Revista Peruana de Derecho de la Empresa

ISSN 2788-4864

TOMO 1

ASE CONSULTORES

Grupo TYTL

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DE INVERSIONES

ALONSO PUIG, JOSÉ MARÍA
CANTARERO GARCIA, ROSA MARÍA
La Inversión Extranjera en el Acuerdo UE – Mercosur: Oportunidades, Garantías y Limitaciones

AMPUERO LLERENA, RICARDO
BAZO PALACIOS, PAOLO
La distribución de la Competencia Cautelar entre jueces y árbitros en el arbitraje peruano y límites frente a terceros

ARAMBURÚ YZAGA, MANUEL DIEGO
Entre el desempeño multirrol y la integridad arbitral: Análisis del Double-Hatting en el Arbitraje

BARIONA GRASSI, MARIO
Venezuela y el Arbitraje en tiempos de hidrocarburos

BECKER, DANIEL
WENDERROSCHY, ANNA CAROLINA
Inteligencia Artificial en el Arbitraje: De la Sustitución del Árbitro al deber funcional de revelación

BLUME CILLONIZ, MARÍA CECILIA
Papel Mojado en Tinta

CAIVANO, ROQUE J.
CEBALLOS RÍOS, NATALIA M.
El Nombramiento de los Árbitros: ¿Juez o Institución Arbitral?

CAMPOS CAMPOS, LUIS FERNANDO
Límites en el Uso de la Inteligencia Artificial en el Arbitraje y el Principio de no Delegación de la Función Arbitral

CASIANO LOSSIO, IVAN ALEXANDER
El Arbitraje Deslocalizado en el Arbitraje Internacional y de Inversiones

CASTILLO SANTILLANA, NICOL B.
Soft Law y Práctica Probatoria en el Arbitraje Internacional: Las Iba Rules y la Construcción de Estándares Transnacionales de Producción Documental

CIENFUEGOS FALCÓN, MIJAIL F.
Los Tratados de Inversión del Perú y el Acceso al Arbitraje Inversionista-Estado

FALERO DE RATO, ALEJANDRO
La Separabilidad del Convenio Arbitral: Fundamento, Alcance y Límites

LALAGUNA HOLZWARTH, MARTA
JIMÉNEZ VILCAYAURI, THALIA
LOBATÓN RAMÍREZ, STEFANO
#NOestuárbitro — Lenguaje, Cultura e Independencia en el Arbitraje Internacional

LAZO DE LA VEGA DURÁN, MARCO
Estrategia en el Convenio Arbitral

LINARES AVILEZ, DANIEL,
MOLINA ALTAMIRANO, ALEJANDRINA
MERE TRUJILLO, XIOMARA
Apuntes sobre Alegaciones de Corrupción en el Arbitraje Internacional: Desde la Incompetencia al Pronunciamiento de Fondo

MIGUEL LLACZA, MILAGROS
La Prevención de Controversias en las Concesiones Portuarias Peruanas: Límites del Trato Directo y Potencial de la Junta de Resolución de Disputas

No. 80 Año XL

TÍTULOS PUBLICADOS

No.79: Protección al Consumidor: Retos del siglo XXI

No.78: Temas Actuales de Derecho de la Competencia

No.77: Temas Actuales de Derecho Societario

No.76: El Compliance empresarial en el Perú

No.75: Temas actuales del Derecho Arbitral

No. 74: Derecho y Nuevas Tecnologías

No. 73: Protocolo Familiar

No. 72: Temas Actuales de Protección al Consumidor

No. 71: Responsabilidad Social Empresarial

No. 70: Temas Actuales de Derecho Laboral y Empresa

No. 69: Procedimiento Administrativo Sancionador y Empresa

No. 68: Derecho Penal y Empresa

No. 67: Tutela del Consumidor

No. 66: Pequeña y Micro Empresa

No. 65: Empresa y Medio Ambiente

No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social

No. 63: Financiamiento y Garantías

No. 62: Hidrocarburos y Electricidad

No. 61: Tributación Empresarial

No. 60: Comercio Exterior: A propósito del TLC

No. 59: Industrias Extractivas: Minería

No. 58: Derecho Laboral y Empresa

No. 57: Inversión Privada en Servicios Públicos

No. 56: Arbitraje y Empresa

No. 55: Tributación y Empresa

No. 54: Temas Societarios

No. 53: Telecomunicaciones y Empresa

No. 52: Balance de la Ley General de Sociedades

No. 51: Derecho Informático y Teleinformática Jurídica

No. 50: Nueva Ley General de Sociedades – 2da parte

No. 49: Títulos Valores y Valores Negociables

No. 48: Nueva Ley General de Sociedades – 1era parte

No. 47: Del Código de Comercio al Código de Empresa

No. 46: Mercado y Empresa

No. 45: Contratos Mercantiles

No. 44: Sociedad y Mercado de Valores

No. 43: Reestructuración Empresarial

No. 42: La Empresa en la Nueva Constitución

No. 41: Reforma Laboral en la Empresa

No. 30: Contratos y Empresa

No. 29: Quiebra, Reflotamiento y Empresa

No. 28: El Derecho del Trabajo y la Empresa

No. 27: Empresa y Desarrollo

No. 26: Pequeña Empresa

No. 25: Banca y Empresa

No. 24: Delito Económico y Empresa

Índice

EDITORIAL pág. 5

01. LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ACUERDO UE – MERCOSUR: OPORTUNIDADES, GARANTÍAS Y LIMITACIONES pág. 7
Alonso Puig, José María
Cantarero Garcia, Rosa María

02. LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA CAUTELAR ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO Y LÍMITES FRENTE A TERCEROS pág. 23
Ampuero Llerena, Ricardo
Bazo Palacios, Paolo

03. ENTRE EL DESEMPEÑO MULTIRROL Y LA INTEGRIDAD ARBITRAL: ANÁLISIS DEL DOUBLE-HATTING EN EL ARBITRAJE pág. 44
Aramburú Yzaga, Manuel Diego

04. VENEZUELA Y EL ARBITRAJE EN TIEMPOS DE HIDROCARBUROS pág. 62
Bariona Grassi, Mario

05. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE: DE LA SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO AL DEBER FUNCIONAL DE REVELACIÓN pág. 77
Becker, Daniel
Wenderroschy, Anna Carolina

06. PAPEL MOJADO EN TINTA pág. 94
Blume Cilloniz, María Cecilia

07. EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS: ¿JUEZ O INSTITUCIÓN ARBITRAL? pág. 121
Caivano, Roque J.
Ceballos Ríos, Natalia M.

08. LÍMITES EN EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE Y EL PRINCIPIO DE NO DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ARBITRAL pág. 135
Campos Campos, Luis Fernando

09. EL ARBITRAJE DESLOCALIZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DE INVERSIONES pág. 151
Casiano Lossio, Ivan Alexander

10. SOFT LAW Y PRÁCTICA PROBATORIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: LAS IBA RULES Y LA CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES TRANSNACIONALES DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL pág. 168
Castillo Santillana, Nicol B.

11. LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DEL PERÚ Y EL ACCESO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO pág. 180
Cienfuegos Falcón, Mijail F.

Índice

12. LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES — **pág. 212**
Falero de Rato, Alejandro

13. #NOESTUÁRBITRO — LENGUAJE, CULTURA E INDEPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL — **pág. 225**
Lalaguna Holzwarth, Marta,
Jiménez Vilcayauri, Thalia
Lobatón Ramírez, Stefano

14. ESTRATEGIA EN EL CONVENIO ARBITRAL — **pág. 237**
Lazo de la Vega Durán, Marco

15. APUNTES SOBRE ALEGACIONES DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: DESDE LA INCOMPETENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO — **pág. 261**
Linares Avilez, Daniel,
Molina Altamirano, Alejandrina
Mere Trujillo, Xiomara

16. LA PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS PERUANAS: LÍMITES DEL TRATO DIRECTO Y POTENCIAL DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS — **pág. 274**
Miguel LLacza, Milagros

Editorial

Del mismo modo en que un puente une orillas y la correspondencia acerca a las personas, este número la Revista Peruana de Derecho de la Empresa (RPDE) establece un nexo entre conocimientos, prácticas y exégesis arbitrales. Más de treinta jurisconsultos de diversas nacionalidades han plasmado en estas páginas un conjunto de reflexiones que abordan tópicos actuales del arbitraje internacional.

Desde el año 1985, la RPDE cumple el propósito de promover y difundir gratuitamente el aporte doctrinal de especialistas en el campo del derecho empresarial. No obstante, en mérito a la presente publicación la Revista trasciende su carácter nacional para convertirse en patrimonio de la comunidad jurídica mundial, al incorporar a su objetivo original el tratamiento de los institutos que configuran el arbitraje internacional.

Este medio de solución de controversias se ha consolidado como la herramienta empresarial por excelencia para dirimir disputas transfronterizas entre partes de distintos Estados, con tradiciones y legislaciones propias, en escenarios e idiomas diversos. Para todo empresario internacional resulta insoslayable contar con un lenguaje jurídico común que permita resolver conflictos que involucran múltiples jurisdicciones.

El arbitraje internacional, en ese sentido, contribuye al afianzamiento de uno de los destinos de la ciencia jurídica universal: la integración y complementación de principios, métodos y reglas de interpretación y valoración de los hechos y del derecho (aestimatio facta et iura), con miras a desarrollar soluciones eficientes y eficaces frente a las controversias derivadas del tráfico económico global.

Marco Lazo de la Vega Durán
Coordinador de la Revista No. 80

La necesidad constante de resolver la conflictividad transfronteriza exige que letrados, árbitros, jueces y demás actores de la comunidad arbitral aporten al tejido doctrinal y a la consolidación de buenas prácticas del arbitral internacional, consolidando soluciones jurídicas que garanticen estabilidad, predictibilidad y seguridad, capaces de superar los vacíos normativos y los obstáculos derivados de la aplicación fragmentaria de normas estatales sobre un mismo negocio jurídico.

Las dificultades generadas por la coexistencia de diversas legislaciones, la ausencia de un sistema supranacional, la burocracia y las complejidades de cada aparato judicial han impulsado el desarrollo de un canal jurídico alternativo de carácter privado, sustentado en el contrato entre las partes y la suscripción del convenio arbitral.

Editorial

Fernando Nakaya Vargas Machuca
Coordinador de la Revista No. 80

En ese espíritu, este número ofrece una visión plural y actualizada mediante un conjunto de análisis especializados en arbitraje internacional, que incluyen estudios sobre inteligencia artificial, deslocalización; soft law y práctica probatoria, inversión extranjera, lenguaje, cultura e independencia, estrategia en el convenio arbitral, bifurcación del procedimiento, dispute boards, directrices de la IBA, medio ambiente y derechos humanos, así como la especialización en arbitraje internacional, entre otros.

Este conjunto de artículos que se han plasmado en la presente edición No. 80 de la Revista dedicada al Arbitraje Internacional y de Inversiones, refleja el esfuerzo y compromiso de sus autores, con la esperanza de contribuir, desde sus distintas perspectivas, al entendimiento y evolución de las prácticas arbitrales internacionales presentes y futuras.

LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ACUERDO UE – MERCOSUR: OPORTUNIDADES, GARANTÍAS Y LIMITACIONES

Autores:
José María Alonso Puig
Rosa María Cantarero Garcia

LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ACUERDO UE – MERCOSUR: OPORTUNIDADES, GARANTÍAS Y LIMITACIONES

Foreign investment under the EU–Mercosur Agreement: Opportunities, safeguards and limitations

José María Alonso Puig[1] y Rosa María Cantarero García[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La estructura dual del Acuerdo UE-Mercosur.
III. Lo que el acuerdo ofrece al inversor: Nuevas oportunidades.
IV. Lo que el acuerdo no ofrece al inversor: Un mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado.
V. Conclusiones.

Resumen

El 1 de mayo de 2026 entró en aplicación provisional el Acuerdo Comercial Interino (ITA) celebrado entre la Unión Europea y el Mercosur, marcando el inicio efectivo de la construcción de una zona de libre comercio de dimensiones sin precedentes. Este hito supone la puesta en marcha de un proceso de liberalización progresiva que abarca el intercambio de bienes, la apertura del comercio de servicios y el acceso recíproco a los mercados de contratación pública, y que se articula sobre un firme compromiso con el desarrollo sostenible y el progreso social. El presente trabajo tiene por objeto analizar los principales instrumentos que componen este nuevo marco jurídico, así como las oportunidades que el mismo ofrece a los operadores económicos que deseen desarrollar relaciones comerciales o de inversión al amparo de sus disposiciones. Para ello, se examinan, por un lado, las medidas de liberalización y facilitación del comercio incorporadas en el Acuerdo y, por otro, los mecanismos de resolución de controversias previstos para garantizar el cumplimiento efectivo de sus disposiciones.

Palabras clave

Mercosur/ Unión Europea/ Arbitraje/ Inversiones extranjeras/ Comercio internacional.

Abstract

On 1 May 2026, the Interim Trade Agreement (ITA) concluded between the European Union and Mercosur entered into provisional application, marking the effective commencement of the establishment of a free trade area of unprecedented scale. This milestone initiates a process of gradual liberalization encompassing trade in goods, the opening of services markets, and reciprocal access to public procurement markets, all underpinned by a strong commitment to sustainable development and social progress. This article aims to examine the main instruments that form part of this new legal framework, as well as the opportunities it offers to economic operators seeking to

[1] Socio director de Alonso & Díez-Hochleitner Abogados, S.L.P. Árbitro y abogado. Madrid (España). Correo electrónico de contacto: jma@adhlawyers.com

[2] Asociada senior de Alonso & Díez-Hochleitner Abogados, S.L.P. Abogada. Madrid (España). Correo electrónico de contacto: rcg@adhlawyers.com

develop trade or investment relations pursuant to its provisions. To this end, the paper analyses, on the one hand, the trade liberalization and facilitation measures incorporated into the Agreement and, on the other, the dispute settlement mechanisms designed to ensure the effective implementation and enforcement of its provisions.

Keywords

Mercosur/ European Union/ Arbitration/ Foreign investment/ International trade.

I. INTRODUCCIÓN

Tras más de 25 años desde el inicio de las negociaciones, el Acuerdo entre la Unión Europea y el Mercado Común del Sur ("**Mercosur**") ha alcanzado un hito decisivo con la entrada en aplicación provisional, el 1 de mayo de 2026, del Acuerdo Comercial Interino (*Interim Trade Agreement* o "**ITA**"), que concentra los compromisos de naturaleza comercial asumidos por los dos bloques[3].

Este acontecimiento marca el inicio efectivo de uno de los procesos de integración económica más ambiciosos a nivel global, no solo por su alcance geográfico, sino por la dimensión del espacio económico que pretende articular: una zona de libre comercio integrada por más de 770 millones de consumidores, que representa aproximadamente una cuarta parte del producto interior bruto mundial[4].

La aplicación provisional del ITA permite que los compromisos asumidos en materia comercial comiencen a producir efectos tangibles para los operadores económicos de ambas regiones. Así, a partir de este momento, se pone en marcha un proceso de reducción gradual de aranceles que abarcará más del 90% del comercio bilateral, con la perspectiva de alcanzar su eliminación en una parte muy significativa de los intercambios al cabo de unos años. Este proceso tendrá un impacto especialmente relevante en sectores como la maquinaria, la industria automotriz, los productos farmacéuticos o la industria química, que han estado tradicionalmente protegidos en el Mercosur por aranceles de hasta un 35%.

La apertura comercial no se limita, sin embargo, al intercambio de bienes. El acuerdo incorpora igualmente compromisos relevantes en materia de comercio de servicios y contratación pública, que también resultan aplicables desde el 1 de mayo de 2026. Gracias a ello, las empresas europeas podrán acceder a los mercados de contratación pública de los Estados del Mercosur y, recíprocamente, las empresas mercosureñas podrán competir en las licitaciones convocadas en la Unión Europea, en condiciones más transparentes, previsibles y competitivas.

Las implicaciones económicas de esta apertura son considerables para las dos Partes. Diversos estudios estiman que el comercio bilateral entre la Unión Europea y el Mercosur podría incrementarse en torno a un 40% una vez completado el proceso de liberalización previsto en el acuerdo[5]. Para el Mercosur, el acuerdo constituye una

---

[3] Véase el art. 23.3 del ITA, así como la notificación relativa a la aplicación provisional del ITA publicada el 15 de abril de 2026 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DO L 2026 de 868).

[4] Consejo de la Unión Europea, "Comercio UE-Mercosur: datos y cifras", Infografía, https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/eu-mercosur-trade/ (consultado, al igual que los demás enlaces citados en este trabajo, el 17 de junio de 2026). Véase también: Rodolfo G. Campos y otros "El Acuerdo UE-Mercosur: Análisis de sus características con una perspectiva sectorial", *Documentos Ocasionales – Banco de España*, 2601 (2026): 8.

[5] Campos, "El Acuerdo UE-Mercosur: Análisis…", p. 21. Asimismo, en el comunicado de prensa publicado por la Unión Europea el 17 de enero de 2026 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_26_113), puede leerse que el acuerdo "*impulsará un aumento estimado del 39 % en las exportaciones anuales al Mercosur (por un valor de aproximado de 49 000 millones de euros)*". Debe recalcarse, además, que, según un estudio publicado en febrero de 2026, "[s]*olo en cuestiones arancelarias, el acuerdo representa un ahorro de 4.000 millones de euros para las*

oportunidad para profundizar la relación con uno de sus principales socios comerciales –la Unión Europea, que representa cerca del 17% del comercio total de bienes del Mercosur[6]–, así como para atraer más inversiones que ayuden a promover el crecimiento económico de la región. Para la Unión Europea, por su parte, el acuerdo le permitirá diversificar sus fuentes de suministro, reforzar la resiliencia de sus cadenas de valor y mejorar el acceso a materias primas estratégicas esenciales para su transición energética e industrial[7].

No obstante, reducir el alcance del acuerdo a una dimensión estrictamente comercial ofrecería una visión incompleta de su verdadera relevancia jurídica. Más allá de crear una zona de libre comercio, el Acuerdo UE-Mercosur incorpora compromisos en ámbitos tan diversos como la educación, la protección del medioambiente, la investigación o los derechos laborales, por mencionar solo algunos. Es cierto que una parte significativa de estas disposiciones no forma parte del ITA actualmente aplicable, sino del Acuerdo de Asociación UE-Mercosur (*EU-Mercosur Partnership Agreement* o "**EMPA**"), cuya entrada en vigor se encuentra supeditada a la culminación de los procedimientos de ratificación exigidos por los ordenamientos de los Estados implicados. Sin embargo, no cabe duda que, una vez completado dicho proceso, estas disposiciones contribuirán a crear un entorno jurídico más favorable, previsible y estable para el desarrollo de actividades transfronterizas entre ambas regiones.

Las páginas que siguen pretenden ofrecer una visión global, de carácter fundamentalmente descriptivo, de las posibilidades que el Acuerdo brinda a los inversores europeos que operan en el espacio del Mercosur y, recíprocamente, a los inversores mercosureños presentes en la Unión Europea. A tal fin, se examinarán las oportunidades económicas derivadas del nuevo marco, las garantías sustantivas que se desprenden de sus disposiciones y los mecanismos de resolución de controversias previstos para asegurar su cumplimiento, con el objetivo de determinar el alcance real de la protección jurídica que este nuevo marco ofrecerá a quienes desarrollen actividades económicas bajo su amparo.

No obstante, antes de abordar esta cuestión, resulta necesario examinar la estructura jurídica del Acuerdo UE-Mercosur, pues solo así podrá determinarse con precisión qué instrumentos lo integran y cuáles de sus disposiciones han comenzado efectivamente a producir efectos jurídicos.

II. LA ESTRUCTURA DUAL DEL ACUERDO UE-MERCOSUR

Una de las características más singulares del Acuerdo UE-Mercosur reside en su propia arquitectura jurídica. A diferencia de lo que ha sucedido con otros acuerdos económicos internacionales de gran alcance[8], las Partes no han optado por

---

empresas europeas, una suma que es cuatro veces más que las ganancias para la industria de la UE en virtud del Tratado de Libre Comercio UE-Japón (JEFTA) y seis veces más que las obtenidas en el CETA con Canadá" (Luciana Ghiotto y Javier Echaide, "El acuerdo entre el MERCOSUR y la Unión Europea. Estudio integral de sus cláusulas y efectos", *The Greens/EFA*, 2020, 33, https://www.clacso.org/acuerdo-entre-el-mercosur-y-la-union-europea/). Para un análisis más reciente del impacto económico del Acuerdo UE-Mercosur, véase el trabajo de María C. Latorre y otros, "Tiempo para los buenos aliados comerciales: el impacto económico del Acuerdo UE-Mercosur", *Apuntes Fedea*, 24 (2025).

[6] Consejo de la Unión Europea, "Comercio UE-Mercosur: datos y cifras", Infografía, https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/eu-mercosur-trade/. Véase también el análisis del impacto en sostenibilidad del Acuerdo de Asociación UE-Mercosur elaborado por la Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres en diciembre de 2020, disponible en https://www.lse.ac.uk/business/consulting/assets/documents/SIA-in-Support-of-the-Association-Agreement-Negotiations-between-the-EU-and-Mercosur-Final-Report.pdf.

[7] Para un análisis minucioso de las ventajas del acuerdo, así como de su contenido, véase el trabajo de José Carlos Fernández Rozas, "El Acuerdo entre la UE y los Estados del Mercosur de 2024: oportunidades e inquietudes", *La Ley: Unión Europea*, 132 (2025), sección Tribuna.

[8] Tómese, como botón de muestra, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la Unión Europea y sus Estados miembros ("**CETA**"), firmado el 30 de octubre de 2016 (DO L 11 de 14.1.2017) o el

concentrar el resultado de más de dos décadas de negociaciones en un único instrumento convencional. Por el contrario, el acuerdo se articula a través de dos textos jurídicamente diferenciados, pero estrechamente vinculados entre sí: el Acuerdo de Asociación (EMPA) y el Acuerdo Comercial Interino (ITA).

Esta solución responde, en primer término, a una realidad inherente al propio sistema de atribución de competencias de la Unión Europea. Como es sabido, no todas las materias objeto de regulación en los acuerdos internacionales celebrados por la Unión pertenecen a la esfera de sus competencias exclusivas. Mientras que determinadas materias, especialmente aquellas vinculadas a la política comercial común, pueden ser reguladas directamente por las instituciones europeas, otras continúan requiriendo la participación de los Estados miembros y, en consecuencia, la observancia de sus respectivos procedimientos nacionales de ratificación. La consecuencia práctica de esta realidad es bien conocida: cuando un acuerdo internacional comprende materias que exceden la competencia exclusiva de la Unión, su entrada en vigor queda condicionada a la culminación de los procedimientos constitucionales exigidos en cada uno de los Estados miembros[9], lo cual retrasa inevitablemente durante años la plena operatividad del acuerdo.

Sin embargo, el reparto competencial no explica por sí solo la arquitectura finalmente elegida para el Acuerdo UE-Mercosur. Tan importante como el reparto de competencias ha sido la experiencia acumulada por la Unión en la negociación y conclusión de los grandes acuerdos comerciales de nueva generación. En particular, la larga y compleja trayectoria seguida por el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA) puso de manifiesto las dificultades prácticas que pueden derivarse de condicionar la producción de efectos de un acuerdo de enorme relevancia económica a la conclusión de múltiples procedimientos nacionales de ratificación. Aunque buena parte de las disposiciones del CETA llevan aplicándose provisionalmente desde septiembre de 2017, el debate político suscitado en varios Estados miembros evidenció hasta qué punto un acuerdo mixto puede quedar expuesto a incertidumbres ajenas al propio contenido económico de los compromisos asumidos.

Es precisamente a la luz de esa experiencia que debe entenderse la decisión de estructurar el acuerdo con el Mercosur a través de dos instrumentos jurídicos diferenciados[10]. La creación del ITA permite anticipar la aplicación de aquellas disciplinas comprendidas en la esfera de competencia exclusiva de la Unión, sin necesidad de esperar a la entrada en vigor del Acuerdo de Asociación en su conjunto. De este modo, las ventajas relativas a la liberalización comercial, la apertura de mercados, la facilitación de los intercambios económicos y el resto de materias estrictamente comerciales pueden comenzar a desplegar efectos jurídicos desde una

---

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Corea, la Unión Europea y sus Estados miembros, firmado el 6 de octubre de 2010 (DO L 127 de 14.5.2011).

[9] La situación es distinta en el caso del Mercosur, ya que tanto el ITA como el EMPA permiten su entrada en vigor de forma bilateral, sin necesidad de esperar a que todos los Estados miembros de dicho bloque hayan completado sus respectivos procedimientos de ratificación. A este respecto, para una exposición detallada de las medidas adoptadas por cada uno de los Estados miembros del Mercosur en relación con la aplicación provisional y la entrada en vigor del Acuerdo, véase el trabajo de Alejandro Daniel Perotti, "Los acuerdos entre el Mercosur y la Unión Europea: vigencia, aplicación provisional, pedido de dictamen al TJUE, eventual rechazo por un parlamento nacional y otras yerbas", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 14(23) (2026): 1-36.

[10] Nótese que la separación del acuerdo en dos instrumentos jurídicos diferenciados no fue una iniciativa de la Comisión Europea, sino una exigencia establecida por el Consejo en su mandato negociador (Consejo, "Directives de negociation, par la Commission, d'un accord d'association entre les parties", septiembre 1999, Título XI, apartado C.3; disponible en https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ue-mercosur-mandat-sep-1999.pdf). Esta práctica también ha sido recogida, con carácter general, en las Conclusiones del Consejo de 22 de mayo de 2018 sobre la negociación de acuerdos comerciales de la Unión Europea (disponibles en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/05/22/new-approach-on-negotiating-and-concluding-eu-trade-agreements-adopted-by-council/).

fase temprana, permitiendo que los operadores de ambas regiones se beneficien de ellos sin quedar supeditados a los tiempos –necesariamente más largos– que exige la ratificación del EMPA.

La solución adoptada presenta, además, ventajas evidentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la credibilidad de la acción exterior de la Unión Europea. Permite que un proceso negociador desarrollado durante más de dos décadas produzca resultados tangibles en un plazo razonable, evitando que la totalidad de los beneficios económicos derivados del acuerdo permanezcan en suspenso hasta la conclusión de procedimientos nacionales cuya duración resulta difícilmente previsible. Al mismo tiempo, preserva íntegramente la ambición política del EMPA, cuyo proceso de aprobación continúa su curso conforme a las exigencias constitucionales aplicables.

Conviene subrayar, no obstante, que el ITA no ha sido concebido como un instrumento permanente ni como un régimen paralelo destinado a coexistir indefinidamente con el EMPA, pues su función es esencialmente transitoria. El acuerdo comercial interino está llamado a operar únicamente durante el período que medie entre su aplicación provisional y la entrada en vigor del Acuerdo de Asociación[11]. Una vez culminados los procedimientos de ratificación nacional y producida la entrada en vigor del EMPA, este último absorberá y sustituirá al ITA, pasando a constituir el marco jurídico único que regirá las relaciones entre la Unión Europea y los Estados del Mercosur[12].

Desde esta perspectiva, la estructura dual del acuerdo no debe interpretarse como una fragmentación del proyecto negociador, sino precisamente como el mecanismo diseñado para garantizar su efectividad. Lejos de reflejar una falta de consenso sobre el alcance de la integración económica entre ambas regiones, responde a una solución pragmática destinada a conciliar dos objetivos que no siempre resultan fáciles de armonizar: por un lado, el respeto a las exigencias derivadas del reparto de competencias existente en el seno de la Unión Europea; por otro, la necesidad de garantizar que los beneficios económicos del acuerdo puedan comenzar a materializarse sin demoras.

Sobre estas premisas, y aun teniendo presente que las disposiciones actualmente aplicables son únicamente las contenidas en el ITA, procede analizar el contenido del Acuerdo UE-Mercosur en su conjunto, para identificar aquello que efectivamente ofrece a los operadores económicos y aquello que, por el contrario, no llega a incorporar.

III. LO QUE EL ACUERDO OFRECE AL INVERSOR: NUEVAS OPORTUNIDADES

Para los operadores económicos, el Acuerdo UE–Mercosur abre la puerta a un espacio económico de enormes dimensiones, integrado por más de 270 millones de consumidores en los Estados del Mercosur y alrededor de 450 millones en la Unión Europea. A tal efecto, el Acuerdo articula un proceso de liberalización y apertura económica destinado a facilitar los intercambios entre ambas regiones, reducir los obstáculos que todavía dificultan el acceso a los respectivos mercados y mejorar el marco regulatorio en el que se desarrollan las operaciones entre la Unión Europea y el Mercosur.

[11] Art. 23.10 del ITA.

[12] Art. 3.2.3 del EMPA. Esta configuración diferencia al Acuerdo UE-Mercosur del acuerdo celebrado entre la Unión Europea y Vietnam, en el que se optó por negociar dos instrumentos jurídicos autónomos –a saber, un acuerdo referido a materias de competencia exclusiva de la Unión y otro de carácter mixto–, pero con la particularidad de que ambos estaban llamados a coexistir de forma estable e independiente, sin que uno de ellos sustituya al otro con el paso del tiempo.

Las oportunidades derivadas de este proceso son múltiples y se proyectan sobre ámbitos muy diversos. Sin embargo, dada la extensión y complejidad del Acuerdo –cuyo texto se extiende a lo largo de casi tres mil páginas–, no resulta posible examinarlas todas con el mismo nivel de detalle. Por ello, las páginas que siguen se centrarán en aquellos aspectos que previsiblemente tendrán una mayor incidencia práctica para los operadores económicos: el comercio de bienes, la prestación de servicios y la contratación pública.

3.1 Comercio de bienes

La expresión más visible del proceso de apertura impulsado por el Acuerdo se encuentra en el comercio de bienes. En este ámbito, el acuerdo prevé la eliminación de los derechos arancelarios sobre aproximadamente el 92 % de las exportaciones del Mercosur hacia la Unión Europea y el 91 % de las exportaciones europeas hacia el Mercosur, lo que reducirá de forma significativa los costes de acceso a los respectivos mercados. Esta liberalización se llevará a cabo de forma progresiva, mediante calendarios que pueden extenderse hasta quince años y con ritmos diferenciados según los sectores, permitiendo así una adaptación gradual de las industrias más sensibles a la competencia internacional[13].

En términos materiales, los efectos de esta apertura serán especialmente relevantes en sectores que han estado tradicionalmente protegidos en Mercosur por elevados aranceles, como los textiles (hasta un 35%), los vehículos (hasta un 35%), el vino (en torno al 27%), la maquinaria (entre el 14% y el 20%), los productos químicos (aproximadamente un 18%) o las bebidas destiladas (entre el 20% y el 35%).

Ahora bien, la liberalización acordada no es absoluta. Para determinados productos considerados especialmente sensibles, en particular en el ámbito agroalimentario, se ha optado por establecer un sistema de contingentes arancelarios (*tariff rate quotas*). Este mecanismo permitirá que un volumen previamente determinado de importaciones acceda al mercado con un arancel reducido o nulo, mientras que las importaciones que exceden dicho umbral continuarán sujetas al régimen arancelario ordinario. Entre los productos sometidos a este sistema figuran, entre otros, determinadas categorías de carne bovina, las aves de corral, los productos lácteos o los cereales, todos ellos sectores en los que las Partes prefirieron preservar cierto grado de protección[14].

Con la misma finalidad de gestionar eventuales desequilibrios derivados de la apertura comercial, el Acuerdo contempla la posibilidad de recurrir a instrumentos de defensa comercial y medidas de salvaguardia –que, en el caso de la Unión Europea, han sido reguladas mediante el Reglamento (UE) 2026/687)–. Igualmente, en el marco de la Unión Europea, se ha previsto la futura creación de un fondo de 6.300 millones de euros (el *Unity Safety Net*) destinado a apoyar al sector agrario a partir de 2028 en caso de desequilibrios significativos del mercado.

Esta apertura comercial se complementa, además, con un conjunto de disposiciones destinadas a garantizar el correcto funcionamiento del nuevo régimen preferencial. Entre ellas destacan las reglas de origen, que permiten asegurar que las ventajas previstas por el Acuerdo beneficien exclusivamente a productos efectivamente

[13] El "cronograma de eliminación arancelaria" se encuentra recogido, de manera detallada, en el Anexo 2-A del ITA, así como en el apéndice 2-A-1 en lo que respecta a la Unión Europea y en el apéndice 2-A-2 para MERCOSUR. Cabe señalar, no obstante, que, según el art. 2.4.8 del ITA, el establecimiento de ese cronograma no impide que las Partes aceleren "*la eliminación de los derechos de aduana sobre las mercancías originarias de la otra Parte* […] *si su situación económica general y la situación del sector económico de que se trate lo permiten*". Todas estas disposiciones encuentran su reflejo en el EMPA, que, como se ha señalado, está llamado a sustituir al ITA cuando entre en vigor.

[14] Los contingentes que la Unión Europea aplicará a determinadas mercancías originarias del Mercosur se encuentran recogidos en la Sección B del Anexo 2-A del ITA, mientras que los contingentes que Mercosur aplicará a los productos europeos se encuentran reflejados en la Sección C.

originarios de las Partes y evitar así fenómenos de desvío de comercio[15]. Asimismo, se han incluido una serie de normas sobre indicaciones geográficas, orientadas a proteger más de trescientas denominaciones europeas y un número significativo de indicaciones del Mercosur y, de esta forma, preservar el valor añadido de los productos estrechamente vinculados a su origen[16]. Junto a ellas, también se han asumido diversos compromisos en materia de propiedad intelectual dirigidos a reforzar la protección de determinados derechos industriales y comerciales y a mejorar la seguridad jurídica en sectores intensivos en innovación[17].

Aunque resulta evidente que estas disposiciones contribuirán a intensificar los intercambios de bienes entre ambos bloques, conviene subrayar que la liberalización de los intercambios no implica una rebaja de los estándares regulatorios aplicables a los productos que acceden al mercado europeo. El acceso al mercado europeo continuará condicionado al cumplimiento de su marco normativo en materia sanitaria y fitosanitaria, de seguridad alimentaria y de protección del consumidor, de modo que la apertura comercial seguirá siendo compatible con el mantenimiento de los niveles de protección exigidos por el Derecho de la Unión[18].

3.2 Prestación de servicios

La liberalización de los intercambios prevista en el Acuerdo se proyecta también sobre el comercio de servicios. En este terreno, el ITA sigue la estructura del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ("**AGCS**") de la Organización Mundial del Comercio ("**OMC**") y regula las cuatro modalidades de prestación de servicios reconocidas en dicho instrumento: el suministro transfronterizo de servicios, el consumo en el extranjero, la presencia comercial y el desplazamiento temporal de personas físicas con fines empresariales[19]. De este modo, el Acuerdo no pretende solamente facilitar la prestación de servicios entre la Unión Europea y el Mercosur, sino también favorecer las condiciones en las que los operadores de una Parte pueden establecerse y desarrollar actividades económicas en el territorio de la otra.

Aunque el acuerdo se inspira en la lógica y estructura del AGCS, incorpora compromisos de mayor alcance que los actualmente vigentes en el marco de la OMC, razón por la cual suele calificarse como un acuerdo "OMC-plus"[20]. En la práctica, esta mayor ambición se traduce en una apertura más intensa de los mercados de servicios en numerosos sectores, mediante la reducción o eliminación de

---

[15] Estas normas se encuentran recogidas en los arts. 3.1 a 3.34 del ITA y tienen por objeto, por un lado, establecer los requisitos que deben cumplir las mercancías para ser consideradas "originarias" de la Unión Europea o de Mercosur a efectos de la aplicación del régimen preferencial previsto en el ITA y, por otro lado, establecer los mecanismos de control y verificación entre las autoridades aduaneras destinados a comprobar el cumplimiento de tales requisitos.

[16] Arts. 13.33 a 13.39 del ITA. La relación completa de indicaciones geográficas protegidas se recoge en los Anexos 13-B y 13-C del ITA, sin perjuicio de la posibilidad de ampliación de dicha lista prevista en el art. 13.34 del mismo instrumento. Entre los ejemplos más representativos figuran denominaciones como Rioja, Manchego, Jabugo o Cava en el caso de España, o Mendoza, Cordero Patagónico y Vale dos Vinhedos en el caso del Mercosur.

[17] Arts. 13.1 a 13.32 y 13.40 a 13.56 del ITA.

[18] Así, el capítulo de medidas sanitarias y fitosanitarias del ITA (arts. 6.1 a 6.19) se articula sobre el principio de que todo producto exportado por una de las Partes tiene que cumplir con los estándares sanitarios y de seguridad alimentaria en vigor en el territorio de la Parte importadora, sin que el Acuerdo suponga una modificación de dichos niveles de protección. En el caso de la Unión Europea, ello implica que los productos agroalimentarios procedentes del Mercosur que quieran introducirse en la Unión Europea deben cumplir con los mismos requisitos sanitarios que el resto de productos que se comercializan en la Unión. Para garantizar el cumplimiento de estos estándares, el Acuerdo reconoce, entre otras medidas, el derecho a realizar auditorías y controles periódicos en el Estado de origen para comprobar el cumplimiento efectivo de los requisitos, la existencia de listas de establecimientos aprobados para la exportación y la emisión de certificaciones sanitarias y fitosanitarias.

[19] Lo anterior se refleja en el artículo 10.3.1 del ITA, así como en sus Anexos 10-A a 10-E, que contienen numerosas referencias a los cuatro modos de suministro previstos en el AGCS.

[20] Ghiotto y Echaide, "El acuerdo entre el MERCOSUR y…", pp. 96-103.

diversas restricciones que tradicionalmente condicionaban su prestación por parte de operadores extranjeros.

En particular, en los sectores incluidos en el Acuerdo, las Partes se han comprometido a no imponer restricciones cuantitativas al acceso al mercado, tales como al número de proveedores, al valor total de las operaciones, al número de transacciones o al volumen de producción[21]. Del mismo modo, se prohíben medidas que condicionen o limiten la participación de capital extranjero, que exijan formas específicas de organización empresarial, o que establezcan límites al número de personas físicas empleadas en determinados sectores[22]. A ello se añade un compromiso de garantizar la libre circulación de capitales vinculados a inversiones directas, y a permitir la realización, en moneda libremente convertible, de todos los pagos y transferencias relativos a las transacciones por cuenta corriente de la balanza de pagos comprendidas en su ámbito de aplicación[23].

Como complemento de lo anterior, el Acuerdo incorpora igualmente disposiciones destinadas a facilitar la movilidad temporal de personas físicas vinculadas a la prestación de servicios y a la actividad empresarial[24]. Entre ellas destacan las relativas a los visitantes de negocios, así como aquellas que favorecen el desplazamiento temporal de directivos y personal cualificado entre matrices y filiales[25]. Aunque estas disposiciones no afectarán a los regímenes migratorios nacionales ni crearán derechos generales de acceso al mercado laboral[26], sí contribuirán a reducir los obstáculos prácticos que pueden surgir en el desarrollo de operaciones transfronterizas.

Junto a estas reglas de alcance general, el Acuerdo incorpora además normas específicas en materia de licencias y autorizaciones administrativas, así como disposiciones sectoriales en ámbitos en los que la regulación multilateral resulta comparativamente menos desarrollada, como las telecomunicaciones, los servicios financieros, los servicios postales o el comercio electrónico[27].

Finalmente, estas reglas se complementan con una cláusula de trato nacional, en virtud de la cual las Partes se comprometen, en los sectores incluidos en su alcance, a otorgar a los operadores de la otra Parte un trato no menos favorable que el concedido a sus propios operadores en lo que respecta al establecimiento, al suministro transfronterizo de servicios, al consumo en el extranjero y a la entrada y estancia temporal de personas físicas[28].

Todo ello hace que, aunque el ITA no contenga un capítulo autónomo de protección de inversiones, sí contribuya a crear un entorno más abierto y favorable a la inversión extranjera.

3.3 Contratación pública

Junto a la liberalización de los mercados de bienes y servicios, el Acuerdo UE-Mercosur introduce avances relevantes en materia de contratación pública.

---

[21] Véase el art. 10.3.2 del ITA, así como sus Anexos 10-A a 10-E, donde se detallan los servicios cubiertos por el acuerdo. Dentro de los sectores excluidos cabe destacar los servicios audiovisuales, el cabotaje marítimo nacional, los servicios nacionales e internacionales de transporte aéreo y la navegación interior (*ex* art. 10.1.7 del ITA).

[22] Art. 10.3.2 del ITA.

[23] Arts. 11.1 a 11.6 del ITA.

[24] Art. 10.6 del ITA.

[25] Arts. 10.6 a 10.9 del ITA.

[26] Arts. 10.6.2 y 10.6.3 del ITA.

[27] Arts. 10.15 a 10.55 del ITA.

[28] Art. 10.4 del ITA.

En concreto, el ITA amplía las posibilidades de acceso de los operadores de ambas regiones a los procedimientos de contratación cubiertos por el Acuerdo, que incluyen los contratos de bienes o servicios adjudicados por entidades pertenecientes a distintos niveles de gobierno, siempre que superen los umbrales económicos previstos en el propio Acuerdo[29]. Este acceso se articula sobre la base de los principios de trato nacional, no discriminación y transparencia, con el objetivo de garantizar que los operadores de una Parte podrán concurrir a las licitaciones cubiertas en condiciones equivalentes a las aplicables a los operadores nacionales[30].

Sin embargo, el Acuerdo no se limita a reconocer formalmente que los inversores de una de las Partes podrán participar en los procesos de licitación convocados por la otra. Consciente de que la efectividad de dicho acceso depende de las condiciones en las que se desarrollan las licitaciones, el Acuerdo incorpora un régimen de garantías destinado a asegurar su desarrollo en condiciones de transparencia, objetividad e igualdad de trato. Entre ellas se encuentran la obligación de publicar las licitaciones en un portal electrónico único[31], el establecimiento de plazos mínimos para la presentación de ofertas[32] y la exigencia de que las especificaciones técnicas y los criterios de adjudicación se definan de manera clara y objetiva[33]. Asimismo, se limita el recurso a procedimientos restringidos o negociados a supuestos tasados, como situaciones de urgencia, ausencia de competencia efectiva o protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual[34].

Estas garantías se extienden también a las fases posteriores de la contratación. Así, el Acuerdo exige la publicación de las decisiones adoptadas y la comunicación a los licitadores de los motivos que justificaron la selección de la oferta ganadora. Del mismo modo, obliga a las Partes a establecer mecanismos de revisión eficaces, administrativos o judiciales, que permitan a los operadores impugnar eventuales infracciones de las normas de contratación pública y obtener, en su caso, compensaciones adecuadas o medidas cautelares.

Con todo, el ITA no solo contribuye a ampliar las oportunidades de acceso de los operadores económicos a los mercados de contratación pública de ambas regiones, sino también a reducir la discrecionalidad administrativa y a asegurar la igualdad de trato entre licitadores[35].

3.4 Otras disposiciones

Aunque el proceso de apertura impulsado por el Acuerdo UE-Mercosur resulta, por sí mismo, suficientemente prometedor, lo cierto es que el alcance del Acuerdo no se agota en su dimensión comercial. Junto a las disposiciones destinadas a la liberalización de los intercambios, el ITA y el EMPA incorporan un conjunto de compromisos que responden a una lógica más amplia de cooperación entre las Partes y que se proyectan en el plano social, laboral, ambiental y político.

---

[29] Los umbrales que debe superar un contrato para quedar cubierto por el ITA, así como las entidades públicas cuyas licitaciones deben ajustarse a sus disposiciones, se recogen en detalle en los Anexos 12-A a 12-E del ITA.

[30] Así, además de recoger una cláusula de trato nacional (art. 12.6.1), el ITA prohíbe que una de las Partes ofrezca un trato discriminatorio a una empresa que ya está establecida en su territorio, ya sea por estar participada o ser propiedad de inversores de la otra Parte del acuerdo, o por el origen de los bienes o servicios que ofrece (art. 12.6.2).

[31] Arts. 12.7, 12.12 y 12.13 del ITA.

[32] Art. 12.18 y Anexo 12-M del ITA.

[33] Arts. 12.14 a 12.16 y 12.22 del ITA.

[34] Arts. 12.19 y 12.20 del ITA.

