbitraje CIADI contra España al amparo del TBI España-Filipinas.

Pretensión: Los Demandantes alegaron violaciones al TBI España-Filipinas por actuaciones de autoridades españolas vinculadas al arbitraje ad hoc derivado del Acuerdo de 1878. Como remedio, solicitaron el valor total del Laudo Final, con intereses, compensado por cualquier monto que pudiera recuperarse mediante su ejecución en otros lugares, además de costas.

Contestación: El Reino de España sostuvo que los Demandantes no habían demostrado manifiestamente la existencia de una inversión en los términos del Artículo 1(1) del TBI y que, por ello, la controversia quedaba fuera de la jurisdicción del CIADI, correspondiendo acoger la objeción planteada bajo la Regla 41.

En esa línea, puntualizó que en la Solicitud de Arbitraje los Demandantes no identificaron una inversión específica, solo se limitaron a señalar que habían solicitado al Tribunal Superior de Justicia de Madrid la selección de un árbitro

²³ Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Asociada del área de Litigios y Arbitraje del Estudio Jurídico RVM Legal. Con experiencia en arbitrajes comerciales, de inversión y contrataciones con el Estado ante instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Cuenta con la Especialización en Legislación Minera por la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es miembro de Young ITA y Young ICCA, coentrenadora del Equipo Moot de Arbitraje de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, y asistente de cátedra en cursos de arbitraje en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nurhima Kiram Fornan y otros c. Reino de España. Caso CIADI No. ARB/24/45. Laudo de 6 de noviembre de 2025

en enero de 2018, y que recién a requerimiento de la Secretaría General del CIADI intentaron calificar como inversión tanto el dinero desembolsado en honorarios legales vinculados al proceso judicial español para el nombramiento del árbitro como su interés monetario en el Laudo Final, invocando el Artículo 1(1)(c) del TBI.

Sobre esa base, el Reino de España afirmó que ambos conceptos quedaban manifiestamente fuera del alcance de la definición del tratado. Respecto de los honorarios legales, alegó que se trataba de gastos y no de derechos, que no se realizan con el fin de crear valor económico, sino para permitir la participación en procedimientos judiciales, los cuales no generan valor económico por sí mismos, de modo que no cabía tratarlos como inversiones protegidas.

En cuanto al interés monetario en el Laudo Final, señaló que se trataba, en esencia, de una reclamación de pago derivada de un arreglo comercial y que, en todo caso, no constituía una inversión en España conforme exige el TBI, dado que los derechos subyacentes se referían a Borneo Septentrional y sus alrededores, no al territorio español, y además España no fue parte del Acuerdo de 1878 ni del arbitraje subyacente.

Con ello, concluyó que el Tribunal debía declarar la falta de jurisdicción y estimar la objeción del Reino de España conforme a la Regla 41.

Decisión:

I. ALCANCE DEL LAUDO

El Tribunal precisó que el laudo se limita a resolver la objeción del Reino de España presentada conforme a la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, mediante la cual se solicitó la desestimación de las reclamaciones por manifiesta falta de mérito jurídico.

II. REGLA 41 Y ESTÁNDAR APLICABLE

El Tribunal estableció que la Regla 41 permite desestimar anticipadamente reclamaciones que resulten inequívocamente infundadas, bajo un umbral elevado, asumiendo como probados los hechos alegados por los Demandantes y evaluando si, aun así, existe una base jurídica defendible. Indicó también que el análisis se centra en impedimentos jurídicos y no en controversias probatorias, y que la novedad del planteamiento no impide su desestimación si carece manifiestamente de sustento.

III. FALTA MANIFIESTA DE UNA INVERSIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL TBI

El Tribunal concluyó que, aun presumiendo ciertos los hechos alegados por los Demandantes, era manifiesto que las dos “inversiones” invocadas no cumplían los requisitos del TBI.

Primero, determinó que el dinero gastado en honorarios legales no puede calificarse como un “activo” de los Demandantes, sino como un gasto, por lo que resulta manifiestamente insusceptible de constituir una inversión; añadió que, incluso si esos pagos pudieran haber generado un derecho a recibir servicios legales, la controversia no se refería a ese eventual derecho y, según lo alegado, los servicios se prestaron.

Segundo, respecto del interés monetario en el Laudo Final, sostuvo que no podía calificar como inversión en el territorio de España. Para arribar a esa conclusión, señaló que la llamada teoría de la cristalización solo ha sido considerada cuando el laudo se encuentra vinculado a una operación subyacente que ya constituye una inversión en el Estado receptor, circunstancia que aquí no se verificaba, pues el Acuerdo de 1878 y la transacción subyacente no configuraban una inversión en España.

Añadió que, incluso si se asumiera la existencia de una inversión, los factores de conexión invocados resultaban insuficientes para localizar el laudo en territorio español y, en todo caso, observó que, según los hechos alegados, el Laudo Final fue dictado en Francia.

IV. CONSECUENCIA JURISDICCIONAL

Con base en lo anterior, el Tribunal determinó que no se cumplía el requisito jurisdiccional de la existencia de una inversión a tenor del TBI, lo que implicaba ausencia de consentimiento de los Estados contratantes para someter esta controversia a arbitraje y, por ende, también la falta del consentimiento exigido por el Artículo 25 del Convenio del CIADI. En esas circunstancias, señaló que podía prescindir de analizar si los supuestos intereses también fallaban como inversión bajo el Convenio del CIADI.

V. COSTOS

En materia de costas, el Tribunal consideró que el resultado del procedimiento justificaba una condena de costos a favor del Reino de España. Dispuso que los Demandantes asuman sus propios costos y paguen al Reino de España los montos correspondientes a la porción del Demandado de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y de los cargos administrativos del CIADI, así como los costos de representación legal incurridos por el Reino de España. Finalmente, rechazó la reclamación de intereses del Reino de España por no haber sido sustentada.

VI. PRONUNCIAMIENTO FINAL

El Tribunal decidió que las reclamaciones carecían manifiestamente de mérito jurídico y las desestimó conforme a la Regla 41; ordenó a los Demandantes pagar al Reino de España los conceptos de costos indicados; y rechazó la reclamación de intereses.

Disidencia: No hubo disidencia.

Ubicación del precedente: Disponible en:

<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/24/45>

III. NORMATIVA

ARGENTINA¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
El régimen argentino en materia de medidas cautelares dentro del arbitraje internacional se estructura sobre dos pilares normativos: • El Código Civil y Comercial de la Nación, art. 1655. • La Ley 27.449, arts. 38 y 39 (y concordantes). Ambas normas reconocen la potestad cautelar del tribunal arbitral y regulan su articulación con la jurisdicción estatal. El art. 39 de la Ley 27.449 adopta una definición amplia de medida cautelar, entendida como toda decisión temporal —dictada en cualquier momento previo al laudo final— destinada a: - Mantener o restablecer el statu quo en espera de que se dirima la controversia; - Prevenir daños actuales o inminentes o evitar menoscabo al procedimiento arbitral. - Preservar bienes para garantizar la ejecución del laudo. - Conservar prueba relevante.	El tribunal arbitral, como principio general, salvo acuerdo de partes, tiene la facultad de disponer medidas cautelares. El fundamento jurídico central que respalda la atribución de esta facultad a los árbitros radica en que, si la ley les ha conferido plena jurisdicción para resolver controversias de manera definitiva y con autoridad de cosa juzgada, resulta lógico reconocerles también la potestad de dictar medidas cautelares respecto de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en tanto tales medidas revisten carácter accesorio y se encuentran directamente vinculadas con la decisión principal que deben adoptar. Medidas cautelares dictadas por el tribunal. La Ley 27.449 establece además: Art. 61. El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones	En cuanto a los requisitos específicos de las medidas cautelares, debe acreditarse la verosimilitud del derecho que se invoca ("<i>fumus bonis juris</i>") y el peligro probable que la tutela jurídica que el actor aguarda en la sentencia definitiva no pueda —en los hechos— hacerse efectivo ("<i>periculum mora</i>"). Si bien el CCCN no enumera expresamente los requisitos, la Ley 27.449 —siguiendo estándares internacionales— exige que la parte solicitante demuestre: • Probabilidad razonable de éxito en el fondo (equivalente a la verosimilitud del derecho). • Riesgo de daño no adecuadamente resarcible si no se concede la medida (peligro en la demora). • Proporcionalidad o balance de perjuicios. Asimismo, tanto el art. 1655 CCCN como la Ley 27.449 facultan al tribunal a exigir caución o garantía suficiente al solicitante (contracautela). Por otra parte, se ha sostenido que los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares no operan de manera aislada, sino interrelacionada, de modo que cuanto mayor sea el grado de verosimilitud del derecho invocado, menor podrá ser la exigencia en la acreditación del peligro en la demora, y viceversa. Tipos:	La Ley 27.449 establece un régimen específico para el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas en el marco del arbitraje internacional. En primer lugar, dispone que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral será reconocida como vinculante y, salvo disposición en contrario, ejecutada a pedido de parte ante el tribunal competente, cualquiera sea el Estado en que haya sido dictada. Asimismo, la parte que solicite u obtenga su reconocimiento o ejecución debe informar sin demora cualquier revocación, suspensión o modificación posterior. El tribunal judicial que intervenga podrá exigir garantía adecuada cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado sobre ella o cuando resulte necesaria para proteger derechos de terceros. El reconocimiento o ejecución solo podrá denegarse por causales taxativas, tales como la existencia de motivos similares a los previstos para la denegación del reconocimiento de laudos, el incumplimiento de la garantía exigida, la revocación o suspensión de la medida, o su incompatibilidad con las