[35] El impacto de esta apertura será especialmente significativo en el caso del Mercosur, en la medida que sus Estados miembro no son parte del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

En este sentido, el Acuerdo se articula sobre el principio de que el comercio internacional debe desarrollarse de forma sostenible[36]. A partir de esta premisa, aunque el Acuerdo reconoce a las Partes su derecho a regular en materia social y ambiental, impone la obligación de no relajar sus estándares con el fin de mejorar su competitividad o atraer inversiones[37]. Asimismo, las Partes se obligan a respetar y aplicar los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, especialmente aquellos relativos a la erradicación del trabajo forzoso y del trabajo infantil, así como aquellos que garantizan derechos esenciales como la libertad sindical y la negociación colectiva[38]. En la misma línea, se comprometen a cumplir los principales acuerdos multilaterales en materia ambiental, entre los que destacan el Acuerdo de París y la Convención CITES[39], y asumen compromisos específicos dirigidos a prevenir la deforestación y a combatir actividades especialmente nocivas para el medio ambiente, como la tala o la pesca ilegal[40].

Además, el EMPA incorpora diversos capítulos destinados a reforzar el diálogo político y la cooperación en áreas tan variadas como la migración, el transporte, la investigación o la educación[41]. Entre las medidas previstas destacan el impulso a la movilidad de estudiantes e investigadores, así como el fomento de proyectos de investigación desarrollados de forma conjunta. Igualmente, el Acuerdo incluye compromisos en materia de derechos humanos y de responsabilidad social empresarial, y establece mecanismos de cooperación para afrontar desafíos comunes como la ciberdelincuencia, el terrorismo, el blanqueo de capitales o el tráfico de drogas[42].

Ciertamente, cabe preguntarse si estas previsiones serán suficientes y, sobre todo, si resultarán eficaces en la práctica. Se trata de interrogantes legítimos que solo el tiempo podrá aclarar. Sin embargo, lo que sí parece evidente es que el alcance del Acuerdo UE-Mercosur no puede reducirse a su dimensión estrictamente económica ni resumirse en la conocida y simplista fórmula de «coches por vacas», que ignora la amplitud de los compromisos que incorpora.

IV. LO QUE EL ACUERDO NO OFRECE AL INVERSOR: UN MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR-ESTADO

Aunque el Acuerdo UE-Mercosur contribuye a configurar un entorno más favorable para el comercio internacional y la inversión extranjera, la protección que efectivamente ofrece a los inversores no depende únicamente de las garantías sustantivas que incorpora, sino también de los mecanismos procesales disponibles para asegurar su cumplimiento.

A este respecto, el mecanismo previsto en el Acuerdo UE-Mercosur para resolver las controversias que puedan derivarse de su interpretación y aplicación consiste en un arbitraje *ad hoc* interestatal –similar al previsto en los acuerdos celebrados por la Unión Europea con el Reino Unido, Japón y la República de Corea[43]–, en el que solamente

[36] Art. 18.1.3 del ITA.

[37] Arts. 18.2.1 y 18.2.3 del ITA.

[38] Art. 18.4 del ITA.

[39] Véanse los arts. 18.5 a 18.7 del ITA y los arts. 7.5 a 7.7 del EMPA, entre otros.

[40] Véanse los arts. 18.8 y 18.9 del ITA y el art. 7.8 del EMPA, entre otros.

[41] Véanse, a título ilustrativo, los arts. 6.1, 8.8, 8.12 y 8.16 del EMPA.

[42] Baste tomar, como botones de muestra, los arts. 1.2, 5.1, 5.3, 5.6, 5.11, 6.3, 6.4 y 8.2 del EMPA.

[43] Véase la sexta parte del Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido, en vigor desde el 1 de mayo de 2021 ("**TCA**", DO L 149/10 de 30.4.2021), el capítulo 14 del Acuerdo de Libre Comercio entre la UE, sus Estados miembros y la República de Corea, en vigor desde el 13 de diciembre de 2015 (DO L 127 de 14.5.2011), y el capítulo 21 del Acuerdo de Asociación Económica entre la UE y Japón, en vigor desde el 1 de febrero de 2019 (DO L 330/3 de 27.12.2018), donde se establecen mecanismos de resolución de controversias interestatales, que no pueden ser entablados por los inversores.

podrán ser partes la Unión Europea, el Mercosur o cualquiera de los Estados miembros de este último bloque[44]. Este arbitraje *ad hoc* deberá ir precedido de un periodo de "*consultas de buena fe con el fin de alcanzar una solución de mutuo acuerdo*" –que, como regla general, no durará más de treinta días[45]– o, en su caso, de un proceso de mediación[46]. En caso de que estos pasos previos resulten infructuosos, la disputa será resuelta de manera definitiva por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros en menos de cinco meses[47], después de haber sometido a la consideración de las Partes un informe provisional con sus conclusiones[48].

Este es el único remedio previsto en el acuerdo, que, por lo demás, no solo no contempla un mecanismo alternativo de resolución de controversias inversor-Estado, sino que además señala expresamente que sus disposiciones carecen de efecto directo[49]. Esto implica que los inversores que resulten perjudicados por una medida que consideren contraria al Acuerdo UE-Mercosur no podrán ni activar por sí mismos el mecanismo arbitral previsto en el acuerdo ni invocar directamente sus disposiciones ante otros foros –como, por ejemplo, ante los tribunales nacionales–[50].

El único papel que el Acuerdo UE-Mercosur reconoce a los inversores en la resolución de las disputas iniciadas bajo su amparo consiste en la posibilidad de presentar observaciones en calidad de *amicus curiae*, siguiendo un modelo similar al previsto en el acuerdo celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit (TCA)[51]. Sin embargo, difícilmente puede considerarse que esta facultad constituya una garantía satisfactoria para los inversores extranjeros. El propio reglamento arbitral anexo al ITA y al EMPA establece que, si bien el tribunal arbitral deberá enumerar en su laudo las observaciones *amicus curiae* que haya recibido, no está obligado a dar respuesta a lo alegado en ellas de manera específica[52]. Además, no puede perderse de vista que la posibilidad de presentar tales alegaciones se encuentra supeditada, naturalmente, a

---

[44] Art. 21.3 del ITA y art. 29.3 del EMPA. Nótese que, mientras que ambos acuerdos reconocen legitimación activa y pasiva a los cuatro Estados miembros del Mercosur considerados individualmente, no prevén, en cambio, la posibilidad de que los Estados miembros de la Unión Europea actúen o sean demandados de forma separada, aun cuando la medida controvertida afecte exclusivamente a uno o varios de ellos.

[45] Art. 21.5 del ITA y art. 29.5 del EMPA. Este plazo no es inamovible, en la medida que puede extenderse de mutuo acuerdo por las Partes y quedará reducido a la mitad en caso de "*cuestiones urgentes, incluidas las relativas a productos perecederos u otras mercancías o servicios que pierdan rápidamente su calidad, estado actual o valor comercial*" (*v.* apartado 4 de dichos artículos).

[46] Estos procedimientos son alternativos, ya que no es necesario agotar el periodo de consultas antes de acudir a mediación (*v.* art. 3.3 del del Anexo 21-C del ITA y del Anexo 29-C del EMPA). No obstante, ello no significa que la parte actora pueda elegir libremente entre una u otra vía, en la medida que la mediación solo puede iniciarse si ambas partes lo consienten expresamente para la controversia concreta (*v.* art. 21.6 del ITA y art. 29.6 del EMPA).

[47] Art. 21.14.6 del ITA y art. 29.6.6 del EMPA. Este plazo, no obstante, quedará reducido a la mitad en casos de urgencia (*ex* art. 21.14.7 del ITA y el art. 29.6.7 del EMPA). En lo relativo a la constitución del tribunal arbitral, debemos destacar que ambos instrumentos establecen un sistema de listas predefinidas de árbitros y prevén medidas específicas para garantizar la constitución del tribunal incluso en caso de falta de designación por alguna de las Partes (art. 21.9 del ITA y el art. 29.9 del EMPA).

[48] Art. 21.14.1 del ITA y el art. 29.6.1 del EMPA. Una vez recibido el informe provisional, las partes pueden solicitar al panel arbitral que reconsidere aspectos concretos del mismo en un plazo de 14 días (o 7 en casos de urgencia). Si ninguna de ellas hace uso de esta facultad, el informe provisional se convertirá automáticamente en el laudo final (art. 21.14.5 del ITA y el art. 29.6.5 del EMPA).

[49] Así, tanto el ITA como el EMPA establecen en sus arts. 23.7.1 y 30.9.1, respectivamente, que "[*n*]*inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará de forma que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho Internacional Público*".

[50] A este respecto, el art. 23.7.2 del ITA y el art. 30.9.2 del EMPA añaden que "[n]*inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que permita su invocación directa en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes*", aunque dejan abierta la posibilidad de que "[*u*]*n Estado Parte del MERCOSUR*" –y no de la Unión Europea– disponga "*otra cosa en virtud de su Derecho interno*".

[51] Véase, a este respecto, el art. 751.3 del TCA y los aparatados 40 a 42 de su Anexo 48, donde se reconoce a las personas físicas y jurídicas que acrediten un interés en la resolución de un arbitraje en curso la posibilidad de presentar "comunicaciones *amicus curiae*" no solicitadas.

[52] Apartado 54 del Anexo 21-A del ITA y del Anexo 29-A del EMPA.

la previa iniciación de un arbitraje –circunstancia que, como ya se ha señalado, escapa al control del inversor– y que, además, incluso esta limitada intervención puede ser excluida por las Partes signatarias al inicio del arbitraje[53]. A ello se añade que la extensión máxima de las comunicaciones *amicus curiae* se encuentra limitada a 22.500 caracteres mecanografiados, lo que equivale a menos de la mitad de la extensión del presente trabajo[54].

Es probable que esta parte del Acuerdo UE-Mercosur no haya colmado las expectativas de la comunidad inversora, en la medida en que la existencia de mecanismos eficaces de solución de controversias entre inversores y Estados constituye un elemento clave en la evaluación del riesgo jurídico asociado a una inversión extranjera.

Esta percepción resulta especialmente comprensible si se tiene en cuenta que, aunque el modelo instaurado en el Acuerdo UE-Mercosur coincide con el adoptado en el TCA celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido, se aparta del instaurado en otros acuerdos comerciales de nueva generación celebrados por la Unión Europea, como los acuerdos con Canadá, Vietnam o Singapur[55]. Además, mientras que la ausencia de un mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados en el TCA y en el ITA era inevitable –en tanto que fueron firmados exclusivamente por la Unión Europea, sin la participación de sus Estados miembros–, el EMPA, en cambio, sí habría constituido un instrumento adecuado para incluir un mecanismo de esa naturaleza[56].

En este sentido, la exclusión de un mecanismo específico de protección de inversiones puede considerarse una de las principales limitaciones del Acuerdo UE-Mercosur. Sin embargo, la ausencia de un mecanismo de arbitraje inversor-Estado en el Acuerdo no debe llevar automáticamente a la conclusión de que las inversiones realizadas en este marco carezcan de protección efectiva. Actualmente se encuentran en vigor cuarenta y cinco tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones ("**APPRI**") entre los Estados miembros de la Unión Europea y tres de los cuatro Estados miembros del Mercosur[57], por lo que la protección de las inversiones extranjeras seguirá estando determinada, en gran medida, por esos instrumentos. A estos efectos, aunque la cantidad y variedad de acuerdos bilaterales en vigor impide formular afirmaciones categóricas acerca de su contenido, basta señalar que la práctica totalidad de ellos reconoce a los inversores la posibilidad de iniciar un

[53] *Ibid*., apartado 52.

[54] *Ibid*., apartado 53.a).

[55] En particular, estos tres tratados *(i)* permiten al inversor perjudicado recurrir a un sistema de tribunales de inversiones integrado por tribunales arbitrales permanentes y un tribunal de apelación y *(ii)* prevén la creación futura de un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC), llamado a sustituir a los tribunales arbitrales establecidos en acuerdos bilaterales.

[56] En efecto, habida cuenta del reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros en materia de celebración de acuerdos internacionales, la inclusión de un mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados excede las competencias exclusivas de la Unión y requiere la participación de los Estados miembros como partes contratantes. Así lo confirmó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, al considerar que "*un régimen de esta índole, que sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros,* […] *no puede establecerse sin el consentimiento de éstos*" y, por ende, "*no es una competencia exclusiva de la Unión, sino una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros*" (apartados 292 y 293). En consecuencia, los acuerdos que contienen tales mecanismos deben celebrarse como acuerdos mixtos (como es, precisamente, el EMPA) y ser ratificados conforme a los procedimientos constitucionales de los Estados miembros. El TCA, por su parte, fue concebido y negociado como un acuerdo celebrado exclusivamente por la Unión Europea por los motivos descritos en la Decisión (UE) 2021/689 del Consejo, de 29 de abril de 2021 (DO L 149/2 de 30.4.2021, recital 3), entre los que se incluía el objetivo de lograr su entrada en vigor en un plazo compatible con la finalización del período transitorio previsto en el Acuerdo de Retirada. Por ello, no era un instrumento apto para incluir un mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado.

[57] En concreto, a la fecha del presente artículo, Argentina mantiene en vigor 19 APPRIs con Estados miembros de la Unión Europea, Paraguay 12 y Uruguay 14. Brasil, en cambio, no tiene en vigor ningún APPRI con un Estado miembro de la Unión Europea.

arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("**CIADI**") y ofrecen garantías sustantivas frente a medidas discriminatorias, expropiaciones ilícitas, vulneraciones del trato justo y equitativo y otras actuaciones estatales susceptibles de afectar negativamente a una inversión.

Además, con independencia de la existencia o no de un APPRI aplicable, siempre subsistirá la posibilidad de negociar la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos celebrados entre el inversor y la entidad pública correspondiente, permitiendo así someter sus disputas a arbitraje internacional.

Por tanto, aunque hubiera sido deseable la inclusión de un mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados en el Acuerdo UE-Mercosur, las nuevas inversiones realizadas a su amparo quedarán cubiertas, en muchos casos, por los APPRIs actualmente vigentes. Precisamente por ello, a la hora de estructurar una nueva inversión, seguirá siendo esencial comprobar la existencia de un instrumento de protección aplicable y analizar con detenimiento el alcance de las garantías sustantivas y procesales que este pueda ofrecer.

V.CONCLUSIONES

La entrada en aplicación provisional del ITA ha marcado el inicio de un proceso llamado a transformar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y los cuatro miembros del Mercosur.

Este proceso dista aún de haber concluido, pues la plena eficacia del Acuerdo UE-Mercosur dependerá, entre otras cuestiones, de la evolución de los procedimientos de ratificación del EMPA en los distintos Estados miembros y de la respuesta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dé a la consulta planteada por el Parlamento Europeo el 21 de enero de 2026[58]. Hasta que ambas cuestiones queden definitivamente resueltas, seguirá existiendo un cierto grado de incertidumbre acerca del alcance exacto del marco jurídico que regirá las relaciones entre ambos bloques.

Con todo, resulta difícil cuestionar que el Acuerdo constituye una noticia positiva para la economía de ambos bloques. La progresiva liberalización de los intercambios de bienes, la apertura de los mercados de servicios y de contratación pública y el refuerzo de la transparencia y previsibilidad de las condiciones de acceso a los respectivos mercados tienen el potencial de impulsar de forma sustancial los intercambios económicos y las inversiones entre la Unión Europea y el Mercosur.

Además, el valor del Acuerdo no se agota en su dimensión comercial. Como se ha visto, el proyecto incorpora compromisos en ámbitos tan diversos como la protección del medio ambiente, los derechos laborales, la educación o la investigación, reflejando una concepción de la integración que aspira a compatibilizar el crecimiento económico con objetivos de desarrollo sostenible y progreso social.

Quizá la principal crítica que puede formularse al texto sea la oportunidad desaprovechada de incorporar un mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados que permitiera a los primeros reaccionar directamente frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por los segundos. Sin embargo, esta ausencia no debe conducir a la conclusión de que las inversiones realizadas al amparo del Acuerdo carecerán de protección jurídica. Por el contrario, la extensa red de APPRIs actualmente vigente entre numerosos Estados miembros de la Unión Europea y países del Mercosur seguirá ofreciendo, en muchos casos, un nivel de protección significativo a los inversores de ambas regiones, que podrá complementarse mediante la negociación de cláusulas compromisorias.

[58] Parlamento Europeo, "UE-Mercosur: el PE pide un dictamen jurídico sobre la compatibilidad con los Tratados", nota de prensa, 21 de enero de 2026, https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20260116IPR32450/ue-mercosur-el-pe-pide-dictamen-juridico-sobre-compatibilidad-con-los-tratados.

El tiempo dirá si las expectativas depositadas en el Acuerdo UE-Mercosur se materializan plenamente, pero su potencial transformador resulta difícilmente discutible.

BIBLIOGRAFÍA

- Campos, Rodolfo G., y otros "El Acuerdo UE-Mercosur: Análisis de sus características con una perspectiva sectorial", *Documentos Ocasionales – Banco de España*, 2601 (2026): 8
- Comisión Europea, "La UE y Mercosur firman una asociación histórica y ambiciosa", Nota de prensa, 17 de enero de 2026, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_26_113.
- Comisión Europea, "Questions and answers on the EU-Mercosur partnership agreement", 17 de enero de 2026, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_24_6245
- Conconi, Paola, Cristina Herghelegiu y Laura Puccio, "EU Trade Agreements: To Mix or Not to Mix, That Is the Question", *Journal of World Trade*, 55, no. 2 (2021): 231–260.
- Consejo de la Unión Europea, "Comercio UE-Mercosur: datos y cifras", Infografía, https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/eu-mercosur-trade/.
- Consejo de la Unión Europea, "Directives de negociation, par la Commission, d'un accord d'association entre les parties", septiembre 1999, https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/ue-mercosur-mandat-sep-1999.pdf).
- Consejo de la Unión Europea, "The negotiation and conclusion of EU trade agreements - Council conclusions", 22 de mayo de 2018, https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/05/22/new-approach-on-negotiating-and-concluding-eu-trade-agreements-adopted-by-council/)
- Fernández Rozas, José Carlos, "El Acuerdo entre la UE y los Estados del Mercosur de 2024: oportunidades e inquietudes", *La Ley: Unión Europea*, 132 (2025), sección Tribuna.
- Ghiotto, Luciana, y Javier Echaide, "El acuerdo entre el MERCOSUR y la Unión Europea. Estudio integral de sus cláusulas y efectos", *The Greens/EFA*, 2020, 33, https://www.clacso.org/acuerdo-entre-el-mercosur-y-la-union-europea/.
- Latorre, María C., y otros, "Tiempo para los buenos aliados comerciales: el impacto económico del Acuerdo UE-Mercosur", *Apuntes Fedea*, 24 (2025): 1-13.
- London School of Economics and Political Science, "Sustainability Impact Assessment in Support of the Association Agreement Negotiations between the European Union and Mercosur", diciembre 2020, https://www.lse.ac.uk/business/consulting/assets/documents/SIA-in-Support-of-the- Association-Agreement-Negotiations-between-the-EU-and-Mercosur-Final-Report.pdf
- Parlamento Europeo, "UE-Mercosur: el PE pide un dictamen jurídico sobre la compatibilidad con los Tratados", Nota de prensa, 21 de enero de 2026, https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20260116IPR32450/ue-mercosur-el-pe-pide-dictamen-juridico-sobre-compatibilidad-con-los-tratados.

- Perotti, Alejandro Daniel, "Los acuerdos entre el Mercosur y la Unión Europea: vigencia, aplicación provisional, pedido de dictamen al TJUE, eventual rechazo por un parlamento nacional y otras yerbas", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 14(23) (2026): 1-36.

LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA CAUTELAR ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO Y LÍMITES FRENTE A TERCEROS

Autores:
Ricardo Ampuero Llerena
Paolo Bazo Palacios

LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA CAUTELAR ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE PERUANO Y LÍMITES FRENTE A TERCEROS

The Allocation of Interim-Relief Jurisdiction Between Courts and Arbitral Tribunals in Peruvian Arbitration and Its Limits Regarding Third Parties

Ricardo Ampuero Llerena[1] - Paolo Bazo Palacios[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La tutela cautelar y el arbitraje.
III. La interacción entre jueces y árbitros en el Decreto Legislativo 1071.
IV. Comentario a la Sentencia 855/2021 (Expediente 00305-2021-PA/TC), caso BCP.
V. Conclusiones.

Resumen

El artículo examina la distribución de funciones cautelares entre jueces y árbitros en el arbitraje peruano, particularmente después de constituido el tribunal arbitral. Sostiene que los artículos 47.5 y 47.6 del Decreto Legislativo 1071 desplazan hacia el tribunal arbitral la competencia sobre la procedencia, modificación, sustitución y levantamiento de las medidas cautelares, mientras el juez conserva las funciones de auxilio y ejecución que requieren el ejercicio del *imperium* del Estado. No obstante, dicha distribución encuentra un límite subjetivo: los árbitros carecen de competencia para dirigir mandatos ni imponer obligaciones directamente a terceros ajenos al convenio arbitral. El análisis de esta premisa se realiza a partir del contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI, sus trabajos preparatorios, el derecho comparado, la doctrina especializada y la jurisprudencia peruana, incluyendo un análisis de la Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional (caso BCP), que confirma la imposibilidad de extender la jurisdicción arbitral a terceros sin su consentimiento.

Palabras clave

Medidas cautelares/ Arbitraje/ Tutela cautelar/ Juez y árbitro/ Parte no signataria/ Competence-competence.

Abstract

This article examines the allocation of powers regarding interim measures between judges and arbitrators in Peruvian arbitration, particularly after the arbitral tribunal has been constituted. It argues that Articles 47.5 and 47.6 of Legislative Decree 1071 shift jurisdiction over the granting, modification, substitution, and lifting of interim measures

[1] Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Lima, Perú; Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; Correo de contacto: ricardo.ampuero@columbia.edu.

[2] Asociado en QA Legal; Lima, Perú; Abogado por la Universidad de Piura. Correo de contacto: paolobazo@gmail.com.

to the arbitral tribunal, while the judge retains functions of assistance and enforcement that require the exercise of the State's *imperium*. However, this allocation faces a subjective limitation: arbitrators lack the authority to issue orders or impose obligations directly on third parties who are not part of the arbitration agreement. This premise is analyzed based on the UNCITRAL Model Law, its preparatory works, comparative law, specialized legal scholarship, and Peruvian case law, including an analysis of Constitutional Court Judgment 855/2021 (the BCP case), which confirms that arbitral jurisdiction cannot be extended to third parties without their consent.

Keywords

Interim measures/ Arbitration/ Interim relief/ Courts and arbitrators/ Non-signatory party/ Competence-competence.

I. INTRODUCCIÓN

La competencia de los tribunales arbitrales se funda en el consentimiento y, por esa misma razón, solo puede alcanzar a quienes están vinculados por el convenio arbitral. Por otro lado, la competencia de los jueces es distinta, ya que, en ejercicio del *ius imperium*, puede alcanzar a terceros sin necesidad de que estos hayan consentido someterse a la controversia. Esta diferencia adquiere especial relevancia en materia cautelar, donde una decisión destinada a proteger la eficacia del futuro laudo puede requerir actuaciones frente a terceros que son ajenos al convenio arbitral.

La Ley de Arbitraje peruana permite que las partes soliciten al juez una medida cautelar, antes de que el tribunal arbitral sea constituido, y dispone que esa medida no es incompatible con el arbitraje ni una renuncia a él.[3] Sin embargo, la ley no menciona si, al actuar en apoyo del arbitraje, los jueces quedan sujetos a los límites subjetivos del convenio arbitral o conservan las potestades que tendrían al dictar una medida cautelar en un proceso judicial ordinario.

El problema se hace más complejo cuando una medida judicial dictada por un juez en apoyo del arbitraje afecta a un tercero y, luego, se constituye el tribunal arbitral. En ese supuesto, surge la interrogante sobre si el juez podía o debía adoptar la medida con el mismo alcance de un proceso judicial ordinario y, posteriormente, si el tribunal arbitral puede revisarla íntegramente. La respuesta exige resolver una cuestión más profunda sobre el reparto de poderes entre dos jurisdicciones en cada momento de la tutela cautelar.

La cuestión no consiste únicamente en determinar cuál de los dos órganos posee una competencia cautelar más amplia. Se trata, más bien, de distinguir tres planos que no necesariamente podrían corresponder a un mismo órgano: la competencia para decidir si la tutela cautelar se encuentra justificada, la potestad para dirigir una orden a su destinatario y la capacidad para ejecutar coercitivamente esa decisión.

En este trabajo se abordan las razones por las que se sostiene que, una vez constituido el tribunal arbitral, la competencia cautelar se transfiere hacia el árbitro, quien por eso puede revisar, modificar, sustituir o dejar sin efecto lo decidido por el juez, mientras este último conserva una función instrumental de ejecución y auxilio, así como el *imperium* necesario para producir efectos coercitivos frente a terceros ajenos al convenio arbitral.

[3] Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4.

Determinar con precisión qué órgano debe decidir, a quién puede dirigir su mandato y quién puede ejecutarlo coercitivamente ofrece seguridad jurídica a las partes, a los árbitros, a los jueces de apoyo y a los terceros que puedan verse afectados. Asimismo, permite evitar que la tutela cautelar se utilice para extender la jurisdicción arbitral a sujetos que no prestaron su consentimiento, como ocurrió en el caso que cierra este trabajo.

El análisis seguirá la secuencia temporal prevista por el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071. Primero se examinará la competencia judicial anterior a la constitución del tribunal arbitral. Luego se analizarán la remisión del expediente cautelar y las facultades de revisión reconocidas al tribunal por los numerales 5 y 6. Finalmente, se estudiará el límite subjetivo de la potestad cautelar arbitral, el tratamiento de las medidas que involucran a terceros y la Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional, correspondiente al caso BCP.

II. LA TUTELA CAUTELAR Y EL ARBITRAJE

2.1. Naturaleza y función de la tutela cautelar

Las medidas cautelares son instrumentos que el derecho pone a disposición de los tribunales para que, durante un litigio, puedan proteger el objeto de la controversia, de acciones de una de las partes que pudieran entorpecer el cumplimiento o ejecución de la decisión que pone fin a la controversia[4].

La tutela cautelar es una concreción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso. No protege únicamente al demandado, sino sobre todo busca que el derecho del demandante a que aquello que pretende, no se vea afectado por el paso del tiempo o conductas de la contraparte.[5]

Como se expuso en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la tutela cautelar busca que el tiempo necesario para el reconocimiento del derecho no prive irreversiblemente de contenido al propio derecho, asegurando la efectividad de la tutela jurisdiccional.[6]

Así, la razón de ser de las medidas cautelares radica en que, antes de la emisión del laudo, exista una urgencia por el riesgo de que ocurra un daño serio e irreparable en perjuicio de la parte que la solicita. En caso contrario, no existirían motivos para que la parte no espere a la decisión final en el laudo[7].

Los riesgos que se tratan de evitar son conocidos. Por ejemplo, la disipación de activos, la destrucción de pruebas, la pérdida del valor de un bien, la interrupción de una empresa en marcha o la divulgación de información confidencial pueden tornar ilusoria la decisión final.[8]

Así, el artículo 47.2 de la Ley de Arbitraje define la medida cautelar y los remedios que ofrece a dichos problemas de la siguiente forma:

> *"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*

4 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 772-773.
5 Natale Amprimo Plá, "La tutela cautelar arbitral", Ius et Praxis, n.º 44 (2013): 59-79.
6 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesauro, asunto C-213/89 (Factortame), 1990.
7 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 772-773.
8 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), cap. 17.

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."

De esto se derivan cuatro características de las medidas cautelares. La instrumentalidad, en tanto que la medida no tiene fin en sí misma, sino que sirve a una decisión de fondo; la provisionalidad, porque dura solo hasta esa decisión; la variabilidad, porque puede modificarse si cambian las circunstancias que la justificaron[9], y la ausencia de cosa juzgada, porque la medida no resuelve el fondo de la controversia.

Asimismo, es importante notar que el artículo 47.2 reproduce, casi a la letra, las cuatro categorías del artículo 17(2) de la Ley Modelo, y la enumeración es ilustrativa, no taxativa[10]. Esto define los cuatro tipos de medidas cautelares que la ley faculta a los árbitros a ordenar:

a) Mantener o restablecer el statu quo en espera de que se resuelva la controversia. Esta medida es el equivalente a la de no innovar del proceso civil, que congela la situación de hecho o de derecho existente para que la controversia no se decida sobre un escenario ya alterado. En la clasificación que manejó el Grupo de Trabajo, pertenece a la familia de medidas dirigidas a evitar un perjuicio y a preservar un estado de cosas hasta el laudo[11].

b) Impedir un daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o abstenerse de actos que lo provoquen. El comentario al artículo 17 de la Ley Modelo, cuyo texto es similar, precisa que la supresión, en 2006, de la exigencia de que la medida fuera respecto del objeto del litigio se hizo precisamente para no dejar fuera medidas como las *anti-suit injunctions* y órdenes respecto de activos que no eran necesariamente el objeto del litigio, supuestos que encajan en esta letra.[12]

---

9 La variabilidad se desprende de lo dispuesto en el artículo 47.6 de la Ley de Arbitraje:
"***Artículo 47.- Medidas cautelares.***
6. *El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.*"

10 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2. Sobre el carácter enunciativo y no taxativo de la lista, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte* (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

11 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (enmendada en 2006), art. 17(2)(a); y Holtzmann, Neuhaus, Kristjánsdóttir y Walsh, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary* (Kluwer Law International, 2015), 225-226.

12 Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 166.

c) Proporcionar un medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente. Esta medida está orientada a la futura ejecución forzada y es la más próxima al embargo. El comentario a la Ley Modelo aclara que "preservar bienes" comprende también asegurarlos, lo que puede exigir una garantía o caución[13]. Al respecto, cabe mencionar que, como será desarrollado más adelante, esta categoría no habilita al árbitro a embargar bienes en poder de un tercero. Como señala Born, el tribunal solo puede ordenar a las partes y no tiene poder para disponer la retención o conservación de bienes detentados por un no signatario.[14] La diferencia con la corte, que sí puede dictar verdaderos embargos sobre bienes en manos de terceros, es de alcance subjetivo y no de catálogo.

d) Preservar elementos de prueba relevantes y pertinentes para resolver la controversia. Es la prueba anticipada en sede arbitral. La limitación a la prueba "relevante y pertinente" no es casual, pues el Grupo de Trabajo la tomó de las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, de modo que "relevante" alude a la conexión de la prueba con la controversia y "pertinente" a su significación.[15]

Las cuatro categorías del artículo 47.2 reproducen el modelo de 2006 y regulan de manera amplia el objeto de lo que el árbitro puede cautelar, sobre todo por la apertura de la letra b. Pero todas comparten el mismo encabezado, el de que el tribunal "*ordena a una de las partes.*"

Dicha disposición está inspirada en el artículo 17(2) de la Ley Modelo, el mismo que, a su vez, se inspira en el artículo 26 del Reglamento CNUDMI de 1976, que ya circunscribía la medida al objeto del litigio y a su depósito o venta.[16] Es dicho encabezado, y no la lista, el que limita el alcance subjetivo de la potestad cautelar del árbitro.

2.2. Fundamento y límites de la jurisdicción arbitral

La competencia del árbitro nace del convenio y se encuentra protegida por el principio de kompetenz-kompetenz, que opera en un doble efecto. En su efecto positivo, el árbitro decide sobre su propia competencia. En su efecto negativo, las cortes no deben dirimir en paralelo el mismo objeto, lo que sustenta la preferencia del foro arbitral.[17] Sin embargo, ninguna de estas dimensiones permite extender la competencia arbitral más allá de los sujetos que consintieron el convenio.

La jurisprudencia nacional ha reconocido este principio, al señalar la Corte Suprema que mediante él los árbitros determinan el alcance del acuerdo arbitral y su propia competencia.[18]

---

13 *Ibid.*, 168.

14 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[A][5][a]; sobre la distinción entre asegurar el crédito y el embargo (*attachment*), *ibid.*, §17.02[G][4][d].

15 Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 168; Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional, 1999.

16 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 1976, art. 26; sobre este antecedente, Holtzmann et al., *Guide to the 2006 Amendments*, 232.

17 Roque J. Caivano y Natalia Ceballos, "El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina", Themis – Revista de Derecho, n.º 77 (2020): 15-34; Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi, "Negative Effect of Competence-Competence" (2008).

18 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Permanente, Casación N.º 3909-2013-Lima, 24 de junio de 2014.

Ahora bien, el consentimiento es a la vez fuente y límite. La competencia arbitral se determina por la arbitrabilidad subjetiva y por la relatividad del convenio, recogida en el artículo 1363 del Código Civil, según el cual el contrato solo produce efectos entre las partes que lo otorgan.[19] Ese límite se proyecta sobre un derecho fundamental, el del juez predeterminado por la ley, del artículo 139.3 de la Constitución, que impide someter a una persona a una jurisdicción no consentida.[20]

La única extensión legítima del convenio a quien no lo suscribió es la de la parte no signataria, recogida en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, que alcanza a quienes consintieron arbitrar según la buena fe, determinada por su participación activa y determinante en el contrato, o a quienes pretenden derivar derechos de él.[21]

Debe distinguirse, por tanto, entre la parte no signataria y el tercero ajeno al convenio. La primera puede encontrarse vinculada al arbitraje cuando su consentimiento se desprende, conforme al artículo 14, de su conducta, de su participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, o de su pretensión de obtener derechos o beneficios derivados de él. El tercero ajeno, en cambio, no manifestó consentimiento alguno y no puede ser incorporado al arbitraje ni quedar sometido a mandatos arbitrales directos.

2.3. Iudicium e imperium

El tribunal arbitral cuenta con *iudicium*, entendido como la potestad de conocer y decidir la controversia, incluida la adopción de medidas cautelares. Carece, sin embargo, del *imperium* necesario para imponer coercitivamente sus decisiones sobre quienes no se encuentran sujetos al convenio arbitral. Esta distinción permite comprender el reparto funcional: el árbitro decide sobre la necesidad y el contenido de la tutela *inter partes*, mientras el juez aporta la fuerza pública cuando la ejecución o la afectación directa de terceros la hace necesaria.

En ese sentido se pronunció la Secretaría de la CNUDMI en los trabajos preparatorios para la Ley Modelo de 1985. En estos señaló que:

> *"25. As indicated in the report [First Secretariat Note, supra] (paras. 77–78), there are two different types of interim measures possibly to be dealt with in the model law. First, there are interim measures of protection which may be taken by the arbitral tribunal (e.g. conservation of goods or sale of perishable goods). Here the main question is whether the arbitral tribunal may so act even without special authorization by the parties. Then, there are interim measures (e.g. attachment and seizure of assets) which a court may take. The question, here, is whether the availability of such relief and the procedure should be dealt with in the model law at all."*[22]

Así, queda claro que esta carencia de *imperium* no es una peculiaridad peruana. En el derecho comparado, la regla es que los árbitros, cuya autoridad nace de la voluntad de las partes, no pueden ejecutar coercitivamente sus decisiones ni imponer sanciones con efectos públicos, atribuciones que permanecen en los tribunales del Estado.[23] En

---

19 Leonardo B. Pérez Gallardo, "Comentario al artículo 1363 del Código Civil", en Código Civil comentado, t. VII (Lima: Gaceta Jurídica, 2020), 162-182.

20 Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.º 1937-2006-PHC/TC; Abraham García Chávarri, "El juez predeterminado por ley", Foro Jurídico (2013).

21 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 14.

22 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 336.

23 Born, "Provisional Relief in International Arbitration", §17.02[A][5][b].

ese mismo sentido, según Blackaby, la asistencia de los tribunales judiciales es vital en tanto que "*las facultades del tribunal arbitral están generalmente limitadas a las partes en el arbitraje*."[24] Asimismo, al igual que la Ley Peruana, la Ley Modelo dispone con claridad que el Tribunal Arbitral puede ordenar medidas cautelares contra "una de las partes".

Sin perjuicio de ello, la ley peruana ha previsto algunas soluciones para facilitar que los árbitros puedan emitir medidas cautelares. La segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje señala que las instituciones arbitrales pueden celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas para facilitar la ejecución de medidas cautelares[25].

En nuestra opinión, este artículo parte de una premisa que recorre todo este trabajo, la de que el tribunal arbitral carece de *imperium*. Si la ejecución de lo que el árbitro decide necesita apoyarse en convenios de cooperación, es porque el árbitro no dispone por sí mismo de la fuerza para imponerla sobre terceros. El mecanismo es práctico, pues permite que un centro arbitral acuerde de antemano con un banco, un registro u otra entidad los cauces para hacer efectivas sus decisiones, reduciendo la fricción que de otro modo obligaría a recurrir al juez en cada caso.

Estos convenios operan sobre la base de una relación de cooperación y no atribuyen al tribunal arbitral *imperium* sobre la institución cooperante ni sobre otros terceros. Aunque el convenio pueda generar obligaciones contractuales para quienes lo celebran, no convierte a la entidad colaboradora en parte del arbitraje ni amplía el alcance subjetivo del convenio arbitral. Su función consiste en organizar anticipadamente los mecanismos de colaboración, no en otorgar al tribunal una potestad pública de coerción.

III. LA INTERACCIÓN ENTRE JUECES Y ÁRBITROS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1071

3.1. La fase previa a la constitución del tribunal (artículo 47.4)

Antes de que el tribunal sea constituido, las partes pueden recurrir al juez para solicitar una medida cautelar. El numeral 4 del artículo 47 lo establece en los siguientes términos:

> "*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 hace dentro de este plazo o […] no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.*"[26]

La intervención judicial anterior a la constitución del tribunal no constituye propiamente una excepción a una competencia arbitral ya operativa, sino un mecanismo temporal de colaboración destinado a evitar que la inexistencia

---

24 Nigel Blackaby et al., *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*, trad. Nathalie A. López Novoa (Lima: Fontana Editores, 2020), 662.

25 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4.
SEGUNDA. Convenios de ejecución.
Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

26 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.4.

momentánea del tribunal prive a las partes de una tutela urgente y eficaz. Ello responde a que "*las partes que se hayan sometido al arbitraje no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas precautorias urgentes de tribunales cuando ello sea más eficiente*" [27].

De hecho, "*es importante que el tribunal judicial competente tenga el poder de ordenar medidas cautelares en apoyo al proceso arbitral. En situaciones de extrema urgencia, en las que terceros necesitan ser involucrados o en las que existe una fuerte posibilidad de que una de las partes no ejecute voluntariamente la orden del tribunal arbitral, no existe más opción que identificar el tribunal judicial del Estado apropiado y hacer una solicitud en tal sede*." [28]

La competencia judicial en esta etapa es temporal y se encuentra condicionada a la activación efectiva del arbitraje. La parte beneficiada debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes a la ejecución de la medida y el tribunal debe constituirse dentro de los noventa días de dictada, bajo sanción de caducidad de pleno derecho. Estas exigencias revelan que la tutela judicial previa funciona como un puente hacia el arbitraje y no como un proceso cautelar autónomo destinado a mantenerse al margen de él.

El carácter transitorio de la intervención judicial no se desprende únicamente de una interpretación *contrario sensu* del numeral 4, sino de su lectura conjunta con los numerales 5 y 6. Una vez constituido el tribunal, el expediente cautelar puede ser remitido a los árbitros y estos quedan facultados para revisar incluso decisiones judiciales firmes. Esta estructura permite sostener que la competencia cautelar *inter partes* pasa a corresponder al tribunal arbitral, sin perjuicio de las funciones judiciales de auxilio, ejecución y actuación frente a terceros.[29]

Conviene advertir, además, una cuestión apenas explorada. En la práctica, los jueces podrían resolver sobre la tutela solicitada aplicando el Código Procesal Civil como cualquier cautelar judicial, pues en principio no existe una regla expresa que haga que se consideren limitados por el alcance subjetivo del convenio, lo que podría sugerir, si siguen ese camino, que ejercen función propia.

El artículo 47.4 de la Ley Peruana se inspira en el artículo 9 de la Ley Modelo CNUDMI, que establece lo siguiente:

> *Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.*
>
> *No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.*

Holtzmann y Neuhaus, en interpretación de este artículo, señalan que este no está limitado a ningún tipo de medidas cautelares en específico, pudiendo los jueces aplicar las medidas cautelares que consideren necesarias:

> *"Article 9 is not limited to any particular kind of interim measures. Thus, it applies to measures to conserve the subject matter of*

27 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 825.

28 Nigel Blackaby et al., *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*, trad. Nathalie A. López Novoa (Lima: Fontana Editores, 2020), 664.

29 En sentido concordante, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

> *the dispute; measures to protect trade secrets and proprietary information; measures to preserve evidence; pre-award attachments to secure an eventual award and similar seizures of assets; measures required from third parties; and enforcement of any interim measures ordered."*[30]

Esto se entiende mejor considerando que el artículo 17 J de la Ley Modelo dispone que los jueces gozarán de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de las actuaciones arbitrales que las que tienen al servicio de las actuaciones judiciales.

Es importante resaltar, sin embargo, que la regulación peruana presenta una diferencia relevante. Como se ha indicado, el artículo 9 admite que las partes soliciten medidas judiciales tanto antes como durante el arbitraje, mientras el artículo 17 J reconoce a las cortes la misma competencia cautelar que ejercen en los procesos judiciales, teniendo en cuenta las particularidades del arbitraje. Por ello, bajo la Ley Modelo, la intervención judicial puede comprender medidas dirigidas a terceros, embargos y otros mecanismos que el tribunal arbitral no podría ordenar directamente.

La legislación peruana no reprodujo expresamente el artículo 17 J y reguló de manera específica la intervención judicial anterior a la constitución del tribunal. La cuestión consiste, entonces, en determinar si esa omisión excluye toda medida judicial posterior o si subsiste una competencia judicial excepcional cuando la tutela requerida solo puede hacerse efectiva mediante una actuación directa frente a terceros.

3.2. La remisión del expediente y la revisión de medidas judiciales (artículos 47.5 y 47.6)

Los numerales 5 y 6 del artículo 47 disponen lo que sigue.

> *"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 […]."*[31]
>
> *"6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes […]."*[32]

Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede comunicar ese hecho al juez y solicitar la remisión del expediente cautelar. Formulada la solicitud, la autoridad judicial debe remitirlo bajo responsabilidad. La norma no dispone únicamente un traslado material del expediente, sino un desplazamiento de la cognición cautelar sobre la controversia hacia el órgano elegido por las partes para resolverla.

Ese desplazamiento se manifiesta también en el tratamiento de los recursos pendientes. La apelación interpuesta contra la decisión judicial deja de tramitarse como un mecanismo de revisión dentro del Poder Judicial y pasa a ser conocida como una reconsideración ante el tribunal arbitral. Con ello, la ley evita que dos órganos distintos mantengan simultáneamente la potestad de revisar la misma tutela cautelar.

---

30 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 336.
31 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.5.
32 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.6.

La norma dispone la transferencia de la jurisdicción judicial a la arbitral. El expediente "viaja" del juez al árbitro, y el recurso se reconduce desde un mecanismo de doble grado judicial hacia una reconsideración ante el árbitro. En consecuencia, el tribunal puede modificar, sustituir y dejar sin efecto medidas judiciales firmes, a pedido de parte o, de modo excepcional, de oficio y con notificación previa.[33]

3.3. El límite subjetivo de la competencia cautelar de los árbitros

El artículo 47.2 prevé que las medidas se ordenen a una de las partes, de manera que el árbitro no puede dirigir medidas directas contra terceros ni imponerles obligaciones o sanciones.[34] Como advierte Born, el tribunal carece de poder para ordenar el embargo o la conservación de bienes en poder de un tercero, y si lo hiciera, los jueces denegarían su reconocimiento y ejecución.[35]

> *"First, an arbitral tribunal's (and emergency arbitrator's) powers are virtually always limited to the parties to the arbitration and the arbitration agreement. In the words of one commentary, "an arbitral tribunal's jurisdiction encompasses only the parties before it [and] interim measures may not be directed to non-parties." As a consequence, an arbitrator generally can (and will) order Provisional measures only against the parties to the arbitration. He or she will not have the power to order, for example, attachment or preservation of property held by a third party.* ***Moreover, if an arbitral tribunal (or emergency arbitrator) orders provisional measures against a third party, national courts will ordinarily deny recognition and enforcement of such relief.***
>
> *This limitation is evident in some national arbitration legislation, including the UNCITRAL Model Law, which authorizes an arbitral tribunal to "order any party to take such interim measures of protection" deemed necessary".* (énfasis añadido)

El mismo autor añade que, aun sin un límite legal expreso, la naturaleza contractual del arbitraje circunscribe la potestad del tribunal a las partes.

> *Even where no such express statutory limit on the arbitrators' authority with respect to third parties exists, the contractual nature of the arbitral process implies that the tribunal's authority is limited to the parties to the arbitration. Among other things, a tribunal may not order the attachment of assets in the custody and control of a non-party.*

Como hemos visto, este límite es una característica del arbitraje internacional, que tiene su génesis en las decisiones del grupo de trabajo de la Ley Modelo. Desde 1985 el artículo 17 de la Ley Modelo conservó tres componentes estructurales, entre ellos que el poder del tribunal se limita a órdenes dirigidas a las partes y no a terceros, y que se circunscribe a lo que el tribunal puede ordenar, no a lo que él mismo pueda ejecutar.[36] La reforma de 2006 amplió el alcance objetivo de lo que el árbitro puede ordenar

---

33 Ana María Arrarte Arisnabarreta, "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

34 Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2.