¹¹ Nicole Elizabeth Teren. Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Argentina

El sistema adopta así una concepción funcional y flexible, alineada con la Ley Modelo UNCITRAL.	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 internacional.	1. Medidas de mantenimiento o restablecimiento del statu quo: conservan la situación existente hasta que se dicte el laudo. Ej.: orden de no innovar; suspensión de ejecución contractual; continuación provisoria de una relación jurídica. 2. Medidas de prevención de daño o protección del procedimiento arbitral: evitan un daño actual o inminente o actos que puedan frustrar el arbitraje. Ej.: orden de abstenerse de rescindir un contrato; prohibición de ejecutar una garantía; orden de no iniciar procesos paralelos. 3. Medidas de aseguramiento o preservación de bienes: garantizan la eficacia del eventual laudo. Ej.: embargo preventivo; inhibición general de bienes; secuestro; congelamiento de activos 4. Medidas de preservación de prueba: aseguran elementos probatorios relevantes para la controversia. Ej.: conservación de documentación; peritajes anticipados; inspecciones técnicas; orden de no destruir registros. 5. Medidas preliminares (excepcionales): pueden dictarse sin audiencia previa (ex parte). Son temporales y de duración limitada.²	facultades del tribunal requerido. Finalmente, la ley aclara que el control judicial se limita exclusivamente a verificar la procedencia del reconocimiento y ejecución, sin que el tribunal pueda revisar el contenido de la medida cautelar.
--	---	---	--

²Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), Art. 1655.

Caivano, Roque J., “El inicio del arbitraje y sus efectos”, La Ley 04/07/2025, p. 7, disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.medyar.org.ar/roque-caivano-laley-4-7-25.pdf](https://www.medyar.org.ar/roque-caivano-laley-4-7-25.pdf)

Landi, Osvaldo A., “Arbitraje y Medidas Cautelares”, SAIJ (2004), p. 3, disponible en https://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf040076-landi-arbitraje_medidas_cautelares.htm?bsrc=ci#

Ley 27449 de Arbitraje Comercial Internacional (Argentina).

Rivera Julio C., “La Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Argentine Law of International Commercial Arbitration”, Revista Derecho & Sociedad. Vol. 52, 2019, p. 249.

Simone María M. – Herrera Albriou María L. – Medina Sonia R., Arbitraje Comercial Internacional, Biblioteca Fundación ICBC, 2019, p. 7, disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://biblioteca.fundacionicbc.edu.ar/images/0/0d/FUNDACION_ARBITRAJEMAYO.pdf](https://biblioteca.fundacionicbc.edu.ar/images/0/0d/FUNDACION_ARBITRAJEMAYO.pdf)

BOLIVIA¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
Ley 708 de Conciliación y Arbitraje. Ley de 25 de junio de 2015.	Art. 84. El árbitro único o tribunal arbitral, podrá ordenar las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto de la controversia. Asimismo, puede exigir a la parte que solicita las medidas cautelares una contra cautela adecuada. Ahora bien, es importante resaltar que, en caso que exista un acuerdo expreso entre las partes en la cláusula o convenio arbitral, se habilita la figura del árbitro de emergencia. Art. 67. El árbitro de emergencia, podrá resolver la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares acordadas. Asimismo, en el mismo artículo la Ley prevé que las medidas cautelares también puedan solicitarse a una autoridad judicial. Art. 67. Parágrafo vi., las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares urgentes a una autoridad judicial en cualquier momento.	El árbitro único o autoridad ordenará las medidas cautelares respecto del objeto de la controversia. Asimismo, observará que no exista exclusión expresa de las partes respecto de esas medidas. De igual forma, el tribunal arbitral o árbitro único podrá mantener, modificar, dejar sin efecto o anular lo dispuesto por el árbitro de emergencia. En el caso que se encuentre habilitada la figura del árbitro de emergencia, la parte solicitante deberá dirigir su solicitud al Centro administrador señalando la cláusula que contenga la manifestación de voluntad de las partes de someterse al árbitro de emergencia. Así como la indicación de las medidas cautelares exponiendo las razones que justifiquen su aplicabilidad previa a la constitución del tribunal arbitral o árbitro único. (Art. 68) Las medidas cautelares únicamente podrán recaer sobre bienes, derechos y obligaciones de las partes. Las cuales, caducarán de pleno derecho si no se formaliza la solicitud de arbitraje en el término de quince días.	Art. 85. En caso que no se ejecuten las medidas cautelares dispuestas por el Árbitro Único o por el Tribunal Arbitral, la parte interesada podrá solicitar a la autoridad judicial competente, el auxilio judicial para la ejecución de las medidas. En consecuencia, en un plazo máximo de cinco días, la autoridad competente deberá admitir la solicitud. Salvo que la medida solicitada sea contraria al orden público, la autoridad judicial se limitará a cumplir la solicitud, sin pronunciarse sobre su procedencia ni admitir oposición o recurso alguno. En caso que las medidas cautelares fueran otorgadas por el árbitro de emergencia, a través de una resolución, se remitirá lo dispuesto a la autoridad privada o pública para su cumplimiento, en el plazo de tres días, si se trata de medidas que no requieran auxilio judicial. En caso que se requiera el auxilio judicial, la autoridad se limitará a cumplir la solicitud sin pronunciarse sobre su procedencia, ni admitirá oposición o recurso alguno. La resolución del árbitro de emergencia quedará sin efecto cuando: i) el tribunal arbitral así lo determine; ii) concluya el arbitraje de modo extraordinario; o, iii) no se haya presentado la solicitud de arbitraje en el plazo establecido.²

¹ María Fernanda Rojas Sangüesa. Sub gerente del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, árbitro, fundadora de Warmi Arbitration Bolivia, docente de pre grado y post grado de Arbitraje y difusora de los MASC a través de su propia marca digital Warmi Attorney MFRS.

² Ley 708 de 25 de junio de 2015. Ley de Conciliación y Arbitraje (Bolivia).