35 Born, "Provisional Relief in International Arbitration", §17.02[A][5][a].

36 Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir y Thomas Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), 166.

frente a las partes, al suprimir la exigencia del objeto del litigio y enumerar categorías de medidas que cubren todas las circunstancias posibles, pero mantuvo intacto el límite subjetivo.[37]

La diferencia entre la tutela judicial y la arbitral no radica necesariamente en el objeto o finalidad de las medidas, pues ambas pueden procurar la preservación de bienes, pruebas o situaciones jurídicas. La diferencia principal se encuentra en su alcance subjetivo y en la disponibilidad de mecanismos coercitivos. El juez puede dirigir mandatos a las partes y a terceros en ejercicio del *imperium* estatal; el tribunal arbitral, en cambio, solo puede ordenar directamente a quienes se encuentran vinculados por el convenio. Esto queda claro al contrastar, por ejemplo, los artículos 9 y 17 de la Ley Modelo y 47.4 y 47.2 de la Ley Peruana de Arbitraje.

Los artículos relacionados con las medidas cautelares fuera de proceso (9 de la Ley Modelo y 47.4 de la Ley Peruana) tienen un alcance más amplio que los artículos que regulan las medidas cautelares que puede dictar el tribunal arbitral (17 de la Ley Modelo y 47.2 de la Ley Peruana), en tanto que comprenden las medidas que pueden requerirse de terceros y su ejecución.[38] Lo mismo sucede con la parte relevante del Código de Comercio de México que regula el arbitraje. En este, el alcance de las medidas cautelares que puede otorgar un juez, con relación al arbitraje, es más amplio que las facultades que tiene el Tribunal Arbitral[39].

La historia legislativa de la Ley Modelo es explícita, al señalar que las medidas que solo una corte puede adoptar, como el embargo o la incautación de activos o las que afectan a terceros, forman parte integral del derecho procesal general aplicado por la corte.[40]

Sobre esa base, el contraste entre corte y tribunal quedó formulado en los términos siguientes:

> *"When issued by a court, such measures may be directed to one or both of the parties involved in the dispute or to third parties. When issued by an arbitral tribunal, such measures may generally not be directed to third parties."*[41]

Esto queda más claro con la lectura del artículo 17 J de la Ley Modelo que, si bien no tiene un símil en la ley peruana, permite entender el espíritu de esta norma:

> *"Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal*
>
> *El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional."*

Un sector de la doctrina nacional sostiene una interpretación distinta. Según esta posición, el reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción permitiría que los árbitros dicten medidas cautelares cuyo cumplimiento inicial sea requerido a

37 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 166.
38 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 333.
39 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 827.
40 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 337.
41 Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 225.

terceros, como los bancos, y que la intervención judicial solo resulte necesaria ante una negativa a cumplirlas. Bajo esta lectura, la falta de *imperium* limitaría la ejecución forzada, pero no la posibilidad de que el tribunal dirija inicialmente el mandato al tercero.[42]

Consideramos que esta interpretación confunde dos cuestiones diferentes. El reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción legitima, la potestad de los árbitros para decidir controversias y adoptar medidas respecto de quienes consintieron el convenio, pero no les atribuye autoridad sobre terceros ajenos. Además, la tesis contradice el tenor del artículo 47.2, que autoriza al tribunal a ordenar la medida "a una de las partes". Si el legislador hubiera querido permitir mandatos directos frente a terceros, no habría delimitado de ese modo al destinatario de la decisión arbitral.

La distinción tampoco puede reducirse a que el tercero tenga la posibilidad de cumplir voluntariamente y que el juez intervenga únicamente si se niega. Bajo el contenido actual de la ley de arbitraje peruana, parecería que la sola emisión de una orden arbitral dirigida a quien no se encuentra sujeto al convenio supondría atribuir al tribunal una autoridad que no deriva del consentimiento. La colaboración voluntaria de un tercero puede facilitar la ejecución, pero no convierte el mandato en una expresión de jurisdicción arbitral sobre él.

El límite subjetivo no es, pues, una construcción teórica, sino una regla operativa que el juez aplica al prestar o negar su colaboración, y que la propia historia de la Ley Modelo había anticipado.

En consecuencia, la medida judicial y la medida arbitral pueden perseguir una misma finalidad cautelar, pero diferirían en cuanto a sus destinatarios y mecanismos de ejecución. El tribunal arbitral decide y ordena dentro del ámbito subjetivo del convenio. El juez puede, en ejercicio del *imperium* estatal, imponer deberes procesales o patrimoniales a terceros y ejecutar coercitivamente la tutela concedida.

3.4. El "reparto" en el derecho comparado

Cabe recalcar que el reparto funcional no es una singularidad peruana. En el derecho comparado, la competencia cautelar del árbitro no es exclusiva y coexiste con la judicial, pero con una creciente primacía del proceso arbitral una vez constituido el tribunal.[43] El Arbitration Act 1996 inglés, en su sección 44, regula el poder judicial de apoyo; [44] la Ley 60/2003 española trata las potestades arbitral y judicial como alternativas y concurrentes;[45] y la Convención Europea de Ginebra de 1961 dispone que solicitar cautela al juez no implica renuncia ni sometimiento al fondo.[46]

---

42 Ana María Arrarte Arisnabarreta, "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

43 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en *International Commercial Arbitration*, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[E].

44 Arbitration Act 1996 (Reino Unido), sección 44: "(1) Unless otherwise agreed by the parties, the court has for the purposes of and in relation to arbitral proceedings the same power of making orders about the matters listed below as it has for the purposes of and in relation to legal proceedings. (2) Those matters are— (a) the taking of the evidence of witnesses; (b) the preservation of evidence; (c) making orders relating to property which is the subject of the proceedings […]; (d) the sale of any goods the subject of the proceedings; (e) the granting of an interim injunction or the appointment of a receiver. (3) If the case is one of urgency, the court may, on the application of a party or proposed party to the arbitral proceedings, make such orders as it thinks necessary for the purpose of preserving evidence or assets."

45 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España), art. 11.3: "El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas." Y art. 23.1: "Salvo acuerdo

La nota común es que la ejecución coactiva y los efectos frente a terceros se canalizan por el juez, lo que permite universalizar el reparto funcional que defiende este trabajo.

El panorama comparado muestra una distribución funcional recurrente. El tribunal arbitral conserva la potestad de decidir sobre la tutela cautelar dentro del ámbito subjetivo del convenio, mientras el juez interviene cuando se requiere fuerza pública o una actuación directa frente a terceros. A diferencia del árbitro, el juez sí puede dirigir mandatos a quienes no consintieron el arbitraje, no para someterlos al fondo de la controversia, sino para imponerles deberes instrumentales derivados de su potestad estatal.

3.5. *Qué debe hacer el árbitro cuando recibe una medida cautelar que obliga a un tercero*

La distinción anterior permite abordar el supuesto más complejo: un juez dicta, antes de la constitución del tribunal, una medida cautelar que impone una obligación a un tercero, como, por ejemplo, un embargo en forma de retención dirigido a un banco, y posteriormente el expediente es remitido al arbitraje. El tribunal debe entonces identificar qué aspectos de la tutela pasan a encontrarse bajo su cognición y cuáles permanecen sujetos al *imperium* judicial. El punto de partida es que el tribunal adquiere competencia sobre la controversia y sobre la protección cautelar entre las partes, pero no sobre el tercero.[47]

Conviene precisar el alcance de esa competencia, para no exagerarla ni recortarla. El tribunal puede revisar la justificación de la medida, modificar sus condiciones, sustituirla por otra garantía o dejarla sin efecto, porque el artículo 47.6 lo faculta de modo expreso, aun frente a decisiones judiciales.[48] La doctrina comparada confirma que la decisión cautelar del juez no es cosa juzgada, sino que queda sujeta a las decisiones posteriores del tribunal.[49] Esto responde a que la actuación del Poder Judicial, o de las

---

en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante."

46 Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961, art. VI(4): "*La solicitud de medidas provisorias o cautelares dirigida a una autoridad judicial no será considerada incompatible con la convención de arbitraje ni como una sumisión del fondo del asunto al tribunal judicial.*"

47 Decreto Legislativo N.° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (Perú, 2008), art. 47.2 ("el tribunal arbitral ordena a una de las partes"). En el mismo sentido, Howard M. Holtzmann, Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir y Thomas Walsh, A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), 225 (las medidas del tribunal, a diferencia de las de la corte, no pueden dirigirse a terceros); y Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

48 Decreto Legislativo N.° 1071, art. 47.6. Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6]. ["Properly understood, a national court's decision on provisional measures should be regarded as supportive of the arbitral process, available in circumstances where an arbitral tribunal is unable to act, but subject to subsequent decisions of the arbitral tribunal."]

49 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6]: "a national court's decision on provisional measures should be regarded as supportive of the arbitral process, available in circumstances where an arbitral tribunal is unable to act, but subject to subsequent decisions of the arbitral tribunal". En sentido coincidente, Marianella Ledesma Narváez, "La medida cautelar y el procedimiento arbitral", en Jurisdicción y arbitraje (Lima) (la intervención judicial concluye al constituirse el tribunal, que puede modificar las medidas dictadas por el juez); y Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (La Haya: Kluwer Law International, 1999) [pág. por confirmar].

cortes nacionales, con relación al arbitraje siempre debe ser de soporte. En Perú, esto queda claro con lo dispuesto en los artículos 8 y 47 de la Ley de Arbitraje, que disponen que el rol del poder judicial es de control y colaboración y está supeditado a la constitución y disposiciones que emita el Tribunal Arbitral.

Lo que el tribunal no puede hacer es dirigir mandatos directamente al banco ni ejecutar coactivamente su decisión sobre él. Dicho de otro modo, puede decidir que la cautela cese, pero el levantamiento material frente al tercero se canaliza por el juez.[50]

De ahí que el tribunal no esté obligado a pronunciarse de oficio. La tutela cautelar se concede a solicitud de parte y es renunciable, y la actuación de oficio que autoriza el artículo 47.6 es excepcional y exige notificación previa, por lo que no puede convertirse en un deber general de revisar mandatos que recaen sobre terceros.[51]

Cuando una parte sí solicita un pronunciamiento, el tribunal dispone de un repertorio acotado de respuestas, todas dirigidas a las partes y no al tercero.

1. **No modificar la medida judicial.** Si el tribunal concluye que la protección continúa siendo necesaria, puede abstenerse de modificar o levantar la medida. En ese supuesto, el mandato judicial previamente dirigido al tercero conserva sus efectos en los términos en que fue dictado. El tribunal no necesita reproducir la orden frente al banco ni asumir competencia sobre él; basta con que no ejerza la facultad de modificación reconocida por el artículo 47.6.[52]

2. **Dejar sin efecto la medida.** Si el tribunal concluye que los presupuestos cautelares ya no concurren, puede dejar sin efecto la medida judicial conforme al artículo 47.6. La decisión arbitral determina que la tutela ya no debe subsistir, pero su materialización frente al tercero exige que el juez comunique o disponga el levantamiento del mandato previamente emitido, sin reexaminar la valoración cautelar efectuada por el tribunal.[53]

3. **Sustituir la medida por una obligación *inter partes*.** El tribunal puede reemplazar la afectación judicial por una garantía que deba ser constituida por una de las partes, como una carta fianza, una garantía bancaria u otro mecanismo equivalente. Esta vía se mantiene dentro de la competencia arbitral, porque la orden se dirige a la parte y no al tercero, y suele ser la salida más eficiente, ya que libera al tercero sin sacrificar la seguridad del crédito.[54]

---

50 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[A][5][a] (el tribunal no puede dirigir medidas a no partes) y [b] (carece de ejecución coercitiva); Decreto Legislativo N.º 1071, art. 48.

51 Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6. Sobre el carácter rogado de la tutela cautelar, Natale Amprimo Plá, "La tutela cautelar arbitral", Ius et Praxis, n.º 44 (2013): 59-79.

52 Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6; Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §17.02[G][6].

53 Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6 (facultad de dejar sin efecto) y art. 48.2-48.3 (el juez ejecuta sin admitir oposición ni interpretar el contenido). Sobre el rol no revisor del juez, Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014); y Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Comercial, Exp. N.º 435-2011, Resolución N.º 3, 4 de octubre de 2012 (improcedencia de la oposición del ejecutado).

54 Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.6 (modificar y sustituir) y art. 47.1 (el tribunal "podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias […], pudiendo exigir las garantías que estime

Lo que exceda esas respuestas y pretenda incidir directamente sobre la esfera del tercero, como imponerle un mandato propio o ejecutar coactivamente contra él, debe canalizarse por el juez.

Conviene anotar que el arbitraje internacional ha explorado, e incorporado con cautela, la opción de que las cortes dicten medidas cautelares no solo antes, sino también durante el arbitraje. La Ley Modelo lo admite en sus artículos 9 y 17 J, y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI lo confirma en su artículo 26(9).[55]

Los reglamentos institucionales también lo han regulado estableciendo límites. El Reglamento de la CCI de 2026 permite acudir al juez antes de transmitido el expediente y, en circunstancias apropiadas, también después[56], y el Reglamento de la LCIA de 2020 lo admite tras la constitución del tribunal solo en casos excepcionales y con su autorización.[57] La sección 44 del Arbitration Act 1996 inglés sigue una línea semejante.[58] De igual forma, el artículo 1425 del Código de Comercio de México permite que las cortes puedan emitir medidas cautelares en paralelo a procesos arbitrales.[59] Esta noción fue evaluada por el grupo de trabajo que redactó la Ley Modelo CNUDMI, el cual determinó que la emisión de medidas cautelares por jueces locales no es incompatible con el arbitraje.

En ese mismo sentido, de acuerdo con Born, el árbitro no puede ordenar embargos ni retenciones que vinculen a terceros y carece de ejecución coercitiva, de modo que esos efectos se obtienen mediante una medida cautelar judicial en apoyo del arbitraje o mediante el auxilio del juez para ejecutar la medida dirigida a la parte.[60]

El principal problema aparece cuando, después de constituido el tribunal arbitral, surge por primera vez la necesidad de una medida que solo puede ser eficaz mediante una actuación directa frente a un tercero. El artículo 47.4 regula expresamente la intervención judicial anterior a la constitución del tribunal,[61] mientras el artículo 48 regula la ejecución judicial de las medidas arbitrales. Sin embargo, la ley no precisa con suficiente claridad si el juez puede dictar una medida cautelar propia y subsidiaria durante el arbitraje cuando el tribunal carece de competencia subjetiva para alcanzar al tercero.

Esta falta de precisión puede generar una laguna de tutela. Si se considera que el juez no puede adoptar ninguna medida nueva después de constituido el tribunal y que el árbitro tampoco puede dirigir mandatos a terceros, la parte podría quedar privada de una protección indispensable para preservar la eficacia del laudo. Por ello, resulta necesario interpretar la colaboración judicial de manera que respete la competencia

---

conveniente"); Ana María Arrarte Arisnabarreta, "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coord. Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I (Lima, 2011).

55 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985 (enmendada en 2006), arts. 9 y 17 J; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, 2013, art. 26(9).

56 Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2026, art. 29(2): "Before the file is transmitted to the arbitral tribunal, and in appropriate circumstances even thereafter, the parties may apply to any competent judicial authority for interim or conservatory measures […]".

57 Reglamento de Arbitraje de la LCIA, 2020, art. 25.3: las partes pueden acudir a un tribunal estatal "(i) before the formation of the Arbitral Tribunal; and (ii) after the formation of the Arbitral Tribunal, in exceptional cases and with the Arbitral Tribunal's authorisation".

58 Arbitration Act 1996 (Reino Unido), sección 44.

59 Francisco González de Cossío, *Arbitraje*, 5.ª ed. (Guadalajara, México: Porrúa, 2018), 827.

60 Gary B. Born, "Provisional Relief in International Arbitration", en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (La Haya: Kluwer Law International, 2021; act. diciembre de 2023), §§17.03 y 17.04. En la doctrina iberoamericana.

61 Decreto Legislativo N.º 1071, art. 47.4; Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán, "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje", en Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte (Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014).

cautelar del tribunal sin impedir que el juez aporte el *imperium* requerido frente a terceros.

La jurisprudencia peruana no ha resuelto esta cuestión de manera uniforme. Algunos órganos judiciales han ejecutado medidas arbitrales de embargo en forma de retención dirigidas a cuentas bancarias, mientras otros han rechazado la colaboración cuando el mandato arbitral incidía directamente sobre terceros que no participaron en el arbitraje. Esta divergencia evidencia que todavía no existe un criterio consolidado sobre si el juez, al ejecutar la medida, puede proyectar sus efectos sobre terceros o si el tribunal debe limitar desde el inicio su decisión a obligaciones dirigidas a las partes.

En ese sentido, existen pronunciamientos como el recaído en el Expediente N.° 03763-2022-21-0401-JR-CI-06, mediante el cual el Sexto Juzgado Civil de Arequipa dispuso la ejecución de una medida cautelar emitida por una árbitra única, consistente en el embargo en forma de retención de cuentas bancarias. En sentido contrario, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, se indicó que "*se toma nota que en la jurisprudencia de las Salas Comerciales de Lima, se aprecia, que no se provee colaboración judicial a: […] 2) mandatos contra terceros que no formaron parte en el arbitraje (p.e. Exp. 2362- 2013-9, criterio avalado por el Pleno Jurisdiccional distrital comercial de 2010)*"[62]

En definitiva, si bien la limitación de la competencia arbitral respecto de terceros responde a la naturaleza consensual del arbitraje, la regulación peruana podría resultar excesivamente restrictiva al impedir soluciones cautelares plenamente eficaces. La falta de uniformidad jurisprudencial evidencia, además, la necesidad de definir con mayor claridad el alcance de la colaboración judicial en estos supuestos.

El caso BCP muestra las consecuencias de ignorar este deslinde. En lugar de reconocer que el banco era un tercero ajeno y canalizar mediante el juez cualquier actuación que requiriera *imperium*, el árbitro pretendió incorporarlo al convenio, le dirigió una orden cautelar y posteriormente le impuso una sanción pecuniaria. El problema no fue únicamente la falta de capacidad coercitiva del tribunal, sino la atribución de jurisdicción sobre un sujeto que no había consentido el arbitraje.[63]

IV. COMENTARIO A LA SENTENCIA 855/2021 (EXPEDIENTE 00305-2021-PA/TC), CASO BCP

4.1. Antecedentes

El conflicto se originó en un accidente ocurrido en un establecimiento de Hipermercados Tottus, a raíz del cual la persona afectada promovió un arbitraje para obtener una indemnización. El caso presentaba desde su origen una dificultad fundamental: no existía un convenio arbitral previo que sometiera la controversia a arbitraje.

En ese proceso, el árbitro único asumió competencia y proyectó efectos sobre el Banco de Crédito del Perú, tercero ajeno, al extenderle el convenio como parte no signataria y, a la vez, ordenar un embargo en forma de retención sobre las cuentas de Tottus, bajo apercibimiento de multa.[64]

---

62 Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial, **Auto de Vista**, Resolución N.° 4, Exp. N.° 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, 23 de abril de 2026, 7.

63 Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.° 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021. La práctica de las salas comerciales converge en el mismo deslinde: Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Comercial de Lima, 20 de mayo de 2010, Tema N.° 1; y Corte Superior de Justicia de Lima, Segunda Sala Comercial, Exp. N.° 7271-2019.

64 Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N.° 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021, antecedentes.

El banco objetó la orden y señaló que no era parte del arbitraje, que no había consentido someterse a él y que cualquier medida de retención debía canalizarse mediante el auxilio judicial. El árbitro interpretó esa actuación defensiva como una manifestación tácita de consentimiento, reiteró la orden e impuso al banco una multa de S/ 380,000. El banco interpuso amparo invocando el juez predeterminado por la ley y la propiedad.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda. En el fondo, sostuvo que nadie puede ser sometido a la jurisdicción de un órgano sin una base jurídica previa y concluyó que la extensión del convenio al banco no cumplía los requisitos, pues no había consentimiento ni participación relevante, de modo que su conducta no podía leerse como aceptación. En su fundamento de voto, el magistrado Espinosa-Saldaña distinguió la potestad de decidir de la de ejecutar coercitivamente y recordó que los árbitros carecen de imperium. El Tribunal anuló las resoluciones y excluyó al banco.

4.2. Comentario

El núcleo de la sentencia es compatible con el marco desarrollado en este artículo. El Tribunal Constitucional reafirmó que el consentimiento constituye el fundamento y el límite de la jurisdicción arbitral, y que una persona no puede ser sometida a un foro arbitral sin una base jurídica que permita considerar que aceptó el convenio. La extensión al banco, sin base jurídica suficiente, suponía someter a un tercero a un foro no consentido, lo que lesiona el derecho al juez predeterminado por la ley. La sentencia confirma, además, la distinción entre *iudicium* y *coertio*, y aborda implícitamente los límites del principio de kompetenz-kompetenz, que no autoriza a expandir artificialmente el ámbito subjetivo del arbitraje.

Un aspecto que merece reparo es la lectura del silencio del banco como consentimiento tácito. La sumisión a la jurisdicción arbitral no puede presumirse de la mera ausencia de una objeción en los términos que el propio árbitro considera exigibles, pues ello invertiría la regla del consentimiento y permitiría construir la competencia sobre el descuido del tercero. El Tribunal acierta al rechazar esa lectura.

El alcance del precedente debe ser delimitado cuidadosamente. El caso era particularmente extremo porque no existía un convenio arbitral previo y porque el árbitro no se limitó a solicitar la colaboración del banco, sino que pretendió incorporarlo al arbitraje y sancionarlo pecuniariamente. Por ello, la sentencia confirma con claridad el límite subjetivo de la jurisdicción arbitral, pero no resuelve directamente cómo debe ejecutarse frente a un tercero una medida cautelar adoptada dentro de un arbitraje válidamente constituido.

En ese sentido, el caso BCP refleja la realidad expuesta en este artículo. El árbitro no tuvo competencia para compeler al BCP a embargar las cuentas. La objeción del Banco de Crédito fue, precisamente, que no formaba parte del convenio arbitral y que no tenía obligación de acatar la orden.

El árbitro debió limitar su decisión cautelar al ámbito *inter partes* y recurrir al juez para cualquier actuación que requiriera imponer directamente al banco una obligación de retención. La vía judicial no era necesaria para decidir si la tutela se encontraba justificada, sino para proyectar coercitivamente sus efectos sobre un sujeto ajeno al convenio arbitral. De ese modo se habría preservado tanto la eficacia de la cautela como el límite subjetivo de la jurisdicción arbitral. En este sentido, la decisión converge con la práctica de las salas comerciales y con los trabajos preparatorios de la Ley Modelo, que reservan a la corte las medidas que vinculan a terceros. Lejos de debilitar el arbitraje, el pronunciamiento lo delimita y refuerza su legitimidad.

Este es el supuesto que los redactores de la Ley Modelo habían reservado a la corte. Cuando se propuso delimitar la actuación judicial frente a la arbitral, se mencionó como ejemplo la medida necesaria para vincular a un tercero. El árbitro del caso BCP hizo justamente lo contrario, al pretender vincular por sí mismo a un banco no signatario, de modo que su decisión no podía sino caer.[65]

La sentencia, además, refleja un detalle adicional. Al admitir el amparo, el Tribunal Constitucional reconoció que el tercero carece de una vía ordinaria eficaz para cuestionar actuaciones arbitrales que inciden en su esfera sin que él sea parte, pues no puede impugnar un laudo del que no es parte ni tiene legitimación en un recurso de anulación ajeno. El amparo opera entonces como remedio frente a la incorporación arbitraria al arbitraje.

Esto confirma lo afirmado en este artículo desde una perspectiva distinta. Si la única forma de que el tercero ejerza su defensa es la vía constitucional extraordinaria, la medida nunca debió alcanzarlo.

V. CONCLUSIONES

1. Antes de la constitución del tribunal arbitral, el juez puede adoptar medidas cautelares en apoyo del futuro arbitraje con las potestades propias de la jurisdicción estatal. Su intervención es temporal y se encuentra condicionada a que el arbitraje se inicie y el tribunal se constituya dentro de los plazos previstos por el artículo 47.4 del Decreto Legislativo 1071.

2. Constituido el tribunal, los artículos 47.5 y 47.6 desplazan hacia los árbitros la competencia cautelar sobre la controversia. El tribunal puede revisar, modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas previamente dictadas por el juez, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Este desplazamiento evita que la tutela cautelar permanezca sometida a una revisión paralela de los órganos judiciales y arbitrales.

3. La competencia cautelar del tribunal arbitral encuentra, sin embargo, un límite subjetivo en el consentimiento. El árbitro puede dirigir órdenes a las partes vinculadas por el convenio, pero no puede imponer directamente obligaciones, sanciones o mandatos de embargo, retención o inscripción a terceros ajenos. Cuando la eficacia de la medida requiere una actuación frente a esos sujetos, corresponde al juez aportar el *imperium* estatal necesario.

4. La distinción relevante no se produce únicamente entre decisión y ejecución. También debe diferenciarse entre la determinación de la tutela, el destinatario del mandato y su cumplimiento coercitivo. El tribunal puede decidir que una medida judicial previa debe mantenerse, modificarse, sustituirse o levantarse; sin embargo, la actuación material frente al tercero debe canalizarse mediante la autoridad judicial.

5. La regulación peruana no resuelve con suficiente claridad qué ocurre cuando, después de constituido el tribunal, surge por primera vez la necesidad de una medida que exige afectar directamente a un tercero. Una interpretación que excluya toda intervención judicial posterior podría generar una laguna de tutela, mientras una interpretación que permita al árbitro dirigir mandatos a terceros desconocería el carácter consensual del arbitraje. La colaboración judicial debe, por ello, ser entendida como complementaria y subsidiaria: no

[65] Holtzmann et al., Guide to the 2006 Amendments, 578.

sustituye la competencia cautelar del tribunal, pero permite hacer efectiva la medida cuando se requiere *imperium*.

6. La Sentencia 855/2021 del Tribunal Constitucional confirma que el principio de kompetenz-kompetenz no permite incorporar artificialmente a un tercero ni sancionarlo por incumplir una orden arbitral que no estaba obligado a acatar. El caso BCP no resuelve todos los problemas derivados de la ejecución cautelar frente a terceros, pero reafirma que la eficacia del arbitraje debe construirse dentro de los límites del consentimiento y mediante una adecuada coordinación entre iudicium arbitral e imperium judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Amprimo Plá, Natale. "La tutela cautelar arbitral". Ius et Praxis, n.º 44 (2013): 59-79.
- Arrarte Arisnabarreta, Ana María. "Comentario al artículo 47 de la Ley de Arbitraje". En Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, coordinado por Carlos Soto y Alfredo Bullard, t. I. Lima, 2011.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional. Traducido por Nathalie A. López Novoa. Lima: Fontana Editores, 2020.
- Born, Gary B. "Provisional Relief in International Arbitration". En International Commercial Arbitration, 3.ª ed. La Haya: Kluwer Law International, 2021 (actualizado en diciembre de 2023).
- Caivano, Roque J., y Natalia Ceballos. "El principio kompetenz-kompetenz, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina". Themis – Revista de Derecho, n.º 77 (2020): 15-34.
- Castillo Freyre, Mario, Rita Sabroso Minaya, Laura Castro Zapata y Jhoel Chipana Catalán. "Comentario a los artículos 47 y 48 de la Ley de Arbitraje". En Comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte. Lima: Biblioteca de Arbitraje, 2014.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer Law International, 1999.
- Gaillard, Emmanuel, y Yas Banifatemi. "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators". En Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, editado por Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro. Londres: Cameron May, 2008.
- García Chávarri, Abraham. "El juez predeterminado por ley". Foro Jurídico, 2013.
- González de Cossío, Francisco. Arbitraje. 5.ª ed. Guadalajara, México: Porrúa, 2018.
- Holtzmann, Howard M., Joseph Neuhaus, Edda Kristjánsdóttir y Thomas Walsh. A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015.

- Ledesma Narváez, Marianella. "La medida cautelar y el procedimiento arbitral". En Jurisdicción y arbitraje. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pérez Gallardo, Leonardo B. "Comentario al artículo 1363 del Código Civil". En Código Civil comentado, t. VII, 162-182. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

Normas e instrumentos

- Arbitration Act 1996. Reino Unido.
- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra, 21 de abril de 1961.
- Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Perú, 2008.
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. España.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1985 (enmendada en 2006).
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 1976.
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 2013.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). 2026.
- Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA). 2020.
- Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. 1999.

Jurisprudencia

- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Auto de Vista, Resolución N.° 4, Exp. N.° 17751-2025-0-1828-JR-CO-13, 23 de abril de 2026.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Exp. N.º 435-2011, Resolución N.º 3, 4 de octubre de 2012.
- Corte Superior de Justicia de Lima. Segunda Sala Comercial. Exp. N.º 7271-2019.
- Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente. Casación N.º 3909-2013-Lima, 24 de junio de 2014.
- Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Comercial de Lima, 20 de mayo de 2010.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 1937-2006-PHC/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 00305-2021-PA/TC, Sentencia 855/2021 (caso BCP).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Conclusiones del Abogado General Giuseppe Tesauro, asunto C-213/89 (Factortame), 1990.

ENTRE EL DESEMPEÑO MULTIRROL Y LA INTEGRIDAD ARBITRAL: ANÁLISIS DEL DOUBLE-HATTING EN EL ARBITRAJE

Autor:
Manuel Diego Aramburú Yzaga

ENTRE EL DESEMPEÑO MULTIRROL Y LA INTEGRIDAD ARBITRAL: ANÁLISIS DEL DOUBLE-HATTING EN EL ARBITRAJE

Between Multi-Role Performance and Arbitral Integrity: Analysis of Double-Hatting in Arbitration

Manuel Diego Aramburú Yzaga[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Problema central.
III. Análisis de las manifestaciones del Double-Hatting.
IV. Análisis crítico de los riesgos y beneficios.
V. Conclusiones.

Resumen

El double-hatting – el ejercicio simultáneo o sucesivo, por una misma persona, de los roles de árbitro, abogado, perito o secretario arbitral en distintos procedimientos – constituye uno de los debates más persistentes relacionados con la ética del arbitraje internacional contemporáneo. Este artículo analiza los riesgos y beneficios de esta práctica, su tratamiento en el Perú y su regulación en el arbitraje internacional y de inversiones bajo el Convenio CIADI, el Código de Conducta CNUDMI/CIADI, el Reglamento CCI y las Directrices del IBA sobre conflictos de interés. La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia sostiene que la prohibición absoluta resulta desproporcionada, sobre todo para sistemas con un número reducido de especialistas, mientras que la pasividad regulatoria es igualmente inaceptable. Se concluye que la respuesta más eficiente reside en un régimen reforzado y por qué no verificable de revelación, complementado con restricciones específicas para los conocidos como issue conflicts.

Palabras clave

Doble función/ Independencia e imparcialidad/ Conflicto de interés/ Deber de revelación/ Contratación pública.

Abstract

Double-hatting – the simultaneous or successive exercise by the same individual of the roles of arbitrator, counsel, expert witness, or tribunal secretary in different proceedings – has become one of the most enduring debates in contemporary international arbitration ethics. This article examines the risks and benefits of this practice, its treatment under Peruvian law, and its regulation in international investment arbitration under the ICSID Convention, the UNCITRAL/ICSID Code of Conduct for Adjudicators, the ICC Arbitration Rules, and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Most scholarship and arbitral practice contend that an outright prohibition would be disproportionate, especially in systems with a limited pool of specialized practitioners, while regulatory inaction is equally unsatisfactory. The article concludes

[1] Socio principal en Aramburú, Castañeda & Boero (Lima, Perú). Abogado por la Universidad de Lima y Máster en Derecho LLM por la Universidad de Columbia. Correo de contacto: mdaramburu@acb-abogados.com

that the most appropriate approach is a robust and why not verifiable disclosure regime, complemented by specific restrictions addressing issue conflicts.

Keywords

Double-hatting/ Independence and impartiality/ Conflict of interest/ Duty of disclosure/ Public procurement.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se legitima, qué duda cabe, por la confianza que depositan las partes en la imparcialidad e independencia de quienes ejercen la función arbitral. De esta manera, a diferencia de la jurisdicción estatal u ordinaria, cuyos jueces forman parte de una estructura institucional permanente, el arbitraje se caracteriza por la designación de árbitros provenientes de diversas esferas, no necesariamente con experiencia judicial; así, existen árbitros que provienen del ámbito académico, profesional o empresarial, desempeñándose, muchos de ellos, con gran solidez en los arbitrajes en los que participan. En cualquier caso, quienes son designados como árbitros generalmente son seleccionados precisamente por su prestigio, solvencia moral y profesional, por sus conocimientos especializados y por su experiencia en alguna materia específica; siendo ello así, además de la ética, la especialización de los árbitros constituye una de las principales fortalezas del arbitraje.

Sin embargo, los diversos roles que pueden desempeñar los árbitros también generan desafíos particulares, pues en su actuación profesional podrían darse situaciones en las que se pueda dudar de su imparcialidad o independencia respecto de un caso en concreto. Entre los supuestos que pudieran generar dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, tenemos al denominado double-hatting (doble sombrero) o doble función. El double-hatting consiste en que una persona actúa como árbitro e integra tribunales arbitrales, y a su vez se presenta como abogado en otro caso, y podrían en ambos casos las materias ser similares[2]. En términos más sencillos, el double-hatting es una situación que ocurre cuando un profesional actúa simultáneamente con dos funciones distintas en arbitrajes diferentes, pero que podrían ser similares, desempeñándose en uno como árbitro (juzgador) y en otro como abogado o asesor (defendiendo los intereses de una parte) o también como experto brindando una opinión.

Podríamos decir que desde hace ya un tiempo la práctica del double-hatting se ha vuelto un tema controversial intenso. Este fenómeno se manifiesta tanto en los arbitrajes domésticos como en los internacionales y en el Perú, con sus propios matices, pues existen muchísimos arbitrajes, debido, sobre todo, a los arbitrajes en la esfera de la contratación pública, donde, además, el universo de casos es muy grande – y muchas veces se repiten las partes – y el universo de especialistas puede ser limitado. Por ello, prohibir indiscriminadamente el ejercicio simultáneo o sucesivo de funciones arbitrales y de representación o asesoría en arbitrajes podría ocasionar un perjuicio al vaciar de contenido la tutela arbitral efectiva al restringir la oferta de árbitros o abogados idóneos, mientras que su tolerancia irrestricta podría erosionar la confianza y neutralidad en el sistema que caracteriza al arbitraje.

II. PROBLEMA CENTRAL

Cuando en arbitraje se refiere al double-hatting, la problemática central a discutir es si su práctica compromete necesariamente la independencia e imparcialidad del

[2] Nicolás Vassallo, "¿Prohibir o no prohibir? La UE y el intento de impedir la existencia del double-hatting en el arbitraje de inversiones", Actualidad Jurídica 48 (2023): 115.

árbitro y, por tanto, debe prohibirse, o si resulta más eficiente, sobre todo en realidades como la nuestra, con gran número de arbitrajes, regularla principalmente mediante mecanismos reforzados de revelación.

La discusión asociada al double-hatting, que traemos puede distinguir dos riesgos: la falta de independencia que genera un conflicto de intereses, lo que puede traducirse como el vínculo del árbitro con una parte o sus representantes; y, el conocido como issue conflict, que se refiere a la toma de posición previa, o dicho de otra manera cuando un árbitro ha expresado previamente una opinión o tomado posición, relacionado con un tema que tiene vinculación con la disputa que tiene que resolver, situación que podría determinar que existan dudas razonables sobre su imparcialidad con respecto al conflicto. La diferencia es que en el "issue conflict" no necesariamente existe relación o vinculación con las partes, sino, con el caso mismo o con el tema relacionado con el caso, y con lo que debe analizarse y resolver, así su actuación como abogado, perito o árbitro en un caso anterior, sobre una cuestión sustancialmente parecida a la que debe dictaminar, podría predeterminar su razonamiento y posición frente al caso, no por "lealtad" a una parte sino por una posición intelectual previamente tomada.

Esta distinción resulta fundamental, pues una prohibición absoluta e indiscriminada del double-hatting, en mi opinión, sería desproporcionada cuando el riesgo real se presenta únicamente en supuestos específicos, como cuando una persona actúa simultáneamente (o en un breve plazo) como árbitro y abogado respecto de la misma controversia (o, en todo caso, el mismo tema en discusión), de las mismas partes o de cuestiones jurídicas sustancialmente iguales. En otras palabras, el problema no radica en el desempeño simultáneo de ambos o múltiples roles en sí mismo, sino en aquellas situaciones que pueden comprometer la independencia o la imparcialidad del árbitro.

En el caso peruano, por el número tan grande de arbitrajes que existe en el ámbito de la contratación pública, el asunto es especialmente notorio. No obstante, se ha ido incrementando el número de árbitros, ello no necesariamente elimina el problema, pues el número de árbitros reconocidos y con experiencia, es solo una fracción de los árbitros disponibles. Es así que, las instituciones arbitrales, tienen un número de expertos y árbitros experimentados limitado, comparando con la cantidad de arbitrajes que existen. Estos árbitros expertos, muchas veces también actúan como abogados defensores y evidentemente toman la posición del cliente que los contrata cuando ejercen ese rol.

Como hemos indicado, el pilar fundamental del arbitraje y elemento esencial para analizar el double-hatting es la independencia y la imparcialidad de los árbitros, ya que otorga legitimidad al arbitraje. La independencia alude a la ausencia de vínculos económicos, profesionales o personales entre el árbitro y las partes, evaluada objetivamente; por su parte, la imparcialidad puede traducirse como la ausencia de sesgo frente al objeto de la controversia, con un componente más subjetivo[3].

Desde el punto de vista legislativo, el artículo 28.1° del Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje) recoge ambas exigencias al indicar que todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial, imponiendo revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Por ello se exige a los potenciales árbitros un estándar de revelación amplio antes que, señalar listas cerradas de lo que debe ser o no

[3] Ricardo Manuel Ampuero Llerena, Evelyn Lizbeth Silva Escobar y Soledad Yadhira Huamán Olivo, "Retos y oportunidades en la aplicación del Código de Conducta de la CNUDMI para árbitros en la solución de controversias internacionales relativas a inversiones", Derecho & Sociedad 65 (2025): 3.

revelado, dado que resulta imposible anticipar normativamente todas las situaciones generadoras de dudas razonables.

Hemos visto que el término double-hatting describe el ejercicio simultáneo o sucesivo, por una misma persona, de distintos roles – árbitro, abogado, perito, secretario – dentro del arbitraje. Al respecto, autores como Langford, Behn y Lie[4], señalan que esa actuación, se trataría de una suerte de *revolving door* o puerta giratoria característico de una comunidad reducida y especializada, en la que los mismos profesionales suelen alternar entre distintos roles, como árbitros, abogados o peritos, señalando que:

> "It is regularly but anecdotally observed that international investment arbitration is marked by a 'revolving door.' Single individual actors play multiple roles as arbitrators, counsel, expert witnesses, and tribunal secretaries within this fragmented and ad hoc adjudicative system of investment arbitration. The movement between roles may be sequential1 or even simultaneous. The latter practice is often referred to as 'double hatting' and has attracted significant criticism on the grounds of conflict of interests. However, the nature and extent of the revolving door in international investment arbitration has never been empirically determined and its sociological and normative implications remain largely unexplored."

Consideramos que en realidad el double-hatting es, en sí mismo, una práctica conceptualmente neutra, pues, a diferencia del conflicto de interés típico, donde existe un vínculo con las partes del arbitraje o con el caso, el double-hatting en sí mismo se limita a describir el ejercicio simultáneo o sucesivo de múltiples roles por un mismo profesional. El riesgo de la práctica surge únicamente cuando dicho ejercicio da lugar a un conflicto de interés concreto, el que puede ser tradicional, es decir árbitro y abogado de la misma parte en otro caso o relación con la parte en conflicto o algún interés con ellas, o la forma de un issue conflict, cuando el árbitro ya ha adoptado previamente una posición sobre la cuestión jurídica o fáctica que debe resolver.

Esta distinción es clave, pues como he señalado considero que una prohibición absoluta del double-hatting podría resultar desproporcionada, ya que en la mayoría de los casos, no genera necesariamente un conflicto de interés, sino, por el contrario, es útil pues aquel que actúa como árbitro, no solo cumple en su vida profesional esa función sino al tener otras muy distintas, y como consecuencia de ello conoce también la realidad desde "el otro lado de la mesa" y por lo tanto puede tener diferentes experiencias y una visión más amplia de los problemas que se someten a su conocimiento. Por ello, considero que el problema no radica en la acumulación de funciones como tal, sino en aquellos supuestos específicos en los que la intervención de una misma persona puede comprometer la independencia o su imparcialidad cuando actúa como árbitro, especialmente cuando concurren las mismas partes, la misma controversia o cuestiones jurídicas sustancialmente iguales.

[4] Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Lie, "The Revolving Door in International Investment Arbitration", Journal of International Economic Law 20, n. ° 2 (2017): 302.

III. ANÁLISIS DE LAS MANIFESTACIONES DEL DOUBLE-HATTING

3.1 Double-hatting en el caso peruano

El Perú puede ofrecer un escenario especialmente ilustrativo para examinar las tensiones que genera el double-hatting en la práctica arbitral. Como sabemos en el sistema de contratación pública peruano el arbitraje es el mecanismo primario de resolución de controversias, lo que se traduce en un volumen bastante alto de casos arbitrales que cuentan con un universo reducido de especialistas, experimentados y reputados, lo que suele intensificar la práctica del double-hatting.

El Decreto Legislativo No. 1071 (Ley de Arbitraje peruana) no regula de manera específica el double-hatting, ni lo permite, ni lo prohíbe, ni tampoco lo limita de manera específica. La Ley de Arbitraje peruana en el inciso 1 de su artículo 28° establece un estándar general de independencia, imparcialidad y revelación, y en su artículo 20° solo exige a las personas para actuar como árbitros hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin restricción al ejercicio simultáneo de roles. No obstante, tanto el inciso 1 como el inciso 2 del artículo 28° son enfáticos al señalar el deber permanente de transparencia del árbitro, al imponerle la obligación de revelar todas aquellas circunstancias que puedan generar dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia, así como cualquier circunstancia sobrevenida que pueda producir el mismo efecto en el procedimiento arbitral. Evidentemente pueden presentarse situaciones vinculadas a la actuación profesional del potencial árbitro que se consideren double-hatting para el mundo arbitral, que deben ser reveladas, y que pudieran generar incomodidad en las partes o en alguna de ellas, por ello es imprescindible la revelación adecuada de todas las circunstancias.

Si analizamos los reglamentos arbitrales de dos de los centros de arbitraje más importantes del país tenemos que, el artículo 14°[5] del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) de 2017, con modificaciones vigentes desde el 1 de diciembre de 2025, establece con claridad que los árbitros no representan los intereses de las partes y que ejercerán su cargo con independencia, imparcialidad y discreción. Además, el mismo artículo impone al árbitro el deber de revelar toda circunstancia que pueda generar dudas sobre su imparcialidad e independencia, tanto al Centro como a las partes y a los demás árbitros.

Por su parte, el artículo 20° del Reglamento de Arbitraje de 2025 de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) establece que los árbitros deben ser imparciales e independientes, y el artículo 21°[6] del mismo Reglamento señala que todo árbitro, al

[5] "Artículo 14
Imparcialidad e independencia
1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente respecto a las partes en el arbitraje.
2. El árbitro, al aceptar la designación, suscribe una declaración de disponibilidad, independencia e imparcialidad, en la cual debe dar a conocer por escrito al Centro cualquier hecho o circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El Centro comunica dicha información a las partes.
3. El árbitro debe dar a conocer inmediatamente, tanto al Centro como a las partes y a los demás árbitros, cualquier otro hecho o circunstancia similar que surja durante el arbitraje.
4. En cualquier momento del arbitraje, las partes y el Centro pueden pedir a los árbitros la aclaración de su relación con alguna de las otras partes, con sus abogados o con los co-árbitros.
5. El árbitro, al aceptar la designación, se compromete a desempeñar el cargo hasta su término de conformidad con los Reglamentos, especialmente con las Reglas de Ética."

[6] Deber de revelar
Artículo 21°.-
Toda persona notificada con su designación como árbitro deberá revelar, al momento de aceptar su nombramiento, mediante comunicación dirigida al Centro, y, a través de él, a las partes y a los otros árbitros,

momento de su nombramiento, deberá revelar cualquier hecho o circunstancia que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su independencia e imparcialidad. Asimismo, el artículo 5°[7] del Código de Ética de Arbitraje y Juntas de Prevención y Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, desarrolla el deber de revelación como una obligación permanente del árbitro, quien debe informar, desde su designación y durante todo el procedimiento, cualquier hecho o circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.

Para ello, debe revelar, entre otros, intereses en la controversia, relaciones personales, profesionales o contractuales con las partes, sus representantes o los demás árbitros, actuaciones previas como abogado o asesor y cualquier otra circunstancia que pueda afectar su objetividad; establece, además, que el incumplimiento de este deber puede dar lugar a la recusación del árbitro. Como vemos los reglamentos citados hacen énfasis en la importancia del deber de revelación como garantía para que las partes puedan determinar potenciales conflictos de interés de o con los árbitros.

Además, el artículo 339° del Reglamento de la Ley 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto Supremo 009-2025-EF, establece que todo árbitro es independiente e imparcial, sin mantener vínculos con las partes, es decir, no tener relaciones personales, profesionales o comerciales; además, indica que todo árbitro debe informar sobre cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Como hemos visto, la normativa peruana y los reglamentos arbitrales de los centros más importantes de arbitraje optan por un modelo basado en la transparencia y el deber de revelación, algunos más estrictos que otros, pero siempre dejando que la valoración de los eventuales conflictos se realice en función de las circunstancias concretas en cada caso.

En lo que respecta precisamente a los arbitrajes en contratación pública, en el año 2025 el extinto Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprobó, mediante Resolución No. D000058-2025-OSCE-PRE, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones Públicas, obligatorio en arbitrajes ad hoc y supletorio para arbitrajes institucionales. En su artículo 6°[8], define el deber de revelación como todo deber ético

---

de ser el caso, todos los hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia, dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, así como su disponibilidad para participar con diligencia en el arbitraje. Asimismo, señalará el cumplimiento de los requisitos establecidos por las partes, el presente Reglamento, la Ley de Arbitraje, la Ley General de Contrataciones Públicas, su norma reglamentaria, o las que hagan sus veces, de ser el caso, y cualquier otra normativa especial aplicable. Esta declaración debe realizarse haciendo uso de los formatos proporcionados por el Centro. En caso se presente un formato distinto, se otorgará un plazo de dos (2) días hábiles al árbitro para subsanar su presentación, caso contrario se entenderá como rechazada la designación como árbitro.
Este deber de revelación se mantiene durante todo el desarrollo del arbitraje y su sola inobservancia constituirá un hecho que da lugar a dudas sobre la imparcialidad del árbitro, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Ética.
En cualquier momento del arbitraje, las partes y el Centro pueden requerir a un árbitro que aclare su relación con alguna parte, abogados y co-árbitros. Con su contestación en el plazo otorgado por el Secretario General de Arbitraje y JPRD o sin ella, se continuarán las actuaciones arbitrales conforme corresponda.

[7] "Artículo 5.°.- Deber de revelación
Es el deber ético de informar, de revelar o declarar, cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con el arbitraje o del adjudicador, en el caso de la junta de prevención y resolución de disputas. El deber de revelación se mantiene durante todo el proceso.
(...)"
[8] Revelación del Árbitro y Conflictos de Interés
Artículo 6.- Deber de revelación

de informar sobre cualquier circunstancia que pueda generar duda sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

El Código de Ética desarrolla con mayor detalle los deberes éticos de los árbitros en las contrataciones públicas al desarrollar con mayor precisión sus deberes de conducta y los mecanismos destinados a garantizar su independencia e imparcialidad. En particular, refuerza el deber de revelación como una obligación permanente durante todo el arbitraje, exigiendo al árbitro realizar una verificación razonable de posibles conflictos de interés y revelar cualquier circunstancia, incluso ocurrida en los cinco años anteriores a su designación, que pueda generar dudas justificadas sobre su imparcialidad.

Asimismo, el Código referido tipifica supuestos específicos de conflictos de interés, como vínculos profesionales, económicos, familiares o personales con las partes, sus representantes o abogados. Este Código aborda y restringe prácticas que pudieran generar conflictos de interés; por ejemplo, se considera infracción, según el literal c) del artículo 9.1.1[9], que el árbitro (o su firma de abogados) preste asesoría regular a una de las partes o a sus abogados percibiendo ingresos por ello, y también se considera infracción, según el literal k) del artículo 9.1.3[10], que el árbitro haya mantenido o mantenga de forma simultánea otros arbitrajes donde también actúe como árbitro y participe alguna de las partes involucradas.

Aunque el Código de Ética no hace referencia de manera directa y expresa al double-hatting, sí incorpora reglas que inciden de alguna manera sobre esta práctica; por ejemplo, cuando regula los múltiples roles que puede ejercer directa o indirectamente a través de su firma de abogados. Además, refuerza el deber permanente de revelación y establece supuestos específicos de conflictos de interés que pueden presentarse cuando un árbitro desempeña múltiples roles. De esa manera, el Código proporciona criterios claros para prevenir, identificar y sancionar circunstancias que puedan comprometer la integridad, independencia o imparcialidad del árbitro.

Como puede apreciarse, si bien el ordenamiento legal peruano y los reglamentos de los principales centros de arbitraje no se refieren expresamente al double-hatting y no lo prohíben, sí existen en algunos casos restricciones a determinadas manifestaciones de esta práctica, por ejemplo al tipificar como infracciones supuestos específicos de conflictos de interés, por actuaciones en distintos roles, y sobre todo refuerzan la obligación de revelación que debe ser permanente. Ello evidencia una destacada importancia a que deben mantenerse los estándares éticos elevados y se evidencia una tendencia hacia el fortalecimiento de los mecanismos de revelación, transparencia y prevención de conflictos de interés.

6.1. Definición del deber de revelación. Es el deber ético de informar, de revelar o declarar, cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con el arbitraje. El deber de revelación se mantiene durante todo el proceso de arbitraje.

[9] 9.1.1 (…)
c) El árbitro es asesor o forma parte de una persona jurídica que preste asesoramiento regular a una de las partes, sus abogados, asesores o representantes, percibiendo ingresos de esta actividad. (…)

[10] 9.1.3. (…)
k) El árbitro mantuvo o mantiene otros arbitrajes donde también ejerce el cargo de árbitro y donde participa alguna de las partes. (…)

3.2 El double-hatting en el arbitraje de inversiones bajo el Convenio CIADI y en el Acuerdo Comercial CETA

El Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante Convenio CIADI) no prohíbe expresamente el ejercicio simultáneo de roles. Su artículo 14°[11] exige como requisitos para ser designado como árbitro, una amplia consideración moral, reconocida competencia y garantías de independencia. Se trata de una disposición, en mi opinión, formulada en términos amplios y relativamente subjetivos, que por sí sola no prohíbe el double-hatting. Sin embargo, constituye un primer paso relevante al sentar como eje de la obligación de los árbitros de guardar la más absoluta independencia, principio sobre el cual se han desarrollado estándares más específicos en materia de conflictos de interés y deberes de revelación, como veremos a lo largo de este artículo.

Si bien hemos señalado que no estamos de acuerdo con que el double-hatting se prohíba totalmente, así como en el CIADI no se prohíbe, podemos encontrar algunos tratados específicos que sí lo restringen o prohíben. Así, por ejemplo, tenemos el caso del artículo 8.30.1 del Acuerdo Económico y Comercial Global (en adelante CETA) entre Canadá y la Unión Europea, que prohíbe a los miembros del Tribunal Arbitral en el momento del nombramiento actuar como asesor (entiéndase también abogado), como experto nombrado por una parte o como testigo designado por una parte en cualquier controversia pendiente o nueva relativa a la inversión. A diferencia del Convenio CIADI, el CETA opta por una regla mucho más restrictiva e impide de manera clara el double-hatting al establecer una regla de incompatibilidad expresa, orientada a prevenir ex ante situaciones que puedan comprometer la independencia o la apariencia de imparcialidad de quienes integran el tribunal.

No obstante, estas prohibiciones específicas parecen tener un impacto más acotado sobre la oferta de árbitros que una prohibición general del double-hatting, pues no afectan (al menos en mayor medida) a determinados perfiles profesionales, como el de los académicos que suelen actuar en menor medida en casos concretos. Ello se aprecia además en el Acuerdo CETA, ya que la restricción está dirigida, principalmente, a quienes alternan la función arbitral con el patrocinio de partes en controversias.

Es importante tener en cuenta que el fenómeno del double-hatting se concentra principalmente en los abogados que ejercen activamente el patrocinio de partes y que, de manera simultánea, desempeñan funciones como árbitros. Son precisamente estos profesionales quienes presentan los riesgos más visibles de conflicto de interés, debido a la posible interacción entre los distintos roles que desempeñan dentro del sistema arbitral.

En contraste, los académicos que no ejercen el patrocinio de partes, podríamos decir que presentan un perfil de riesgo diferente. Dado que su participación se limita, a la función arbitral y sus posiciones y opiniones son públicas y sometidas al escrutinio académico, por ello, el principal riesgo se centrará en la posible existencia de un issue conflict, derivado de las posiciones que hayan sostenido públicamente.

---

[11] "Artículo 14
(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.
(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica."

3.3 El Código de conducta CNUDMI/CIADI para Árbitros

El desarrollo significativo e importante sobre aspectos éticos del arbitraje es el Código de Conducta para Árbitros en Controversias Internacionales relativas a Inversiones, elaborado conjuntamente por las Secretarías del CIADI y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desde 2017, en el marco del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados (Investor-State Dispute Settlement o ISDS). El Código fue adoptado por la Comisión de la CNUDMI el 14 de julio de 2023 y su versión final se publica en febrero de 2024.

Este instrumento representa un punto importante en la regulación de la ética arbitral, en la medida en que busca estandarización global de deberes de independencia, imparcialidad y transparencia específicamente adoptados a las particularidades del arbitraje inversionista-Estado.

Su artículo 4°[12] introduce una regulación bastante más detallada y restrictiva del double-hatting dentro del arbitraje de inversiones, sin embargo, no lo prohíbe de manera absoluta, sino que lo limita mediante reglas de incompatibilidad temporal y material que buscan reducir riesgos de conflictos de interés. En esencia, parte de la idea de que un árbitro no debe actuar simultáneamente o de forma sucesiva en roles distintos en controversias que guarden una conexión relevante con aquellas en las que ha intervenido como árbitro, ya sea por las mismas partes o incluso las mismas disposiciones del tratado aplicable. Esto se justifica porque esas coincidencias pueden generar influencias cruzadas, y formación previa de criterios interpretativos que podrían afectar la apariencia de imparcialidad.

Pero hemos dicho que la restricción no es absoluta, pues las restricciones son por tiempos determinados, así el sistema impone un periodo de "enfriamiento" o de espera antes de asumir nuevos roles en casos relacionados, siendo más estricto cuando existe coincidencia de partes o medidas, y más flexible cuando solo hay coincidencia normativa. Esta diferenciación refleja la idea de que no todos los riesgos son iguales, pues no es lo mismo haber litigado contra un Estado en un caso concreto que simplemente haber interpretado la misma cláusula de un tratado.

Sabemos que el Código de Conducta es *soft law,* ya que no se trata de una norma legal y por tanto es de cumplimiento voluntario, por lo que su eficacia depende de su aceptación e incorporación al arbitraje. Sin embargo, su voluntariedad no es sinónimo de ineficiencia; por el contrario, el Código, como la mayoría de reglas IBA, es de gran importancia y utilidad y se consolida como un estándar internacional de conducta para los arbitrajes.

---

[12] Artículo 4. Limitaciones a la multiplicidad de funciones
1. A menos que las partes litigantes acuerden otra cosa, el árbitro no actuará concurrentemente como representante legal o perito en ningún otro proceso que se refiera a: a) la misma medida o medidas; b) la misma parte o partes vinculadas, o c) la misma disposición o disposiciones del mismo instrumento de consentimiento.
2. Durante un período de tres años, un exárbitro no actuará como representante legal ni perito en ningún otro proceso que se entable en relación con una controversia internacional relativa a inversiones o proceso conexo que se refiera a la misma medida o medidas a menos que las partes litigantes acuerden otra cosa.
3. Durante un período de tres años, un exárbitro no actuará como representante legal ni perito en ningún otro proceso que se entable en relación con una controversia internacional relativa a inversiones o proceso conexo que se refiera a las mismas partes o partes vinculadas a menos que las partes litigantes acuerden otra cosa.
4. Durante un período de un año, un exárbitro no actuará como representante legal ni perito en ningún otro proceso que se entable en relación con una controversia internacional relativa a inversiones o proceso conexo que se refiera a la misma disposición o disposiciones del mismo instrumento de consentimiento a menos que las partes litigantes acuerden otra cosa.

3.4 El tratamiento del double-hatting en el Reglamento CCI

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje (CCI, por sus siglas en inglés), vigente desde el 1 de junio de 2026, no regula específicamente una prohibición del double-hatting, sino que opta por un régimen general de exigir la independencia, imparcialidad y el deber de revelación. El inciso 1 del artículo 12° exige independencia e imparcialidad permanente; el inciso 2 del mismo artículo impone revelar a las partes aquello que pudiera poner en duda su independencia e imparcialidad.

Asimismo, las nuevas Notas para las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la conducción del arbitraje de la CCI del año 2026 (Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of ICC Arbitration) precisan en su Nota 30 que cualquier duda debe resolverse a favor de la revelación. Esto impone un estándar elevado a los árbitros para que, en caso de no estar seguros de lo que debe revelarse, prefieran hacerlo. Esto concuerda con la anterior versión de las Notas de las Partes del año 2021, al indicar en la Nota 25° que el árbitro debe revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas sobre su independencia o imparcialidad.

La relevancia de esta disposición sobre revelación radica en que permite que las partes conozcan oportunamente situaciones que podrían generar cuestionamientos sobre la imparcialidad o neutralidad del árbitro. De esta manera, la obligación de revelación opera como un mecanismo preventivo orientado a preservar la confianza de las partes en la integridad del proceso arbitral y en la legitimidad de la decisión que eventualmente se emita.

Además, respecto a las Nuevas Notas del 2026, su Nota 29°[13] identifica como circunstancia relevante de revelar por parte del árbitro en su declaración de aceptación, si es que ha actuado como árbitro en un caso relacionado. Esta referencia a un caso o arbitraje relacionado adquiere cierta importancia, ya que uno de los principales riesgos consiste en la posibilidad de que un profesional participe simultáneamente en arbitrajes que involucren cuestiones jurídicas similares o intereses económicos coincidentes. En tales supuestos, aun cuando no exista un conflicto efectivo, la transparencia respecto de dichas intervenciones permite que las partes evalúen la existencia de potenciales riesgos de sesgo, acceso a información relevante o formación anticipada de criterios sobre materias que podrían ser discutidas en otros arbitrajes.

Este enfoque refleja una concepción según la cual la diversidad de situaciones que pueden presentarse en la práctica arbitral dificulta la formulación de reglas uniformes aplicables a todos los casos. Por ello, la CCI opta por confiar en el deber de revelación, en el escrutinio de las partes y en los mecanismos institucionales de control para determinar si una determinada actuación simultánea resulta compatible con los estándares de independencia e imparcialidad exigidos. Desde esta perspectiva, el double-hatting no es considerado una conducta intrínsecamente incompatible con el ejercicio de la función arbitral, sino una circunstancia que debe ser analizada en función de sus características específicas, su contexto y su potencial impacto en la percepción de neutralidad del árbitro.

[13] (ii) Disclosure
29. In making such assessment, an arbitrator or prospective arbitrator should consider all potentially relevant circumstances, including but not limited to the following:
(…)
j. The arbitrator or prospective arbitrator acts or has acted as arbitrator in a related case.
(…)"

3.5 Las Directrices del IBA sobre Conflictos de interés

Las Directrices del IBA, aprobadas en 2004, revisadas en 2014 y actualizadas en mayo de 2024 son el instrumento de soft law más extendido e influyente en materia de conflictos de interés en arbitraje internacional, aplicables tanto para el arbitraje de inversión como para el comercial. Aunque carezcan de fuerza vinculante, son frecuentemente invocados por las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales como parámetro de independencia e imparcialidad. Como es conocido se estructura en torno a estándares generales y a un sistema de listas de colores que clasifican las situaciones susceptibles de generar conflictos de interés según su gravedad y sus efectos en el deber de revelación[14]. La lista roja comprende circunstancias que pueden comprometer seriamente la independencia o imparcialidad del árbitro; por su parte, la lista naranja reúne situaciones que, sin constituir necesariamente un conflicto, podrían generar dudas razonables y, por ello, deben ser reveladas; mientras que, la lista verde incluye supuestos que objetivamente no requieren revelación.

En este esquema, el estándar general respecto al estado de imparcialidad e independencia de los árbitros establecido en el artículo 7(b)[15] impone a las partes y a los árbitros el deber de realizar "*averiguaciones razonables*" para identificar posibles conflictos. Asimismo, el estándar general 3(d)[16] dispone que toda duda debe resolverse a favor de la revelación, principio que constituye el denominador común de las Directrices IBA, el Reglamento CCI y el Código de Conducta CNUDMI/CIADI. Este deber no se limita a los conflictos claros y evidentes que ya son conocidos por las partes, sino que exige una conducta diligente orientada a detectar circunstancias que razonablemente podrían afectar la percepción de independencia e imparcialidad. De esta manera, trasladan la responsabilidad de prevención de conflictos a los propios participantes del arbitraje, reforzando una cultura de transparencia preventiva como mecanismo de protección de la legitimidad arbitral.

La versión del 2024 introdujo en la Lista Naranja dos supuestos relevantes para el debate del double-hatting. El numeral 3.1.6[17], que trata sobre el árbitro que es o ha sido, en los últimos tres años, perito de una de las partes o de una entidad afiliada; mientras que el numeral 3.3.6[18] contempla el caso del perito que ha sido instruido simultáneamente por el propio árbitro actuando como abogado en otro procedimiento. Estas incorporaciones reflejan la creciente preocupación por las nuevas manifestaciones o variantes de los múltiples roles que pueden jugar los árbitros en el arbitraje double-hatting, especialmente aquellas que surgen de la interacción entre las funciones de árbitro, abogado y perito, y refuerzan la tendencia internacional hacia mayores estándares de transparencia y revelación y por qué no, cuando sea pertinente, a la abstención. Asimismo, evidencian una comprensión más sofisticada de

---

[14] José Carlos Fernández Rozas, "La obligación de revelación del árbitro y su incidencia en la anulación del laudo arbitral", Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 9, n.º 3 (2016): 912.

[15] "(7) El deber de las partes y del árbitro
(b) Para cumplir con la Norma General 7(a), las partes realizarán averiguaciones razonables y presentarán toda la información relevante de la que dispongan."

[16] "(3) Revelaciones del árbitro
(d) Cualesquiera dudas que surjan acerca de si un árbitro debe revelar algún hecho o circunstancia deberían resolverse a favor de su revelación."

[17] "3.1.6. El árbitro actúa actualmente o ha actuado en los últimos tres años como perito para una de las partes o para una afiliada de una de las partes en un asunto no relacionado."

[18] "3.3.6. El árbitro instruye a un perito que comparece en el procedimiento arbitral en otro asunto en el que el árbitro actúa como abogado."

los conflictos de interés, que ya no se limitan a relaciones directas entre árbitro y parte, sino que abarcan vínculos profesionales cruzados susceptibles de generar dependencias, lealtades o percepciones de influencia indebida.

Es así que, las Directrices IBA adoptan un enfoque basado en la evaluación de las circunstancias concretas de cada caso, descartando una prohibición expresa para el double-hatting pues no señala que constituye, por sí mismo, una incompatibilidad automática, pero resalta el deber de revelación que deben cumplir los árbitros. De este modo, privilegian la revelación y el análisis de los hechos relevantes, de modo que solo aquellas situaciones capaces de generar dudas razonables sobre la independencia o imparcialidad del árbitro justifiquen medidas adicionales. Este enfoque evidencia una tendencia internacional orientada a gestionar los riesgos asociados al double-hatting mediante mayores estándares de transparencia, antes que a través de prohibiciones absolutas.

En otras palabras, las Directrices parten de la premisa de que la multiplicidad de funciones existe y que no es necesariamente incompatible con el ejercicio de la función arbitral, pero sí puede convertirse en una fuente de riesgo cuando existen conexiones suficientemente significativas entre los distintos roles desempeñados. Por ello, la solución propuesta no consiste en eliminar dichas prácticas, sino en garantizar que sean oportunamente reveladas y evaluadas a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, preservando así la confianza de las partes y la integridad del sistema arbitral.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RIESGOS Y BENEFICIOS

El debate en torno al double-hatting se caracteriza por la ausencia de consensos absolutos. Resulta interesante revisar la encuesta Queen Mary/CCIAG (2020), de la School of International Arbitration de Queen Mary University of London con el Corporate Counsel International Arbitration Group, en la que sobre 86 respuestas de asesores corporativos recogidas entre noviembre y diciembre de 2019, indagó si debía permitirse a los árbitros que intervienen en controversias inversionista-estado deberían poder actuar como abogados o peritos en otros procedimientos similares. Los resultados muestran que el 61% consideró que deberían poder actuar como abogados, y el 57% como testigos expertos, en otras disputas inversionista-Estado, dato de los propios usuarios que respalda un enfoque que privilegie la transparencia sobre la prohibición. Este resultado evidencia que el debate no admite respuestas categóricas y que la regulación del double-hatting exige ponderar tanto los riesgos que puede generar para la integridad del sistema arbitral como los beneficios asociados, las cuales se analizan a continuación.

4.1 Riesgos

a) Issue conflict e independencia. El riesgo más relevante, y por qué no, evidente, parece ser el issue conflict; no necesariamente es la falta de independencia respecto de las partes, sino la posible predeterminación intelectual del árbitro frente a cuestiones que deben ser resueltas, pues la independencia es algo probablemente más evidente y que se revela con más facilidad, pero respecto del issue conflict, el árbitro puede haber opinado asumiendo una posición sobre las mismas cuestiones, o puede haber defendido casos similares. A diferencia del conflicto de interés tradicional relacionado con las partes, este riesgo resulta más difícil de detectar, pues no necesariamente depende de una relación objetiva y verificable, sino de la posible influencia que las posturas asumidas anteriormente puedan ejercer sobre su decisión. Al respecto, la ética

y el deber de revelación resultan muy importantes para conocer la posible existencia de esta situación.

b) Captura por una élite reducida. Langford, Behn y Lie[19] evidenciaron que un top 25 de árbitros concentra una proporción desproporcionada de designaciones en inversiones, indicando que:

"If we examine the top 25 most frequent double hatters according the index we created in our JIEL article, we find that these individuals account for 412 arbitral appointments but only act as legal counsel in 224 cases."[20]

Este fenómeno es calificado por algunos como un club o incluso como una mafia, lo que potencia el riesgo de double-hatting, pues un grupo reducido tiende estadísticamente, a desempeñar roles múltiples con mayor frecuencia.

c) Afectación a la diversidad del sistema. La reiteración de nombramientos en un grupo limitado de especialistas puede dificultar el ingreso de nuevos profesionales, especialmente jóvenes, perpetuando patrones de homogeneidad en la composición de los tribunales arbitrales.

4.2 Beneficios

a) Calidad técnica y experiencia acumulada. El desempeño de múltiples funciones permite que los profesionales incorporen perspectivas y experiencias diversas, enriqueciendo su comprensión del arbitraje y contribuyendo a una mejor calidad de decisiones, especialmente porque al tener múltiples experiencias les permite analizar el mismo problema desde ópticas diferentes.

b) Preservación de la autonomía de la voluntad. Una prohibición general del double-hatting podría resultar innecesaria si el riesgo se gestiona mediante deberes sustanciales de revelación, pues hacerlo importa necesariamente restringir la libertad de las partes para elegir árbitro.

c) Preservación de la oferta de árbitros especializados. En mercados donde la especialización es siempre un "bien escaso", una prohibición absoluta encarecería el acceso y debilitaría paradójicamente la calidad técnica de los tribunales arbitrales.

V. CONCLUSIONES

El double-hatting constituye una práctica conceptualmente neutra: describe el ejercicio simultáneo de distintos roles de arbitraje, sin que implique por sí mismo un conflicto de interés. El riesgo surge únicamente cuando existe una conexión sustancial entre las partes o las cuestiones jurídicas involucradas, y los roles en los que actúa el árbitro, y esa situación es capaz de generar dudas razonables sobre la independencia o imparcialidad del árbitro.

El examen comparado realizado revela una convergencia clara: en general las normas y reglamentos analizados no prohíben de manera absoluta el double-hatting, –

[19] Malcolm Langford, Daniel Behn, and Runar Hilleren Lie, 'The Ethics and Empirics of Double Hatting' 6:7 ESIL Reflection (2017).

[20] "Si examinamos los 25 dobles sombreros más frecuentes según el índice que creamos en nuestro artículo de JIEL, encontramos que estas personas representan 412 nombramientos arbitrales pero solo actúan como asesores legales en 224 casos." (traducción propia)

a excepción del Acuerdo CETA – que sí lo hace. La tendencia internacional se orienta más bien hacia modelos basados en la revelación amplia, reservando las restricciones para los supuestos en que exista una conexión relevante entre los procedimientos o funciones desempeñadas. Esta convergencia responde a un juicio de proporcionalidad, pues una prohibición absoluta restringiría injustificadamente la autonomía de las partes para elegir a sus árbitros y limitaría el acceso a especialistas.

En este sentido, al momento de regular se puede ser desde lo menos restrictivo hasta lo más estricto, pero sin llegar a ser tan absolutamente restrictivo, que pueda afectarse la autonomía de la voluntad de las partes. Resulta ilustrativo lo establecido en el artículo 4° del Código de Conducta CNUDMI/CIADI, que opta por una fórmula intermedia, al tener restricciones específicas en supuestos de mayor riesgo – identidad de medidas, partes o disposiciones convencionales – combinadas con revelación obligatoria amplia, y en inversiones, periodos de enfriamiento.

El caso peruano, debido al uso intensivo del arbitraje en contratación pública y a un universo reducido de especialistas con verdadera capacidad y experiencia, incrementa la probabilidad de que un mismo profesional desempeñe simultáneamente distintos roles. En ese contexto, si bien el ordenamiento peruano y el ordenamiento de los principales centros de arbitraje no contienen una prohibición general del double-hatting, el Código de Ética del 2025 aprobado por el OSCE, sí restringe determinadas manifestaciones de esta práctica al tipificarlas como infracción en el literal c) de su artículo 9.1.1 y el literal k) del artículo 9.1.3 – en particular, el mantener de forma simultánea otros arbitrajes en los que el mismo árbitro y alguna de las partes participen o asesorarlas –, además de reforzar el deber de revelación como obligación permanente durante todo el proceso, Se trata, en todo caso, de una restricción puntual y no de una prohibición general de la práctica.

El caso peruano debido al un uso intensivo del arbitraje en contratación pública y un universo reducido de especialistas con verdadera capacidad y experiencia se incrementa la probabilidad de que un mismo profesional desempeñe simultáneamente distintos roles. En ese contexto, si bien el ordenamiento peruano y el ordenamiento de los principales centros de arbitraje no contienen una prohibición general del double-hatting, el Código de Ética del 2025 aprobado por el OSCE, sí restringe determinadas manifestaciones de esta práctica al tipificarlas como infracción en el literal c) de su artículo 9.1.1 y el literal k) del artículo 9.1.3 – en particular, el mantener de forma simultánea otros arbitrajes en los que el mismo árbitro y alguna de las partes participen o asesorarlas –, además de reforzar el deber de revelación como obligación permanente durante todo el proceso. En todo caso, se trataría de una restricción puntual y no de una prohibición general de la práctica.

En consecuencia, debemos concluir señalando que no nos encontramos a favor de una prohibición general ni absoluta, al no ser proporcionado ni empíricamente justificado, en la medida en que los conflictos de interés no surgen en todo ejercicio múltiple de roles, sino ante conexión sustancial entre los asuntos involucrados. Una prohibición universal implicaría restringir innecesariamente la autonomía de la voluntad de las partes y reducir la disponibilidad de árbitros altamente especializados. La solución más adecuada pasa por reforzar el deber de revelación, de modo que las partes puedan detectar oportunamente los conflictos antes de que afecten el procedimiento, complementando esa obligación, tal vez con restricciones específicas para los supuestos de mayor riesgo.

No cabe duda que los centros de arbitraje deben continuar promoviendo una cultura de revelación amplia y oportuna, y, si se busca dotar de mayor certeza al sistema, resulta recomendable que los reglamentos o códigos de ética precisen – de manera

enunciativa y siguiendo el enfoque de las Listas Naranjas de las Directrices IBA – los principales supuestos sujetos a revelación, sin que ello deba traducirse en una prohibición general del double-hatting.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ampuero Llerena, Ricardo Manuel, Evelyn Lizbeth Silva Escobar y Soledad Yadhira Huamán Olivo. "Retos y oportunidades en la aplicación del Código de Conducta de la CNUDMI para árbitros en la solución de controversias internacionales relativas a inversiones." Derecho & Sociedad 65 (2025). Acceso el 25 de junio de 2026. https://doi.org/10.18800/dys.202502.004

- Cámara Chumbes, Angela, y Nicolás Daichi Yano Tsuha. "¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión." Forseti. Revista de Derecho 13 (2021). Acceso el 25 de junio de 2026. https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1489/1517

- Fernández Rozas, José Carlos. "Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión." Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones 6, n.º 3 (2013). Acceso el 25 de junio de 2026. https://dspace.ceu.es/server/api/core/bitstreams/328c5df9-ff2a-442b-b606-df3d751a4d06/content

- Langford, Malcolm, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie. "The Ethics and Empirics of Double Hatting." ESIL Reflections 6, n.º 7 (2017). Acceso el 25 de junio de 2026. https://esil-sedi.eu/post_name-118/

- Langford, Malcolm, Daniel Behn y Runar Lie. "The Revolving Door in International Investment Arbitration." Journal of International Economic Law 20, n.º 2 (2017). Acceso el 25 de junio de 2026. https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018

- Vassallo, Nicolás. "¿Prohibir o no prohibir? La UE y el intento de impedir la existencia del double-hatting en el arbitraje de inversiones." Actualidad Jurídica 48 (2023). Acceso el 25 de junio de 2026. https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos

NORMATIVA Y REGLAMENTOS CITADOS

- Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA). 2016. "Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea." Acceso el 22 de junio de 2026. https://www.wipo.int/wipolex/es/text/598520

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). 1965. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Washington, D.C.: Banco Mundial. Acceso el 21 de junio de 2026. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/Convention_SPA.pdf.

- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. s. f. Reglamento de Arbitraje. Lima: Cámara de Comercio de Lima. Acceso el 26 de junio de 2026. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2025/11/ReglamentoArbitraje2017.pdf

- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2025. Código de Ética de Arbitraje y Juntas de Prevención y Resolución de Disputas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Acceso el 29 de junio de 2026. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2025/12/16111901/2025-001-CODIGO-DE-ETICA-DE-ARBITRAJE-Y-JUNTAS-DE-PREVENCION-Y-RESOLUCION-DE-DISPUTAS-DEL-CENTRO-DE-ANALISIS-Y-RESOLUCION-DE-CONFLICTOS.pdf

- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2025. Resolución N.º 001-2025, que aprueba el Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Acceso el 26 de junio de 2026. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2025/12/16111858/001-2025-Reglamento-de-Arbitraje-de-la-Unidad-de-Arbitraje-del-Centro-de-Analisis-y-Resolucion-de-Conflictos-de-la-Pontificia-Universidad-Catolica-del-Peru.pdf

- International Bar Association (IBA). 2024. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Londres: International Bar Association. Acceso el 25 de junio de 2026. https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-Conflict-Interest-Spanish-2024

- International Chamber of Commerce (ICC). 2026. ICC Arbitration Rules 2026. París: International Chamber of Commerce. Acceso el 25 de junio de 2026. https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2026-arbitration-rules/#block-accordion-1

- International Chamber of Commerce (ICC). 2026. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of ICC Arbitration. París: International Chamber of Commerce. Acceso el 25 de junio de 2026. https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2026/06/2026_ICC_Note-to-Parties-and-AT.pdf

- International Chamber of Commerce. Nota a las Partes y a los Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI. París: International Chamber of Commerce, 2021. https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2024/02/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-spanish-2021.pdf

- Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE). 2008. Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. Lima: OECE. Acceso el 25 de junio de 2026. https://www.gob.pe/institucion/oece/normas-legales/308659-1071

- Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE). 2025. Resolución N.º D000058-2025-OSCE-PRE, que aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones Públicas. Lima: OECE. Acceso el 25 de junio de 2026. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2391995-1

- Perú. Congreso de la República. 2014. Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Lima: Congreso de la República. Acceso el 25 de junio de 2026. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/118484-30225

- Perú. Congreso de la República. 2024. Ley N.º 32069, Ley General de Contrataciones Públicas. Lima: OECE. Acceso el 25 de junio de 2026. https://www.gob.pe/institucion/oece/colecciones/45029-ley-n-32069-ley-general-de-contrataciones-publicas-y-su-reglamento

- Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2025. Decreto Supremo N.º 009-2025-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 32300, Ley que crea el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje (RENACE). Lima: Diario Oficial El Peruano. Acceso el 26 de junio de 2026. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2364207-1

VENEZUELA Y EL ARBITRAJE EN TIEMPOS DE HIDROCARBUROS

Autor:
Mario Bariona Grassi

VENEZUELA Y EL ARBITRAJE EN TIEMPOS DE HIDROCARBUROS

Venezuela and arbitration in the time of hydrocarbons

Mario Bariona Grassi [1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Novedades legislativas en Venezuela en materia de medios alternativos de solución de conflictos en las reformas de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y su Reglamento, así como en la Ley de Minas.
III. ¿Se trata realmente de una innovación?
IV. De la capacidad para celebrar un acuerdo arbitral en la legislación venezolana.
V. La vinculación al objeto social como medida de la capacidad para pactar un acuerdo arbitral.
VI. Modificaciones que aportan los artículos 9 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, 107 del Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y 9 de la Ley de Minas.
VII. Sede de los arbitrajes.
VIII. Ley de fondo.
IX. Centros de arbitrajes elegibles por las partes.
X. Conclusiones.

Resumen

Los recursos naturales de un país constituyen indiscutiblemente uno de los mayores activos de la economía. Por su valor e importancia estratégica, es normal y necesario que sean sometidos a estrictas regulaciones en todo lo que toca a su exploración, extracción y comercialización. Dependiendo de los elementos influyentes en la política de cada país, dichos recursos pueden ser reservados totalmente al Estado, pueden ser manejados mediante empresas mixtas (se denominan mixtas por la participación conjunta de capital privado y capital estatal en una misma sociedad) o mediante concesiones.

Cuando se opta por la explotación o comercialización conjunta con el Estado, el medio de implementación de esta unión estratégica ocurrirá a través de contratos diversos, bien sea de sociedad formal, de asociación o de concesión.

Como cualquier contrato, dichos acuerdos de voluntad pueden suscitar disputas en cuanto a su interpretación o ejecución. Tales disputas podrán ser resueltas mediante la justicia estatal, en el caso de Venezuela mediante el Poder Judicial, o mediante los medios alternativos de solución de conflictos.

En este estudio desarrollaremos la razón por la cual la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Minas consagran expresamente el uso de los medios

---

[1] Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas 1984. Profesor de derecho de sociedades y contratos y obligaciones mercantiles en el post grado de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andres Bello. Fue Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Es vicepresidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Coordinador de la sección para Latinoamérica de la Asociación Italiana de Arbitraje. Correo de contacto: mbariona@mbglegal.com

alternativos de solución de conflictos. Ahondaremos también en el análisis de las condiciones que impone la ley para la adopción de los acuerdos de las partes en esta materia.

Palabras clave

Hidrocarburos en Venezuela/ Arbitraje comercial internacional en Hidrocarburos/ Requisitos acuerdo arbitraje hidrocarburos Venezuela

Abstract

The natural resources of a country unquestionably constitute one of the most significant assets of its economy. Owing to their value and strategic importance, it is both normal and necessary that they be subject to stringent regulation in all matters concerning their exploration, extraction, and commercialization. Depending on the political considerations prevailing in each jurisdiction, such resources may be entirely reserved to the State, managed through joint ventures—so termed because they combine private and public capital within a single corporate structure—or administered through concession regimes.

When the chosen model involves joint exploitation or commercialization with the State, the mechanism for implementing this strategic partnership will take the form of various contractual arrangements, whether corporate agreements, associations, or concessions.

As with any contractual instrument, these expressions of party autonomy may give rise to disputes regarding their interpretation or performance. Such disputes may be adjudicated by state courts— in Venezuela, by the Judicial Branch— or resolved through alternative dispute resolution mechanisms.

This study examines the rationale underlying the reforms to the Organic Hydrocarbons Law and the Organic Mines Law, both of which expressly endorse the use of alternative dispute resolution mechanisms. It further analyzes the legal conditions governing the adoption and enforceability of party agreements in this domain.

Keywords

Hydrocarbons in Venezuela/ International commercial arbitration in Hydrocarbons/ Prerequisites arbitration agreement hydrocarbons Venezuela.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho incontrovertible que Venezuela posee una de las más grandes reservas de hidrocarburos del planeta. Nos referimos en igual grado de importancia a hidrocarburos líquidos, gasíferos y sólidos. De igual manera, el potencial minero es incalculable.

Tales recursos, por su importancia estratégica y económica han sido objeto de estrictas regulaciones, las cuales se han ido adaptando a las diversas tendencias y estrategias de los legisladores de cada época.

No podemos olvidar que estas riquezas naturales constituyen la principal fuente de entrada para el erario público por lo cual su explotación y comercialización, por lo menos en cuanto al punto de vista regulatorio se refiere, se debate constantemente entre la asignación exclusiva de todas las fases al Estado y el extremo opuesto que sería la asignación a empresas privadas de las etapas de exploración, extracción, comercialización e, inclusive en algunos casos, la refinación.

Esta asignación de ciertas áreas a empresas privadas, se concreta a través de la constitución de empresas mixtas, contratos de concesión, asociaciones estratégicas, generación de impuestos nacionales y municipales y regalías.

Tanto la constitución de empresas mixtas como el perfeccionamiento de contratos de concesión encuentran su naturaleza en el derecho de los contratos, puesto que el Estado no está ejerciendo en esos casos sus funciones de imperio, sino que desciende a contratar bajo normas de derecho privado, en muchas ocasiones alteradas por regulaciones de orden público dictadas en protección del Estado.

Las disputas que puedan surgir de estos acuerdos, podrían ser potencialmente solucionadas a través de los medios alternativos de solución de conflictos, y no necesariamente en base a la justicia estatal ordinaria. Estudiaremos si estos medios alternativos son efectivamente aplicables en materia de minas e hidrocarburos y, en caso de una respuesta positiva, cuáles serán las condiciones que debe reunir el acuerdo que los implemente.

II. NOVEDADES LEGISLATIVAS EN VENEZUELA EN MATERIA DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA DE HIDROCARBUROS Y SU REGLAMENTO, ASÍ COMO EN LA LEY ORGÁNICA DE MINAS

Recientemente en Venezuela se han publicado dos instrumentos normativos de enorme relevancia. Nos referimos a la Ley Orgánica de Hidrocarburos[2] (en lo sucesivo LOH), su Reglamento[3] (en lo sucesivo RLOH) y la Ley Orgánica de Minas[4] (LOM).

Los artículos más relevantes para este trabajo de investigación son el artículo 8 de la LOH, el artículo 107 del RLOH y el artículo 9 de la LOM.

Tales artículos reproducidos textualmente disponen:

Ley Orgánica de Hidrocarburos:

> Artículo 8. *En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser decididas por los Tribunales competentes de la República o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo mediación y arbitraje. El Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos generales para establecer las cláusulas de resolución de controversias a las que hace referencia este artículo. Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.*

[2] LEY DE REFORMA DE LA LEY ORGÀNICA DE HIDROCARBUROS: GACETA OFICIAL 6.978 DE FECHA 29 DE ENERO 2026.
[3] REGLAMENTO LEY ORGÀNICA DE HIDROCARBUROS: GACETA OFICIAL 7.052 DE FECHA 07 DE JULIO DE 2026
[4] LEY ORGÀNICA DE MINAS: GACETA oFICIAL 7.020 DE FECHA 20 DE ABRIL DE 2026

Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos:

> Artículo 107. *Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que surjan o puedan surgir en el marco de la ejecución de los contratos que se suscriban para la realización de las actividades reguladas por Ley Orgánica de Hidrocarburos, que no puedan ser resueltas de mutuo y amistoso acuerdo entre las partes, podrán ser sometidas a la decisión de los Tribunales competentes de la República o mediante los mecanismos alternativos de resolución de controversias como la mediación, conciliación, negociación y el arbitraje; siguiendo los lineamientos que a tales efectos dictará el Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos en conjunto con la Procuraduría General de la República.*

También es necesario citar el correspondiente artículo de la Ley Orgánica de Minas.

Ley de minas.

> Artículo 9. *En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley, las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, podrán ser decididas por los Tribunales competentes de la República Bolivariana de Venezuela o mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo la mediación y el arbitraje. El Ministerio con competencia en materia de minas, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos para establecer la mencionada cláusula.*
>
> *Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.*

III. ¿SE TRATA REALMENTE DE UNA INNOVACIÓN?

Nos referimos a si, efectivamente, la redacción de los artículos citados instituye una novedad en materia de medios de solución de conflictos en Venezuela en lo que a hidrocarburos y minas se refiere.

Ante una primera lectura de las citadas normas, sin hacer referencia al análisis del tratamiento de los medios alternativos de solución de conflictos aplicados a estas materias, correspondientes a los decenios 2000 al 2010 y, sucesivamente, del 2010 al 2020, pareciera que la mención de la LOH y de la LOM era innecesaria.

Cuando se habla de medios de solución de conflictos, es común hacer uso de la distinción entre medios normales de solución de conflictos y medios alternativos. La primera, es la denominación que doctrinalmente se da a la justicia impartida por el Estado, que a lo largo del presente artículo denominaremos justicia estatal, para contraponerla a los medios alternativos de solución de conflictos, entre los cuales es necesario mencionar a la mediación, conciliación y finalmente, al arbitraje.

Dichos medios alternativos de solución de conflictos han sido históricamente aceptados en Venezuela. Aun antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial, la conciliación, la mediación y el arbitraje fueron mecanismos comúnmente utilizados, justificándose su aplicación en el principio civilista que afirma que todo aquello que no está expresamente prohibido, entonces, está permitido.

En 1998, se publica la Ley de Arbitraje Comercial[5] la cual en su artículo 4 establece:

> "*Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)*".

Vemos que el mencionado artículo 4 de la LAC establece diversos requisitos concurrentes: a.- La aprobación de la Cláusula Arbitral por parte de toda la Junta Directiva; b.- La autorización por escrito del Ministro de tutela; c.- El acuerdo de arbitraje debe especificar el tipo de arbitraje; d.- El acuerdo de arbitraje deberá contemplar, por lo menos tres (3) árbitros[6].

Con posterioridad a la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial y con ocasión de la reforma constitucional de la carta magna de Venezuela ocurrida en 1999, los medios alternativos de solución de conflictos encontraron consagración constitucional expresa, insertándose en lo que se denomina el Sistema de Justicia venezolano, compuesto por la justicia estatal, los medios alternativos de solución de conflictos, la justicia de paz y finalmente, como señala el artículo constitucional citado, por otros medios alternativos para la solución de conflictos.

De manera que, para cuando se dicta la LOH, el arbitraje y demás métodos alternativos de solución de conflictos eran perfectamente aceptados y comúnmente utilizados en Venezuela, al punto de habérsele dado consagración constitucional.

Pareciera entonces que la mención del legislador en los artículos que se analizan era innecesaria. Que, si se conjuga el precepto constitucional que ordena al legislador promover los medios alternativos de solución de conflictos con el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, no sería necesaria ninguna mención ulterior confirmando lo que es obvio: que los medios alternativos de solución de conflictos tendrían cabida en los supuestos contractuales de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y en la Ley de Minas.

No es difícil adivinar que el legislador redacta los artículos *in commento* para despejar dudas sobre la procedencia y aplicabilidad de los medios alternativos de solución de conflictos en materia de hidrocarburos y minas.

---

[5] Gaceta Oficial N. 36.340 del 7 de abril de 1998.

[6] Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírico Pittevil, coords., Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, t. I (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila - CIERC, 2022), Pág. 284.

¿De dónde podrían provenir las dudas respecto de la aplicabilidad de los medios alternativos de solución de conflictos?