Brasil

--	--	--	--

BRASIL¹

¹ Nicole Elizabeth Teren. Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
La nueva Ley 13.129 altera la Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996 y la Ley 6.404, de 15 de diciembre de 1976, para ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje y prever la selección de los árbitros cuando las partes recurran a un órgano arbitral, la interrupción del plazo de prescripción por la institución del arbitraje, la concesión de medidas cautelares y urgentes en casos de arbitraje, la carta arbitral y el laudo arbitral, y deroga disposiciones de la Ley 9.307, de 23 de septiembre de 1996. En materia de medidas cautelares, la Ley 9.307/1996 contemplaba únicamente la facultad de solicitarlas ante el tribunal arbitral, sin pronunciarse expresamente sobre la posibilidad de requerirlas directamente ante el Poder Judicial. Asimismo, la norma guardaba silencio respecto de aquellas medidas cuya necesidad surgiera con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral. Actualmente, la Ley 13.129 dispone: Art. 22-A. Antes de instituirse el arbitraje, las partes podrán	• Antes de constituir el tribunal arbitral: El acceso a las medidas provisionales se obtiene ante tribunales judiciales. Esto protege los derechos de las partes y preserva la utilidad del arbitraje. Si se otorga, la parte interesada debe solicitar la constitución del arbitraje en un plazo determinado para que la medida no pierda vigencia. • Después de constituido el tribunal arbitral: El tribunal tiene competencia exclusiva para decidir sobre medidas cautelares y provisionales. Puede confirmar, modificar o revocar las medidas concedidas por los tribunales estatales antes de su constitución. El modelo de competencia exclusiva de los árbitros no se adopta en ninguna legislación nacional y, en la actualidad, es meramente teórico. De hecho, resultaría extraño que los ordenamientos jurídicos estatales renunciaran por completo a la función de velar por las situaciones de urgencia, atribuyéndola a la jurisdicción privada elegida por las partes. Brasil constituye otro	Requisitos: • La existencia de un daño eventual o del riesgo de que el proceso principal resulte ineficaz para satisfacer el interés invocado por la parte, en razón del <i>periculum in mora</i>, el cual debe ser objetivamente verificable. -La verosimilitud del derecho material alegado por quien solicita la tutela cautelar, esto es, la acreditación del <i>fumus boni iuris</i>. Sin perjuicio de los presupuestos generales de la acción —legitimación en la causa, interés procesal y posibilidad jurídica del pedido—, la procedencia de la medida cautelar requiere asimismo la acreditación del <i>fumus boni iuris</i> y del <i>periculum in mora</i>. Las medidas cautelares pueden clasificarse en tres grandes categorías: a) Según su finalidad: pueden destinarse a asegurar bienes (para preservar la posibilidad de una futura ejecución), asegurar personas (para atender necesidades urgentes, como una custodia provisoria) o asegurar pruebas (para garantizar elementos que serán utilizados en el proceso). b) Según su tipicidad: el sistema brasileño reconoce medidas cautelares típicas o nominadas, previstas expresamente en el Código de Procedimiento Civil, y medidas atípicas o	En el ámbito del arbitraje comercial internacional, las medidas cautelares adquieren una relevancia aún mayor, dado que intervienen partes pertenecientes a distintos Estados, lo que incrementa significativamente los riesgos procesales y patrimoniales. En este contexto, se destaca que tales medidas deben adoptarse con carácter urgente, especialmente frente a situaciones como la posible destrucción de pruebas o la ocultación y traslado de bienes indispensables para satisfacer una eventual obligación, los cuales con frecuencia se encuentran en un país diferente de aquel donde se sustancia el arbitraje. En este sentido, la norma arbitral interna, aunque redactada de manera escueta, habilita al árbitro o al tribunal arbitral a conceder medidas cautelares dentro del proceso arbitral. Su competencia comprende el dictado de la medida cuando se acreditan los presupuestos correspondientes, mientras que la intervención del Poder Judicial se limita únicamente a su ejecución forzosa, en caso de ser necesaria, sin que ello implique revisar el fondo de lo decidido por el tribunal arbitral. Las decisiones extranjeras requieren el control del Poder Judicial brasileño para poder ejecutarse en el país. En materia cautelar, el trámite se vuelve aún más complejo, pues la medida debe obtener primero eficacia en el Estado de origen y luego someterse al reconocimiento en Brasil, atravesando en la práctica un doble exequátur antes de su ejecución. Este mecanismo genera mayores

recurrir al Poder Judicial para el otorgamiento de medidas cautelares o urgentes. La medida cautelar o urgente deja de surtir efecto si la parte interesada no solicita la iniciación del arbitraje dentro de los 30 (treinta) días, contados a partir de la fecha en que la decisión respectiva entre en vigor. Art. 22-B. Instituido el arbitraje, será responsabilidad de los árbitros mantener, modificar o revocar cualquier medida cautelar o urgente otorgada por el Poder Judicial. Una vez instituido el arbitraje, cualquier medida cautelar o urgente deberá solicitarse directamente a los árbitros.	ejemplo de competencia coordinada entre la jurisdicción estatal y arbitral para conceder medidas cautelares. Tal como lo establecen los arts. 22-A, 22-B y 22-C de la Ley 13.129.	innominadas, que pueden otorgarse en virtud del Poder General de Precaución. c) Según el momento en que se solicitan: pueden ser preparatorias, cuando se presentan antes de la demanda principal, o incidentales, cuando se plantean durante el desarrollo del proceso.	niveles de judicialización y dependencia de la legislación del lugar del arbitraje, lo que ha dado lugar a diversas propuestas doctrinarias sin que exista todavía una solución uniforme. Entre ellas, se sugiere ampliar el alcance de la carta rogatoria para abarcar también las medidas cautelares extranjeras. Entre las alternativas propuestas, se plantea una reforma legislativa destinada a incorporar en la Ley de Arbitraje la posibilidad de reconocer y ejecutar en el territorio nacional las medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros, mediante un procedimiento directo ante el STJ. En este esquema, tanto las medidas cautelares provenientes de órganos judiciales como arbitrales del exterior deberían someterse al trámite de exequátur ante dicho tribunal para que puedan desplegar plenamente sus efectos en el país².
--	--	--	--

CHILE¹

²BITTAR Neves Flávia – SAHB BATISTA LOPES, Christian, “Medidas Cautelares em Arbitragem”, en CARMONA, LEMES, MARTINS (Coord.), “20 Anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz”, Ed. Atlas, São Paulo (Brasil), 2000, pp. 451–472.

DA COSTA MANSO REAL AMADEO, Rodolfo – CARVALHO, Thomas A., “Las Modificaciones a la Ley Brasileña de Arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N° 7, 2015, p. 364.

FERNÁNDEZ, Michael A. – FAVERO VAUGHN, Gustavo – FIGUEIREDO PONZINI, Fernando, “Provisional Measures in Aid of Arbitration in Brazil”, *The American Review of International Arbitration, Columbia Law School* 09/01/2023, disponible en https://aria.law.columbia.edu/provisional-measures-in-aid-of-arbitration-in-brazil/?utm_source=chatgpt.com&cn-reloaded=1

Ley 9307 de Arbitraje de Brasil.

SANCHEZ SILVA LUIZON, Andressa, “As Medidas Cautelares no Processo Arbitral Brasileiro”, Repositório Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, pp. 12-92, disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/33373/1/Andressa%20Sanchez%20Silva%20Luizon.pdf>

¹¹ María Fernanda Rojas Sangüesa. Sub gerente del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, árbitro, fundadora de Warmi Arbitration Bolivia, docente de pre grado y post grado de Arbitraje y difusora de los MASC a través de su propia marca digital Warmi Attorney MFRS.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
Ley 19971, de arbitraje comercial internacional. Ley 1552. Código de procedimiento civil.	En el caso de arbitrajes comerciales internacionales, la autoridad competente es: Art. 17.- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares. En el caso de arbitrajes domésticos/nacionales, la autoridad competente para otorgar medidas cautelares es el árbitro o tribunal arbitral, art. 635.	Art. 9°.- Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal. No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.	En ambos casos, arbitraje nacional o internacional, corresponde al árbitro ordenar su ejecución. Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, se debe recurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de las medidas.²

²Ley 19971 de Arbitraje Comercial Internacional (Chile).
Ley 1552. Código de Procedimiento Civil (Chile).

COLOMBIA¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
La normativa aplicable es la Ley 1563 del 2012, la cual adopta varias de las disposiciones de la Ley Modelo CNUDMI. Las disposiciones relevantes se encuentran en el Capítulo V de la Ley desde el artículo 80 – 90.	Tribunal arbitral.	¿Qué medidas se admiten? Con base en el artículo 80 de la Ley se admiten medidas cautelares: - Que mantengan o reestablezcan el estatus quo en espera de que se dirima la controversia - Para impedir un daño presente o inminente o el entorpecimiento del procedimiento arbitral o abstenerse de realizar actos que ocasionen tal daño - Preservar bienes cuya conservación permita ejecutar el laudo - Preservar elementos de prueba que sean pertinentes y relevantes para resolver la controversia ¿Qué condiciones se exige? Para decretar la medida cautelar, se debe tener en cuenta: - La legitimación o interés para actuar de las partes - La existencia de la amenaza o la vulneración del derecho - Apariencia de buen derecho - Necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida. la conducencia, pertinencia, razonabilidad y	¿Cómo se hacen efectivas las medidas? Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada. Para este efecto, la autoridad judicial procederá a la ejecución en la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas. La parte que solicite o haya obtenido de la autoridad judicial la ejecución de una medida cautelar deberá informarle a la autoridad judicial toda revocación, suspensión o modificación que de aquella disponga el tribunal arbitral.²

¹ Stefanny Barona B. Asociada en la firma BACLAW. Abogada por la Universidad Hemisferios. Master en Compliance por la IMF Business School y la Universidad Camilo José Cela. Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona. Diplomado en Derecho Deportivo por la Universidad Austral. Curso de arbitraje deportivo por ARBANZA. Cursando la carrera de psicología en la UIDE.