No era una simple duda. La novedad legislativa del año 2026 en estudio, responde y deroga una negativa puntual y expresa contenida en la anterior Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006 donde se erigió una barrera insalvable para el uso del arbitraje.

La redacción de esta norma de 2006 respondía a su vez, a una corriente de satanización del arbitraje internacional y de inversión como medio de solución de disputas, iniciada desde la Procuraduría General de la República.

Reproducimos a continuación el artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos derogada[7]:

> "*Artículo 34 Las condiciones a las cuales se refiere el artículo anterior deberán cumplir los requisitos mínimos siguientes:*
>
> *b. Las dudas y controversias de cualquier naturaleza que puedan suscitarse con motivo de la realización de actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, incluido el arbitraje en los casos permitidos por la ley que rige la materia, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*".

Esta corriente de pensamiento contraria a los medios alternativos de solución de conflictos, particularmente enemiga del arbitraje, encuentra razón en un primer momento, en la incorrecta interpretación de la arbitrabilidad objetiva y subjetiva, confusión que se creó a través de diversas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, donde una inexacta y contraria a la ley interpretación sobre la materia arbitrable desde el punto de vista objetivo llevó a aplicar los conceptos de orden público, interés público y reserva legal de manera indebida, convirtiéndolos en obstáculos insalvables que impidieron por un largo espacio de tiempo someter a arbitraje disputas basadas en normas de orden público o aquellas en las cuales pudiera estar involucrado directa o indirectamente el interés público.

Adicionalmente, diversas opiniones de la Procuraduría General de la República emitidas en los años 2003 al 2018 fueron destinadas a satanizar al arbitraje, erigiendo como única e indisputable vía de administración de justicia para los conflictos donde pudiese estar involucrado el Estado o empresas del Estado, la jurisdicción Contencioso Administrativa, específicamente la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

Fuimos testigos de diversos cuerpos normativos que prohibieron expresamente el arbitraje en materias que, no había duda alguna, eran perfectamente arbitrables.

De manera que no es gratuita la ratificación que la LOH, el RLOH y la Ley de Minas hacen a la posibilidad de utilización de los medios alternativos de solución de conflictos, puesto que era necesario en esta ocasión derogar la prohibición de uso de medios de solución de conflictos contenida en el artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos del 2006.

[7] Gaceta Oficial N° 38.493 del 04 de agosto de 2006

IV. DE LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR UN ACUERDO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Tratándose de contratos potencialmente cobijados por el manto de la internacionalidad[8], debemos estudiar las diversas posibilidades que se pueden plantear respecto a la capacidad de las personas en este tipo de contratos[9].

Comencemos por precisar que nos referiremos a las personas jurídicas que son las destinadas a conformar las asociaciones y ser parte de los contratos que regulan las leyes *in commento*.

Establece nuestra ley de Derecho internacional privado que las personas jurídicas se regirán por las leyes de su nacionalidad. Aunque se ha debatido si es apropiado hablar de nacionalidad en el caso de las entidades jurídicas, es indiscutible que se refiere al lugar de su constitución.

En este punto en particular, la regla es la capacidad, mientras que la incapacidad está basada en excepciones, las cuales deben ser reguladas expresamente por la ley e interpretadas de manera restrictiva.

Luego, en materia de sociedades mercantiles constituidas bajo las leyes venezolanas, la capacidad deriva de las propias regulaciones estatutarias, debiendo en cada caso, hacerse un análisis respecto a la organización de sus órganos de decisión y representación, así como de los cargos potencialmente aptos para asumir obligaciones y por ende, acuerdos arbitrales.

Distinto es el razonamiento cuando se trata de empresas del Estado, de empresas mixtas o convenios de asociación donde el Estado[10] será necesariamente una de las partes contratantes.

En efecto, el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que:

> "*Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)*".

Dicha regulación legal es parcialmente derogada por los mencionados artículos 9 de la LOH, 107 del RLOH y 9 de la LOM donde encontramos un elemento que se repite en

[8] Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano de Mur, coords., Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, t. 1 (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013): Pág. 182.

[9] Alan Redfern, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, 4.ª ed. (Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006): pág. 236.

[10] Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, coords., Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, t. 1 (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2011): Pág. 17

cada una de ellas: *Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial.*

Afirmamos que estas normas establecen una derogatoria parcial del artículo 4 de la LAC por cuanto son normas especiales y posteriores respecto a la que se consideraría general y anterior.

Por ende, para obligar válidamente al Estado y a las empresas del Estado, siempre y cuando se trate de materias que se encuentren bajo la regulación de la LOH y la LOM, no será necesaria la opinión favorable previa de la Procuraduría General de la República ni la aprobación por parte del Ministerio competente por la materia.

V. LA VINCULACIÓN AL OBJETO SOCIAL COMO MEDIDA DE LA CAPACIDAD PARA PACTAR UN ACUERDO ARBITRAL

Es un lugar común aseverar que la capacidad de los directores de las sociedades de comercio privadas (decimos privadas para oponerlas a las sociedades de comercio estatales o empresas del Estado) está estrictamente vinculada al objeto social. Si la actuación del representante de la sociedad se relaciona y se enmarca en el objeto social, entonces la obligación habrá sido válidamente contraída por la sociedad. Si, en cambio, excede o se aparta del objeto social, se considera que la contratación habrá sido ineficaz, con la consiguiente responsabilidad personal del administrador que se extralimitó en sus funciones.

Al apartarse de la figura del mandato para determinar la naturaleza de las actuaciones de los directores de una sociedad, toma cuerpo la doctrina del órgano, la cual considera que las actuaciones de los administradores o directores de una sociedad no pueden atarse al simple concepto del mandato.

Sin embargo, en materia de medios de solución de conflictos, la regla que en materia comercial pareciera indiscutible, no es herméticamente trasladable.

Deseamos manifestar ciertas reservas respecto de la aplicación irrestricta del principio societario analizado en párrafos anteriores al arbitraje societario, por las razones siguientes: El acuerdo arbitral es considerado un contrato independiente del contrato principal, lo cual es consagrado por la separabilidad de la cláusula arbitral, la cual, de haber sido bien pactada conserva su integridad, vigencia y oponibilidad aun en caso de contratos nulos[11].

Pero el acuerdo arbitral o acuerdo de resolución de disputas, tiene sentido y nace solamente cuando está vinculado a un contrato donde pueden surgir las disputas.

En caso de afirmar lo contrario, llegaríamos al absurdo de hablar de un acuerdo arbitral independiente y desvinculado del contrato comercial, pero sin tener aplicación práctica alguna, pues estaría dispuesto para resolver disputas y controversias sin saber cuáles serían.

Luego, si se aplicase el principio de la adecuación de los actos de los administradores de una sociedad al objeto social, para determinar su capacidad para obligarla en un acuerdo arbitral, se debería hacer un análisis del contrato principal o, mejor dicho, del

[11] Jorge Hernán Gil Echeverry, Régimen arbitral colombiano: parte procesal, 2.ª ed., tomo 2 (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017): Pág. 269

contrato que se somete a eventual arbitraje, y determinar si el objeto de dicho contrato está enmarcado en el objeto social o no[12].

VI. MODIFICACIONES QUE APORTAN LOS ARTÍCULOS 9 DE LOH, 107 RLOH Y 9 DE LM

6.1.- Derogatoria del artículo 34 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2006.

En efecto, se conjugan dos elementos esenciales para que la nueva norma tome vigencia: La derogatoria expresa contenida en la promulgación de la reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2026 y la derogatoria implícita del artículo 34 de la Ley del 2006 al haberse emitido una regulación con rango de ley formal cuya característica es ser especial y posterior a la norma que queda, por lo tanto, derogada expresa e implícitamente.

6.2. Abolición del requisito de procedencia de los acuerdos arbitrales establecido en la Ley de la Procuraduría General de la República.

Es clara la redacción de los artículos 8 de la LOH, 107 del RLOH y 9 de la LOM cuando establecen que para la validez y eficacia de los acuerdos de solución de disputas en las materias objeto de estas leyes (es decir, hidrocarburos y minas) no será necesaria la aprobación de la Procuraduría General de la República, la cual está, es cierto, para otras materias, establecida en la ley de la Procuraduría General de la República.

6.3. Abolición del requisito de aprobación del acuerdo arbitral por parte de toda la junta directiva de la correspondiente empresa, establecido en el artículo 4 de la LAC.

Los artículos 8 de la LOH, 107 del RLOH y 9 de la LOM derogan parcialmente el artículo 4 de la LAC al retirar el requisito de que los acuerdos de solución de disputas sean aprobados por la totalidad de la Junta Directiva de las respectivas sociedades mercantiles.

Retoman así vigencia las normas y el principio de derecho societario correspondiente a la representación de las sociedades de comercio.

Recordemos que los directores de una sociedad de comercio tienen facultades y obligación de tomar decisiones, así como tienen la facultad y obligación de representar a la sociedad.

En respeto a la autonomía de la voluntad, las sociedades establecen las normas de representación tomando en cuenta la seguridad jurídica de la toma de decisiones pero también respetando la agilidad y celeridad requeridas por el comercio.

Con la derogatoria parcial del artículo 4 de la LAC, se retoma en materia de minas e hidrocarburos la representación de empresas en la manera estipulada en su normativa estatutaria.

6.4. Abolición del requisito de aprobación del acuerdo arbitral por parte del Ministro de competencia, establecido en el artículo 4 de la LAC.

Como comentamos en párrafos anteriores, el artículo 4 de la LAC sufre una derogatoria parcial por parte de las normas que estamos analizando.

[12] Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González, coords., Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, t. 1 (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2011): Pág. 158.

En este punto en particular queda abolida (siempre solamente en materias de minas e hidrocarburos) la necesidad de aprobación del acuerdo de solución de disputas por parte del Ministro de competencia.

Esta aprobación previa e individual para cada contrato, se convierte en muchos casos en un obstáculo relevante para la inclusión de acuerdos de solución de disputas. La celeridad propia de las contrataciones modernas impone también la agilidad en la aprobación de este tipo de cláusulas.

De no corregirse de la manera reglada por las normas de la LOH y de la LOM *in commento*, la aprobación previa por parte del Ministro de la competencia por materia podría minar la adopción de acuerdos de solución alternativa de conflictos, al ser un elemento retardante de la firma de contratos.

6.5 Instauración del requisito de existencia previa a la toma de cualquier acuerdo arbitral, consistente en un instructivo emanado del Ministerio de competencia.

Aunque con las reservas que hemos indicado a lo largo del presente estudio, la reforma legislativa sustituye la aprobación individual del Ministro de competencia por la elaboración del instructivo respectivo para la suscripción de cláusula de solución de disputas.

VII. SEDE DE LOS ARBITRAJES

Tradicionalmente, se incurre en confusión, al vincular la sede con el territorio físico donde se celebran las audiencias de un eventual proceso procesal.

Es la incorrecta conexión del concepto de sede con una ciudad o la localización de un centro de arbitraje, pensando que las audiencias se deban celebrar en forma presencial y que por ende esa conexión territorial con el lugar de celebración de las audiencias podría determinar el concepto de sede.

La evolución de la tecnología en los últimos años ha permitido que se puedan celebrar audiencias de forma telemática, siendo absolutamente confiables. Los avances en las comunicaciones audiovisuales han conducido a que sea perfectamente factible celebrar audiencias en diferentes partes del mundo.

Inclusive es perfectamente factible que personas que están en diversas partes del mundo se conecten en una sola llamada. Los reglamentos de la mayoría de los centros de arbitraje del mundo han promulgado normas para poder dar certeza, solidez y seguridad a las audiencias telemáticas.

Esta regulación varía desde normas de soft-law como el Protocolo de Seúl, que proporcionan la orientación básica para este tipo de audiencias, hasta la promulgación de reglamentos adicionales en diversos centros de arbitraje destinados a garantizar la seguridad jurídica de los participantes y el logro del objetivo de la audiencia.

La sede debe entenderse como el lugar donde será emitida la decisión, o más sencillamente, como momento de conexión deseado por las partes entre el procedimiento arbitral y un determinado territorio, lo cual determina la nacionalidad de la sentencia arbitral[13].

[13] Piero Bernardini. L´Arbitrato nel Commercio e Negli Investimenti Internazionali. Giuffré Editore. Milano 2008. Pgs. 128 y 129.

La nacionalidad de la sentencia arbitral es fundamental a los fines de su reconocimiento y ejecución en base a la Convención de New York[14].

La sede del arbitraje es igualmente importante a los fines de establecer cuál es el juez nacional competente para intervenir en soporte del curso regular del procedimiento arbitral.

De esta manera podemos ver, entonces, cómo la sede es el elemento de vinculación entre un procedimiento arbitral y la decisión que se dicte, aun aquellas incidentales, y un determinado territorio y sus jueces.

Aún atendiendo al principio de la mínima intervención judicial, ha sido admitido tradicionalmente que el procedimiento arbitral puede ser tutelado por los órganos jurisdiccionales del Estado y los jueces naturales a las partes, para garantizar el debido proceso, el derecho al contradictorio y los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso.

Luego, en arbitraje internacional surge la pregunta que todos imaginamos: ¿Cuáles serán los jueces competentes por territorio para ejercer esta tutela?

Es normal que cada parte desee inclinar hacia su jurisdicción esta revisión judicial para procurar que sean sus jueces nacionales los que ejerzan el control del proceso arbitral.

Esta diatriba aumenta exponencialmente cuando pensamos en arbitrajes multipartes, donde todas o por lo menos algunas de las partes contratantes sean de diferentes nacionalidades. Sería una versión moderna pero real de la torre de Babel, donde cada parte extremaría esfuerzos por atraer la revisión judicial de las actuaciones, o del laudo mismo a su territorio nacional.

En razón de los anteriores argumentos, es cada vez más frecuente la elección convencional de la sede del arbitraje, despejando así cualquier duda sobre la exacta vinculación territorial con el procedimiento arbitral y por ende la determinación del juez competente por territorio para la eventual ejecución o anulación del laudo.

Una correcta aplicación del mandato de los artículos 8 de la LOH y 9 de la Ley de Minas los cuales exhortan al Ministro con competencia en materia de hidrocarburos y Minas respectivamente, en conjunto con la Procuraduría General de la República a dictar los lineamientos para la adopción de acuerdos arbitrales que de alguna manera tengan vinculación con estas leyes, lleva necesariamente a la conclusión de que entre esos lineamientos debe estar necesariamente la determinación de la sede arbitral que así se determinará.

Repetimos aquí el comentario formulado algunas líneas más arriba, en el sentido que consideramos impropia e inadecuada la delegación o mandato del legislador hacia los respectivos ministros y Procuraduría General de la República puesto que la orden de dictar los lineamientos para la adopción de acuerdos arbitrales se concretará en una decisión administrativa la cual no podría dar cumplimiento al procedimiento necesario para que se adopte como una ley formal y por ende será fácilmente modificable lo cual traerá sin dudas una buena dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica entre los contratantes.

[14] Piero Berardini. Ob. Cit. Pg 129

VIII. LEY DE FONDO

Mucho menos polémica que la determinación de la sede, pero tanto o más importante, es la determinación de la ley de fondo o *lex contracti* que se deberá aplicar en la resolución de disputas.

Así como en párrafos anteriores sostuvimos que el acuerdo arbitral es separado e independiente del contrato al cual se aplica la cláusula de medios alternativos de solución de disputas, debemos ahora formular la misma aseveración, pero en sentido inverso, para concluir que la determinación de la ley de fondo es propia e intrínseca al acuerdo de las partes y que los mediadores o los árbitros la utilizarán en tanto y en cuanto sea útil para la solución de la disputa, con independencia de la sede del arbitraje que haya sido determinada en cada caso.

Es por ello que, aunque la determinación de la ley de fondo corresponderá a los contratantes en cada caso en particular, la elección de la misma se hará de manera independiente de los lineamientos que dictarán los ministros con competencia en materia de hidrocarburos y minas, de conformidad con el exhorto de los artículos 8 de la LOH y 9 de la Ley de Minas.

Excederían los límites del exhorto contenido en los mencionados artículos aquellos lineamientos que determinen la ley de fondo aplicable, puesto que tales lineamientos deben limitarse a materias directamente relacionadas con el acuerdo en materia de medios alternativos de solución de conflictos.

IX. CENTROS DE ARBITRAJE ELEGIBLES POR LAS PARTES

Una de las elecciones fundamentales en un acuerdo de solución de disputas es la determinación del uso de un centro de mediación o de arbitraje o el uso del arbitraje independiente.

Por la relevancia nacional de las materias que podrían ser sometidas a solución de disputas, consideramos que se debe descartar y ordenar la no procedencia bajo ningún respecto, de la mediación y el arbitraje independiente.

Esto origina una segunda fase de la discusión: ¿Cuál será el mejor centro de arbitraje que se pueda elegir para estas materias?

Para contestar esta pregunta tenemos que regresar a los tiempos oscuros del arbitraje en Venezuela, donde no sólo se castigó injustificablemente a los medios alternativos de solución de conflictos, sino que se extendió la negativa matriz ya estudiada a ciertos centros de arbitraje acusándolos de tomar decisiones[15] contrarias a los intereses de Venezuela.

Confiamos en que la elección de los centros de administración de solución de disputas se haga de manera objetiva y en base a un estudio comparativo exhaustivo de reglamentos, tarifas, reputación y vinculación natural con Venezuela, dando preferencia a nuestros centros nacionales.

[15] Sabemos que los centros de arbitraje no toman decisiones y que los árbitros son escogidos de conformidad con cada reglamento con la consiguiente independencia e imparcialidad.

X. CONCLUSIONES

1. Como consecuencia del cambio estratégico en materia de minas e hidrocarburos la Ley Orgánica de Hidrocarburos y la Ley Orgánica de Minas, así como el Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos contienen normas innovadoras expresamente dirigidas a regular la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos.

2. Estas normas, por lo menos en cuanto toca la Ley Orgánica de Hidrocarburos derogan un poco feliz antecedente de prohibición, de veto absoluto del arbitraje el cual debía ser sustituido por los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela en caso de haber sido adoptado por las partes.

3. En base a tal veto, en la derogada legislación de 2006, los contratantes debían abstenerse totalmente de adoptar acuerdos de aplicación de los medios alternativos de solución de conflictos, específicamente el arbitraje.

4. Esta innovación legislativa es recibida de manera muy positiva en Venezuela, puesto que las restrictivas, por no decir prohibicionistas, normas derogadas, impidieron en numerosas ocasiones la celebración de contratos, puesto que los contratantes identificaron un obstáculo esencial para el equilibrio contractual en la imposición del poder judicial venezolano como única y excluyente alternativa para la solución de disputas.

5. Sin embargo, ratificamos nuestra objeción a que los lineamientos para poder establecer acuerdos de aplicación de los medios de solución de conflictos sean dictados por los ministros del área de competencia por las materias en conjunción con la Procuraduría General de la República por cuanto: a) Al no tener rango legal ni reglamentario, podrán ser fácil y frecuentemente modificados creando l a consiguiente inseguridad jurídica; b) La tardanza en la promulgación de dichos lineamientos podría entorpecer la suscripción de acuerdos, alianzas y nuevas empresas mixtas.

BIBLIOGRAFÍA

- Bernardini Piero. L´Arbitrato Nel Commercio e Negli Investimenti Internazionali. Giuffré Editore. Milano 2008.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 36.860 del 30 de diciembre de 1999. Articulo 258.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: parte procesal. 2.ª ed., tomo 2. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- Jordan Procopio, Caterina, y Fernando Sanquírico Pittevil, coords. Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. T. I. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila - CIERC, 2022.
- Ley de reforma de la Ley Orgànica de Hidrocarburos: Gaceta Oficial 6.978 de fecha 29 de enero 2026.
- Ley Orgànica de Minas: Gaceta Oficial 7.020 de fecha 20 de abril de 2026.
- Redfern, Alan, Martín Hunter, Nigel Blackaby, y Constantine Partasides. Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. 4.ª ed. Cizur Menor, Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

- Reglamento Ley Orgànica de Hidrocarburos: Gaceta Oficial 7.052 de fecha 07 de julio de 2026.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto, y Delia Revoredo Marsano de Mur, coords. Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. T. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto, y Alfredo Bullard González, coords. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. T. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2011.
- Vitolo Daniel Roque. Manual de Sociedades. Editorial Estudio. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2016.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE: DE LA SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO AL DEBER FUNCIONAL DE REVELACIÓN

Autores:
Daniel Becker
Anna Carolina Wenderroschy

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE: DE LA SUSTITUCIÓN DEL ÁRBITRO AL DEBER FUNCIONAL DE REVELACIÓN

Artificial intelligence in arbitration: From replacing the arbitrator to the functional duty to disclose

Inteligência artificial na arbitragem: da substituição do árbitro ao dever funcional de revelação

Daniel Becker[1]
Anna Carolina Wenderroschy[2]

SUMARIO:

I. El uso de la inteligencia artificial como desafío a la transparencia en el arbitraje.
II. El arbitraje como ambiente privilegiado de la inteligencia artificial y sus límites.
III. La frontera entre el auxilio y la decisión.
IV. La confidencialidad como problema específico del arbitraje empresarial: el caso United States v. Heppner.
V. El deber de revelación como deber funcional: árbitros, partes y asistentes.
VI. Argumentos a favor y en contra de la revelación.
VII. Una propuesta de sistematización del deber de revelación en el arbitraje internacional.
VIII. Conclusión.

Resumen

La incorporación de herramientas de inteligencia artificial al arbitraje ha ampliado el espectro de las preocupaciones jurídicas. Aunque la hipótesis de sustitución del árbitro humano por sistemas automatizados siga siendo un debate de gran complejidad y enteramente legítimo, a su lado emergió, con la difusión del empleo práctico de la tecnología, una cuestión no menos relevante, vinculada a la transparencia en cuanto al uso de esas herramientas como instrumento auxiliar de partes, árbitros y sus asistentes a lo largo del procedimiento. Se sostiene, en este artículo, que el deber de revelación del uso de IA no constituye un deber general y absoluto, sino un deber funcional, cuya incidencia e intensidad varían según el potencial impacto de la herramienta sobre la integridad del procedimiento: la confidencialidad, la independencia y la imparcialidad del juzgador, el contradictorio, la autenticidad de la

[1]Socio de las áreas de Contencioso y Arbitraje e IP, Privacy, Media & AI de BBL Advogados. Director de nuevas tecnologías en el Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA). Consejero del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Brasil-Perú. Miembro de la Comisión de IA de la OAB/RJ. Organizador de las obras "O Advogado do Amanhã: Estudos em Homenagem ao professor Richard Susskind", "O fim dos advogados? Estudos em Homenagem ao professor Richard Susskind — vol. II", "Regulação 4.0, vols. I e II", "Litigation 4.0" y "Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados", todas publicadas por la Revista dos Tribunais. Correo de contacto: daniel.becker@bbladv.com.br
[2]Asociada del área de Contencioso y Arbitraje de BBL Advogados. Graduada en Derecho por la Universidade Federal Fluminense (UFF), 2024. Correo de contacto: anna.wenderroschy@bbladv.com.br

prueba y la formación de la convicción arbitral. A partir del examen crítico de los instrumentos de soft law y de precedentes paradigmáticos, se propone una sistematización del deber de revelación anclada en la autonomía de la voluntad y graduada por riesgo, idónea para preservar, a un tiempo, las ganancias de eficiencia prometidas por la tecnología y la legitimidad del laudo.

Palabras clave

Arbitraje/ Inteligencia artificial/ Deber de revelación/ Confidencialidad/ Debido proceso arbitral/ Autonomía de la voluntad.

Abstract

The integration of artificial intelligence tools into arbitration has broadened the range of legal concerns. Although the possibility of replacing the human arbitrator with automated systems remains a highly complex and entirely legitimate debate, alongside it there has emerged, with the spread of the technology's practical use, an equally pressing question, bound up with transparency as to the use of such tools as an auxiliary instrument by parties, arbitrators and their assistants throughout the proceedings. This article argues that the duty to disclose the use of AI is not a general and absolute duty, but a functional one, whose incidence and intensity vary according to the tool's potential impact on the integrity of the proceedings: confidentiality, the adjudicator's independence and impartiality, the right to be heard, the authenticity of evidence and the formation of the arbitral conviction. Drawing on a critical examination of soft-law instruments and landmark precedents, the article proposes a systematisation of the duty to disclose grounded in party autonomy and calibrated by risk, apt to preserve both the efficiency gains promised by the technology and the legitimacy of the award.

Keywords

Arbitration/ Artificial intelligence/ Duty to disclose/ Confidentiality/ Arbitral due process/ Party autonomy.

I. EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO DESAFÍO A LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE

La incorporación de herramientas de inteligencia artificial a la práctica arbitral ha dejado de ser promesa para volverse rutina: partes, árbitros, secretarios de tribunal y demás participantes ya la emplean, en grados variados, en la conducción ordinaria de los procedimientos[3]. La rapidez de esa difusión llama la atención, tanto más cuanto se observa que se realizó al margen de cualquier disciplina normativa específica. La tecnología avanzó más deprisa que su regulación, y el resultado es un desfase peculiar: un fenómeno que, en pocos años, pasó de novedad a elemento corriente del cotidiano arbitral, permanece sin parámetros propios que ordenen su empleo. La omisión se vuelve sensible justamente porque la herramienta pasó a tocar aspectos que conciernen a la integridad del procedimiento.

[3]Se adopta la definición de sistema de IA formulada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), reproducida en el glosario del CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), p. 2: "an AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments". La misma definición fue incorporada por el CAM-CCBC, Orientação Administrativa n.º 07/2025, art. 1.º

Ese desplazamiento merece ser comprendido con cuidado, pues lo que cambió no fue la naturaleza de la función arbitral, sino el modo de ejercerla. El árbitro humano sigue siendo, sin rival, el titular de la jurisdicción privada; sucede que ese mismo árbitro incorpora, con frecuencia creciente, herramientas de IA al proceso de construcción de la decisión, no pocas veces sin haberlo pactado ni revelado a las partes. El eje de la preocupación, por lo tanto, se desplaza de la eventual autonomía decisoria de la máquina, hipótesis de otro orden a la que más adelante se volverá, hacia la opacidad de su empleo como instrumento auxiliar del juzgador, terreno en que los riesgos son menos visibles, aunque más inmediatos.

Planteado en esos términos, el problema jurídico no reside en la utilización de la tecnología, sino en la ausencia de parámetros que disciplinen su adopción. Empleadas como instrumentos auxiliares de la actividad arbitral, esas herramientas pueden repercutir sobre la confidencialidad, la independencia y la imparcialidad del árbitro, el contradictorio, la autenticidad de la prueba y, sobre todo, la transparencia del proceso decisorio. La discusión, así, se concentra menos en la legitimidad de la tecnología en sí que en la necesidad de criterios que hagan su uso compatible con las garantías fundamentales del arbitraje.

La práctica internacional ya ofrece ilustración concreta de ese cambio de perspectiva. En LaPaglia v. Valve Corp., la parte vencida postuló la anulación del laudo con el argumento de que el árbitro habría recurrido a una herramienta de IA generativa para redactar la decisión[4]. La impugnación no se dirigía contra un error de contenido, sino contra la alegada delegación de la función deliberativa a una operación algorítmica, capaz de comprometer la integridad del propio acto decisorio. Cualquiera que sea el desenlace, el episodio revela que los desafíos traídos por la inteligencia artificial abandonaron el plano especulativo e ingresaron en el contencioso arbitral.

Conviene demarcar, desde luego, lo que no está en cuestión. La sustitución integral del árbitro por un sistema de IA es, en el derecho brasileño, jurídicamente inviable: la Ley n.º 9.307/1996 exige que el árbitro sea persona capaz y de confianza de las partes, lo equipara a funcionario público para los efectos penales y le atribuye la condición de juez de hecho y de derecho, predicados que suponen, todos, un ser humano. Idéntica conclusión se impone en el derecho peruano, cuya Ley de Arbitraje reserva la función a persona natural. Esa constatación, lejos de cerrar el tema, apenas lo reposiciona. La admisibilidad de la IA como sucedánea del juzgador es cuestión de gran densidad, que toca los fundamentos de la jurisdicción y merece examen en sede propia; la indagación de que aquí se trata es otra, y más próxima a la práctica: la de saber en qué términos la tecnología puede operar como instrumento de apoyo sin comprometer las garantías del procedimiento. Y es sintomático que, aún en estadio de adopción desigual, la curva de utilización de la IA por la comunidad arbitral se haya invertido en menos de una década, de una mayoría que jamás la empleaba a una expectativa de crecimiento exponencial, circunstancia que torna la ausencia de disciplina tanto más apremiante[5].

[4]MORROW NI LLP. *Petition Arbitration Award, LaPaglia v. Valve Corporation*, Proceso nº 3:25-cv-00833-RBM-DDL. Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de California, 8 de abril de 2025.
[5]*2025 International Arbitration Survey: 'The Path Forward: Realities and Opportunities in Arbitration'* (disponible en: https://www.qmul.ac.uk/arbitration/media/arbitration/docs/White-Case-QMUL-2025-International-Arbitration-Survey-report.pdf; acceso el 30.06.2026).

II. EL ARBITRAJE COMO AMBIENTE PRIVILEGIADO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SUS LÍMITES

Antes de examinar los riesgos, se impone fijar la premisa que orienta las consideraciones siguientes: el arbitraje es, en el actual estadio de la resolución de conflictos, uno de los mecanismos mejor preparados para absorber las ganancias de la IA. La explicación no es coyuntural, sino estructural. El arbitraje nació y se consolidó como promesa de una vía confiable para obtener, de un juzgador especializado, una decisión técnica y célere; la eficiencia no le es atributo accidental, sino valor constitutivo, perseguido de forma recurrente por las instituciones que lo administran. Fundado en la autonomía de la voluntad, en la especialización del juzgador y en la flexibilidad procedimental, ofrece un ambiente particularmente propicio a la incorporación de herramientas que amplifiquen la celeridad y la calidad de la prestación, sin la rigidez del proceso estatal. Allí donde la IA puede efectivamente perfeccionar la entrega de justicia, el arbitraje reúne condiciones institucionales para hacerlo con mayor agilidad y menor costo de transición.

Esa virtud se manifiesta con intensidad particular en el contencioso empresarial, terreno por excelencia del arbitraje. Las disputas societarias, contractuales y de infraestructura se caracterizan, con frecuencia, por elevado volumen documental, complejidad técnica y necesidad de análisis de extensas series de cláusulas, correspondencias y estados financieros. Es ahí donde la tecnología rinde sus mejores frutos. En la práctica, su empleo se concentra en tareas administrativas y cognitivas de baja intensidad decisoria: la revisión y la sistematización de grandes acervos, la identificación de patrones y contradicciones en conjuntos probatorios voluminosos, la construcción de cronologías, la gestión documental y el control de plazos, la traducción y la transcripción de piezas en idioma extranjero y el propio apoyo al secretario del tribunal en las rutinas de organización del caso. Son usos que alivian el trabajo mecánico y liberan al juzgador para el análisis propiamente jurídico, sin tocar el núcleo de la decisión. Los propios beneficios reconocidos por los instrumentos de soft law, a saber, investigación, análisis de datos, generación y resúmenes de textos, recolección de prueba y traducción, confirman ese diagnóstico[6].

Ese mismo movimiento de racionalización ayuda a explicar por qué la disciplina del uso de la IA debe pensarse desde el inicio del procedimiento. Las instituciones arbitrales han desplazado hacia la fase inaugural el centro de gravedad de la eficiencia, como revelan las tendencias recientes de revisión de reglamentos, con la dispensa, en ciertas hipótesis, del acta de misión y la creación de ritos expeditos, concebidos para reducir tiempo y costo. Es sugestivo que procedimientos de duración abreviada, como ocurre con la creación del nuevo Arbitraje Súper Expedito por la ICC, sean, en teoría, los que más se beneficiarían del auxilio de la IA en cuestiones administrativas, precisamente porque en ellos el tiempo es escaso; y es igualmente en ese escenario donde la ausencia de definición previa sobre su uso más fácilmente se convierte en terreno fértil para futuras impugnaciones[7]. Definir, ya en la cláusula compromisoria, en el acta de misión o en la primera orden procesal, qué herramientas se admiten, con qué fines y con qué deberes de revelación, es medida que sirve simultáneamente a la eficiencia y a la seguridad: anticipa el consenso, ordena el

[6]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), Parte I, ítems 1.1 a 1.10 (beneficios) e ítem 3.4 ("*the use of an AI Tool by any participant in the arbitration shall not diminish their responsibility and accountability*").
[7]Sobre la tendencia de las instituciones a la racionalización procedimental y el protagonismo creciente de la fase inicial del procedimiento, con la dispensa, en ciertas hipótesis, del acta de misión y la previsión de ritos expeditos, véanse las recientes revisiones de reglamentos institucionales. En ese sentido, las nuevas reglas de arbitraje de la ICC, que entraron en vigor en junio de 2026.

empleo de la tecnología y reduce el riesgo de alegaciones de nulidad fundadas en uso no pactado[8].

Reconocer el potencial, sin embargo, no equivale a admitir el empleo indiscriminado de la tecnología. La misma flexibilidad que hace del arbitraje terreno fértil para la innovación exige que la incorporación se dé de modo ordenado, con criterios en cuanto a las tareas admitidas, a los sujetos autorizados y a los correlativos deberes de revelación. No por acaso, el principal instrumento de soft law en materia probatoria, concebido para una era anterior a la IA, ve hoy puesta a prueba por la tecnología la discrecionalidad que confiere al tribunal. El perfeccionamiento del mecanismo presupone disciplina, y es a ella que se dedican las secciones siguientes.

III. LA FRONTERA ENTRE EL AUXILIO Y LA DECISIÓN

La cuestión asume otra dimensión cuando la utilización de la IA traspasa la frontera entre el auxilio y la decisión, cuya delimitación se revela bastante más tenue de lo que la aparente claridad conceptual sugiere. La imparcialidad, la independencia y la capacidad decisoria del árbitro, así como el contradictorio y el libre convencimiento, no son formalidades accesorias, sino condiciones de validez del procedimiento. A medida que una herramienta de IA pasa a influir de modo material sobre el contenido del laudo, tales garantías dejan de estar plenamente aseguradas, y se abre la posibilidad de nulidad del laudo arbitral, con perjuicio a la seguridad jurídica y a la celeridad que constituyen las principales ventajas de la vía arbitral.

3.1. La indelegabilidad de la función decisoria y la coautoría invisible

El punto de partida es normativo y encuentra eco en el soft law más autorizado: el árbitro no debe abdicar del poder decisorio en favor de la IA, correspondiéndole abstenerse de delegar, de forma desmedida, a los sistemas el análisis jurídico, la interpretación de los hechos y del derecho o la aplicación del derecho a los hechos siempre que tal uso pueda influir en decisiones procesales o sustantivas, respondiendo por todos los aspectos del laudo, con independencia de cualquier auxilio tecnológico[9]. La iniciativa de emplear IA puede, es cierto, partir del propio tribunal, siempre que precedida de contradictorio sobre su uso, la forma de utilización y los riesgos inherentes, exigencia que se afina, por lo demás, con el art. V(1)(b) de la Convención de Nueva York y con la libertad instructoria reconocida por los reglamentos arbitrales, condicionada a la previa audiencia de las partes[10].

El riesgo, aquí, no es el de la rebelión de la máquina, sino el de la abdicación del humano. La adopción de sistemas que actúen, aunque sea parcialmente, en la estructuración de la decisión, sin transparencia ni control, puede conducir a una coautoría invisible del laudo, en la cual el árbitro deja de ser el agente decisorio para volverse validador de resultados prefigurados por modelos algorítmicos, con lo que se

[8]Es ese el sentido de la invitación de la práctica institucional brasileña para que la discusión sobre el uso de IA y su revelación tenga lugar desde el inicio del procedimiento: CAM-CCBC, Orientação Administrativa n.º 07/2025, art. 4.º y párrafo único (cláusulas específicas en el Acta de Misión).

[9]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), ítem 8.2: "Arbitrators should not relinquish their decision-making powers to AI […] the Tribunal should avoid delegating any tasks to AI Tools, such as legal analysis, research and interpretation of facts and law, or application of the law to the facts, if such use could influence procedural or substantive decisions"; e ítem 8.4: "*An arbitrator shall assume responsibility for all aspects of an award, regardless of any use of AI*".

[10]CARMONA, Carlos Alberto; VIEIRA, Vitor Silveira. *Inteligência Artificial e processo arbitral*. En: VAUGHN, Gustavo; DUARTE, Rodrigo; ARRUDA, Raphael; COSTA, Fabio; MORELLO, Ana Vitoria (coord.). *Direito, Mercado Jurídico e Sociedade: estudos em comemoração aos 3 anos do grupo de jovens advogados Leading Young Lawyers*. São Paulo: LUALRI Editora, 2020.

ponen en jaque los propios fundamentos de la jurisdicción arbitral. La opacidad de la lógica subyacente, el conocido problema de la caja negra, agrava el cuadro, porque compromete la posibilidad misma de escrutinio.

A ello se suma una constatación de orden técnico que conviene no perder de vista: un modelo de lenguaje no comprende el contenido que produce, sino que predice, de forma estadística, la secuencia más probable a partir de los patrones extraídos de su entrenamiento, en lo que se ha descrito, con feliz expresión, como un «autocompletar» de enorme escala.[11] La advertencia es relevante para el arbitraje porque desplaza el problema de su falsa formulación: no se trata de temer que la máquina juzgue, sino de advertir que ella no juzga en absoluto, y que confiarle la estructuración del razonamiento decisorio equivale a fundar el laudo en una probabilidad lingüística, y no en la valoración jurídica que es, por definición, indelegable.

3.2. El secretario del tribunal arbitral: una analogía

La razón de ser del deber de revelación gana nitidez cuando se recurre, por contraste, a la figura del secretario del tribunal arbitral. Sujeto originalmente ajeno al procedimiento, el secretario solo se integra a él tras ser presentado a las partes, aceptado por ellas y sometido a deberes formales de independencia y de revelación, bajo la prohibición cardinal de usurpar la función decisoria, reservada con exclusividad a los árbitros[12]. Si así es con un auxiliar humano, dotado de personalidad y responsabilidad propias, con mayor razón ha de el árbitro revelar el empleo de un sistema de IA que implique compartir informaciones del procedimiento con infraestructuras de terceros.

La analogía, no obstante, tiene límites funcionales, y es en ellos donde reside su valor. El secretario es persona natural, capaz de firmar compromisos, asumir obligaciones y responder por sus conductas; un sistema de IA no posee personalidad jurídica, no suscribe término de independencia, no puede ser recusado según las mismas pautas y no responde por sus outputs. La responsabilidad por el uso y por los efectos de la herramienta recae, por entero, sobre el árbitro que la emplea. La comparación no sirve, pues, para equiparar regímenes, sino para iluminar el fundamento del deber de revelar: en ambos casos, lo que se busca preservar es la transparencia procedimental y la posibilidad de que las partes ejerzan control informado sobre los sujetos e instrumentos que participan, directa o indirectamente, de la formación de la convicción del tribunal.

3.3. El límite técnico: alucinación y deber de verificación

A la dimensión jurídica se suma una limitación de orden técnico que, aunque menos sofisticada, no es menos relevante. En el estadio actual, los modelos de lenguaje tienden a la fabricación de contenido, la alucinación, produciendo referencias a disposiciones inexistentes, citas apócrifas y precedentes jamás dictados[13]. Toda información obtenida por esos sistemas, sea para instruir la manifestación de las partes, sea para subsidiar la decisión del árbitro, reclama confirmación por los métodos

---

[11] BECKER, Daniel; HAIKAL, Beatriz. O legítimo interesse como base legal no treinamento de LLMs. *Revista de IA & Direito*, v. 1, ano 1, p. 181-210. São Paulo: Ed. RT, jul./dez. 2025.

[12]DERAINS, Yves. *Le professionnalisme des arbitres internationaux. Revue de l'Arbitrage*, Comité Français de l'Arbitrage, 2019.

[13]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), p. 2: "*Hallucination (AI context) refers to an invented and fictitious piece of information generated by an AI Tool and presented by that AI Tool as factually correct*"; e ítem 2.6, sobre el problema de la "caja negra" y de las alucinaciones relativas a fuentes académicas y disposiciones legales.

tradicionales de verificación de fuentes. La IA no suprime el deber de verificar; antes bien, hace más fácil descuidarlo, lo que recomienda cautela redoblada.

Ese riesgo refuerza la conveniencia de disciplinar previamente el empleo de la tecnología. Si la alucinación puede contaminar tanto la manifestación de la parte como la deliberación del árbitro, importa fijar, desde temprano, qué herramientas se autorizan, qué bases de datos las alimentan, con qué finalidad y en qué extensión serán utilizadas. No se trata de exigencia teórica: la parte a quien el resultado venga a desfavorecer naturalmente deseará conocer qué herramienta se empleó, qué datos informaron el sistema y en qué medida influyó en la actividad decisoria. Negarle ese conocimiento equivale a sustraerle los elementos que necesita para ejercer el contradictorio, de suerte que la definición previa de esos parámetros no atiende solo a la eficiencia, sino a la propia transparencia procedimental, sin la cual la confianza de las partes en el resultado se vacía.

Hay, además, un corolario poco explorado en materia de transparencia de la fundamentación. La motivación es el momento de mayor transparencia del tribunal para con las partes, pues en ella el juzgador demuestra haber realizado el escrutinio de los argumentos, inclusive los de la parte vencida, a quien debe mostrar que su caso fue tomado en serio[14]. La revelación genérica de que "se utilizó inteligencia artificial", fórmula que ya se observa en decisiones estatales[15], es insuficiente, porque no permite discernir cuál fue la herramienta empleada, con qué finalidad y en qué grado influyó en la decisión. Tal obscuridad, en el plano arbitral, autoriza pedido de aclaración y, de persistir, se proyecta sobre la propia validez del laudo.

IV. LA CONFIDENCIALIDAD COMO PROBLEMA ESPECÍFICO DEL ARBITRAJE EMPRESARIAL: EL CASO UNITED STATES V. HEPPNER

Hay una dimensión propia del arbitraje que merece tratamiento destacado, ligada al carácter sigiloso de la mayor parte de los procedimientos, atributo que, en el contencioso empresarial, con frecuencia integra la propia razón de elección de la vía. Los intereses legítimos en la confidencialidad, a saber, preservar la imagen, impedir que datos sensibles lleguen a competidores, facilitar acuerdos y apartar a terceros[16], quedan directamente expuestos por la inserción de piezas, pruebas y estrategias en herramientas de IA, sobre todo las ejecutadas en infraestructura de terceros, con posibilidad de reaprovechamiento de los datos de entrada para entrenamiento[17].

El punto es más radical de lo que la primera intuición sugiere. Aun cuando no exista riesgo concreto de filtración, someter datos del procedimiento a un sistema operado por un tercero puede, por sí solo, configurar quiebra del deber de sigilo, pues equivale a divulgar informaciones a sujeto ajeno a la relación arbitral, y aún, según la naturaleza de los datos, caracterizar transferencia internacional de datos personales para los fines de la legislación de protección de datos[18]. De ahí la advertencia institucional de que corresponde a los participantes velar porque el uso de la tecnología se conforme a los deberes de discreción y confidencialidad[19].

---

[14]KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. *The Use of Information Technology in Arbitration*. *Jusletter*, n. 5, 2005.
[15]BRASIL, *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Procedimento do Juizado Especial Cível*, Sentença n.º 0714113-24.2025.8.07.0016, juzgado el 19 de mayo de 2025.
[16]CAM-CCBC, art. 31; CAM-CIESP/FIESP, art. 8.5; CAMARB, art. 10.10; e ICC, art. 39.
[17]HADDAD, Ana Olivia Antunes. Transparência no Processo Arbitral. São Paulo: Almedina, 2021.
[18]Ley General de Protección de Datos del Brasil (LGPD — Lei n.º 13.709/2018).
[19]CAM-CCBC, Orientação Administrativa n.º 07/2025, art. 3.º, que estableció ser responsabilidad de los participantes velar por que el uso de herramientas de IA esté en conformidad con los deberes de discreción

Conviene, en este punto, evitar un equívoco de énfasis. El riesgo de que un dato específico, ingresado por un único usuario, sea efectivamente asimilado en el entrenamiento de modelos de fundación con miles de millones de parámetros es, en el agregado, marginal, y suele ser sobredimensionado en detrimento de cuestiones más relevantes. La pregunta decisiva no es tanto si el proveedor empleará los datos para entrenamiento, sino dónde se almacenan, quién puede acceder a ellos, qué mecanismos de seguridad los protegen y qué responsabilidad asumen los terceros involucrados si algo falla. Tampoco resuelve el problema la intuición de procesar todo localmente: ejecutar la herramienta en infraestructura propia no hace desaparecer el riesgo, apenas traslada al usuario la respuesta a aquellas mismas preguntas, y una implementación local mal concebida, sin controles ni monitoreo adecuados, puede resultar menos segura que la infraestructura madura de un gran proveedor. En arquitecturas de recuperación aumentada y similares, por lo demás, los documentos originales y sus representaciones vectoriales deben, por razones técnicas, almacenarse fuera del modelo, lo que desplaza hacia ese perímetro el riesgo jurídicamente más relevante. La conclusión es que la gobernanza de la IA no prescinde, sino que presupone, la buena y vieja gobernanza de datos[20].