² Ley 1563 de 2012 de Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Colombia).

Costa rica

		oportunidad de la medida cautelar.	
--	--	---------------------------------------	--

COSTA RICA²

² Martín Zambrano Villavicencio, Profesional en Libre Ejercicio, Abogado por la Universidad Hemisferios (Ecuador), I.L.M. en Arbitraje, Litigios y Contratos Internacionales con concentración en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina); y, Mediador acreditado por el Colegio Ecuatoriano de Mediadores.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
Ley de Arbitraje y Mediación. ³	El dictamen de medidas cautelares conforme a lo dispuesto en los artículos 17 y 17-J de la Ley de Arbitraje y Mediación, corresponde, de manera exclusiva, al tribunal arbitral, salvo que las partes hayan pactado expresamente lo contrario y designado a una autoridad distinta para su adopción. Asimismo, el tribunal arbitral goza de la misma competencia para ordenar medidas cautelares en apoyo de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se desarrollen dentro o fuera del territorio de su jurisdicción. Dicha competencia será ejercida conforme a los propios procedimientos y, en el caso del arbitraje internacional, se adecuará a las particularidades y características específicas de la jurisdicción donde fueren a ser aplicadas. De la misma forma, cuando así corresponda y salvo pacto expreso en contrario entre las partes, conforme a lo previsto en el artículo 17-B de la Ley de Arbitraje y Mediación, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal arbitral, conjuntamente con la medida cautelar, la adopción de una orden preliminar, incluso sin notificación previa a la contraparte. Mediante dicha orden, el tribunal dispondrá que la parte destinataria se abstenga de realizar actos que puedan	Por medida cautelar debe entenderse toda disposición de carácter temporal, adoptada de manera motivada, cuya finalidad es prevenir afectaciones que puedan comprometer el desarrollo, eficacia o resultado del proceso arbitral. En tal sentido, de conformidad con el artículo 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el tribunal arbitral se encuentra facultado para ordenar a cualquiera de las partes que: 1. Mantenga o restablezca el <i>status quo</i> hasta que la controversia sea resuelta; 2. Adopte medidas destinadas a impedir la producción de un daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o bien se abstenga de ejecutar actos que razonablemente puedan ocasionar dicho daño o afectación al procedimiento; 3. Otorgue los medios necesarios para la conservación de bienes que permitan asegurar la eventual ejecución del laudo arbitral; o, 4. Preserve elementos de prueba que resulten relevantes y pertinentes para la resolución de la controversia. Como se ha señalado, la concesión de medidas cautelares debe sustentarse en una motivación suficiente. Para ello, el solicitante deberá acreditar el cumplimiento de los	Una vez concedidas las medidas cautelares, ya sea a instancia de parte o de manera previa al inicio del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral se encuentra facultado para modificarlas, suspenderlas o revocarlas, conforme a lo dispuesto en el artículo 17-D de la Ley de Arbitraje y Mediación. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 17-H de la referida ley, toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral es de carácter vinculante y susceptible de reconocimiento y ejecución, a solicitud de parte, ante la autoridad competente, con independencia de la jurisdicción en la que haya sido dictada. En tal supuesto, la parte que obtenga su ejecución deberá informar de manera inmediata cualquier revocatoria, suspensión o modificación de la medida cautelar. Asimismo, el órgano ante el cual se solicite el reconocimiento o la ejecución podrá exigir al solicitante la constitución de una garantía adecuada. No obstante, conforme al artículo 17-I de la Ley de Arbitraje y Mediación, el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar podrá ser denegado en los siguientes supuestos: 1. Cuando no se haya cumplido con la prestación de la garantía exigida; 2. Cuando la medida haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o por un tribunal del Estado en el que fue dictada; 3. Cuando la medida resulte incompatible con las facultades del tribunal

³Ley 8937 de Arbitraje y Mediación (Costa Rica), Arts. 17, 17-A, 17-B, 17-C, 17-D, 17-E, 17-F, 17-G, 17-H, 17-I y 17-J.

	frustrar la finalidad de la medida cautelar solicitada.	presupuestos previstos en el artículo 17-A de la Ley de Arbitraje y Mediación, de modo que el tribunal arbitral constataste que: • En caso de no concederse la medida cautelar, exista una probabilidad razonable de que se produzca un daño que no pueda ser adecuadamente reparado mediante una indemnización, y que dicho daño sea sustancialmente más grave que aquel que podría sufrir la parte afectada si la medida fuese otorgada; y, • Exista una posibilidad razonable de éxito de la pretensión sobre el fondo de la controversia, sin que esta apreciación implique, en ningún caso, un prejuzgamiento. Por último, al conceder la medida cautelar, el tribunal arbitral podrá, a su discreción, exigir al solicitante la constitución de una garantía adecuada, así como imponer la obligación de informar oportunamente cualquier modificación sustancial en las circunstancias que dieron lugar a la solicitud de la medida, conforme a lo dispuesto en los artículos 17-E y 17-F de la Ley de Arbitraje y Mediación.	encargado de su ejecución; y, 4. Cuando concurra alguno de los motivos previstos para la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral. Cabe precisar que dichas causales se limitan exclusivamente al análisis de la procedencia del reconocimiento o ejecución de la medida cautelar, sin que el tribunal competente esté facultado para revisar el fondo de esta. En suma, en caso de que, del reconocimiento o ejecución de la medida cautelar se deriven daños y perjuicios, el solicitante será responsable cuando el tribunal determine que la medida cautelar u orden preliminar no debió haber sido concedida.
--	--	---	--

ECUADOR¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
• Ley de Arbitraje y Mediación²; • Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación; y, Código Orgánico General de Procesos.	La facultad para dictar medidas cautelares, conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación, corresponde primordialmente al tribunal arbitral, así como, cuando el reglamento aplicable lo contemple, a los árbitros de emergencia. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 8 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que, mientras el tribunal arbitral no se encuentre constituido, la parte interesada podrá solicitar la adopción de medidas cautelares ante los jueces de lo civil que habrían sido competentes para conocer la controversia en ausencia de convenio arbitral. Una vez constituido el tribunal arbitral, este podrá ratificar, modificar, suspender o revocar las medidas cautelares que hubieren sido previamente concedidas por un juez ordinario o por un árbitro de emergencia.	Las medidas cautelares en el arbitraje cumplen una función instrumental y preventiva: no resuelven el fondo de la controversia, sino que buscan asegurar la eficacia del laudo arbitral y proteger el desarrollo adecuado del procedimiento. Su razón de ser es evitar que el transcurso del tiempo o la conducta de las partes perjudique el resultado del arbitraje. Es así que, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 8 permite que los árbitros adopten medidas cautelares con la siguiente finalidad: - Mantener o reestablecer el statu quo en espera de que se dirima la controversia. - Impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral. - Preservar bienes que son materia del proceso o, en general, los bienes del deudor o del acreedor. - Preservar elementos de prueba que puedan ser relevantes para resolver la controversia. - Garantizar el cumplimiento de las obligaciones materia del arbitraje. - Preservar la competencia de un tribunal arbitral. Ante este preámbulo, el tribunal	Como se ha mencionado, el artículo 9 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación prevé que el tribunal arbitral podrá ratificar, modificar, suspender o revocar cualquier medida cautelar dictada por un árbitro de emergencia o juez de lo civil previo a su constitución. Es así que, adoptadas las medidas cautelares, de acuerdo al artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, para la ejecución de las mismas, siempre que las partes lo hayan estipulado en el convenio arbitral, el tribunal arbitral solicitará el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas. Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

¹¹ Martín Zambrano Villavicencio, Profesional en Libre Ejercicio, Abogado por la Universidad Hemisferios (Ecuador), LL.M. en Arbitraje, Litigios y Contratos Internacionales con concentración en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral (Argentina); y, Mediador acreditado por el Colegio Ecuatoriano de Mediadores.

²Ley de Arbitraje y Mediación de 14 de diciembre de 2006 (Ecuador), Art. 9.

Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación de 26 de agosto de 2021 (Ecuador), Arts. 8 y 9.

Código Orgánico General de Procesos de 22 de mayo de 2015 (Ecuador), Arts. 124, 125 y 126.

Guatemala

		arbitral podrá disponer las medidas cautelares previstas en el Código Orgánico General de Procesos: secuestro, retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito; o, la prohibición de enajenar bienes inmuebles. En caso de que se adopten estas medidas por parte del tribunal arbitral, árbitro de emergencia o un juez de lo civil previo a la constitución del tribunal arbitral, se deberá observar los requisitos contemplados en el artículo 125 del Código Orgánico General de Procesos para su orden. Para el caso de secuestro o retención: 1. Que se pruebe la existencia del crédito; y, 2. Que se pruebe que los bienes del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos. Para la prohibición de enajenar bienes inmuebles, basta que se acompañe prueba del crédito y que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago.	
--	--	---	--

GUATEMALA¹

¹¹ Lisbeth Verónica Araujo Muñoa. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
La normativa que regula el arbitraje en Guatemala es el Decreto N° 67-95, Ley de Arbitraje, la cual fue aprobada el 3 de octubre de 1995. En la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje guatemalteca indica expresamente que se basó en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en 1985. En relación a las medidas cautelares en el arbitraje, su base legal se encuentra en el artículo 22 del Decreto N°67-95, el cual dispone lo siguiente: Art. 22. Facultades del tribunal arbitral de ordenar providencias cautelares. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las providencias cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que haya solicitado la providencia, una garantía suficiente para caucionar su responsabilidad en conexión con tales medidas. 2. Asimismo, salvo acuerdo en contrario de	Conforme al artículo 22.1, el tribunal arbitral se encuentra expresamente facultado para ordenar las providencias cautelares que estime necesarias respecto del objeto del litigio, pudiendo incluso exigir garantía suficiente a la parte solicitante. Esta atribución confirma que, una vez constituido, el tribunal arbitral es el órgano idóneo para evaluar la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, en atención a su conocimiento directo del conflicto y al principio de autonomía del arbitraje. No obstante, la ley reconoce que pueden presentarse supuestos de urgencia o de imposibilidad material de ejecución, en los cuales resulta necesaria la intervención judicial. Así, el artículo 12 permite que cualquiera de las partes solicite medidas cautelares directamente ante el juez, incluso antes del inicio o durante la tramitación del arbitraje, precisando expresamente que dicha actuación no constituye renuncia al acuerdo arbitral. Esta previsión refuerza la naturaleza instrumental de la intervención judicial y evita que la tutela cautelar quede desprotegida en etapas tempranas del conflicto. Asimismo, el artículo 22.2, en concordancia con el artículo 35, habilita al juez a prestar auxilio judicial para la	La Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto 67-95) regula las medidas cautelares a través de un sistema no taxativo, coherente con el modelo de la Ley Modelo de la CNUDMI (1985), en el que no se establece un catálogo cerrado de medidas ni un listado expreso de requisitos, sino que se confiere a los árbitros y, de manera subsidiaria, a los jueces, una facultad de apreciación. En ese sentido, los tipos de medidas cautelares son: 1. Medidas cautelares judiciales (antes o durante el arbitraje) (Art. 12). 2. Medidas cautelares arbitrales (Art. 22.1). 3. Medidas cautelares con auxilio judicial (Art. 22.2). Sobre los requisitos de las medidas cautelares, la ley no enumera de manera expresa los requisitos clásicos de la tutela cautelar, sin embargo, de sus disposiciones pueden identificarse requisitos clásicos de manera implícita.	A diferencia del régimen detallado previsto para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la Ley de Arbitraje de Guatemala (Decreto 67-95) no establece un procedimiento autónomo o un capítulo específico para el reconocimiento de medidas cautelares arbitrales, nacionales o extranjeras. No obstante, el legislador sí prevé mecanismos claros de ejecución y auxilio judicial, lo que permite afirmar que la eficacia de las medidas cautelares se articula a través de un sistema de apoyo judicial.

las partes, podrán estas o los árbitros requerir al tribunal competente de conformidad con el artículo 9, que decrete o levante aquellas providencias cautelares que deban ser cumplidas por terceros, o bien, para que se obligue coactivamente a una de las partes a cumplir con una providencia cautelar decretada con base en el numeral 1 anterior. Complementa al artículo 22, el artículo 35 de la referida normativa, regulando el procedimiento judicial de apoyo para ejecutar o hacer efectivas las medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral: Art. 35. Procedimiento para la prestación de auxilio judicial. 1. Para los efectos a que se refieren los artículos 15 (2) (a) y (b); 15 (3); 17 (2) y (3); 18 (1); 21 (3); 22 (2) y 34 (1), el tribunal jurisdiccional competente al que el tribunal arbitral solicite asistencia judicial de conformidad con el artículo 9), resolverá dicha solicitud en un plazo máximo de siete días, sin formar artículo. Contra lo resuelto por el tribunal competente no cabe oposición ni recurso alguno. 2. A menos que la medida probatoria o ejecutoria solicitada sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, el tribunal jurisdiccional competente	ejecución forzosa de las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral o para aquellas que deban ser cumplidas por terceros. En estos casos, el juez no revisa el mérito de la medida ni sustituye el criterio arbitral, sino que actúa como un órgano de coerción y apoyo, garantizando la eficacia práctica de la decisión arbitral.		
---	---	--	--

México

se limitará a cumplir con la solicitud de asistencia pedida por el tribunal arbitral, sin entrar a juzgar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra cualquier resolución que para el efecto emita. ²			
--	--	--	--

MÉXICO¹

²Decreto No. 67-95 Ley de Arbitraje, 3 de octubre de 1995 (Guatemala).

¹¹ Lisbeth Verónica Araujo Muñoa. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
En México, el arbitraje está regulado en el Código de Comercio, Libro Quinto, Título Cuarto, y que incorpora la Ley Modelo de la CNUDMI. Las medidas cautelares se encuentran reguladas en el artículo 1425 del Código de Comercio, este artículo reconoce expresamente la facultad del tribunal arbitral para ordenar medidas cautelares: Art. 1425. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de ellas, ordenar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto de la controversia. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes que solicite una medida cautelar que otorgue garantía suficiente.	Conforme al artículo 1425 del Código de Comercio el tribunal arbitral es la autoridad natural y preferente para otorgar medidas cautelares una vez constituido. Por otro lado, el juez actúa como autoridad de apoyo y ejecución, sin afectar la vigencia del convenio arbitral ni revisar el fondo de la medida. Este diseño responde plenamente al modelo de la Ley Modelo CNUDMI.	Sobre los tipos de medidas cautelares se desprende que se permite que cualquiera de las partes solicite medidas cautelares al juez: (i) Antes de iniciarse el arbitraje, o (ii) Durante el arbitraje. El juez puede otorgarlas directamente, sin que ello afecte el acuerdo arbitral. El Código de Comercio no enlista requisitos textuales en el mismo artículo 1425, pero se interpreta, como ocurre en la práctica arbitral y doctrinal mexicana, que las medidas cautelares deben cumplir criterios similares a los de los procedimientos de arbitraje y de tutela judicial: a) <i>Fumus boni iuris</i> (aparición de buen derecho) b) <i>Periculum in mora</i> (riesgo de daño irreparable) c) Proporcionalidad y adecuación de la medida Estas exigencias no están redactadas literalmente en el 1425, pero se derivan de la interpretación jurisprudencial y doctrinal de cómo deben aplicarse las medidas adjudicadas por jueces o por tribunales arbitrales.	El artículo 1479 del Código el Comercio dispone que las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral se reconocen y pueden ejecutarse judicialmente: Art. 1479. Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480. La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al juez de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida. El juez ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de 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. La ley también regula las únicas excepciones en que un juez puede negar el reconocimiento o la ejecución de la medida cautelar arbitral: Art. 1480. Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente: 1. Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que: a) Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462, o

			b) No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o c) La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o 2. Si el Juez resuelve que: a) La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que b) Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar. Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar. De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el Tribunal Arbitral que la dicta, por consiguiente, son de su cargo los daños y perjuicios que se causen.²
--	--	--	--

PANAMÁ¹

²Código de Comercio de México, Libro Quinto, Título Cuarto.