Es en ese punto que United States v. Heppner adquiere relevancia paradigmática. En decisión de febrero de 2026, la Corte de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, por la pluma del Juez Jed S. Rakoff, rehusó reconocer el attorney-client privilege y la work product doctrine sobre documentos que el acusado había elaborado mediante una herramienta de IA generativa de acceso público, con el fundamento de que ingresar informaciones en una plataforma cuyos términos de uso autorizan el empleo de los datos para entrenamiento y su compartición con terceros basta para destruir cualquier expectativa razonable de confidencialidad[21].

La lectura del precedente exige, sin embargo, doble cautela. Por un lado, se trata de decisión dictada en materia penal y bajo el derecho norteamericano, cuya construcción del privilege no se traslada automáticamente a la confidencialidad arbitral, de matriz convencional y reglamentaria. Por otro lado, el caso versa sobre una parte que actuó por cuenta propia, sin dirección de abogado, circunstancia que, en el razonamiento de la corte, fue determinante para descartar la protección. Sería excesivo, pues, extraer de Heppner la regla de que todo uso de IA destruye la confidencialidad.

Descontados esos límites, la ratio del fallo es trasladable, en clave de principio, al arbitraje: ingresar informaciones confidenciales en IA de acceso público equivale, en el plano jurídico, a compartirlas con un tercero ajeno al procedimiento, con la consecuencia práctica de que documentos así producidos pueden, en teoría, volverse objeto de pedido de exhibición por la parte adversaria, comprometiendo la estrategia procesal y la integridad del acervo probatorio. Heppner demuestra, en

---

y confidencialidad, especialmente en cuanto a la transferencia de datos confidenciales, privilegiados, personales o protegidos.

[20]La advertencia es relevante porque el riesgo de que un documento específico ingresado por un único usuario influya, de modo perceptible, en el entrenamiento de modelos de fundación con miles de millones de parámetros es, en el agregado, marginal; el riesgo jurídicamente más relevante reside en el almacenamiento, el acceso, la seguridad y la responsabilidad de los terceros involucrados, y se desplaza, en arquitecturas de recuperación aumentada (RAG) y similares, hacia fuera del propio modelo. El episodio en que usuarios de una plataforma de IA pudieron visualizar historiales de terceros no derivó del modelo, sino de una vulnerabilidad en un componente de almacenamiento (Redis). El punto confirma que la gobernanza de la IA no prescinde de la buena y vieja gobernanza de datos.

[21]UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *United States v. Heppner*, No. 25-cr-00503-JSR, Memorandum Opinion, 17 feb. 2026 (disponible en: https://www.courtlistener.com/docket/69432098/united-states-v-heppner/; acceso el 30.06.2026)

suma, que la revelación y la cautela en la elección de la herramienta no son preciosismos éticos, sino condición de preservación de un activo, la confidencialidad, que, para la parte empresarial, es muchas veces la propia razón de haber elegido arbitrar.

V. EL DEBER DE REVELACIÓN COMO DEBER FUNCIONAL: ÁRBITROS, PARTES Y ASISTENTES

Planteados los riesgos, cumple enfrentar la tesis central de este estudio, que se aparta deliberadamente de las soluciones maximalistas. El deber de revelación del uso de IA no constituye un deber general y absoluto, incidente sobre toda y cualquier utilización tecnológica; constituye un deber funcional, cuya incidencia e intensidad varían según el potencial impacto de la herramienta sobre la integridad del procedimiento, vale decir, sobre la confidencialidad, la independencia y la imparcialidad del juzgador, el contradictorio, la autenticidad de la prueba y la formación de la convicción arbitral. La revelación es, en esa medida, la piedra de toque para evaluar el grado de comodidad y de consentimiento de las partes en cuanto al empleo de la tecnología[22].

La formulación funcional encuentra apoyo directo en el soft law. El CIArb condiciona la exigencia de revelación a la circunstancia de que el uso de la IA pueda impactar la prueba, el resultado del arbitraje o implicar delegación de deber, atribuyéndole naturaleza continua[23], y recomienda que los árbitros consulten a las partes y a los coárbitros, absteniéndose de utilizar la herramienta en caso de oposición[24]. Las Guidelines del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, a su vez, rehúsan expresamente la revelación como regla general, remitiéndola a un análisis caso por caso[25]. La mejor doctrina institucional ya abandonó, por lo tanto, la alternativa binaria entre revelar siempre o nunca, en favor de un juicio de proporcionalidad.

5.1. La graduación por riesgo y el test de la revelación suficiente

El criterio operativo del deber funcional es la graduación por riesgo. En el extremo inferior, herramientas de baja complejidad y carácter meramente instrumental, como el reconocimiento óptico de caracteres y los correctores integrados a los procesadores de texto, no comprometen la confidencialidad, la imparcialidad o la convicción del tribunal, y dispensan, por regla, comunicación específica. En el extremo superior, modelos generativos aptos para proponer argumentos, interpretar normas o sugerir conclusiones afectan la percepción de integridad, independencia y originalidad de la decisión, y por eso reclaman revelación. Esa calibración por la intensidad del riesgo es la misma que inspira la reciente disciplina del uso de IA por el Poder Judicial brasileño, que veda usos de riesgo excesivo, somete los de alto riesgo a deberes reforzados de auditoría y supervisión humana y trata con benignidad los de bajo riesgo[26], en arquitectura visiblemente inspirada en el derecho de la Unión

[22]PAULSSON, Marike; SURESH, Supritha. AI: The Modern Tribunal Assistant — Impact on Enforceability of Arbitral Awards under the New York Convention. *Jus Mundi Arbitration Review*, v. 1, n. 1, 2024.
[23]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), ítem 7 (Disclosure), en especial 7.1 (la divulgación puede exigirse cuando el uso afecte la prueba, el resultado del arbitraje o implique delegación de deber) y 7.4 (el deber de revelación tiene, por regla, naturaleza continua).
[24]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), ítems 9.1 y 9.2: se alienta a los árbitros a consultar a las partes sobre el uso de cualquier herramienta de IA, debiendo abstenerse de utilizarla en caso de oposición, y a consultar a los coárbitros.
[25]SILICON VALLEY ARBITRATION & MEDIATION CENTER (SVAMC). *Guidelines on the Use of AI in Arbitration* (1.ª ed., 2024).
[26]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 615, de 11 de marzo de 2025, que establece directrices para el desarrollo, la utilización y la gobernanza de soluciones de IA en el Poder Judicial. Diário da Justiça do CNJ, Brasília, DF, n. 54, p. 216, 14 mar. 2025.

Europea[27]. Aunque dirigida a la jurisdicción estatal, la solución ofrece repertorio técnico trasladable, con las debidas adaptaciones, al dominio arbitral.

De la graduación se deriva lo que se reputa la faceta más descuidada del problema: la revelación no basta con ser hecha, debe ser suficiente. La indicación genérica de que hubo uso de IA es, en la práctica, incompleta, porque no permite a las partes comprender la naturaleza de la tecnología, sus funcionalidades y la extensión de su contribución. Una revelación idónea ha de identificar la herramienta empleada, la finalidad y el grado de influencia ejercido sobre el análisis del caso. En su ausencia, se abre a las partes el pedido de aclaración, fundado, en el derecho brasileño, en el art. 30, inciso II, de la Ley n.º 9.307/1996, y, de persistir la obscuridad en cuanto a un aspecto capaz de comprometer la integridad del juzgamiento, se proyecta la discusión sobre la propia validez del laudo.

5.2. El deber de revelación de los árbitros y sus asistentes

Aplicado a los árbitros, el deber funcional impone revelar el uso de IA siempre que la herramienta implique compartir informaciones del procedimiento con terceros o posea aptitud para influir en la valoración probatoria, en la fundamentación o en cualquier aspecto sensible a la legitimidad del juzgamiento. La falta de familiaridad técnica no exime al árbitro de evaluar, con prudencia, los efectos de la tecnología sobre la confidencialidad, la imparcialidad y la integridad de la decisión, de lo que deriva un verdadero deber de competencia tecnológica, trasladado del oficio de la abogacía al del juzgador, que no reclama pericia en ciencias de la computación, sino diligencia informada en cuanto a términos de uso, políticas de tratamiento de datos y riesgos de sesgo. El deber se extiende, por identidad de razón, a los asistentes del tribunal, secretarios y peritos, cuya eventual utilización de IA en la selección documental o en la elaboración de resúmenes debe observar los mismos límites y la misma transparencia exigidos al árbitro, sin jamás convertirse en sucedáneo de la valoración, que permanece indelegable.

5.3. El deber de revelación de las partes: asimetría, repeat players y overreliance

Del lado de las partes, el deber funcional adquiere contornos propios, ligados a la igualdad de armas. El uso de IA puede ampliar asimetrías preexistentes cuando solo una de las partes dispone de acceso a tecnologías avanzadas de análisis predictivo, producción de pruebas o automatización argumentativa[28]. El fenómeno se agrava en la figura del repeat player: el litigante habitual, dotado de extensa base de datos y de recursos, puede, mediante técnicas de fine-tuning, personalizar modelos generativos para simular el razonamiento y los sesgos de determinado árbitro, a partir de sus textos y decisiones pretéritas, obteniendo un análisis predictivo del que el adversario ocasional, el one-shotter, no dispone[29]. La experiencia, ya ensayada en la literatura en ambiente simulado[30], muestra que, cuanto más ajustada la personalización a un

[27]UNIÓN EUROPEA. *Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 (Artificial Intelligence Act)*. Diario Oficial de la Unión Europea, L 1689, 12 jun. 2024.
[28]FICO, Bernardo; NEMR, Fernanda; YAMASHITA, Mariana. A *Disclosure* do Uso de Inteligência Artificial pelas Partes em Procedimentos Arbitrais (2025), que distinguen los sistemas basados en reglas de los de aprendizaje automático y proponen la graduación del deber de revelación conforme al potencial de daño de cada herramienta, así como la adopción de cláusulas específicas de *disclosure*.
[29]ZAKIA, José Victor Palazzi. A Igualdade na Arbitragem: o processo arbitral e o fenômeno *repeat player*. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.
[30]Sobre la personalización de modelos generativos mediante *fine-tuning* y la experiencia de simulación en contexto arbitral, v. CARDOSO, André Guskow; CHAN, Elizabeth; QUINTÃO, Luísa; PEREIRA, Cesar. Generative Artificial Intelligence and Legal Decision-making. *Global Trade and Customs Journal*, v. 19, n. 11&12, 2024.

interés específico, mayor el potencial de ventaja asimétrica y, en el límite, de tensionamiento de la igualdad entre las partes.

A ese riesgo se suma el del overreliance, la confianza excesiva que lleva a la parte a transferir al sistema decisiones estratégicas o interpretativas sin la debida ponderación crítica, con degradación de la calidad de la investigación, de la argumentación y de la redacción jurídicas[31]. La presencia de un sistema de IA en una etapa procedimental no es sinónimo de infalibilidad; por el contrario, la delegación acrítica de tareas cognitivas en contexto adjudicatorio sensible reclama salvaguardas. Se recomienda, por ello, que la parte revele al tribunal el uso de IA en la producción de pruebas, indicando, cuando sea pertinente, las instrucciones utilizadas, los datos de entrada y la finalidad de la aplicación, práctica que se alinea con el deber de transparencia y con el contradictorio y mitiga el riesgo de manipulación probatoria[32]. La alerta es tanto más aguda cuando se considera que la alucinación puede insertar, en un testimonio revisado por IA, contenido no prestado por el testigo, contaminando el convencimiento del árbitro y, en hipótesis extremas, comprometiendo la integridad del laudo.

VI. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REVELACIÓN

La tesis funcional solo se sostiene si enfrenta las objeciones que se le oponen. Militan a favor de un deber amplio de revelación la transparencia procedimental, la tutela del contradictorio, la preservación de la confidencialidad y la propia legitimidad del laudo, pues la revelación detallada, de la elección de la herramienta a la extensión de su uso, de los materiales compartidos a su grado de influencia, torna el laudo más seguro frente a impugnaciones, inclusive bajo la óptica del reconocimiento y de la ejecución. A ello se añade el argumento de la igualdad de armas, que reclama visibilidad sobre el uso asimétrico de la tecnología entre las partes.

En sentido contrario, se oponen objeciones de peso. La primera es la del exceso de escrutinio: un estándar purista, que exigiera revelar toda y cualquier interacción con IA, sería a un tiempo inejecutable, dada la omnipresencia de funcionalidades de IA en las herramientas corrientes de trabajo, y contraproducente, por inundar el procedimiento de comunicaciones irrelevantes y abrir flanco a tácticas de guerrilla fundadas en alegaciones vacías. La segunda es la de la propia SVAMC, que por eso mismo rehúsa la revelación como regla general[33]. La tercera es el riesgo de que la obligación genérica de revelar se convierta en arma procesal, manejada para crear nulidades donde no hay perjuicio.

La formulación funcional resuelve la antinomia sin capitular ante ninguno de los extremos. Al condicionar la incidencia del deber al potencial impacto de la herramienta sobre la integridad del procedimiento, aparta el maximalismo, que exigiría revelar el uso de un corrector ortográfico, y el minimalismo, que dispensaría revelar el empleo de un modelo generativo en la redacción de la fundamentación. El criterio no es la naturaleza tecnológica de la herramienta en abstracto, sino su aptitud concreta para afectar la confidencialidad, la igualdad, la prueba o la convicción. Es, en suma, un juicio de proporcionalidad, y no una regla de todo o nada.

[31]TU; CYPHERT; PERL, Samuel J. Artificial Intelligence: Legal Reasoning, Legal Research and Legal Writing. *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, v. 25, 2023.
[32]AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas e arbitragem. Tesis de doctorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2021.

VII. UNA PROPUESTA DE SISTEMATIZACIÓN DEL DEBER DE REVELACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

De lo expuesto se extrae una propuesta de sistematización, articulada en cuatro proposiciones y un vector instrumental. La primera es que el deber de revelación del uso de IA es funcional, y no general: su incidencia presupone que la herramienta posea aptitud concreta para afectar la integridad del procedimiento, eximiéndose de él los usos meramente instrumentales y de bajo riesgo. La segunda es que la intensidad de la revelación se gradúa por el riesgo: cuanto mayor el potencial de impacto sobre la confidencialidad, la imparcialidad, la prueba o la convicción, más detallada ha de ser la revelación, que, en el nivel superior, exige identificar la herramienta, la finalidad y el grado de influencia, so pena de insuficiencia.

La tercera proposición es que el deber es subjetivamente universal y funcionalmente diferenciado: alcanza a árbitros, partes y asistentes, pero se modula según la posición de cada uno. En el árbitro, se articula con la indelegabilidad de la función y la competencia tecnológica; en las partes, con la igualdad de armas y el contradictorio; en los asistentes, con la prohibición de usurpar la valoración. La cuarta es que el incumplimiento del deber funcional se proyecta sobre la validez del laudo: cuando la omisión recaiga sobre un uso apto para comprometer la integridad del procedimiento, la consecuencia no es meramente ética, abriéndose el pedido de aclaración y, en el límite, la vía de la anulación por violación del debido proceso arbitral. Es solución que el derecho comparado latinoamericano ampara, al reconocer en la anulación la tutela del núcleo del debido proceso, esto es, defensa, imparcialidad, prueba, debida motivación e igualdad de trato, sin revisión del fondo[34], y que el derecho brasileño acomoda en las hipótesis del art. 32 de la Ley n.º 9.307/1996[35].

El vector instrumental de esa sistematización es la autonomía de la voluntad. La circunstancia de que la Ley n.º 9.307/1996 no mencione la IA no constituye óbice: si a las partes les es dado a elegir el procedimiento y los árbitros, igualmente les compete disciplinar, autorizando, condicionando o vedando, el empleo de herramientas de IA, con holgura superior a la del proceso estatal, que depende de regulación heterónoma. El silencio del convenio no puede leerse como autorización tácita para la delegación silenciosa. La providencia adecuada, anterior incluso a cualquier disciplina legislativa uniforme, es tornar la cuestión explícita en el plano negocial, en la cláusula compromisoria, en el reglamento institucional y en el acta de misión, previendo las hipótesis de admisibilidad, los sujetos autorizados, las tareas comprendidas, el correlativo deber de revelación y las salvaguardas de confidencialidad. Es la invitación que la práctica institucional brasileña ya formula, al alentar a los participantes a discutir el uso de IA y la necesidad de revelación, admitiendo cláusulas específicas en el acta de misión[36], y que el soft law internacional aterriza en instrumentos concretos: el

[34]PALMA NAVEA, José Enrique; CUBA MENESES, Erick G. La impugnación de las decisiones arbitrales. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.º 75, 2021, p. 78 y ss., que sistematizan el núcleo del debido proceso arbitral —derecho de defensa, árbitro imparcial, prueba, debida motivación e igualdad de trato— y exponen la anulación como tutela del debido proceso, sin revisión del fondo, a la luz del Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje peruana), art. 63, y del precedente STC n.º 00142-2011-PA/TC (Caso Minera María Julia).

[35]Ley n.º 9.307/1996 (Brasil), art. 32, en especial los incisos II (laudo emanado de quien no podía ser árbitro) y VIII (inobservancia de los principios del art. 21, § 2.º), en concordancia con el art. 21, § 2.º (contradictorio, igualdad de las partes, imparcialidad del árbitro y su libre convencimiento). La correspondencia funcional con la causal de anulación por violación del debido proceso en el derecho peruano (Decreto Legislativo n.º 1071, art. 63) es el punto de contacto comparado que sostiene la consecuencia práctica de la tesis.

[36]CAM-CCBC, Orientação Administrativa n.º 07/2025, art. 4.º: "El CAM-CCBC alienta a los participantes de los procesos a discutir el uso de eventuales herramientas de inteligencia artificial, inclusive en cuanto a la necesidad de revelación de tal uso, así como los potenciales impactos procesales y financieros derivados de

acuerdo-modelo y la orden procesal-modelo del CIArb, esta última articuladora de un régimen de High Risk AI Use con aviso previo, plazos, facultad de audiencia y decisión fundamentada[37], y el elenco de deberes de la parte usuaria: revelar la herramienta y la versión, mitigar sesgos, verificar fuentes, no engañar al tribunal y preservar la confidencialidad[38]. A ese diseño se suma el reconocimiento, por el soft law, de los propios poderes del tribunal para disciplinar el uso de IA por las partes, decidir de oficio tras consultarlas y extraer las consecuencias del incumplimiento[39].

Cumple registrar, por fin, la contribución prudencial del panorama institucional. Hay instituciones que aclaran no utilizar IA en la propia administración de los casos, transfiriendo a los participantes la responsabilidad por la conformidad; hay relatos e informes que mapean los usos legítimos de la tecnología[40]; y hay experiencias que, aun al ensayar el empleo de la IA en la propia minuta decisoria, preservan al ser humano en el circuito[41]. La convergencia de todos esos instrumentos no es la prohibición de la tecnología, sino la exigencia de transparencia en cuanto a su uso y la preservación, en carácter indelegable, de la decisión humana.

VIII. CONCLUSIÓN

La controversia, en síntesis, no concierne a la admisibilidad de la inteligencia artificial en el arbitraje, fenómeno consolidado que, lejos de deber ser combatido, debe ser estimulado de modo responsable, sino a las condiciones de transparencia bajo las cuales tal empleo se realiza. El arbitraje, por su vocación a la eficiencia y a la especialización y por la amplitud de la autonomía que confiere a las partes, es el ambiente más propicio a la incorporación de la tecnología, sobre todo en el contencioso empresarial. El uso instrumental, desvinculado del núcleo decisorio, no ofrece, por regla, dificultades. Es el paso de la IA de la posición de instrumento auxiliar a la de factor de influencia material sobre la decisión, cuando va desacompañado de revelación y de sometimiento al contradictorio, lo que pone en riesgo las garantías de imparcialidad, contradictorio y fundamentación que confieren legitimidad al laudo.

La respuesta, se sostuvo, no es un deber de revelación general y absoluto, sino un deber funcional, graduado por el potencial impacto de la herramienta sobre la integridad del procedimiento y materializado por la autonomía de la voluntad en el convenio, en el reglamento y en el acta de misión. Esa formulación evita el maximalismo paralizante y el minimalismo permisivo, dialoga con las tendencias del

ello", previendo el párrafo único la posibilidad de cláusulas específicas en el Acta de Misión; v. también el art. 2.º (el CAM-CCBC no utiliza, actualmente, herramientas de IA en la administración de sus procesos).

[37]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), Apéndice B (Procedural Order on the Use of AI in Arbitration), forma larga, que define "High Risk AI Use" y establece procedimiento de aviso, plazos para manifestación (siete y catorce días), facultad de audiencia y decisión fundamentada del tribunal, además de cláusula de divisibilidad en caso de conflicto con regla imperativa.

[38]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), Apéndice A (Agreement on the Use of AI in Arbitration), cl. 7, que enumera, entre los deberes de la parte usuaria: revelar la intención de uso e identificar la herramienta y su versión (7.3); emplear esfuerzos razonables para comprender y mitigar sesgos (7.4); verificar de forma independiente fuentes y exactitud de los *outputs* (7.5); abstenerse de producir *output* apto para engañar al tribunal (7.6); y preservar la confidencialidad de los datos ingresados (7.7).

[39]CIArb, *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (2025), Parte III, ítems 4.1 a 4.7 y 6.1 a 6.8, que reconocen al tribunal el poder de dar directrices y decidir sobre el uso de IA por las partes, inclusive de oficio, tras consultarlas, y de extraer las consecuencias del incumplimiento (incluidas inferencias adversas y repercusión en las costas).

[40]*Leveraging Technology for Fair, Effective International Arbitration Proceedings*. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR. París: ICC, 2024.

[41]AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION; INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION. AAA-ICDR AI Arbitrator now available for documents-only construction cases. Nueva York, 3 nov. 2025 (disponible en: https://www.adr.org/press-releases/aaa-icdr-ai-arbitrator-now-available/; acceso el 11.02.2026).

soft law internacional y ofrece, al operador, un criterio aplicable: no la naturaleza de la herramienta en abstracto, sino su aptitud concreta para afectar la confidencialidad, la igualdad, la prueba o la convicción. La perfección normativa, en materia tan fluida, es rara, cuando no inviable; incluso los instrumentos más detallados, institucionales o estatales[42], deben comprenderse menos como modelos acabados y más como referencias en construcción, de las cuales el arbitraje internacional puede extraer lo que le sea compatible. Lo que no se muestra legítimo, en escenario alguno, es el uso silencioso: revelar, en la medida del riesgo, es la condición para que la promesa de eficiencia de la IA no se haga a costa de la legitimidad del juzgamiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas e arbitragem. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2021.
- BECKER, Daniel; HAIKAL, Beatriz. O legítimo interesse como base legal no treinamento de LLMs.
- BORN, Gary. International Commercial Arbitration. 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Lei de Arbitragem).
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Processo Civil).
- BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).
- CAM-CCBC. Orientação Administrativa n.º 07/2025. São Paulo, 17 jul. 2025.
- CARDOSO, André Guskow; CHAN, Elizabeth; QUINTÃO, Luísa; PEREIRA, Cesar. Generative

  Artificial Intelligence and Legal Decision-making. Global Trade and Customs Journal, v. 19, n. 11&12, 2024.
- CARMONA, Carlos Alberto; VIEIRA, Vitor Silveira. Inteligência Artificial e processo arbitral. En: VAUGHN, G.; DUARTE, R.; ARRUDA, R.; COSTA, F.; MORELLO, A. V. (coord.). Direito, Mercado Jurídico e Sociedade. São Paulo: LUALRI Editora, 2020.
- CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS BERASTAIN, Verónica; SILVA-SANTISTEBAN AMÉSQUITA, Massiel. Hilando fino… La valoración de las consecuencias de potenciales modificaciones en materia de jurisdicción o competencia de los tribunales. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, n.º 75, 2021, p. 6-23.
- CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CIArb). Guideline on the Use of AI in Arbitration. Londres: CIArb, 2025 (actualizado en septiembre de 2025).
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado n.º 106 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução n.º 615, de 11 de marzo de 2025.
- CRISTOFARO, Flavia Savio. O uso da inteligência artificial na arbitragem doméstica. ConJur, 3 abr. 2025.

[42]Sobre el hecho de que el Superior Tribunal de Justiça (Brasil) habría revisitado recientemente los estándares de transparencia y el deber de revelación en arbitraje (marzo de 2026), la noticia circula en fuentes secundarias [decisión por consultar en la fuente primaria del STJ; no se debe referenciar material de divulgación producido por IA].

- DAMIÃO GONÇALVES, Eduardo. O uso da Inteligência Artificial pelos árbitros: ainda mais dúvidas do que respostas. Boletim do CBAr, dez. 2025.
- DERAINS, Yves. Le professionnalisme des arbitres internationaux. Revue de l'Arbitrage, Comité Français de l'Arbitrage, 2019.
- ESTADOS UNIDOS. United States v. Heppner, No. 25-cr-00503-JSR. U.S. District Court for the

  Southern District of New York, 17 feb. 2026.
- FICO, Bernardo; NEMR, Fernanda; YAMASHITA, Mariana. A Disclosure do Uso de Inteligência Artificial pelas Partes em Procedimentos Arbitrais. 2025.
- HADDAD, Ana Olivia Antunes. Transparência no Processo Arbitral. São Paulo: Almedina, 2021.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Leveraging Technology for Fair, Effective
- International Arbitration Proceedings. Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR. París: ICC, 2024.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. The Use of Information Technology in Arbitration. Jusletter, n. 5, 2005.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 1958.
- PALMA NAVEA, José Enrique; CUBA MENESES, Erick G. La impugnación de las decisiones

  arbitrales. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, n.º 75, 2021, p. 78-96.
- PAULSSON, Marike; SURESH, Supritha. AI: The Modern Tribunal Assistant — Impact on

  Enforceability of Arbitral Awards under the New York Convention. Jus Mundi Arbitration Review, v. 1, n. 1, 2024.
- PERÚ. Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje).
- PERÚ. Tribunal Constitucional. STC n.º 00142-2011-PA/TC (Caso Minera María Julia).
- PUCCI, Adriana Noemi. Inteligência artificial e arbitragem internacional. En: BARROS, V. C. M. de; NANNI, G. E. (coord.). Arbitragem e mediação no direito privado e no direito público. São Paulo: Quartier Latin, 2025. v. 3.
- Revista de IA & Direito, v. 1, ano 1, p. 181-210. São Paulo: Ed. RT, jul./dez. 2025.
- SANGUINETI CAMPOS, Yvette. ¿La adhesión de proveedores al sistema de arbitraje de consumo constituye un convenio arbitral en sentido amplio? Revista Peruana de Derecho de la Empresa, n.º 75, 2021, p. 136-145.
- SCHERER, Maxi. Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Journal of International Arbitration. Kluwer Law International, 2019.
- SILICON VALLEY ARBITRATION & MEDIATION CENTER (SVAMC). Guidelines on the Use of AI in Arbitration. 1.ª ed. Palo Alto: SVAMC, 2024.
- SILVA, Lucas Baltasar Morimoto da. Soft Law e inteligência artificial na arbitragem: o preenchimento de lacunas normativas em procedimentos arbitrais. Curitiba: Juruá, 2026.
- UNCITRAL/CNUDMI. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

- UNIÓN EUROPEA. Regulation (EU) 2024/1689 (Artificial Intelligence Act), de 13 de junio de 2024.
- ZAKIA, José Victor Palazzi. A Igualdade na Arbitragem: o processo arbitral e o fenômeno repeat player. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

PAPEL MOJADO EN TINTA

Autora:
María Cecilia Blume Cilloniz

PAPEL MOJADO EN TINTA

Paper soaked in ink

María Cecilia Blume Cilloniz[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Capítulo I: El Arbitraje en el Perú.
III. Capítulo II: Perú y el Arbitraje Internacional.
IV. Conclusiones.

Resumen

En el Perú, el arbitraje representa un mecanismo efectivo de acceso a la justicia para numerosos ciudadanos. Sin embargo, el sistema judicial que el Estado debe garantizar no es igualitario, ya que no todos pueden acceder a este medio alternativo de solución de controversias. Esta limitación revela una desigualdad estructural que exige atención prioritaria. Si bien la Ley de Arbitraje peruana constituye un marco normativo sólido, su aplicación práctica se ve distorsionada por diversas prácticas, muchas de ellas originadas en el propio Estado. A diferencia de otros países, en el Perú existe una obligación legal de acudir al arbitraje cuando se comprometen recursos públicos, lo que permite evitar la paralización de obras públicas. Este artículo analiza el arbitraje como instrumento de acceso a la justicia, poniendo énfasis en los problemas estructurales y operativos que afectan su eficacia. Asimismo, se examina la etapa posterior al laudo arbitral, caracterizada por un frecuente incumplimiento que, en la práctica, desnaturaliza el sentido vinculante de estas decisiones.

Palabras clave

Arbitraje / Acceso a la justicia / Laudo arbitral / Estado / Ejecución/ Cumplimiento.

Abstract

In Peru, arbitration serves as an efective mechanism for ensuring access to justice for many citizens. Nevertheless, the judicial system the State is obliged to provide is far from egalitarian, as not everyone can access this alternative method of dispute resolution. This shortcoming reflects a structural inequality that calls for urgent attention. While the Peruvian Arbitration Law offers a robust legal framework, its practical application is often undermined by various practices—many of them originating within the State itself. Unlike in other countries, Peruvian law imposes a legal obligation to resort to arbitration whenever public funds are involved, a measure intended to prevent the paralysis of public works. This article examines arbitration as a tool for access to justice, with particular emphasis on the structural and operational challenges that weaken its efectiveness. It also addresses the post-award stage, which is frequently marked by non-compliance—an issue that, in practice, erodes the binding nature of arbitral

1 Abogada graduada en la PUPC con Maestría en Gobierno y Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de Madrid, España. Es árbitro, inscrita en la Cámara de Comercio de Lima, la PUCP, la Cámara de Comercio Americana del Perú-AmCham Perú y miembro del The Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) de Londres. Es miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) de Paris. Es adjudicadora – JRD - por la Universidad Católica del Perú. Correo de contacto: cecilia.blume@cbconsult.pe

decisions. The discussion further considers international arbitration in light of recent developments in Peru. A notable concern is the opacity surrounding arbitral awards, which raises questions as to whether the parties might have been better served by reaching a settlement rather than pursuing arbitration. This form of arbitration closely resembles domestic arbitration and is likewise governed by the Peruvian Arbitration Law. The article concludes by identifying key problems and presenting final observations.

Keywords

Arbitration/ Access to justice/ Arbitral award/ State/ Enforcement/Compliance.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje nace para solucionar controversias comerciales allí donde el intercambio de bienes requiere de una manera sencilla, rápida y transparente de hacer que los negocios fluyan. Es una respuesta a una necesidad que se remonta a Mesopotamia y Egipto y que hoy usa la mayoría de países del mundo como una herramienta segura, neutral, célere, flexible y eficiente para solucionar problemas entre empresas, personas y estados.

La Convención de Nueva York de 1958 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras - es un tratado internacional adoptado hace 67 años por las Naciones Unidas que ha sido suscrito por más de 170 países, que consideran al arbitraje como una vía idónea para solucionar controversias y, sobre todo, para ejecutar los laudos que emanan de este procedimiento, de forma idónea. Solo algunos países con regímenes políticos totalitarios no usan esta herramienta. Eritrea, Irán, Venezuela, Somalia, Siria, son algunos ejemplos. Es así como, en la mayoría de los países, se tiene la posibilidad de que no sea el Poder Judicial el que decida una controversia, sino el arbitraje, que tiene características especiales frente al Poder Judicial, que son como reiteramos la neutralidad, la especialización, la instancia única, la confidencialidad, la flexibilidad de reglas y la ejecución del laudo, que puede hacerse internacionalmente, en caso se aplique.

Es acá donde Barona[2], define al arbitraje como una respuesta a los arreglos comerciales de las partes.

> *"A partir de aquí, en la parte del derecho que se refiere a la regulación de las relaciones económico-financieras, hemos asistido, y aun lo estamos haciendo, a una profusa transformación integral de los sistemas jurídicos, que han venido integrándose en un proceso de armonización jurídica global, que arrastra una pérdida, en ciertos casos, de su propia identidad, amén de generar un re-pensamiento de los principios y fundamentos dogmáticos que permitieron en su momento conformar su propio derecho y su propia visión de la justicia. Y es en esa visión nueva de la justicia donde debemos situar el arbitraje porque es una pieza más de la misma institución con una larga historia jurídica, empero con una profusa proyección práctica en las últimas décadas, fruto de ese imparable activo que ha sido la economía en el mundo global, una economía que inspira, decide, maneja y envuelve*

[2] BARONA VILAR, Silva; "Maximización de La Eficiencia y Búsqueda de la Celeridad en el Arbitraje: Entre El Mito, La Sublimación y la Cuarta Revolución Industrial; Publicado en Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, n 1, Vol. XI 2018, España pp. 3.

> *no solo al sector empresarial, al comercio, sino que abriga las actuaciones del estado."*

Barona[3] continúa con interesantes reflexiones sobre las bondades del arbitraje,

> *"Y es en esa ráfaga de globalización donde emerge con fuerza una institución como el arbitraje, aletargada a lo largo de los siglos, pero permanente en los ordenamientos, una institución que ofrece lo que la justicia estatal no alcanza o lo alcanza tarde o mal, y que permite una permeabilidad y moldeabilidad que la justicia estática, analógica y nacional no permite. ¿Es mejor o peor? ¿Es bondad o perversión? Nada es malo ni bueno hasta que se experimenta."*

En el Perú, el desarrollo del arbitraje comenzó en 1996 con la promulgación de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. Actualmente, el Decreto Legislativo N° 1071, (Ley de Arbitraje), norma el arbitraje tanto nacional como internacional, aplicándose con facilidad para ambos casos pues es una ley moderna que contiene los grandes principios arbitrales dejando a los Centros que administran el arbitraje, los asuntos procesales.

Nuestra Constitución Política de 1993 consagra cuatro jurisdicciones, siendo una de ellas la arbitral que es desarrollada, en la actualidad, por la Ley de Arbitraje. Al respecto cabe resaltar que los artículos de la Constitución que abordan el tema son:

> *"Libertad de contratar*
>
> *Artículo 62. - 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 y otras disposiciones de cualquier clase.* ***Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley***" (resaltado nuestro)
>
> *"Principios de la administración de justicia*
>
> *Artículo 139. - son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
>
> 1. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*
> ***No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral."***
> 2. ...."
>
> (resaltado nuestro)

Las tesis sobre la jurisdicción arbitral son varias y no serán motivo del presente texto. Mencionaré únicamente que la mayoría de los especialistas y también los tribunales reconocen que a través del arbitraje se ejerce justicia no siendo parte del Poder Judicial, pero apoyándose en este para la ejecución de laudos.

[3] Ídem

Es una jurisdicción privada, autónoma, en la que las partes deciden que usarán este mecanismo y se ponen de acuerdo sobre quiénes serán los árbitros, las reglas del proceso y hasta qué leyes se aplicarán.

Los árbitros, si bien no son jueces, resuelven controversias con la misma fuerza que una sentencia judicial y sus decisiones son inimpugnables, con valor legal y obligatorias.

En el Perú el Tribunal Constitucional ha resuelto, expresamente, que el arbitraje es una vía legal y legítima para impartir justicia, señalando en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006, fundamento 7, emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, lo siguiente:

> *"A partir de su calificación textual como «jurisdicción independiente» —que efectúa el artículo 139, inciso 1, de la norma fundamental— el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia,* ***pero también ante una jurisdicción privada****." (resaltado nuestro)*

De igual manera O´Neill y Repetto[4], señalan que

> *"En el Perú, el arbitraje es útil para todas las partes involucradas en la disputa y también eficaz para resolver conflictos. El sistema de arbitraje funciona por tres razones: (i) la Ley de Arbitraje—Decreto Legislativo N° 1071 (Ley Peruana de Arbitraje); (ii) la conducta de los tribunales; y (iii) la práctica arbitral."*

Así, en nuestro sistema legal, el arbitraje no es solo un acuerdo entre partes, sino una vía legítima y reconocida mediante la que se imparte justicia.

Sin embargo, cabe señalar que nuestra Constitución, en el artículo 149°, bajo el título del Ejercicio de la Función Jurisdiccional por las Comunidades Campesinas y Nativas señala que *"las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de paz y con las demás instancias del Poder Judicial."*

Este precepto constitucional es interesante pues otorga jurisdicción a un grupo de peruanos, frente a otro, reconociendo además el derecho consuetudinario que no es otra cosa que reglas especiales fruto de la costumbre y, cómo no, de la ausencia de estado o la distancia no solo física sino conceptual, sobre lo que es el Perú. Incluso, si analizamos el hecho de que los congresistas son electos representando a una región determinada, en la práctica esta representatividad es muy reducida pues en el Perú los congresistas hacen poco o casi nada por sus regiones. Por ello a algunos peruanos no les queda otra sino tener sus propias normas. Ello en un país del siglo XXI, no debería coexistir normas legales en un mismo país, y de existir deberían ser normas claras que conversen, con respeto, con la Constitución y demás leyes, tal como sucede en Nueva Zelanda.

[4] O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia & REPETTO DEVILLE, José Luis; "*Características Principales de la Ley Peruana de Arbitraje*"; ILSA Journal of International & Comparative Law Vol. 23:3; pp 523

En ese sentido, Violeta Bermúdez[5] escribió hace 28 años, lo siguiente que, estimo, a la fecha no ha variado mucho:

> *"La primera reacción de la población peruana ante la administración de justicia es la desconfianza. En general es percibida como "atentatoria a los intereses de los litigantes, o, mejor dicho, contra el objeto mismo del litigio "razones para ello sobran, son frecuentes las denuncias de "errores judiciales". El peruano sospecha que "el mero contacto con el aparato judicial importa un riesgo".*

Por otro lado, existe una sensación de estar a merced de la voluntad de los funcionarios para que el procedimiento tenga, dentro de los márgenes temporales razonables, al menos, la posibilidad de ser tomado en consideración. En una investigación realizada por Desco y en la que se entrevistó a 160 litigantes, la mayoría destacó "la gran distancia que existe entre lo que las leyes dicen defender y el modo como dichas leyes son interpretadas y aplicadas en las relaciones concretas".

Bermúdez continúa señalando,

> *"Sin embargo, y a pesar de lo dispuesto tanto por la constitución como por la ley orgánica del Poder Judicial que establecen la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional -salvo el caso de la arbitral o la militar- (art. 233o. Inc. 1); lo cierto es que, a pesar de estas prohibiciones, en la realidad se mantienen una serie de mecanismos alternativos de resolución de conflictos que, en la mayoría de situaciones, cuentan con mayor legitimidad social aunque no legal que nuestro sistema de administración de justicia formal, como los casos mencionados líneas atrás."*

Si bien no podemos asimilar el arbitraje a otra figura constitucional debemos analizar lo que se entiende por ello en el Perú y por qué es tan importante, especialmente, en nuestro país, lo que tiene una estrecha relación con lo dicho por Bermúdez, líneas arriba.

Cabe señalar también que las relaciones internacionales que logran que el Perú atraiga inversiones importantes para lograr la infraestructura que necesitamos son indispensables y se basan en la confianza. Ningún inversionista pondrá su dinero en aquellos países que no cumplen con sus contratos. Desafortunadamente los contratos duran bastante más que los políticos de turno, por lo cual pueden verse afectados por cambios en el camino.

Debemos establecer claramente que, como país, necesitamos inversión internacional y que esta vendrá si cumplimos los contratos y los laudos. Si el país no quiere inversión internacional deberá modificar la Constitución en cuanto al rol subsidiario del Estado y podrá, legalmente, dedicarse como Estado, a realizar todo lo que desee arriesgando recursos públicos, pues los inversionistas se irán del país.

El Perú ha hecho mucho por atraer inversión para que nos cueste menos la infraestructura que necesitamos y para que el riesgo del contrato sea para la otra parte y no se quede en el Estado. Hagamos que los contratos se cumplan y no

[5] BERMUDEZ VALDIVIA, Violeta; "*Administración de Justicia, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos*"; Themis 22, 1997; pp 54

perdamos tiempo en arbitrajes políticos que solo demoran la ejecución de un laudo que no será a favor del Estado.

En este artículo tocaremos ambos arbitrajes, el nacional y el internacional, pero teniendo siempre en mente que los principios básicos de ambos serán siempre los mismos.

II. CAPÍTULO I : EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Una definición conceptualmente realista sobre lo que es el arbitraje es la contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de febrero de 2006, fundamento 10°, que a la letra señala:

> *"¿Qué es entonces el arbitraje? Un mecanismo de justicia privada donde el conflicto se resuelve o se evita a través de la decisión de un tercero, elegido directa o indirectamente por las partes, que además de ser vinculante para estas, es susceptible de ser ejecutado con el auxilio de los órganos jurisdiccionales del estado.*
>
> *[…] el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional."*

El desarrollo del arbitraje en el Perú ha sido intenso e importante. En el año 1998, las obras públicas, servicios y compras estaban paralizadas porque el Poder Judicial tomaba mucho tiempo para resolver controversias, paralizándose la realización de éstas. Así el Ministerio de Economía y Finanzas propone al Consejo de Ministros dar una ley donde todas las controversias que tiene el Estado sean resueltas mediante arbitraje. Con la ley N° 26850 de julio de 1998, se abrió espacio para discutir las controversias y ponerles fin de una forma célere y flexible, vía el arbitraje. No debemos dejar de lado que la controversia no necesariamente surge al final de una obra, sino que puede surgir en cualquier momento lo que llevaba a situaciones que el Estado no podía resolver.

Es así como la Ley N° 26850, dispone, por primera vez, la resolución de todas las controversias mediante arbitraje.

> *"Artículo 53. - Durante el proceso de selección las entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con arreglo a las normas de esta ley y del reglamento. El tribunal de contrataciones y adquisiciones del estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio.*
>
> ***Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación**. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las*

> *diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.*
>
> ***El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un tribunal arbitral designados de conformidad a lo que establezca el reglamento***.
>
> ***El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.***
>
> *Asimismo, se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes.*
>
> *Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia."* (resaltado nuestro)

Hoy, con la nueva Ley General de Contrataciones Públicas en Perú, Ley N° 32069, el Estado soluciona cualquier controversia en forma arbitral pudiendo acudir antes a otras vías, como la Conciliación o la Junta de Prevención y Resolución de Disputas – JRPD.

Tengamos en claro que estas controversias también pueden darse entre dos entidades públicas, lo que a nuestro juicio debería ser revisado a fin de contar con un procedimiento acelerado y diferente pues en el fondo son las mismas partes en litigio.

La Ley N° 32069, que entró en vigor el 22 de abril de 2025, junto con su reglamento, el Decreto Supremo N° 009-2025-EF, en el Título XI describe en 36 artículos cómo deben solucionarse las controversias allí donde haya uso de recursos públicos, desde el perfeccionamiento del contrato. Es en este nuevo título que podemos notar todo lo que se ha avanzado desde la anterior normativa, teniendo la ley, como finalidad, maximizar el uso de recursos públicos, esto no es otra cosa que hacer las obras bien, a un precio de mercado y que se hagan pronto, con un buen contratista.

> "***Artículo 2. Finalidad de la ley***
>
> *La presente ley tiene como finalidad maximizar el uso de recursos públicos en las contrataciones de bienes, servicios y obras por parte del Estado, en términos de eficacia, eficiencia y economía, de tal manera* ***que dichas contrataciones permitan el cumplimiento oportuno de los fines públicos y mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos***". (resaltado nuestro)

A ese respecto y tratando de explicar el uso cada vez mayor del arbitraje, en el Perú, es que Castillo y Vásquez[6] señalan:

> *"Que una administración de justicia privada termine tomando la posta histórica de la justicia del Estado es una idea sugerente y poderosa. Sugerente porque significa desmitificar aquella justicia olímpica para la que los simples mortales somos incapaces de administrar. Poderosa porque roto el monopolio de los palacios de justicia queda roto también el tabú de que*

[6]CASTILLO FREYRE, Mario y VAZQUES KUNZE, Ricardo; "EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA REFORMA DE LA JUSTICIA; Biblioteca de Arbitraje (VOLUMEN I); 2006; pp 12.