¹ Renato Armando Alonso Cjahua Alvites. Asistente legal del Área de Arbitraje de la Procuraduría Pública de la Autoridad Nacional de Infraestructura. Bachiller por la UNMSM, con experiencia en Contrataciones con el Estado, Arbitraje Nacional e

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 regula el arbitraje comercial nacional e internacional en la República de Panamá. La redacción de dicha normativa se encuentra sustantivamente inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI, de la cual incorpora sus principales lineamientos. Art. 33. Otorgamiento de medidas cautelares. El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá, a instancia de una de ellas, ordenar medidas cautelares. Se entenderá por medida cautelar 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, alguna o algunas de las siguientes medidas: 1. Que mantenga o restablezca el <i>status quo</i> en espera de que se dirima la controversia; 2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo; 3. Que proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. 4. Que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia. Art. 34. Condiciones para el	Si bien en función al artículo 33 de la Ley 131, la competencia para otorgar medidas cautelares ordinarias reside principalmente en el Tribunal Arbitral, conforme al artículo 18 1, se puede solicitar a un tribunal judicial el otorgamiento de medidas cautelares y/o provisionales de protección. Dicha medida cautelar puede realizarse incluso antes de la constitución del tribunal arbitral.	De acuerdo al artículo 33 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, los tipos de medidas cautelares que pueden ser concedidas bajo la norma panameña, son aquellas: 1. Que mantenga o restablezca el <i>status quo</i> en espera de que se dirima la controversia; 2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo; 3. Que proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. 4. Que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia. Para poder otorgarse dicha medida, el artículo 34 de la referida Ley señala como presupuestos: 1. Que de no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización. 2. Que existe una posibilidad razonable de	Según el artículo 43 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, las solicitudes de reconocimiento de medidas cautelares expedidas fuera de la jurisdicción panameña deben ser presentadas ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. Por otro lado, en relación a la ejecución de medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral con sede en la República de Panamá, el artículo 46 de la citada norma precisa que éstas son vinculantes y, salvo que el propio tribunal disponga su ejecución directa, se ejecutan de inmediato a solicitud de parte ante el juez competente, careciendo este último de competencia para interpretar su contenido.

Internacional y en Asociaciones Público Privadas. Primer puesto en Derecho del II Curso de Extensión Universitaria de Proinversión y con estudios en Arbitraje Comercial por la Universidad del Rosario de Colombia. Miembro de CIAC Jóvenes, Arbitraje Alumni, Taller de Derecho Empresarial y Financiero - TADEF UNMSM y Director de la Comisión de Investigación del CAE.

otorgamiento de medidas cautelares. El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los numerales 1, 2 o 3 del artículo anterior deberá justificar y convencer al tribunal arbitral de que: 1. 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, en caso de ser esta otorgada; y 2. 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, cualquier determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal. En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al numeral 4 del artículo anterior, los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 de este artículo solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno. Art. 35. Medidas cautelares otorgadas antes de la constitución del tribunal arbitral. En el caso de medidas cautelares solicitadas a un tribunal judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, una vez sean ejecutadas, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días hábiles siguientes. Si no lo hiciera el tribunal judicial dejará sin efecto la medida dictada. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las		que su demanda sobre el fondo del litigio prospere.	
--	--	--	--

Paraguay

partes puede informar al tribunal judicial de este hecho y pedir la remisión del expediente al tribunal arbitral. El tribunal judicial deberá remitir de inmediato y en un plazo no mayor de diez días el expediente en el estado en que se encuentre o una copia autenticada de este. La demora del tribunal judicial en la remisión del expediente no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada.			
--	--	--	--

PARAGUAY¹

¹¹ Rebeca Salemma Miranda. Abogada por la Universidad Nacional de Asunción (2017). Master en Derecho Empresarial por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2021).

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
Ley 7561 De Arbitraje Art. 25.- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir al peticionante una contracautela apropiada con relación a dichas medidas para asegurar el resarcimiento de los daños que pueda ocasionar la medida. Por medida cautelar se entenderá toda medida provisional por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene 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; d) Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia; e) Que asegure el cumplimiento del laudo mediante otras medidas cautelares previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como ser el embargo, la inhibición general de enajenar y gravar bienes, el secuestro, la anotación de litis, la prohibición de innovar o contratar, o la intervención o administración de	De acuerdo al artículo 26 de la Ley de Arbitraje de Paraguay, si el tribunal arbitral aún no se ha constituido, la parte interesada puede solicitar la medida cautelar ante el juez de primera instancia en lo civil y comercial. El artículo 25 por su parte, nos dice que, cuando ya se haya constituido el tribunal arbitral, la medida cautelar debe ser solicitada ante dicho tribunal y no ante el juez de primera instancia en lo civil y comercial. La ley de arbitraje de Paraguay, al igual que su modelo de UNCITRAL comienzan sus respectivos textos con lo siguiente: “Salvo acuerdo en contrario de partes ...” O sea que prevé una regla que puede modificarse de común acuerdo. Verbigracia, si las partes consienten en la utilización de un reglamento de arbitraje, donde son reguladas las medidas cautelares con reglas distintas a las de la norma legal. En ese caso, se considera lo establecido en el reglamento de arbitraje aplicado a la controversia. El Reglamento de Arbitraje del Centro	En cuanto a los tipos de medidas, el artículo 25 no establece un catálogo cerrado, pero enuncia las siguientes: • Conservación de bienes (embargos, congelamientos). • Mantenimiento del statu quo; • Aseguramiento de pruebas; • Prevención de daño irreparable; Las que aseguren el cumplimiento del laudo: el embargo, la inhibición general de enajenar y gravar bienes, el secuestro, la anotación de litis, la prohibición de innovar o contratar, o la intervención o administración de la persona jurídica. En cuanto a los requisitos para otorgarlas, la ley no los menciona.	Medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral: El mismo tribunal arbitral está facultado a procurar directamente la efectivización de las medidas cautelares. A menos que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar, o cuando se requiera de efectivización judicial, la medida cautelar dispuesta por el tribunal arbitral será efectivizada por orden judicial del Juez inaudita parte dentro del tercer día de solicitado por dicho tribunal arbitral o por la parte interesada. El juez procederá a efectivizar la medida por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, sin admitir recursos ni oposición alguna. Para la adopción judicial de estas medidas cautelares, será competente el juez de primera instancia en lo civil y comercial del lugar en que la medida deba ser ejecutada o tenga eficacia, o el de la Capital, a elección del peticionante. Medidas cautelares dictadas <i>ante causam</i>. Las medidas cautelares solicitadas al juez de primera instancia en lo civil y comercial, son sustanciadas y resueltas por él mismo. El mismo juez ordena la ejecución de las medidas cautelares a pedido de parte.

Paraguay

la persona jurídica. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá a la otra parte en conocimiento de la solicitud. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá dictar una medida cautelar inaudita parte cuando la parte solicitante justifique debidamente la urgencia del caso, o la necesidad de no hacerlo, para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. En estos casos, el tribunal arbitral deberá indefectiblemente solicitar una contracautela apropiada al peticionante. Una vez ejecutada la medida inaudita parte, la parte afectada podrá formular al tribunal arbitral reconsideración contra la decisión, pudiendo el tribunal arbitral a la luz de dicha presentación mantenerla, levantarla o modificarla. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar, o cuando se requiera de efectivización judicial, la medida cautelar dispuesta por el tribunal arbitral será efectivizada por orden judicial del Juez inaudita parte dentro del tercer día de solicitado por dicho tribunal arbitral o por la parte interesada. El juez procederá a efectivizar la medida por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, sin admitir recursos ni oposición alguna; el Juez no tendrá competencia ni atribución para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos será solicitada por el Juez o por las partes al tribunal arbitral.	de Arbitraje y Mediación del Paraguay (CAMP), desde noviembre de 2021 permite a las partes solicitar medidas cautelares a un árbitro de emergencia en casos urgentes que no puedan esperar la constitución del tribunal arbitral. Esta cuestión está regulada en el artículo 31 del reglamento CAMP.		
--	---	--	--

Efectivizada la medida, el Juez informará al tribunal arbitral y remitirá copia autenticada de lo actuado dentro de los 3 (tres) días hábiles. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o levantar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes, o en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes. El solicitante de una medida cautelar será en todos los casos responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, dadas las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de las costas y de los daños y perjuicios, los que serán estimados por el tribunal arbitral. Art. 26.- Medidas cautelares <i>ante causam</i>. Antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes podrán solicitar medidas cautelares al Juez previsto en el artículo 10 de la presente ley, las que serán sustanciadas y resueltas por el mismo. Las medidas cautelares solicitadas a un Juez antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni serán consideradas como una renuncia a él. Efectivizada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los 10 (diez) días siguientes, si			
--	--	--	--

Perú

no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo, o bien si ha cumplido con hacerlo, pero no se constituye el tribunal arbitral dentro de los 90 (noventa) días de efectivizada la medida, ésta caduca de pleno derecho, salvo que el tribunal arbitral no hubiera podido constituirse por causas atribuibles exclusivamente a la parte no peticionante de la medida cautelar. Una vez constituido, el tribunal arbitral estará plenamente facultado para mantener, modificar, sustituir o levantar las medidas cautelares que haya dictado el Juez, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. En este caso, deberá comunicar su decisión al Juez para su cumplimiento, no pudiendo el Juez oponerse a lo resuelto por el tribunal arbitral.²			
---	--	--	--

PERÚ¹

²Ley 7.561 de Arbitraje (Paraguay).

¹¹ Renato Armando Alonso Cjahua Alvites. Asistente legal del Área de Arbitraje de la Procuraduría Pública de la Autoridad Nacional de Infraestructura. Bachiller por la UNMSM, con experiencia en Contrataciones con el Estado, Arbitraje Nacional e Internacional y en Asociaciones Público Privadas. Primer puesto en Derecho del II Curso de Extensión Universitaria de Proinversión y con estudios en Arbitraje Comercial por la Universidad del Rosario de Colombia. Miembro de CIAC Jóvenes, Arbitraje Alumni, Taller de Derecho Empresarial y Financiero - TADEF UNMSM y Director de la Comisión de Investigación del CAE.

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
En el Perú se cuenta con el Decreto Legislativo N° 1071, donde se reguló la emisión de medidas cautelares por parte de árbitros, otorgándoles esta facultad y señalando lo siguiente: Art. 47. Medidas cautelares. 1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. 2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes: a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia; b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral; c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin	Conforme al artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, se puede solicitar medidas al Tribunal Arbitral ya constituido; sin embargo, puede solicitarse ante el juez competente cuando se solicite la medida cautelar antes de la constitución del Tribunal Arbitral. Asimismo, conforme al inciso 9 del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, es factible que las partes recurran excepcionalmente a la autoridad judicial competente para la emisión de medidas cautelares, en el marco de un arbitraje internacional, siempre que exista una previa autorización del Tribunal Arbitral; el sustento para ello radica en el carácter internacional del arbitraje, ya que los bienes de las partes pueden encontrarse en distintos países y requiere asegurar la efectividad de las medidas cautelares, por lo que la participación del Poder Judicial facilita ello.² Por otro lado, existe una institución jurídica denominada “arbitraje de emergencia”, donde se recurre a un árbitro a fin de que emita una	Si bien no se otorga una lista taxativa sobre las medidas que puede dictar el Tribunal Arbitral, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N° 1071, el tribunal 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.	En el contexto peruano, el artículo 48 es claro respecto a la ejecución de medidas cautelares: Art. 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. Por otro lado, para el reconocimiento de medidas cautelares extranjeras, correspondería la aplicación del artículo 2104 del Código Civil Peruano, que señala: Art. 2104. Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103. 1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva. 2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para

²CASAVARDE, Fiorella, “Medidas cautelares en el arbitraje”. *Foro Jurídico 18* (2020), pp. 166–180, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/23391>

embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión. 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. 5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar. 6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así	medida cautelar; este mecanismo no solo fue reconocido por instituciones privadas como el Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; sino también por entidades públicas como el ahora extinto Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) a través de su Directiva N° 004-2020-OSCE/CD⁴. Siendo que esta última, con la emisión de la Ley N° 32069, en materia de contrataciones públicas, cuenta con una mención en el artículo 85 de la norma mencionada: Art. 85. Reglas generales aplicables a las medidas cautelares. 85.1. Las medidas cautelares presentadas respecto de los contratos en aplicación de la presente ley, tanto en la vía judicial como en la arbitral, se rigen por las siguientes reglas, según corresponda: a) Es competente para resolver las solicitudes cautelares interpuestas antes de la constitución del tribunal arbitral, en	Por otro lado, el artículo 611 del Código Procesal Civil señala: Art. 611.- Contenido de la decisión cautelar. El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie: 1. La verosimilitud del derecho invocado. 2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable. 3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión. La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas	conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional. 3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse. 4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso. 5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia. 6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente. 7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres. 8. Que se pruebe la reciprocidad.
--	--	--	--

⁴COLLANTES ROJAS, Christian M. (2020). "No utilizar en caso de emergencia: 5 patologías latentes en el procedimiento de árbitro de emergencia peruano", *THEMIS Revista De Derecho* 77, (2020), pp. 265–283, disponible en <https://doi.org/10.18800/themis.202001.014>

como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas. 7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara. 8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios. 9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes. 10. El Tribunal Arbitral cumplirá la regla establecida en el numeral 5 del artículo 39 del presente Decreto Legislativo. Ley de arbitraje del país, si adopta la Ley Modelo UNCITRAL, artículos relevantes sobre medidas cautelares Art. 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	donde no sea de aplicación el arbitraje de emergencia, el juez subespecializado en lo comercial o, de no existir tal subespecialidad, el juez civil. La competencia por razón del territorio corresponde al juez del lugar señalado por la entidad contratante como su domicilio en el correspondiente contrato. Esta competencia es improrrogable y puede ser declarada de oficio por el juez como justificación para declarar la improcedencia de la medida cautelar solicitada. La contravención a lo dispuesto en el presente literal constituye causal de nulidad de las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial. -	por la relación material o de sus sucesores, en su caso. La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.	
---	---	---	--

Perú

requerir la asistencia de la fuerza pública.			
--	--	--	--

URUGUAY¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
Ley 19.636 de Arbitraje Comercial Internacional. Art. 9 (Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal). No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas. Art. 17 (Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares). 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de medidas cautelares que estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar, que preste una garantía adecuada respecto de la medida. 2. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante, y salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, si la parte concernida no se somete voluntariamente o si su efectividad lo requiere, será ejecutada, al ser solicitada tal ejecución, por el tribunal competente conforme lo dispuesto en el artículo 6. 3. 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 de laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el <i>status quo</i> en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral,	De acuerdo al artículo 9 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, una parte puede solicitar a un tribunal (del sistema judicial del país) antes del arbitraje o durante el arbitraje la adopción de medidas cautelares provisionales. La ley aclara que solicitar estas medidas a un tribunal del sistema judicial del país no es incompatible con el acuerdo de arbitraje. El artículo 17 regula la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisionales. El tribunal arbitral puede ordenar, modificar o dejar sin efecto medidas cautelares a solicitud de parte, durante el arbitraje. Esto está regulado en el régimen de medidas cautelares inspirado en la Ley Modelo UNCITRAL 2006. Autoridad competente:	Tipos de medidas cautelares: Medidas para mantener o restablecer el statu quo; Medidas para prevenir daños o perjuicios; Medidas para preservar bienes; Medidas para preservar pruebas. Según el artículo 316 del C.G.P. los tribunales pueden disponer las medidas que estimen indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar Requisitos: Los requisitos están previstos en el artículo 17 inc. 4): La medida cautelar será otorgada	Medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral: Si la parte concernida no se somete voluntariamente o si su efectividad lo requiere, las medidas cautelares serán ejecutadas, al ser solicitada la ejecución, por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil. El tribunal arbitral podrá acudir al auxilio del Tribunal de Apelaciones a los efectos de efectivizar la medida cautelar. En el caso de las medidas cautelares que requieran inscripción en un registro, el tribunal arbitral podrá dirigir el oficio directamente al registro respectivo con una certificación notarial que acredite la existencia del tribunal, del arbitraje y de la decisión cautelar, debiendo el registro proceder a la anotación tal como lo hace con los oficios judiciales. El tribunal arbitral puede acudir al auxilio judicial también en este supuesto. Medidas cautelares dictadas por tribunales del sistema judicial del país: En estos casos, el mismo tribunal que otorgó la medida cautelar, ordena la ejecución de la misma a pedido de parte. La medida se ejecuta por los medios propios del acto ordenado, son ejecutables desde su dictado.