> *sólo el Estado, con su omnipotencia, puede garantizar la solución de controversias en una sociedad posmoderna. Y esto significa algo tremendo. Pues si como sugerimos aquí la justicia del estado-nación está en crisis, los principios filosóficos que una vez la animaron también lo están. El juez natural, el absolutismo de la igualdad ante la ley, la pluralidad de instancias, la gratuidad de la función jurisdiccional del Estado, la publicidad de los juicios, en fin, todo aquello que antaño garantizaba la recta y expeditiva administración de justicia, hoy parece ser una insoportable carga que hace imposible, precisamente, llegar a esa justicia. Y son de esas cargas de las que el arbitraje, así lo creemos al menos, se ha desecho**. Por eso es por lo que funciona… y bien***".(resaltado nuestro)

La actual Ley de Arbitraje se promulgó mediante el Decreto Legislativo N° 1071 en el año 2008, durante el premierato de la ministra Rosario Fernández Figueroa, abogada, experta en materia arbitral y procesal lo que ayudó a que un tema técnico se tratara en una comisión de especialistas y fuese liderado por una experta en arbitrajes. Hoy países admiran nuestra Ley de Arbitraje señalándose que es moderna, integral y que soluciona las controversias de forma idónea. Eso solo se logra con expertos, como en este caso.

Cantuarias[7], describiendo la Ley de Arbitraje señala,

> *"A nuestro juicio, la Ley de Arbitraje logra combinar, acertadamente, una amplia autonomía del arbitraje con una adecuada dosis de supervisión judicial. Siguiendo, principalmente, los principios contenidos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de Uncitral, la que se enrola en la más moderna tendencia a reducir la ingerencia judicial en casos sometidos a arbitraje, objetivo que se alcanza mediante la acción coordinada."*

2.1 El objeto del arbitraje: el laudo arbitral

Volvamos al proceso arbitral, donde las partes deciden, haciendo uso de su autonomía, encomendar a un tercero resolver una controversia sometíendola a un tribunal arbitral. La caracterísitica más importante del arbitraje es que mediante el laudo que es inapelable, termina decidiéndose la controversia. Puede haber pequeñas rectificaciones de forma y en el Perú se puede llevar el laudo, en casos muy extremos, a la anulación ante el Poder Judicial, pero, en general el laudo pone final al proceso, al igual que una sentencia lo hace en el Poder Judicial.

En el Título V de la Ley de Arbitraje no se define lo que es el laudo, mas sí se señalan los efectos de este:

> *"Artículo 59°. - Efectos del laudo*
>
> *1. **Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.***
>
> *2. **El laudo produce efectos de cosa juzgada.***

[7] CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque; "La nueva ley de arbitraje peruana, un nuevo salto a la modernidad"; Revista Peruana de Arbitraje; Lima; 2008; pp 43

> *3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda;* ***la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67°.*** " (resaltado nuestro).

La Ley de Arbitraje no puede ser más clara al señalar en los incisos 1) y 2) del artículo 59°, que los laudos son definitivos, inapelables, de obligatorio cumplimiento y producen efecto de cosa juzgada. Pero la realidad es otra.

Por ello Espejo Donaire[8] señala,

> "…*En consecuencia, lo ordenado en el laudo debiera ser cumplido por las partes espontáneamente, esto es, en forma directa y voluntaria, desde el momento de su notificación.*
>
> *En caso ello no suceda, cuando una de las partes se rehúsa a acatar lo laudado, puede ser necesario tener que exigirlo en forma coercitiva. La parte interesada podrá pedir el reconocimiento y la ejecución del laudo ante el propio tribunal arbitral, en caso las partes hayan acordado hacerlo o esté así previsto en el reglamento arbitral aplicable o ante la autoridad judicial competente.*
>
> *En este contexto, hay dos situaciones que se pueden presentar. Una de ellas es que se soliciten pedidos contra el laudo, como los pedidos de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión de laudo; y, un segundo escenario, es que una de las partes solicite la nulidad de todo o parte del laudo arbitral."*

En la práctica la Ley de Arbitraje dispone que se pueden presentar dos circunstancias diferentes:

- Que se soliciten pedidos contra el laudo como, por ejemplo, los pedidos de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión de laudo.
- Que una parte pida la nulidad del laudo en todo o en parte.

Debemos tener siempre presente que a menos que se haya suspendido los efectos del laudo por parte del Poder Judicial el laudo surte plenos efectos desde su notificación a las partes.

Esto que puede parecer una contradicción se da porque en el caso de pedidos de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión del laudo, el tribunal arbitral debe resolver estos pedidos que forman parte del laudo, para reconocer y ejecutar el laudo.

Si una parte pide la nulidad del laudo igual se puede pedir su ejecución por la vía judicial o arbitral, pues el recurso de anulación no suspende los efectos del laudo.

---

[8] ESPEJO DONAIRE, Andrea; ¡Ganamos! ¿Ahora, qué viene?: Algunas problemáticas alrededor del reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales; Forseti revista de Derecho; Volumen 13, N° 19, Lima; 2024; pp 79 al 91

Si una parte pide la suspensión de los efectos del laudo mediante un proceso de anulación del laudo ante el Poder Judicial, la parte que lo impugna deberá otorgar garantías para que se produzca la suspensión que serán equivalentes al valor de la condena contenida en el laudo.

En caso no se haya acordado algún requisito, será la Corte la que concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis meses renovables durante todo el trámite del proceso de anulación y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

> "***Por tanto, a menos que se haya otorgado expresamente la suspensión de los efctos del laudo por parte de la corte, el laudo surte plenos efectos desde su notificación."(****resaltado nuestro)*.

La Ley de Arbitraje señala sobre la materia que:

> *"Artículo 58°. - rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo*
>
> *1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:*
>
> *a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.*
> *b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.*
> *c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.*
> *d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.*
> *e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.*
> *f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.*
>
> *La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede*

> *reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.*
>
> *Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo."*

Así concluyen, Castillo y Vásquez[9] señalando que:

> ***"El laudo pues hace justicia definitiva, concluyente y, por tanto, es el objeto último del proceso arbitral."*** *(resaltado nuestro)*

2.2 El laudo arbitral en el Perú, entre la teoría y la práctica

a) El acceso a la justicia y la celeridad

En los países donde se usa el arbitraje es más común el uso del arbitraje para materias comerciales, muchas entre empresas y no tanto entre personas naturales. El caso es que las personas acuden al Poder Judicial de sus países para cualquier caso que no sea uno que involucre cuestiones comerciales complejas. Usan el arbitraje allí donde necesitan árbitros especializados y donde consideran que sus controversias serán mejor atendidas. Países como Chile, Colombia, España usan el arbitraje solamente para temas comerciales complejos. ¿Por qué hacen eso? Porque los poderes judiciales en sus países dan resultado, funcionan bien, y no demoran tanto.

En el Perú el arbitraje es utilizado por muchas más personas empezando por el Estado Peruano que ha decidido usarlo básicamente por el tiempo que se tomaba el Poder Judicial en resolver las diferentes causas. Un proceso judicial sencillo en el Perú toma aproximadamente 6 años y hay muchos que pasan de 10 años sin que a nadie le sorprenda. Por ello en el Perú el arbitraje es una necesidad porque es la forma de acceder a la justicia para muchos. Justicia que tarda no es justicia, dicen algunos. Y es verdad. El Estado Peruano decidió instalar como obligatorio el arbitraje, justamente porque las obras públicas se paraban por tener que resolver controversias ante el Poder Judicial, lo que tomaba años. Pero como dice Vásquez Rojas, en un artículo en la Revista Oficial del Poder Judicial:

> *"el dogma de acceder a la justicia debe estar acompañado de mecanismos y medios que garanticen su acceso* ***en condiciones de igualdad, celeridad, oportunidad e inmediación****. Toda persona aspira a que cuando acuda a la administración de justicia, obtenga una tutela jurisdiccional efectiva y una sentencia justa y motivada."(resaltado nuestro)*

Acceder a la justicia no significa poder ir al Poder Judicial a presentar una demanda, significa que la justicia le sirva al ciudadano. Una justicia que tarda mucho y que algunas veces se resuelve con prebendas, no es un verdadero sistema de justicia o, si se quiere, es un mal sistema que no permite que los jueces le den a cada quien lo que

[9] CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo; ídem; pp 240

le corresponde. Es así como en el Perú el arbitraje es la forma de acceder a la justicia para muchos. Sin embargo, éste sigue sin ser una solución para las controversias de todos los peruanos, lo que debe ser impulsado y ello es responsabilidad del Ministerio de Justicia. Cuando se dio la Ley de Arbitraje se creó "Arbitra Perú" en el Ministerio de Justicia que no es otra cosa que el arbitraje popular que no ha dado los resultados esperados.

Es un procedimiento arbitral abreviado, con menos exigencias y con un costo mucho menor. Este sistema podría funcionar en municipios, colegios profesionales, clubes departamentales, universidades entre otros. Creemos que el arbitraje popular debería ser impulsado por el Ejecutivo para que todos los peruanos tengamos el mismo acceso a la justicia. Para ello puede válidamente atenderse causas más pequeñas con costos y trámites más sencillos y céleres. Ello tendría dos efectos: acercar la justicia a todos y permitir una descarga judicial sobre todo en los juzgados de paz. Otra condición para ello es dar a conocer los beneficios del arbitraje para que la justicia que no consiguen los ciudadanos vía el Poder Judicial se pueda obtener mediante el arbitraje. El Ejecutivo debe ver de darle el presupuesto que requiera al ministerio para impulsar este programa, pero para ello el Ministerio de Justicia, liderado por su ministro, deben entender los problemas del acceso a la justicia y trabajar para que exista, realmente, un arbitraje popular. Si al Ministro no le interesa el tema, seguiremos como estamos con una mayoría de peruanos que pueden seguir accediendo al Poder Judicial pero no a la justicia.

En otros países la necesidad del arbitraje no es la misma que en el Perú, pues tienen sistemas de justicia que son eficientes. En España, por ejemplo, lo máximo que demoraría un proceso judicial son dos años. Por eso al arbitraje van causas complejas, o arbitrajes internacionales con sede española.

La importancia de la Administración de Justicia y su acceso se ve reflejada en este artículo de la Constitución Política del Perú:

> *"Artículo 139. - Principios de la Administración de Justicia*
>
> *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
>
> 1. *La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y* ***la arbitral****.(resaltado nuestro)*
>
> *(…)*
>
> 3. *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."*

La tutela jurisdiccional según Chiabra Valera[10] no es otra cosa "*que brindarle al ciudadano las garantías procesales acordadas al justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del Estado.*"

[10] CHIABRA VALERA, María Cristina; Articulo: El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias. Revista Foro Jurídico, pp 67

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha manifestado sobre el debido proceso legal:

> *"El Artículo 8° de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado "debido proceso legal o "derecho de defensa procesal", que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y* ***dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente…"*** *(resaltado nuestro)*

Bermúdez[11], para terminar, señala que "*en conclusión, la justicia es una función esencial del Estado, y su buen funcionamiento es clave para la democracia, la legalidad, la protección de derechos y la paz social.* ***Un Estado que no garantiza justicia falla en su deber más básico con los ciudadanos."****(resaltado nuestro)*

Tengamos claro entonces que la obligación del Estado frente a los ciudadanos en materia de justicia es garantizar el acceso a un proceso célere, flexible, imparcial, independiente y eficaz.

Hemos insistido en que el Poder Judicial es muy lento, por ello el acceso a la justicia para muchos no existe. Pero, los arbitrajes también están siendo lentos en muchos casos. Ello por la falta de disponibilidad de los árbitros que aceptan arbitrajes a pesar de que no tienen el tiempo que dedicarles. Otra causal de la demora de los arbitrajes es que el Estado, cuando es una de las partes, hace lo imposible para que no se llegue al laudo si cree que será vencido, o, si se llega, para que no se cumpla. ¡Mientras escribíamos este artículo nos buscó una empresa que tenía un arbitraje en vías de ejecución con sentencia judicial hacía 15 años! Casos como estos existen, cuando no deberían. Ello se presenta generalmente en casos de mucho dinero donde ningún funcionario público quiere resolver. Lo que no tiene presente el Estado es que estas deudas generan intereses que muchas veces son importantes y además que finalmente el laudo se ejecutará, aunque sea mediante medidas coercitivas y pagaremos más todos los peruanos.

Sería importante que el SICRECI (Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión), transparentara su información para que los ciudadanos, estemos al tanto de cómo van los arbitrajes. Hemos tratado de acceder a información pública pero no nos lo ha sido facilitada. Debemos saber quién es elegido para defender al Estado en cada caso, cuál es la experiencia en esta defensa, cuánto pagamos por eso, cuánto es el petitorio y qué dice el laudo. Esto, debería ser puesto en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas.

Toda esta comunicación debe hacerse sin tratar de engañar a los ciudadanos. Escuchamos a un funcionario público que señalaba que el Perú había obtenido 10 millones de dólares porque el Ciadi había laudado por 10 millones de dólares menos del petitorio, parece broma pues el monto que tuvo que pagar el Estado fue varias veces los 10 millones de dólares. El SICRECI es una buena comisión, que busca hacer su trabajo de una manera idónea, pero desafortunadamente muchas veces la política interfiere en los contratos dando como resultado más arbitrajes internacionales con altas sumas que pagar a cargo de todos los contribuyentes.

b) Las impugnaciones

Como hemos señalado cualquiera de las partes puede impugnar el laudo, como lo señala el artículo 58° de la Ley de Arbitraje, pero únicamente para una aclaración o

[11] BERMUDEZ VALDIVIA, Violeta; "*Administración de Justicia, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos*"; Themis 22, 1997; pp 27

corrección menor pero no para cambiarle el sentido al laudo. Así como lo sostuvimos líneas arriba, proceden contra el laudo, la rectificación, interpretación, integración y exclusión.

El laudo es inapelable, no hay otra instancia que lo revise, esa es la naturaleza del arbitraje y es una de las garantías a las que las partes se someten voluntariamente. Sin embargo, hay partes que incluso intentan llevar a la acción de amparo los laudos arbitrales. Ello solo procede en casos excepcionales como bien lo dejó sentado la sentencia del caso María Julia, que únicamente acepta un amparo contra laudo si hay una violación de un derecho constitucional que no tiene cómo ampararse en otra sede.

Sin embargo, un problema que tienen las entidades públicas es que tienen temor a dejar consentir el laudo, pues la Contraloría, sin saberlo, observa que no se accionó hasta el final, dejándose desamparados los derechos del Estado. Ellos entienden que los laudos deben ir en aclaración y luego anulación ante el Poder Judicial. La Contraloría debería tener un grupo de funcionarios que conozca el arbitraje, tanto para sus asuntos internos, cuanto para poder entender que el funcionario solo debe impugnar el laudo en caso sea necesario.

Por ello los funcionarios, como los procuradores, los jefes de asesoría legal y la oficina de Oficina General de Administración, no van a dejar de impugnar el arbitraje con cualquier medida posible, incumpliendo así con la Ley y desnaturalizando el arbitraje. Y ello va a seguir así hasta que haya un ministro que indique que se debe cumplir la Ley de Arbitraje. Cierto es que hace un par de días he visto que la Contraloría estaría buscando condenar a dos ex ministros por haber tomado una mala decisión que luego fue llevada a un arbitraje donde perdió Perú. Esto nunca lo había visto y habrá que ver qué ha motivado a la Contraloría en este accionar.

Un control concurrente de la Contraloría no sería mala idea, que trabaje de la mano del procurador viendo los casos y enterándose qué viene sucediendo. No es verdad que el Estado nunca gana porque no tiene como. Conocemos a procuradores de primer nivel y sentimos decirlo, son la mayoría. El problema es que muchas veces no tienen el presupuesto que requieren para contratar más y mejor personal y así contar con un equipo más sólido que los apoye. Estamos seguros que si la Contraloría conociera de arbitraje se daría cuenta que el laudo es inimpugnable y que solo se logra gastar recursos públicos y tiempo si obligan a los funcionarios a accionar por otras vías desconociendo la ley, únicamente porque irán a juicios que duran años.

Barona[12] al respecto señala,

> *"Esa flexibilidad, uno de los grandes valores del arbitraje, puede a su vez convertirse en su perversión, al actuar por ejemplo una de las partes con maquinaciones que pretendan obstaculizar el desarrollo del procedimiento y las actuaciones arbitrales. Dicho de otro modo, la flexibilidad puede servir para dilatar el procedimiento, llenándolo de tiempos muertos, propiciando una enorme insatisfacción en quienes acuden al arbitraje."*

No debemos olvidarnos de que no solo el Estado usa tácticas dilatorias en un arbitraje. Conocemos de abogados que usan sus mejores herramientas, incluso para que no se laude en años.

[12] BARONA VILAR, Silva; "Maximización de La Eficiencia y Búsqueda de la Celeridad en el Arbitraje: Entre El Mito, La Sublimación y la Cuarta Revolución Industrial; Publicado en Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, n 1, Vol. XI 2018, España pp. 7

c) Las deudas del Estado

Últimamente, el Estado Peruano, personificado en sus funcionarios, ha dejado de cumplir con los laudos arbitrales que implican recursos públicos. Ello tanto en los laudos emitidos por tribunales peruanos internos como en tribunales que ven arbitrajes internacionales, a saber, el Ciadi, la ICC, el Uncitral, entre otros.

Lo que se repite acá es el miedo de los funcionarios, incluso de los ministros, que prefieren dejarlo pasar cuando el monto es grande sin darse cuenta de que están perjudicando al país, porque los inversionistas, cuando se planteen nuevas inversiones, dejarán de mirar al Perú como un país estable que cumple con las leyes y los contratos, y la deuda, finalmente, será mayor por los intereses, y exponiendo al país a una medida cautelar para ejecutar el cobro.

Tenemos ejemplos de funcionarios que se vanaglorian de no cumplir el mandato de los laudos arbitrales y lo único qué están haciendo es dejándole al que viene, un presente griego. Ser funcionario es cumplir con la ley, y a pesar de la Contraloría se puede hacer. No se debe hacer política con temas legales tan delicados como es honrar un laudo arbitral. Lo que pasa es que a algunos de nuestros políticos les importa el inmediatismo y la foto, mas no el país.

Los laudos para cumplirse en caso de rebeldía de la parte vencida solo pueden recurrirse ante el Poder Judicial que resolverá la ejecución de estos. Es así como siempre, en el arbitraje, se requiere el auxilio del Poder Judicial. Además el Poder Judicial conoce perfectamente el arbitraje y apoya dicho procedimiento cuando las partes lo utilizan.

Al respecto es importante tener en cuenta que…

> *"Del mismo modo, es en virtud de este carácter privado que los árbitros, como particulares que son, no pueden hacer valer su laudo, ni siquiera con quienes se lo han solicitado, porque no tienen el monopolio de la fuerza que los particulares han «concedido», hasta ahora, sólo al Estado. El laudo, en el plano teórico debería ser acatado por las partes del proceso, pero su desacato por los particulares sólo puede ser conjurado por el Estado a través de sus tribunales de justicia. En otras palabras, sólo el Estado tiene por el momento el imperio para hacer cumplir un laudo."*

Barona[13] con otro enfoque señala que, "*ello no significa un desentendimiento por parte de los estados de la* institución y de su funcionamiento. Antes al contrario, el Estado regula el sistema arbitral o los plurales modelos arbitrales, determina la primacía de la autonomía de la voluntad en el arbitraje en aquello que no es incontrolable por las partes, pero establece el juego de la complicidad entre árbitros y jueces o si se quiere entre el arbitraje y la jurisdicción, permitiendo la colaboración de los jueces en el arbitraje en unos casos (nombramiento de árbitros, auxilio probatorio, medidas cautelares), y la exigencia de intervención".

Es una realidad que en el arbitraje internacional el país ha venido perdiendo casos, cuando al principio los ganaba casi todos. La respuesta obvia es que se han politizado los contratos y no hay árbitro internacional que acepte ello, sino que aplica las cláusulas del contrato y la ley aplicable. Al Perú le ha costado mucho tener energía eléctrica estable y para todos, recordemos los apagones; una vida segura, sin bombas; empresas que traigan inversión y nuevas tecnologías como sucede con las

[13] BARONA VILAR, Silva; Ídem. pp. 7

empresas mineras o de gas, donde su personal es buscado por empresas de otros países. Esto, que siempre se quiso, se ha venido logrando, no sin tropiezos. Por ello el arbitraje debe ser una herramienta para la solución de conflictos y no para que una parte no quiera resolverlo y lo lleve a las calendas griegas, porque eso no es justicia tampoco.

A ese respecto Barona[14] es clara al señalar:

> *"Es por ello que hablar de arbitraje en la actualidad implica hablar de variadas modalidades de arbitraje, siendo que en unos casos es la autonomía de la voluntad la que va a mover el modelo arbitral, como sucede con el arbitraje privado o arbitraje comercial, empero en otro, la participación estatal supera esa visión que ha acompañado al arbitraje a lo largo de los siglos, para presentar un modelo arbitral diverso, fruto de la profusa actividad inversora que lleva a los mismos estados a auto-restringirse, a limitarse y a ceder su Poder Judicial en aras de su compromiso adquirido en un tratado de inversiones, en virtud del cual el estado que recibe las inversiones extranjeras se compromete a someterse a esta modalidad arbitral si el inversor demanda al estado receptor por el incumplimiento de los compromisos adquiridos."*

d) Arbitraje popular

Como lo hemos señalado reiteradamente, el arbitraje como una forma de obtener justicia que no brinda el Poder Judicial es una jurisdicción privada, donde los derechos disponibles de los ciudadanos, en uso de su autonomía de la voluntad, pueden ser resueltos por terceros, de forma imparcial, flexible, transparente, confidencial y célere.

Sin embargo, el país debe permitir que ***todos*** los peruanos accedan a la justicia, y, como hemos señalado, el Poder Judicial, por ahora, no es la vía idónea. La tutela jurisdiccional a todos los ciudadanos es lo que nos hace un país. Los peruanos más necesitados se pasan años para que les reconozcan un derecho y lo logran, muchas veces, cuando ya no lo necesitan. (resaltado nuestro)

Esto no es solo una realidad, es nuestra realidad. Desde la reforma del Poder Judicial a fines de los noventas, por muchos criticada, es poco lo que se ha hecho para que la justicia alcance a todos.

Concluyendo, el arbitraje es, por ahora, lo que permite que el acceso a la justicia se garantice para muchos. Hay que popularizarlo más, poniéndolo al alcance de todos los peruanos. Así más personas accederán a este derecho fundamental -la justicia- y no se usará únicamente en grandes contratos donde participa el Estado.

El Perú tiene la mala suerte de que en los últimos 25 años se han acusado a funcionarios públicos sin razón alguna, habiéndoles embargado sus bienes, allanado sus viviendas y destruido a sus familias. Ello no es sencillo, los funcionarios tienen razón en no querer resolver, pero alguien, que bien podría ser el Consejo de Ministros podría tratar de entender que a los funcionarios probos hay que protegerlos. No resolver es muy perjudicial para el país. Mucho más se pierde cuando no se resuelve, sea a favor del Estado o de un tercero. Eso ya lo debíamos haber aprendido, con casos como Talara, donde las inmensas pérdidas que tendremos que asumir los ciudadanos, se deben a falta de decisión de las autoridades en varios gobiernos consecutivos, aduciendo que no había nada que hacer. Todas esas excusas, solo sirven para que

[14] BARONA VILAR, Silva; Ídem. pp. 3

nuestro país no maximice el uso de los recursos públicos, cumpliendo con sus obligaciones.

Como dice el profesor Born[15] cada vez que le preguntan: *"El arbitraje es la forma menos mala que existe para solucionar controversias"*.

III. CAPÍTULO II: PERÚ Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Entrando al campo del arbitraje internacional, o de inversiones, los Estados tratan de replicar la razón por la que arbitran al interior de sus países. Esto es porque el arbitraje es más flexible, célere, especializado, confidencial, con reglas planteadas por las partes, pero sobre todo que aleja, en muchos casos las acciones de los tribunales de las consideraciones extralegales que pueden tener los contratantes, que, en muchos casos pueden ser sociales o políticas.

Como se ha señalado anteriormente el arbitraje internacional, resurge en nuestros países, a partir de la globalización que logra que el comercio con países del mundo se multiplique. Asimismo los países y empresas de dichas nacionalidades realizan importantes inversiones y se establecen en distintos países

Y con el tiempo son las empresas peruanas más sólidas las que empiezan a trasladarse al extranjero con gran éxito. La gran mayoría de ellas, firman acuerdos para solucionar disputas, en centros internacionales donde se sienten que la justicia será igual para todos. Se refleja con esto que la confianza la busca cualquier inversionista. El Perú tiene empresas que han salido a invertir "internacionalmente".

- Credicorp Capital, en Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México y Panamá.
- Gloria en Colombia, Argentina, Bolivia, Ecuador, Puerto Rico.
- AJE Group en, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia, El Salvador, Panamá, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, México, Vietnam, Tailandia, Singapur, India, Indonesia, China, Camboya, Laos, Myanmar, Timor Este, Egipto, Nigeria, Isla Reunión, Madagascar, Somalia, Kenia, Jordania, Yemen y Libia.
- Belcorp en Colombia, Chile, Estados Unidos y España.
- Hochschild, en Argentina.

En el Perú, las cláusulas arbitrales se encuentran, como fundamentales, en los primeros contratos de privatización y compra venta de acciones, de los años noventa. El Perú salía de momentos complicadísimos donde la poca inversión que teníamos era estatal y había sido destruída por el terrorismo. Usaremos como ejemplo el sector eléctrico que, como sabemos todos, es indispensable para que un país funcione. Nos encontramos en el Perú donde la electricidad empieza con la central hidroeléctrica de Tarijas en el año 1884.

> *"La electricidad en nuestro país tiene más de cien años de historia. Como servicio público, comenzó en Lima en 1886 (siendo Presidente del Perú el General Andrés a. Cáceres), cuando la compañía Peruvian Electric Construction and Supply inauguró el alumbrado de la plaza de armas y de algunas calles del centro de Lima, que luego se extendió a los domicilios. El primero de enero de 1902 se inauguró*

[15] BORN, Gary; Artículo: "El arbitraje es un antídoto contra corrupción"; CAE; 2018

oficialmente el servicio público general, que cubría la demanda de 115 mil habitantes de la ciudad de Lima.

A partir de ese momento, la industria eléctrica se expandió de una manera rápida. En la década de los noventa, existió un cambio fundamental en la regulación de este sector: el enfoque se orienta a lograr la suficiencia en el suministro eléctrico mediante una economía integrada y mercados competitivos. Es importante señalar que, de acuerdo con lo señalado, en la Constitución de 1993, el papel empresarial del estado ocupa un lugar subsidiario. Así, el Perú implementó un régimen legal enfocado en el libre mercado y en la promoción de la inversión privada, el cual incluyó a la industria eléctrica. De esta forma, se liberalizó el acceso de los inversionistas al mercado de la generación, transmisión y distribución."[16]

Es con la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Legislativo N° 25844 que en el año 1992 empieza la gran revolución del sector y que abre éste a posibles inversiones privadas nacionales y extranjeras. Como todo en el sector eléctrico estamos ante una industria intensiva en capital. Más aún en el Perú donde el terrorismo había destruido gran parte de la infraestructura eléctrica, las tarifas estaban subsidiadas y había que eliminar el subsidio para poder darle al país inversión y un mejor servicio y, por ende, cabía variar el pensamiento de los peruanos que sentíamos que la electricidad debía ser barata y del Estado.

Hoy casi no nos quejamos del servicio eléctrico, que además si se compara con otros países es eficiente, barato y continuo. ¿cómo llegamos a ello? Con inversión y ésta llegó con confianza. Pero, como sabemos la confianza, se construye y al principio en un país tan complejo como el Perú de ese entonces con terrorismo e hiperinflación había que buscar herramientas para convencer a los inversionistas, sobre todo el extranjero, que entraba solo al país o consorciado con peruanos.

Como fuera, una de las herramientas más poderosas para atraer la inversión fue que en el Perú si había una controversia entre la empresa y el Estado esta se llevaría al arbitraje, que podía ser nacional o internacional. Esta sola cláusula que fue negociada in extenso con los posibles inversionistas y los multilaterales, que también pondrían recursos directamente o mediante préstamos, fue más importante que todo el resto de los contratos. ¿Cómo hago para creerle a un país que no tiene reglas claras, que está creando las normas eléctricas, que tiene a los usuarios que no quieren pagar por la energía y qué, en la distribución, como industria monopólica no tiene un regulador?. El país se propuso hacer las cosas bien y hoy vemos los resultados de una generación de peruanos que entendieron, tanto los privados como los públicos, que la electricidad era una prioridad y que las inversiones en este sector irían a aquel país que les ofreciera rentabilidad acompañada de seguridad.

[16] Tomado de: Https://www. Osinergmin. Gob. Pe/seccion/centro_documental/institucional/estudios_economicos/libros/osinergmin-industria-electricidad-peru-25anios.Pdf; pp 313 - 314

> *"Las reformas introducidas en el sector eléctrico a partir del Decreto Ley N° 25884, Ley de Concesiones Eléctricas, en 1992; y la Ley N° 28832, Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica, en 2006, han permitido reducir la incertidumbre de los agentes privados sobre los retornos de las inversiones realizadas en el sector. A 2015, el sector eléctrico alcanzó US$ 2593 millones en inversiones, de los cuales, 91.2% correspondió a inversiones de empresas privadas (US$ 2364 millones), 4.1% a inversiones de empresas públicas (US$ 122 millones) y 4.7% a inversiones en electrificación rural (US$ 107 millones). Con respecto a 1995, las inversiones en el sector eléctrico crecieron 779%.*
>
> *Según origen, la participación de empresas públicas ha venido disminuyendo a lo largo de los últimos años: pasó de 52.4% en 1995 a 4.7% en 2015, mientras que la privada se ha incrementado desde 22.4% en 1995 a 91.2% en 2015".*[17]

En julio de 1994, se firmó el contrato de privatización o lo que es lo mismo de "compra venta de acciones para Edelnor" que estaba constituida por empresas chilenas, españolas y una peruana. En dicho contrato, en la cláusula vigésima, se señala que cualquier controversia se definirá en los tribunales peruanos, pero que nada impide que se use el arbitraje nacional, bajo ley peruana, que será de derecho y que el laudo puede ser ejecutado por la vendedora – el Estado peruano - en cualquier jurisdicción.

Es claro que en este contrato es el Estado Peruano el que se cubre señalando que puede ejecutar el laudo en cortes extranjeras, lo que le da una ventaja al Perú. Es así como hace 31 años el Gobierno del Perú ya tenía claro que lo más importante en el arbitraje es la ejecución del laudo.

3.1 Consentimiento de materias controvertidas

Las partes deberán recurrir al trato directo en el plazo de seis (6) meses de producido el evento que origina la controversia (acto, declaración o actuación material de cualquiera de las partes). Transcurrido dicho plazo sin que se inicie el trato directo quedará consentido el mencionado evento. De igual manera, si la etapa de trato directo culmina sin que la controversia haya sido solucionada, el evento que la originó quedará consentido si las partes no recurren al arbitraje, peritaje técnico y/o junta de resolución de disputas, según corresponda, en el plazo de seis (6) meses luego de culminada la etapa de trato directo.

Es en la cláusula 47° se regula el arbitraje en los contratos modelo de Asociación Público-Privada que hizo PROINVERSIÓN en el año 2017.

> ***Arbitraje***
>
> *"las partes acuerdan que toda controversia considerada como una controversia no técnica deberá ser resuelta* ***en un arbitraje institucional y de derecho****, bajo las siguientes reglas:*

[17] Tomado de: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Osinergmin-Industria-Electricidad-Peru-25anios.pdf pp. 130

a) En caso de que la cuantía de la controversia sea inferior a [(•) UIT], al momento de iniciarse el arbitraje, el arbitraje será administrado - a elección del demandante – por uno de los siguientes centros de arbitraje: [(•), (•) y (•)]; a cuyas normas y reglamentos se someten las partes, según se elija.

La sede del arbitraje será la ciudad de Lima, República del Perú, y el idioma oficial será el castellano.

En caso fuere necesaria la intervención de jueces y tribunales ordinarios con relación al arbitraje, las partes se someten expresamente a la jurisdicción de los jueces y tribunales del distrito judicial de Lima cercado, renunciando al fuero de cualquier otro domicilio.

b) En caso de que la cuantía de la controversia sea superior a [(•) UIT], al momento de iniciarse el arbitraje, este será administrado por el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI, a cuyas normas y reglamentos se someten las partes.

La sede del arbitraje será la ciudad de [New York, Estados Unidos de América] [París, Francia] y el idioma oficial será el [inglés] [español].

c) En ambos casos, el número de árbitros será tres (3). El demandante (o, si hay más de un demandante, los demandantes actuando conjuntamente) deberá(n) designar un árbitro, y el demandado (o, si hay más de un demandado, los demandados actuando conjuntamente) deberá(n) designar un árbitro.

d) La parte que presenta una solicitud de arbitraje debe incluir en ella la designación de su árbitro y solicitar a la otra parte que cumpla con designar a su árbitro, dentro del plazo de sesenta (60) días hábiles contado a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento.

e) Dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, las partes mantendrán consultas para designar de mutuo acuerdo al presidente del tribunal. Las partes podrán ampliar este plazo de mutuo acuerdo.

f) En caso alguna parte no designe a su árbitro o en caso las partes no lleguen a un acuerdo para la designación del presidente del tribunal dentro del plazo establecido, se aplicarán las normas del reglamento de arbitraje al que se han sometido las partes.

g) De conformidad con lo dispuesto en el numeral 133. 2 del artículo 133° del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, los árbitros deben permitir la participación del regulador para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho regulador.

h) Las partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable. En este sentido, las partes deben considerarlo como sentencia de última instancia, con autoridad de cosa juzgada. En consecuencia, las partes declaran que dicho laudo será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata, salvo el caso, que se produzcan las causales taxativamente previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley de Arbitraje de la sede elegida, según corresponda.

i) Los laudos arbitrales deben ser publicados por ambas partes del contrato, así como por el respectivo centro arbitral.

j) Todos los gastos y costos correspondientes al arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros, honorarios de asesores legales y cualquier otro gasto derivado de la tramitación del arbitraje, serán determinados en el laudo arbitral.

k) Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje por una violación de una disposición del presente contrato si el demandante (o sus socios, accionistas o participacionistas, directos o indirectos) ha sometido previamente una reclamación por los mismos hechos ante un tribunal administrativo o cortes locales, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, incluyendo expresamente tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un estado y el estado receptor de la inversión.

l) Para mayor certeza, si el demandante (o sus socios, accionistas o participacionistas, directos o indirectos) elige someter en cualquier momento una reclamación del tipo descrito anteriormente, ante un tribunal administrativo o cortes locales, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, incluyendo expresamente tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado Peruano con otros estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un estado y el estado receptor de la inversión; esa elección será definitiva y el demandante no puede, a partir de ese momento, iniciar o continuar la reclamación conforme a la presente sección del contrato.

m) Durante el desarrollo del arbitraje las partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible, inclusive con aquellas que son materia del arbitraje."[18]

El Perú ha recorrido un largo trecho en la evolución de grandes contratos de infraestructura entre el sector privado y el público. Así luego de 27 años del primer contrato de privatización, antes mencionado, es que se desarrollan con fuerza las APP (asociaciones público-privada). Una de las causales de ello, es, como siempre la política. Es el caso que durante el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori que se dieron las importantes privatizaciones que el ministro de Economía y Finanzas, Carlos Boloña, cada vez que le preguntaban sobre el dinero de la privatización señalaba que estaba guardado.

Una vez que renunció Alberto Fujimori es que se descubre que no existía casi nada de lo recaudado por las privatizaciones. Empiezan entonces a darse las concesiones cuya diferencia más sustancial era que no se transfería la propiedad sino se otorgaba, por un tiempo determinado, luego de lo cual revertiría al Estado.

Luego que las concesiones funcionaron muy bien, hoy manejamos más las asociaciones público-privadas, que son "*contratos a largo plazo entre una parte*

[18] Primera versión del contrato estándar app, año 2019. Proinversion.https://www.investinperu.pe/es/pi/primera-version-del-contrato-estandar-de-asociacio

privada y una entidad gubernamental, para la provisión de un activo o servicio público en el que la parte privada asume una responsabilidad significativa en la gestión y el riesgo, y la remuneración está vinculado con el desempeño."[19]

Como se ve, no hay transferencia de propiedad y hay un privado que quiere proveer de un activo o servicio público y le plantea al Estado una remuneración por desempeño. Las APP son adjudicadas a quien haga la mejor oferta al Estado pues luego de aprobada la iniciativa se abre a un concurso para recibir las mejores ofertas.

Todas estas grandes inversiones privadas, nacionales o extranjeras, en el Perú contienen en sus contratos como solución de controversias una cláusula árbitral que ha venido siendo mejorada con el paso del tiempo y con el mayor conocimiento de los funcionarios públicos de estas materias.

Lo que es cierto es que el laudo es definitivo e inapelable; que las partes lo deben considerar como sentencia de última instancia, con autoridad de cosa juzgada por lo cual el laudo será obligatorio, de definitvo cumplimiento y de ejecución inmediata.

Es importante mencionar que las partes tienen, antes de ir a un arbitraje si su contrato es una iniciativa público-privada, un periodo de trato directo de 6 meses que, a decir verdad, no es muy exitoso. Ello porque el Estado no puede tranzar y por eso, a pesar de todo lo que se diga, los funcionarios son renuentes a hacerlo y se llega al arbitraje.

Al respecto cabe señalar que "la idea del arbitraje como una jurisdicción excepcional frente a las cortes nacionales ha quedado atrás. Hoy en día, las empresas lo consideran el principal mecanismo para resolver sus conflictos. Así, los papeles se han invertido: el proceso arbitral se ha convertido en la regla general para resolver las grandes controversias, mientras que los jueces son llamados excepcionalmente.[20]"

En abril de este año y luego de un importante foro sobre Asociaciones Público Privadas, PROINVERSIÓN señaló lo siguiente:

> *"La Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) y el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), buscan que 11 asociaciones público-privadas (APP) con contrato de concesión vigente adelanten inversiones por casi US$ 12 000 millones.*
>
> *Durante el segundo día del foro APP América 2025, el evento más importante de APP en América Latina que se realiza en Lima, se presentó la cartera detallada por US$ 70 000 millones que se promueve desde PROINVERSIÓN, entre los cuales uno de sus componentes es la firma de adendas de 11 concesiones vigentes.*
>
> *Durante la presentación se explicó que se identificaron concesiones autofinanciadas, es decir, en las que la inversión es 100% del sector privado, y en las que se pueden ampliar los plazos de los contratos a cambio de mayor inversión para construir infraestructura adicional que siga generando mayores niveles de servicio.*

[19] Tomado de: Https://idbinvest.Org/es/soluciones/servicios-de-asesoria/asociaciones-publico-privadas#:~:text=una%20asociación%20público%2dprivada%20(app, está%20vinculado%20con%20el%20desempeño

[20] Ídem. pp 92

> *Entre los proyectos destacados están la construcción de un tercer carril en la Panamericana Sur y la Vía de Evitamiento de Ica, la Distribución de Gas Natural por redes de ductos, las ampliaciones de los puertos de Matarani y el Callao (muelle norte y muelle sur), la modernización de la línea 1 del Metro de Lima, entre otros.*[21]"

Es acá cuando debería surgir la duda si debemos extender el plazo de la concesión con la parte exigiéndole más inversión o si debemos sacar a concurso esta mayor inversión. Son estos los temas que hoy enfrenta el país luego que los plazos de concesiones y APP vienen llegando a su fin. Queda a Proinversión y al MEF esta importante tarea.

Los contratos internacionales de inversión, como preferimos llamarlos presentan hoy algunos temas que deben ser repensados:

a) Necesidad de aclarar lo que se entiende por un contrato internacional de inversión

Las partes en un contrato internacional de inversión quieren hacer negocios. Es ahí que el Estado peruano que redacta los contratos es quien debe tener en claro cuáles son los beneficios para el país de dichos contratos. Estos beneficios no pueden ser ocultos, tienen que ser socializados. Ello quiere decir que la sociedad debe entender para qué se hace este u otro proyecto y qué va a redituarle a ésta. Los medios, incluyendo a las redes sociales, deben entender y hacer las preguntas que lleven a que el Estado comunique lo que viene haciendo y por qué lo hace así. Esto no es claro en la actualidad y una demostración de ello es la politización de los contratos, como es el caso de las carreteras, donde la eliminación del peaje es visto como un logro para el alcalde y no como el rompimiento de un contrato que tendremos que pagar todos los peruanos y, por supuesto que no habrá más inversión en esas vías. Claro, siempre el Estado puede proveerla, pero ya sabemos y hemos probado en carne propia, que el Estado es mejor supervisor que constructor fuera que la Constitución prohibe el Estado Empresario si hay un privado que quiere prestar un servicio.

b) Laudos que no se honran

Es el Estado Peruano quien ha decidido pactar el arbitraje en los contratos de inversión. Lógicamente lo hace porque de otra forma no se conseguirá la inversión que hemos tenido en los últimos 30 años y que mejora la calidad de vida de los peruanos y así como los ingresos fiscales, que tienen que ser redistribuidos impactando positivamente a la población.

Por alguna razón es que no logramos entender, el Perú, que cumplía con honrar sus laudos internacionales, aquellos del CIADI, la ICC, UNCITRAL, entre otros, ha dejado de hacerlo.

Hoy no sabemos cuántos laudos no ha honrado el Estado peruano. Entre ellos pueden encontrarse los que debe pagar el Ministerio de Economía, Ministerio de Transportes y Comunicaciones y los que debe pagar la Municipalidad de Lima.

En el año 2023 el prestigioso estudio de abogados PPU, señaló en su boletín legal que "el Perú actualmente tiene 26 arbitrajes de inversión abiertos en tribunales internacionales, 23 en el CIADI y 3 en la Permanent Court of Arbitration. Estos son los

[21] Tomado de: https://www.gob.pe/institucion/proinversion/noticias/1142913-hay-11-app-con-contratos-vigentes-que-pueden-adelantar-inversiones-por-casi-us-12-000-millones

procedimientos que buscan resolver disputas entre inversores extranjeros y estados anfitriones cuando no se logran acuerdos dentro del trato directo.

Los 26 casos fueron abiertos entre el 2018 y el 2023, teniendo demandantes del sector transportes (como Metro de Lima línea 2, S A., Vinci Highways, concesionario de proyecto Línea Amarilla, Odebrecht Latinvest y más); Comunicaciones (Telefónica; TV AZTECA); minería (SMM Cerro Verde Netherlands b. V.; LUPAKA GOLD CORP.; RENCO GROUP INC. & DOE RUN; FINANCIERO (Bank Of Nova Scotia); Energía (ENAGÁS); entre otros.

En total, el Perú tuvo 42 arbitrajes de inversión desde 1998, de los cuales perdió cuatro que requirieron indemnizaciones por us $149, 1 millones. En tanto, ganó o negoció el retiro de estos en conjunto con el demandante en otros 12. Los montos acordados a pagar, fuera de los procesos, son confidenciales.

El mayor revés económico provino del fallo que le dio la razón a la empresa estadounidense Gramercy Funds Management llc, que exigía el pago de los bonos agrarios emitidos por el país en los años 70. El CIADI reconoció que el Perú incurrió en una violación del estándar de nivel mínimo de trato al inversionista establecido en el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y determinó el pago de US$100 millones. La sentencia fue publicada en diciembre del 2022.

Los otros casos perdidos se refieren a la seguridad jurídica de inversiones y a expropiaciones indirectas de las inversiones."[22]

A la fecha no sabemos cuántos arbitrajes internacionales hay en marcha, ni cuántos ha ganado el Perú ni los que ha perdido. Dicha información, debería ser transparente y no lo es. La información al respecto no la entregan y las dudas crecen. El país debe saber si hay causas reiteradas que están siendo denegadas por los tribunales internacionales para llegar a mejores transacciones con la contraparte. Aquello que se gana, obviamente debe ser repetido y lo que se pierde, modificado.

Lo que no puede pasar es que se embargue al Estado peruano por no pagar sus laudos arbitrales luego de cláusulas donde el Perú señala y suscribe, palmariamente, que el arbitraje tiene calidad de cosa juzgada. Además, los peruanos debemos tener claro cuáles son las causales por las que no se honra un laudo arbitral para saber qué están haciendo nuestras autoridades, y, sobre todo, si cumplen la ley.

c) Adendas

Es muy importante que los contratos de concesión que vencen en estos años sean evaluados uno a uno a fin de sostener las adendas que se plantea hacerles. El país debe obtener el máximo beneficio de las concesiones y no estamos seguros si ello se obtiene por una adenda o por el planteamiento moderno de los contratos que hoy suscribe el Estado donde se maximiza el rendimiento público.