¹ Rebeca Salemma Miranda. Abogada por la Universidad Nacional de Asunción (2017). Master en Derecho Empresarial por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2021).

o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo o laudos que puedan dictarse; d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. 4. La medida cautelar será otorgada por el tribunal arbitral cuando estime que es necesaria para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la duración del proceso. Esta estimación no prejuzgará la decisión subsiguiente a que pueda llegar el tribunal arbitral. 5. Toda medida cautelar se decretará previa comunicación a la contraparte, salvo que el tribunal arbitral considere que, en razón del peligro en la demora, debe resolverse sin dar aviso previo. 6. El solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse solicitado la medida. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios. 7. El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se substancien o no en la República. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional. 8. Las medidas cautelares dictadas por el tribunal, antes de la iniciación de los procedimientos arbitrales expirarán a los treinta días contados a partir de la fecha en que el tribunal la haya emitido, si en ese plazo no se hubiesen efectuado actos concretos de iniciación de tales procedimientos. Ley 20.257/2024. Crea el TÍTULO VIII – PROCESO ARBITRAL NACIONAL dentro del Código	El Tribunal de Apelaciones que hubiera actuado en el arbitraje de no haber mediado acuerdo de arbitraje y el tribunal arbitral serán, de forma concurrente, competentes para la adopción de medidas cautelares que accedan al arbitraje durante su etapa preliminar y durante el curso del arbitraje. La competencia cautelar del tribunal arbitral puede ser dejada sin efecto por pacto entre las partes del acuerdo de arbitraje.	por el tribunal arbitral cuando estime que es necesaria para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la duración del proceso. La Ley 20.257 (2024), no enumera en un artículo autónomo una lista cerrada de requisitos. No obstante, las medidas cautelares otorgadas tanto por los órganos judiciales, como por los tribunales arbitrales están regidas por el C.G.P. que, en los artículos 311 al 312 dispone los siguientes requisitos: Petición de parte; verosimilitud del derecho, peligro en la demora, necesidad o indispensabilidad de la medida. La regla general es que los tribunales exijan contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario.	
--	---	--	--

General del Proceso. Art. 488. (Actuación judicial de auxilio. Competencia cautelar concurrente). Las diligencias previas al arbitraje como, por ejemplo, las pruebas anticipadas, se tramitarán ante el Tribunal de Apelaciones que hubiera entendido en la segunda instancia del asunto de no haber mediado acuerdo de arbitraje. El Tribunal de Apelaciones que hubiera actuado en el arbitraje de no haber mediado acuerdo de arbitraje y el tribunal arbitral serán, de forma concurrente, competentes para la adopción de medidas cautelares que accedan al arbitraje durante su etapa preliminar y durante el curso del arbitraje. La competencia cautelar del tribunal arbitral puede ser dejada sin efecto por pacto entre las partes del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, los afectados por una medida cautelar arbitral que no sean parte del acuerdo de arbitraje, podrán impugnar judicialmente la medida por medio de demanda que se sustanciará con las partes. El trámite será el de los incidentes y serán competentes los Tribunales de Apelaciones que hubieran conocido del asunto en segunda instancia de no mediar pacto de arbitraje. Las medidas cautelares dictadas por el Tribunal de Apelaciones, que accedan a un arbitraje, pueden ser modificadas, cesadas o sustituidas por el tribunal arbitral a pedido fundado de parte. La medida cautelar adoptada como diligencia preliminar al arbitraje, caducará de pleno derecho si no se promoviere la solicitud de inicio del arbitraje o al menos judicialmente la constitución de tribunal arbitral, dentro de los treinta días de efectivizada. Cuando para hacer efectiva la medida cautelar se requiera la inscripción en el registro respectivo, el plazo de caducidad se contará a partir del día hábil siguiente al décimo día hábil posterior al libramiento del oficio por parte del tribunal arbitral. El tribunal arbitral podrá acudir al auxilio del Tribunal de Apelaciones a los efectos de efectivizar la medida cautelar. En el caso de las medidas cautelares que			
--	--	--	--

requieran inscripción en un registro, el tribunal arbitral podrá dirigir el oficio directamente al registro respectivo con una certificación notarial que acredite la existencia del tribunal, del arbitraje y de la decisión cautelar, debiendo el registro proceder a la anotación tal como lo hace con los oficios judiciales. El tribunal arbitral puede acudir al auxilio judicial también en este supuesto. Ley N° 15.982 de 18/10/1988 Código General del Proceso Art. 312. Procedencia. Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente. Art. 313. Facultades del tribunal. En todo caso corresponderá al tribunal: 1. Apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa a la solicitada, si la estimare suficiente; 2. Establecer su alcance; 3. Establecer el término de su duración; 4. Disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, siguiéndose, en el caso de la petición y para su sustanciación, el procedimiento de los incidentes; 5. Exigir la prestación de contracautela suficiente, salvo el caso excepcional de existir motivos fundados para eximir de ella al peticionario. Art. 316. Medidas específicas. 316.1 El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar (art. 312).²			
--	--	--	--

²Ley 19.636 sobre Arbitraje Comercial Internacional (Uruguay).

Ley 20.257 Proceso Arbitral Nacional dentro del Código General del Proceso (Uruguay).

Ley 15.982 de Código General del Proceso (Uruguay).

VENEZUELA¹

NORMATIVA APLICABLE	AUTORIDAD COMPETENTE	TIPOS Y REQUISITOS		RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN
La normativa aplicable es la Ley de Arbitraje Comercial de 1998², que en cuyo artículo 26 señala: “<i>Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante</i>”. Así como el Reglamento de cada centro arbitral. La normativa no adopta las disposiciones de la Ley Modelo CNUDMI.	Tribunal arbitral y tribunal judicial.	¿Qué medidas se admiten y qué condiciones se exige? La Ley de Arbitraje Comercial no especifica qué medidas se admiten ni las condiciones que se exige respecto de estas. Sin perjuicio de ello, el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje CEDCA recoge en el artículo 38.4 acerca de las medidas de embargo, prohibición de enajenar, medidas cautelares innominadas; estos, que se encuentra en el Código de Procedimiento Civil, artículos 585 al 600. Adicional, en el artículo 38.6 indica que el tribunal arbitral puede tomar cualquier medida destinada a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial. Por otro lado, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas establece en el libro II, el		¿Cómo se hacen efectivas las medidas? La Ley de Arbitraje Comercial no especifica cómo se hacen efectivas las medidas. Sin embargo, en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas recoge en el artículo 69 que el tribunal arbitral podrá ordenar a la Dirección Ejecutiva notificar al tribunal judicial ejecutor de medidas el contenido del decreto de medida cautelar que fuere dictado. Cuando se trate de medidas que no requieran el uso de la fuerza pública, el tribunal arbitral ordenará a la Dirección Ejecutiva notificar a los órganos de la Administración Pública, incluyendo oficinas subalternas de registro inmobiliario o a entidades privadas el contenido del decreto de medida cautelar que fuere dictado. Por último, la normativa no se pronuncia respecto del reconocimiento de medidas cautelares extranjeras.

¹ Stefanny Barona B. Asociada en la firma BACLAW. Abogada por la Universidad Hemisferios. Master en Compliance por la IMF Business School y la Universidad Camilo José Cela. Master en Derecho de Daños por la Universidad de Girona. Diplomado en Derecho Deportivo por la Universidad Austral. Curso de arbitraje deportivo por ARBANZA. Cursando la carrera de psicología en la UIIDE.

² Ley de Arbitraje Comercial, publicado en la Gaceta Oficial N° 36.430, 7 de abril de 1998 (Venezuela).

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA, Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 (Venezuela)

Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinaria, 18 de septiembre de 1990 (Venezuela).

Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas CACC, Reglamento General (Venezuela).

Venezuela

		tratamiento de las medidas cautelares de emergencia. Así, en el artículo 13 se señala el contenido que debe contener la solicitud de medida cautelar de emergencia. Entre ellas, se debe indicar qué medida cautelar exige y las razones que justifican su decreto.		
--	--	---	--	--