Los funcionarios públicos siguen temiendo a las adendas, que se demoran años y, en muchos casos, llevan a arbitrajes internacionales. Esto debe ser evitado por todos los funcionarios públicos, ya que las cuentas se pagan finalmente y somos los ciudadanos los que tendremos que pagar los intereses que generan.

[22] Tomado de: https://ppulegal.com/ppu-legal/el-peru-tiene-26-arbitrajes-internacionales-abiertos-que-implican-estos-casos/

En suma, el arbitraje internacional es una herramienta de inversión para el Perú que implica crecimiento del país. Si no somos capaces y si no sabemos por qué hay que cumplir con los laudos, mejor no suscribamos contratos con cláusula arbitral.

El país no solamente queda como un lugar donde no se debe invertir, sino que no cumple con sus propios contratos y con su Ley de Arbitraje. Tampoco con la convención de Nueva York de 1958, sobre ejecución de laudos arbitrales que es un Tratado suscrito por el Perú y más de 160 países.

Debemos ser más serios y, sobre todo, transparentes.

IV. CONCLUSIONES

1. Los laudos arbitrales se cumplen, salvo que sean contrarios a ley.

2. Los laudos arbitrales son inapelables y tienen la calidad de cosa juzgada, con la fuerza de una sentencia en última instancia.

3. El arbitraje es la verdadera forma de acceso a la justicia para muchos.

4. El Perú debe cumplir con sus compromisos para seguir atrayendo la inversión que requerimos.

5. El arbitraje es la herramienta más poderosa para atraer inversión al país.

6. Los ciudadanos debemos conocer el estatus de los arbitrajes internacionales donde el Perú es demandante o demandado.

7. Las adendas de los contratos que vencen hay que mirarlas con cuidado a ver si son la vía para que los contratos continúen.

8. Toda la información sobre los arbitrajes donde participa el Estado debe ser pública y estar al alcance de todos. Además, debería explicarse caso por caso.

9. Por lo expuesto en estas líneas debemos evitar que los laudos arbitrales, nacionales, internacionales, de inversión, comerciales o incluso el arbitraje popular, se parezcan más a un papel mojado en tinta que a la defensa de los contratos y de la cláusula arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, Silvia; "Maximización de La Eficiencia y Búsqueda de la Celeridad en el Arbitraje: Entre El Mito, La Sublimación y la Cuarta Revolución Industrial; Publicado en Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, n 1, Vol. XI 2018, España.

- BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta; "*Administración de Justicia, Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos*"; Themis 22, 1997.

- BORN, Gary; Artículo: "El arbitraje es un antídoto contra corrupción"; CAE; 2018

- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque; "La nueva ley de arbitraje peruana, un nuevo salto a la modernidad"; Revista Peruana de Arbitraje; Lima; 2008; pp 43

- CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo; "EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA REFORMA DE LA JUSTICIA; Biblioteca de Arbitraje (VOLUMEN I); 2006.

- CHIABRA VALERA, María Cristina; Artículo: El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias. Revista Foro Jurídico.

- ESPEJO DONAIRE, Andrea; ¡Ganamos! ¿Ahora, qué viene?: Algunas problemáticas alrededor del reconocimiento y Ejecución de los laudos arbitrales; Forseti revista de Derecho; Volumen 13, N° 19, Lima; 2024.

- O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia & REPETTO DEVILLE, José Luis; "*Características Principales de la Ley Peruana de Arbitraje*"; ILSA Journal of International & Comparative Law Vol. 23:3; pp 523

EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS: ¿JUEZ O INSTITUCIÓN ARBITRAL?

Autores:
Roque J. Caivano
Natalia M. Ceballos Ríos

EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS: ¿JUEZ O INSTITUCIÓN ARBITRAL?

The Arbitrator in Dispute: Court or Arbitral Institution

Por Roque J. Caivano*[1] y Natalia M. Ceballos Ríos[2]**

SUMARIO:

I. Introducción: el nombramiento como punto estructural del arbitraje.
II. El rol del Poder Judicial en el arbitraje (evolución y estado actual).
III. El problema jurídico: la desavenencia en la designación de árbitros.
IV. La Ley Modelo UNCITRAL y la arquitectura de la intervención subsidiaria.
V. El modelo peruano: desjudicialización plena en la constitución del tribunal.
VI. Paraguay: De la Ley 1879 /2002 a la Ley 7561/2025: el regreso al juez como autoridad nominadora residual.
VII. Argentina: modelo UNCITRAL clásico.
VIII. Caso del Ecuador.
IX. Conclusiones.

Resumen

El nombramiento de árbitros ante la falta de acuerdo entre las partes constituye uno de los puntos más sensibles en la estructura del arbitraje comercial internacional e institucional. La forma en que cada ordenamiento jurídico resuelve este bloqueo revela el grado de judicialización del sistema arbitral y el nivel de confianza depositado en las instituciones arbitrales. El presente trabajo analiza la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en los sistemas latinoamericanos y examina comparativamente los modelos adoptados en Argentina, Perú, Paraguay y Ecuador. Se sostiene que la mayoría de legislaciones de la región mantienen un esquema de intervención judicial subsidiaria para el nombramiento de árbitros ante un desacuerdo entre las partes. Sin embargo, el Perú introdujo con el Decreto Legislativo N.º 1071 un modelo de desjudicialización constitutiva en el arbitraje institucional, trasladando prioritariamente la potestad nominadora a las instituciones arbitrales. El artículo concluye que el caso peruano y el ecuatoriano representan una

[1] * El autor es doctor en Ciencias Jurídicas, reconocido como uno de los principales referentes del arbitraje en Iberoamérica, con una destacada trayectoria como árbitro, docente, autor y consultor internacional. Ha participado en la elaboración de legislación arbitral en diversos países, dirigido importantes programas académicos y publicado obras de referencia en la materia. Roque J. Caivano es uno de los referentes más reconocidos del arbitraje comercial en Latinoamérica, con más de cuatro décadas de trayectoria como árbitro, profesor y autor. Se desempeña como Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, integra listas de árbitros de prestigiosas instituciones internacionales y ha participado en la elaboración de importantes leyes de arbitraje. Es autor de numerosas obras de referencia, es presidente de la Competencia Internacional de Arbitraje y director de la Revista Argentina de Arbitraje. Correo de contacto: roquecaivano@gmail.com

[2] ** La autora es máster en Administración de Empresas por la Universidad Americana de Asunción-IDE-CESEM España, Especialista en Derecho Ambiental por la Universidad Católica Argentina y abogada titulada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue asesora técnica principal en el Proyecto BID de Fortalecimiento del Centro de Arbitraje y Mediación de Paraguay. Asimismo, ha sido directora ejecutiva del Proyecto USAID, Centros de Conciliación y Justicia Legal Gratuita en Perú y secretaria ejecutiva de la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministerio de Justicia en el proyecto BID de Modernización de Estado en Perú. Fue asesora en la Bolsa de Cereales de Buenos Aires y directora del grupo Bioeconomía en Argentina. Actualmente, es directora institucional de la Competencia Internacional de Arbitraje y subdirectora de la Revista Argentina de Arbitraje. Correo de contacto: natceballosrios@gmail.com

evolución singular dentro del arbitraje latinoamericano, al redefinir el rol del Estado desde la constitución del tribunal arbitral hacia el control posterior del laudo.

Palabras clave

Judicialización del arbitraje/ Desjudicialización/ Nombramiento de árbitros/ Arbitraje institucional/ Ley Modelo UNCITRAL/ Arbitraje comercial internacional/ Intervención judicial subsidiaria.

Abstract

The appointment of arbitrators in cases of party disagreement constitutes one of the most sensitive issues in the structure of international commercial and institutional arbitration. The mechanism adopted by each legal system to resolve appointment deadlocks reflects the degree of judicialization within the arbitral framework and the level of trust placed in arbitral institutions. This article analyzes the influence of the UNCITRAL Model Law on Latin American arbitration systems and comparatively examines the models adopted in Argentina, Peru, Paraguay and Ecuador. It argues that most jurisdictions in the region preserve a scheme of subsidiary judicial intervention for arbitrator appointment when parties fail to agree. However, Peru introduced through Legislative Decree No. 1071 a model of constitutive dejudicialization in institutional arbitration by transferring appointing authority primarily to arbitral institutions. The article concludes that the Peruvian and Ecuadorian models represent a distinctive evolution within Latin American arbitration by redefining the role of the State from the constitution of the arbitral tribunal to the subsequent control of arbitral awards.

Keywords

Judicialization of arbitration/ Dejudicialization/ Appointment of arbitrators/ Institutional arbitration/ UNCITRAL Model Law/ International commercial arbitration/ Subsidiary judicial intervention.

I. INTRODUCCIÓN: EL NOMBRAMIENTO COMO PUNTO ESTRUCTURAL DEL ARBITRAJE

El arbitraje descansa en un principio fundamental: la autonomía de la voluntad. Sin embargo, esa autonomía encuentra su primer límite en la necesidad de constituir un tribunal arbitral. Sin tribunal no hay proceso, y sin proceso no hay laudo. Por ello, si las partes estuvieron de acuerdo en recurrir al arbitraje, pero luego no logran establecer en conjunto quiénes serán los árbitros que entenderán en el caso, el ordenamiento que rija el arbitraje debe dar una respuesta, determinando un mecanismo para que los árbitros finalmente sean designados.

La experiencia comparada demuestra que uno de los momentos más sensibles del arbitraje es el nombramiento de los árbitros. Cuando las partes no logran ponerse de acuerdo, el procedimiento puede quedar paralizado indefinidamente. En ese punto emerge una cuestión estructural: ¿quién tiene la legitimidad para desbloquear el proceso? La respuesta a esta pregunta define el grado de judicialización del sistema. Si interviene el juez, el arbitraje incorpora un componente jurisdiccional constitutivo. Si interviene una institución arbitral, el sistema se desplaza hacia una lógica de autorregulación institucional.

Es a partir de 2008 que el Perú adoptó un modelo de desjudicialización constitutivo en el arbitraje institucional, diferenciándose del esquema clásico de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) y del régimen peruano de 1996. La Ley de Arbitraje peruana, aprobada por Decreto Legislativo 1071/2008 [en adelante, LAPE] trasladó a las instituciones arbitrales la facultad de designar árbitros cuando las partes no alcanzan

un acuerdo, reduciendo la intervención judicial a supuestos excepcionales y fortaleciendo la autonomía del sistema arbitral.

Esta opción legislativa no es uniforme en el derecho comparado. Mientras algunos ordenamientos mantienen al juez como autoridad llamada a integrar el tribunal arbitral cuando fracasa el mecanismo de designación previsto por las partes, otros han optado por confiar esa función a las instituciones arbitrales, privilegiando la especialización, la celeridad y la menor injerencia estatal. La forma en que cada país resuelve este problema no constituye una mera cuestión procedimental, sino que refleja una determinada concepción sobre la naturaleza del arbitraje y el equilibrio entre la autonomía privada y el control jurisdiccional.

En ese contexto, el presente trabajo analiza comparativamente los distintos modelos de designación de árbitros cuando las partes no logran constituir el tribunal arbitral, tomando como punto de partida la evolución del sistema peruano y examinando la influencia que este ha ejercido en otras legislaciones de la región, particularmente en la reciente Ley de Arbitraje de Paraguay (Ley N° 7561/2025). El objetivo es demostrar que la autoridad encargada del nombramiento de los árbitros constituye uno de los indicadores más relevantes para medir el grado de autonomía institucional alcanzado por un sistema arbitral y su nivel de intervención judicial. Este trabajo sostiene que el Perú, a partir de 2008, adoptó un modelo de desjudicialización constitutivo en el arbitraje institucional, diferenciándose del esquema clásico de la Ley Modelo UNCITRAL y del régimen peruano de 1996.

II. EL ROL DEL PODER JUDICIAL EN EL ARBITRAJE (EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL)

Si el efecto primario del acuerdo arbitral, y el propósito que las partes persiguen al celebrarlo, es resolver sus controversias al margen del Poder Judicial[3], es razonable pensar que la intervención de los jueces deba ser la mínima indispensable. La concepción de cuál es ese mínimo indispensable ha evolucionado de manera significativa en los últimos cincuenta años. En el esquema moderno del arbitraje se han encontrado soluciones que permiten evitar el recurso a los tribunales judiciales respecto de muchas funciones que, hasta mediados del siglo XX, se consideraba no podían ser cumplidas sino por estos. Y ello se traduce en una reducción de los supuestos de intervención en los tres órdenes de funciones tradicionalmente asignadas a la justicia estatal en casos sometidos a arbitraje: integración del acuerdo arbitral, cooperación y control.

Una de las funciones que se consideraban insustituibles era la integración del acuerdo arbitral. Cuando este consistía en una cláusula arbitral, las legislaciones exigían que, una vez que surgieran controversias concretas, las partes celebraran un nuevo acuerdo, el compromiso arbitral. Pero si las partes no acordaban el contenido del compromiso arbitral, o una de ellas se resistía a celebrarlo, la cuestión era derivada a los jueces, resolviéndose las desinteligencias sobre el contenido del compromiso mediante una sentencia judicial[4]. Es al reconocerse el carácter autosuficiente de la cláusula arbitral, que ya no necesita ser confirmada o complementada por un nuevo acuerdo, se eliminó el requisito legal del compromiso arbitral y, con él, la acción judicial prevista para suplirlo[5].

[3] Carbonneau, Thomas E., "The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements", Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 36, n.° 4, octubre de 2003, pp. 1189 y ss.
[4] Ver, Caivano, Roque J., "La acción judicial para la celebración forzada del compromiso arbitral", JA 1999-III-53.
[5] Ver, con más detalle, Caivano, Roque J., La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

III. EL PROBLEMA JURÍDICO: LA DESAVENENCIA EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS

La desavenencia puede producirse cuando: (i) una parte no designa árbitro dentro del plazo; (ii) los árbitros designados no acuerdan al presidente; (iii) el tercero designador pactado no actúa; (iv) el mecanismo acordado resulta inoperante.

Este escenario exige un mecanismo supletorio. Allí se revela el grado de judicialización del sistema.

Es posible identificar tres funciones principales que la ley atribuye a los jueces en casos sometidos a arbitraje: (i) funciones de integración, (ii) funciones de cooperación y (iii) funciones de control. Es en las funciones de integración que el juez, en ausencia de un acuerdo entre las partes, es "quien puede proveer a la designación de los árbitros, decidir sobre su remoción, recusación o sustitución, y determinar los puntos concretos que se someterán a decisión de los árbitros".

Dentro de las funciones de integración del acuerdo arbitral, y aun luego de desaparecida la exigencia de celebrar el compromiso arbitral se consideró inevitable la intervención judicial para designar a los árbitros, cuando fallaban los mecanismos previstos por las partes. Aunque la mayoría de las legislaciones sigue asignando esta función a los tribunales judiciales, algunas han encontrado soluciones más creativas: las leyes de arbitraje peruana y ecuatoriana, por ejemplo, derivan esta tarea al Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del demandante (ley ecuatoriana, art. 16) o a la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje (LAPE, art. 23, literal d).

IV. LA LEY MODELO UNCITRAL Y LA ARQUITECTURA DE LA INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA

Al decir de autorizada doctrina, la Ley Modelo es "uno de los desarrollos más influyentes e importantes en la historia reciente del arbitraje comercial internacional",[6] ha sido la fuente directa de legislaciones de todas partes del mundo,[7] y en especial de América Latina.[8] La Ley peruana, naturalmente, no es la excepción: en su exposición de motivos se señala que, sin perjuicio de otras muchas fuentes, las disposiciones de la Ley Modelo se han considerado "de manera especial".

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional adoptó en 1985 la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, actualizándola en 2006. El artículo 11 establece un sistema escalonado: las partes pueden acordar libremente el procedimiento de nombramiento, pero, a falta de acuerdo, opera el mecanismo estándar (cada parte nombra uno; los dos designan al presidente). Si este mecanismo fracasa, interviene el tribunal estatal o la autoridad designada por el Estado. El diseño revela un equilibrio: la autonomía de las partes es prioritaria, pero el ordenamiento jurídico garantiza la efectividad del convenio arbitral, inclusive poniendo a disposición la actuación de los propios jueces estatales, si fuese necesario.

La Ley Modelo UNCITRAL establece, como principio general, el de la libertad de las partes para pactar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros (artículo 11.2); pero, en defecto de acuerdo de las partes o de los árbitros –o si el tercero encargado de hacerlo no lo hace– los árbitros habrán de ser designados judicialmente (artículo 11.3 y 11.4).

---

6 Grigera Naón, Horacio A.: "La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino", La Ley, 1989-A, pp. 1021 y siguientes.
7 Sanders, Pieter: "Unity and diversity in the adoption of the Model Law", Arbitration International, vol. 11, N.º 1, 1995, pp. 1 y siguientes.
8 Conejero Roos, Cristián: "La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo", Revista Chilena de Derecho, vol. 32, N.º 1 (2005), 89 y siguientes.

Caivano y Ceballos sostienen que "el requerimiento de designación[9] al Poder Judicial es el último de los remedios posibles[10]. Born sostiene que, una característica dominante en la selección del tribunal arbitral es el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esta autonomía, sostiene, está sujeta únicamente a unas pocas restricciones, orientadas a garantizar un tribunal imparcial e independiente y a salvaguardar un número limitado de políticas públicas igualmente relevantes[11].

V. EL MODELO PERUANO: DESJUDICIALIZACIÓN PLENA EN LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

El Decreto Legislativo N.º 1071

La Ley de Arbitraje peruana de 2008 adoptó una decisión disruptiva en la región: el Poder Judicial no interviene en la designación de árbitros cuando hay desavenencia.

Es la Cámara de Comercio correspondiente quien realiza la designación.

> "Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros
>
> 5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23º."

> "Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.
> Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
>
> (…)
>
> d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
> e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje."

9 Refiriéndose a la designación del árbitro.
10 Caivano, R. & Ceballos, N. (2020). Tratado de arbitraje comercial internacional argentino. Comentario exegético y comparado de la Ley 27.449, (ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2020), 306.
11 "a dominant characteristic of the selection of the arbitral tribunal is the principle of party autonomy. … This autonomy is subject to only a few restrictions, directed at ensuring an impartial and independent tribunal and safeguarding a limited number of similarly-important public policies.
As also discussed below, commercial parties very frequently exercise their autonomy with regard to the constitution of the tribunal by incorporating institutional rules or comparable terms into their arbitration agreement. These rules provide largely autonomous procedural mechanisms and substantive standards governing the selection, challenge and replacement of the arbitrators, with minimal involvement of national courts, and play a vital role in contemporary international arbitration". Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Second edition, 2014, Volume II, (Wolters Kluwer, Law and Business.) 1638.

> "Artículo 25.- Nombramiento por las Cámaras de Comercio.
> 1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
> Esta decisión es definitiva e inimpugnable.
> 2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada
> a la otra parte.
> 3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
> 4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23 y en el artículo 24, dentro de un plazo razonable."

Con ello, se elimina la judicialización temprana, se reduce el riesgo de tácticas dilatorias, se evita la apertura de un incidente judicial paralelo, se fortalece el ecosistema arbitral institucional y se desplaza el control judicial. El juez peruano solo interviene frente a una posible anulación del laudo o ejecución del laudo, pero no en la etapa constitutiva.

Perú adopta un modelo de confianza institucional en el arbitraje, desplazando al juez del momento fundacional del tribunal. Es el modelo más radicalmente desjudicializado de la región en este punto específico.

Alfredo Bullard, refiriéndose a ello señala que la "liberación del poder judicial para la designación residual de árbitros es otro ejemplo de protección del principio de inevitabilidad del arbitraje. Si una parte se niega a nombrar su árbitro o los árbitros designados por ellas no pueden ponerse de acuerdo para nombrar al presidente, recurrir a las cortes ordinarias para su nombramiento rompería la voluntad de las partes de, precisamente, no ir al poder judicial. Si bien las partes pueden protegerse de ese riesgo mediante la designación de una entidad nominadora —como un centro arbitral—, la regla supletoria a falta de pacto debería buscar un sistema que precisamente haga innecesaria la intervención de los jueces. Ello a fin de evitar retrasar la constitución del tribunal y, sobre todo, poner en riesgo el tener una constitución del tribunal arbitral que no obedezca a la práctica arbitral. Esto explica por qué la ley peruana optó por la designación residual por parte de las cámaras. El inciso 5 del artículo 22 aborda uno de los riesgos clásicos del arbitraje: la conducta obstructiva de una de las partes en la etapa de constitución del tribunal arbitral. La norma establece un mecanismo escalonado que evita que el procedimiento quede paralizado por la inacción o resistencia de quien debe designar árbitro. Cuando una parte no cumple con efectuar el nombramiento en el plazo pactado —o, en su defecto, en el previsto por el propio Decreto Legislativo— se activa un sistema de sustitución funcional. En primer término, puede recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para que efectúe el nombramiento pendiente. Solo en ausencia de estos mecanismos contractuales o institucionales se procede conforme al artículo 23°, que contiene la regla supletoria de intervención.

El arbitraje descansa en la autonomía de la voluntad, pero de ambas partes; no es permitido que una sola de ellas convierta esa libertad en un instrumento de bloqueo. Si la constitución del tribunal dependiera indefinidamente del acuerdo de ambas partes, bastaría la negativa de una de ellas para vaciar de contenido el convenio arbitral, burlando la que en su momento fue la intención común de resolver por esta vía las controversias que pudieran surgir entre ellas. Este inciso, por tanto, protege la eficacia del acuerdo arbitral y garantiza la continuidad del proceso. La voluntad inicial de

someter la controversia a arbitraje prevalece sobre la resistencia posterior de una de las partes.

Es relevante advertir que la norma respeta una jerarquía coherente con la naturaleza del arbitraje: (i) primero, el mecanismo pactado por las partes; (ii) luego, la institución arbitral o el tercero designado; y (iii) finalmente, la regla supletoria del artículo 23°. Esta última, que manda que la cuestión sea resuelta por las Cámaras de Comercio, se activa como regla supletoria siempre que no exista acuerdo entre las partes, o no sea posible constituir el tribunal por los medios que aquellas previeron. Esta estructura reafirma que la intervención externa es excepcional y subsidiaria, reservándose solo para los casos en que fallan los canales previstos por la autonomía privada.

Con el propósito de evitar una intervención judicial y agilizar la integración del tribunal arbitral, la LAPE otorga a los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio la facultad de designar árbitros (artículos 23.d) y 25), y la de decidir sobre su recusación o remoción (artículos 29.d) y 30.3. El modelo es consistente con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que prevé la intervención de una "autoridad nominadora" cuando una parte no cumple con designar árbitro dentro del plazo acordado. Y, desde el punto de vista práctico, esta regla reduce los incentivos para eventuales tácticas dilatorias. La parte renuente en definitiva sabe que su inacción no impedirá la conformación del tribunal, ni podrá dilatar el nombramiento a través de un lento proceso ante los tribunales estatales, ni judicializar la cuestión. Y, como contrapartida, perderá la oportunidad de influir directamente en la designación del árbitro que le corresponde. Así, la norma ofrece un equilibrio entre autonomía y efectividad: respeta el derecho de cada parte a nombrar su árbitro, pero impide que ese derecho se transforme en un poder de veto.

En definitiva, el inciso 5 reafirma que el arbitraje es un mecanismo eficaz de resolución de controversias, no un procedimiento condicionado a la cooperación permanente de ambas partes. Cuando una incumple aquello a lo que se comprometió, el sistema ofrece una vía de reemplazo que asegura la constitución del tribunal y la continuidad del proceso. Fortalece la seguridad jurídica, previene conductas estratégicas y consolida la concepción del árbitro como juez privado, en cuya elección las partes pueden participar, pero manteniendo la independencia e imparcialidad exigidas a quien debe juzgarlas.

En palabras de Bullard: "Las reformas por las que ha atravesado el Perú —país particularmente exitoso en implementar el arbitraje— en los últimos años—desde la derogación de los artículos que regulaban en arbitraje en el Código Civil hasta la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071— se han destinado todas —y principalmente— en reforzar el principio de inevitabilidad: eliminación de la cláusula compromisoria como contrato preparatorio, restricción de formas de intervención judicial, reforzamiento de la excepción de arbitraje, nominación residual por árbitros por las cámaras de comercio, etc. Todas estas reformas van orientadas a impedir que se pueda evitar el arbitraje"[12].

VI. PARAGUAY: DE LA LEY 1879 /2002 A LA LEY 7561/2025: EL REGRESO AL JUEZ COMO AUTORIDAD NOMINADORA RESIDUAL

Ley 1879 /2002

Desde comienzos de este siglo, y luego de haber abandonado la regulación del arbitraje en el Código de Procedimiento, la regulación arbitral paraguaya estuvo

[12] Bullard González, Alfredo, "¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación", Revista Internacional de Arbitraje, n.º 19, julio-diciembre de 2013, pp. 64.

contenida en la Ley N° 1879 de Arbitraje y Mediación de 2002, claramente inspirada en la Ley Modelo de UNCITRAL. El artículo 13 establecía expresamente que, ante la falta de acuerdo entre las partes para el nombramiento de árbitros, la designación sería realizada por el juez competente.

> **Artículo 13.- Nombramiento de los árbitros.** Para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:
>
> (…)
>
> **c)** A falta de tal acuerdo:
>
> **1.** en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de siete días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.
>
> **2.** en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.
>
> **d)** cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de siete días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
>
> **e)** toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al juez en los Incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.
>
> **f)** al nombrar un árbitro, el juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

La norma paraguaya incluso precisaba que la decisión judicial sería inapelable y que el juez debía garantizar independencia e imparcialidad del árbitro designado (art.13, inciso f).

Asimismo, el artículo 8 de la Ley 1879 consagraba el principio de mínima intervención judicial, indicando que los órganos jurisdiccionales no debían intervenir salvo disposición legal expresa. Sin embargo, esa mínima intervención coexistía con un claro poder judicial constitutivo en materia de nombramiento arbitral.

Ley 7561/2025

En 2025 Paraguay aprobó la nueva Ley N° 7561 de Arbitraje, que moderniza el sistema arbitral y fortalece la autonomía del arbitraje. No obstante, aún bajo el nuevo régimen subsiste la lógica de intervención judicial subsidiaria en caso de fracaso del mecanismo nominador. La nueva ley paraguaya reafirma el principio de mínima intervención judicial (art. 9), pero mantiene el esquema clásico en materia de designación de la Ley Modelo.

Los supuestos de intervención judicial paraguaya se dan frente a la falta de designación de árbitro por una parte, el desacuerdo entre árbitros para elegir al árbitro presidente, o frente al fracaso del procedimiento pactado.

Por ello, Paraguay continúa alineado con el modelo UNCITRAL clásico de judicialización subsidiaria.

> "Artículo 16.- Nombramiento de los árbitros.
>
> c) A falta de tal acuerdo:
>
> 1. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 (treinta) días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 (treinta) días, contados desde su nombramiento, la designación será hecha por el Juez, a petición de cualquiera de las partes, en el plazo de 7 (siete) días. El tercer árbitro presidirá el tribunal arbitral.
>
> 2. En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Juez, en el mismo plazo señalado en el párrafo anterior.
>
> d) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Juez que haga cumplir lo convenido por las partes adoptando las medidas necesarias, en el plazo de 7 (siete) días, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
>
> e) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas al Juez en los Incisos c) o d) del presente artículo será inapelable.
>
> f) Al nombrar un árbitro, el Juez tendrá en cuenta las condiciones requeridas estipuladas entre las partes para un árbitro por el acuerdo y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. Cuando se trate de un arbitraje internacional y el árbitro sea único o se trate del tercer árbitro, el Juez tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes."

Aunque es moderna y pro-arbitraje, y se advierte claramente la inspiración de la ley peruana, en este punto la ley paraguaya mantiene el modelo tradicional UNCITRAL: judicialización supletoria.

La nueva Ley paraguaya se nutre de la LMU en el caso de conflicto en la elección de árbitro sancionando que, a falta de acuerdo, la designación será hecha por el Juez (artículo 16.c). Como ya lo hemos mencionado, la ley peruana no direcciona nunca al Poder Judicial, sino a las Cámaras de Comercio (LAP artículo 23).

La Exposición de Motivos de la ley paraguaya refiere a la inevitabilidad del arbitraje, e inclusive cita la opinión de Bullard, cuando éste señala que "el arbitraje funciona porque es inevitable, porque una vez que se pacte el convenio, no se lo puede parar, si se detiene, el arbitraje no funciona, así de simple, y así ocurre en todos los países. En los países donde hay mecanismos para parar el arbitraje, no funciona. En los países donde tenemos legislación y jueces que entienden que esa legislación no permite parar el arbitraje, el arbitraje funciona"[13]. Consecuente con ello, la Exposición de

[13] La Exposición de Motivos de la Ley de arbitraje de Paraguay de 2025, cita a Bullard en "El Control judicial del Arbitraje", en BULLARD (editor), Litigio Arbitral - el arbitraje visto desde otra perspectiva, Palestra, Lima, 2016, p. 430.

Motivos concluye enfatizando que "Lo que se busca con esta nueva regulación, entonces, es que el arbitraje en Paraguay, en síntesis, " funcione"[14].

A pesar de los formidables avances que la ley contiene en materia de autonomía y "desjudicialización", en el tema que nos ocupa mantuvo la solución tradicional, que reserva como última ratio la intervención judicial para la designación de los árbitros. Quizá hubiese sido preferible seguir el modelo peruano o el ecuatoriano que, con el propósito de evitar una intervención judicial y agilizar la integración del tribunal arbitral, otorgan a los Centros de Arbitraje la facultad de designar árbitros.

VII. ARGENTINA: MODELO UNCITRAL CLÁSICO

Ley 27.449

La ley argentina de arbitraje comercial internacional sigue fielmente el esquema de la Ley Modelo. En este punto, privilegia la tutela judicial estructural como garantía institucional. No hay desjudicialización en la fase constitutiva.

El artículo 24[15] establece que, en ausencia de acuerdo o ante la falta de designación de los árbitros dentro de los plazos previstos, la designación será realizada por el tribunal judicial competente. Esto significa que el Poder Judicial actúa como autoridad de apoyo en la constitución del tribunal arbitral. Como se vio, el sistema peruano es distinto, habiéndose eliminado deliberadamente la intervención judicial en esta etapa, asignando esta tarea, como *ultima ratio* cuando fracasan las formas pactadas, a los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio.

> "Art. 24.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 26, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
>
> Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros.
>
> A falta de tal acuerdo:
>
> a) En el arbitraje con tres (3) árbitros, cada parte nombrará un (1) árbitro y los dos (2) árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos (2) árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta (30) días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 13;
>
> b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente conforme al artículo 13."

Este modelo responde a una política legislativa orientada a preservar la autonomía y eficiencia del arbitraje, evitando que la constitución del tribunal dependa de la actividad jurisdiccional estatal. En definitiva, mientras que la Argentina mantiene el modelo clásico de la Ley Modelo, Perú adoptó un modelo más radical de desjudicialización del arbitraje, trasladando las funciones de nombramiento a instituciones arbitrales o terceros designadores.

14 Exposición de Motivos de la nueva ley paraguaya: https://silpy.congreso.gov.py/web/descarga/expediente-180806?preview

15 https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm

VIII. CASO DE ECUADOR

En Ecuador, el arbitraje se regula principalmente mediante la Ley de Arbitraje y Mediación, inspirada también en la Ley Modelo de UNCITRAL.

El sistema ecuatoriano reconoce amplia autonomía a las partes y favorece el arbitraje institucional. El artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 2006 prevé mecanismos institucionales subsidiarios de designación, incluyendo el sorteo administrado por centros arbitrales cuando las partes no alcanzan acuerdo.

> "Artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana
>
> Designación de árbitros Art. 16.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal. Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior. Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro. Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno. Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje. En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal. Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren. En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

IX. CONCLUSIONES

1. El mecanismo de designación de árbitros cuando las partes no logran constituir el tribunal arbitral constituye uno de los aspectos que mejor refleja la concepción de cada ordenamiento sobre la relación entre la autonomía de la voluntad y la intervención estatal. No se trata únicamente de una cuestión procedimental, sino de una decisión de política legislativa que determina el grado de judicialización del sistema arbitral.

2. El análisis comparado evidencia que la Ley Modelo de la CNUDMI consolidó un esquema de intervención judicial subsidiario, en el que el juez actúa como autoridad nominadora cuando fracasan los mecanismos previstos por las partes. Este modelo continúa siendo el predominante en América Latina y ha sido mantenido, entre otros, por Argentina y por la reciente Ley N.º 7561 de Paraguay, aun cuando esta última reafirma expresamente el principio de mínima intervención judicial y el carácter inevitable del arbitraje.

3. La Ley Modelo tuvo el enorme mérito de haber reducido significativamente la intervención judicial en el arbitraje. Inclusive en la designación de los árbitros. Porque la designación judicial es residual, y reservada para cuando ninguna otra opción parece posible para integrar el tribunal. Sin embargo, otros países han demostrado que es posible evitar esa intervención judicial, que parece virtuosa (porque impide la paralización del arbitraje) e inevitable (porque no parecía haber otra forma que recurrir a los jueces estatales).

4. Perú y Ecuador han optado por desplazar la función nominadora residual hacia instituciones arbitrales, reduciendo la intervención judicial en la etapa constitutiva del

arbitraje. Si bien ambos sistemas recurren a mecanismos institucionales para superar el desacuerdo entre las partes, la legislación peruana desarrolla esta opción de manera particularmente sistemática al integrar dicha solución dentro de un modelo orientado a fortalecer la autonomía institucional del arbitraje y a reservar la actuación judicial para las funciones de cooperación y control posteriores.

5. La comparación entre los distintos ordenamientos demuestra que la proclamación del principio de mínima intervención judicial no resulta, por sí sola, suficiente para medir el grado de autonomía de un sistema arbitral. Un indicador más preciso es la autoridad encargada de integrar el tribunal cuando fracasa el mecanismo de designación previsto por las partes. Es precisamente en esa etapa donde se advierte si el legislador deposita su confianza en los órganos jurisdiccionales o en las instituciones arbitrales especializadas.

6. En definitiva, la experiencia comparada demuestra que la eficacia del convenio arbitral puede preservarse sin intervención judicial directa en la fase de constitución del tribunal, siempre que existan instituciones arbitrales sólidas y mecanismos de designación idóneos. La evolución del derecho peruano, complementada por la experiencia ecuatoriana, ofrece una alternativa al modelo clásico de la Ley Modelo UNCITRAL y constituye un referente relevante para futuras reformas legislativas orientadas a profundizar la desjudicialización del arbitraje institucional, sin afectar las garantías de independencia, imparcialidad y debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Bullard González, Alfredo, "¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación", Revista Internacional de Arbitraje, nro. 19, julio-diciembre de 2013

- Bullard González, Alfredo - Soto Coáguila, Carlos A., Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje, 1ª ed., Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2011, t. I.

- Caivano, R. y Ceballos Ríos, N. (2019): "La ley argentina de arbitraje comercial internacional, a través de un enfoque comparativo con la Ley peruana de Arbitraje", Arbitraje PUCP, año 8, N° 8, ps. 51 y siguientes.

- Caivano, R. y Ceballos Ríos, N. (2020): Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino, ed. La Ley, Buenos Aires, 1° edición.

- Caivano, Roque J. (2021, julio). El régimen cautelar en el arbitraje comercial internacional argentino", Revista Argentina de Arbitraje, N° 8, IJ-MDI-539.

- Caivano, Roque J. (2024). El principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable al convenio arbitral, la regla supletoria y la solución pro-arbitraje del derecho peruano", en Soria Aguilar, Alfredo F. (coord.): *Principios del arbitraje*, ed. UPC, Lima, ps. 7 y siguientes.

- Carbonneau, Thomas E., "The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements", Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 36, nro. 4, octubre de 2003, ps. 1189 y ss.

- Caivano, Roque J., "La acción judicial para la celebración forzada del compromiso arbitral", JA 1999-III-53.

- Caivano, Roque J., La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

- Caivano, Roque J. "El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional", incluido en el volumen "Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros", editado por la Organización de estados Americanos (OEA), mayo de 2015, págs. 97 a 127.

- Cantuarias Salaverry, F. y Caivano, R. (2008). La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad, Revista Peruana de Arbitraje, N° 7, ps. 43 y siguientes.

- Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. y Chipana Catalán, J. (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte*, ed. ECB ediciones, Lima, ps. 277 y siguientes.

- Congreso de la República del Paraguay. (2002). Ley N.° 1879, Ley de Arbitraje. https://www.csj.gov.py/cache/lederes/G-80-26042002-L-1879-1.pdf

- Congreso de la República del Paraguay. (2025). Ley N.° 7561, Ley de Arbitraje. https://baselegal.com.py/docs/b8b7777f-e021-11f0-9773-0200170c11d6

- Congreso de la República del Perú. (2008). Decreto Legislativo N.° 1071, Ley de Arbitraje. https://www.gob.pe/institucion/oece/normas-legales/308659-1071

- Grigera Naón, H. (1989-A). La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino", La Ley, ps. 1021 y siguientes.

- Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2019-09/LEY%20DE%20ARBITRAJE%20Y%20MEDIACION_21_08_2018.pdf

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

- Moreno Rodríguez, José Antonio; Goralewski Hempel, Viviana; Cazal Zaldivar, Lucía Elena (Altra Legal). Paraguay Reforms Its Arbitration Law: An Overview of the New Legal Framework. Marzo 2026.

- Moreno Rodríguez, José Antonio. Arbitraje Comercial y de Inversiones. Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, septiembre 2025

LÍMITES EN EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE Y EL PRINCIPIO DE NO DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

Autor:
Luis Fernando Campos Campos

LÍMITES EN EL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE Y EL PRINCIPIO DE NO DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

Limits on the use of Artificial Intelligence in arbitration and the principle of non-delegation of the arbitral function

Luis Fernando Campos Campos[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La naturaleza personal de la función arbitral como fundamento del principio de no delegación.
III. La confianza como base para la credibilidad del sistema arbitral.
IV. El principio de no delegación de la función arbitral.
V. La inteligencia artificial y los desafíos para las instituciones arbitrales.
VI. Beneficios del uso de la IA en la eficiencia del arbitraje.
VII. La función esencial del arbitraje.
VIII. La valoración de la prueba como función indelegable.
IX. La determinación de los hechos.
X. Test para determinar la admisibilidad en el uso de la IA.
XI. El deber de revelación del uso de IA.
XII. Hacia un control humano significativo en el arbitraje.
XIII. Conclusiones.
XIV. La comparación final.

Resumen

La incorporación de herramientas de inteligencia artificial (IA) en el arbitraje constituye uno de los avances tecnológicos más importantes incorporados en la práctica arbitral contemporánea.

La IA ofrece importantes ventajas en la gestión del procedimiento, en cuanto a procesamiento de información e investigación jurídica; sin embargo, su utilización plantea interrogantes respecto de los límites jurídicos y éticos de su intervención

[1] Abogado por la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia), con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Educación Superior. Director Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Servicios de Cochabamba (ICAM).Es árbitro de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) e integra su Consejo Directivo desde la gestión 2024. Coordinador General de CIAC Jóvenes para el período 2026 – 2028. Desde 2010 forma parte de la Lista Oficial de Árbitros y Conciliadores del Centro de Conciliación y Arbitraje de ICAM .En el ámbito académico, ejerce la docencia universitaria de pregrado y posgrado desde 2010 en la Universidad Mayor de San Simón en Cochabamba – Bolivia. En 2025 fue incluido en la General Counsel Powerlist: Bolivia de The Legal 500, reconocimiento que distingue a profesionales jurídicos por su contribución y desempeño dentro del mercado legal. Correo de contacto: cca@icam.bo

cuando incide sobre las funciones intelectuales que corresponden exclusivamente al árbitro.

El presente trabajo analiza el uso de la inteligencia artificial desde la perspectiva del principio de no delegación de la función arbitral. Aunque de principio no aparece regulado expresamente en la legislación arbitral su uso deriva de la naturaleza implícita intuito personae del nombramiento arbitral, de la autonomía de la voluntad de las partes, del deber de independencia e imparcialidad, de la obligación de motivación del laudo y de la responsabilidad personal del árbitro.

De la misma forma, se examinan los antecedentes doctrinales sobre la intervención de los secretarios arbitrales y asistentes jurídicos, especialmente el debate derivado del denominado *fourth arbitrator*, como antecedentes relevantes para delimitar el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje.

Para finalizar, se efectúa una discriminación entre los usos instrumentales de la IA compatibles con la función arbitral y aquellos que implican una sustitución o delegación indebida de las facultades de decisión del tribunal, comprometiendo la legitimidad del laudo y la confianza de las partes en el sistema arbitral. La inteligencia artificial, se encuentra entre nosotros y su uso ya no es un secreto.

Palabras clave

Inteligencia artificial/ Arbitraje/ Principio de no delegación / Función arbitral/ Legitimidad arbitral/ Asistencia/ Ética en el arbitraje.

Abstract

The integration of artificial intelligence (AI) tools into arbitration represents one of the most significant technological advancements in contemporary arbitral practice.

AI offers substantial advantages in procedural management, particularly regarding information processing and legal research; however, its use raises questions concerning the legal and ethical limits of its involvement when it encroaches upon intellectual functions that belong exclusively to the arbitrator.

This paper analyzes the use of artificial intelligence through the lens of the principle of non-delegation of the arbitral function. Although not expressly regulated in arbitration statutes, this principle stems from the implicit intuito personae nature of the arbitrator's appointment, party autonomy, the duty of independence and impartiality, the obligation to provide reasons for the award, and the arbitrator's personal liability.

Likewise, the study examines doctrinal precedents regarding the role of arbitral secretaries and legal assistants—specifically the debate surrounding the so-called "fourth arbitrator"—as relevant background for defining the boundaries of AI use in arbitration.

Finally, a distinction is drawn between instrumental uses of AI that are compatible with the arbitral function and those that entail the substitution or improper delegation of the tribunal's decision-making powers, thereby undermining the legitimacy of the award and the parties' confidence in the arbitration system. Artificial intelligence is here to stay, and its use is no longer a secret.

Keywords

Artificial Intelligence/ Arbitration/ Principle of Non delegation/ Arbitral Function/ Arbitral Legitimacy/ attendance/ Ethics in Arbitration.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los aspectos de la vida, posiblemente, hayan tenido un contacto cercano con la inteligencia artificial; no se trata de reemplazar las actividades cognoscitivas y propias del quehacer humano, que consideramos nunca serán reemplazadas, pero si se ha convertido en una herramienta muy útil en la búsqueda del conocimiento y no solo eso, sino también en la generación del mismo.

Desde el acaecimiento de la pandemia del COVID, las tecnologías de la información y la comunicación, tuvieron un gran impulso, en la idea de que el mundo no se puede paralizar y la comunicación y las actividades de las personas deben continuar.

De esa forma, las plataformas, las videoconferencias, las audiencias virtuales y otras formas de conexión ya forman parte del cotidiano vivir de la humanidad.

Dentro de esas tecnologías, se encuentra la inteligencia artificial (IA), que predice, agrupa o clasifica la información. Así, nos encontramos con la IA generativa que además puede producir contenido original como textos, imágenes, videos, audio, resúmenes, informes y documentos jurídicos.[2]

Ya no es una especulación sino una realidad que la IA generativa se utiliza en el arbitraje de distintas formas, ya sea en la redacción, en la mejora de los escritos e incluso aplicaciones que pueden disminuir las tareas como revisión de documentación abundante o búsqueda de precedentes jurídicos, ordenamiento de la prueba, incluso el desarrollo de argumentos en los fallos, etc.

El problema radica en que los resultados generados con la IA, pueden comprometer la manifestación intelectiva del árbitro o tribunal impresa en la decisión final del arbitraje, menoscabando la función decisoria, como una de sus principales atribuciones. La legitimidad del arbitraje radica en la confianza que las partes depositan en el tribunal. [3]

En el arbitraje, cada una de las partes elige a un miembro del tribunal, tomando en cuenta la idoneidad, la independencia y transparencia de los mismos. Este poder de elección es un elemento primordial de la legitimidad arbitral.

Con todos estos antecedentes en la elección del árbitro, si este delega la decisión de fondo del laudo ya sea a una persona, un grupo o una tecnología, pierde legitimidad ante las partes y por ende se pierde la confianza en el sistema arbitral.

La IA puede ser una herramienta muy eficiente de apoyo para el árbitro, entonces aquí surge el dilema de la eficiencia tecnológica y la legitimidad de la decisión arbitral.

---

[2] Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC), *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (Palo Alto, CA: SVAMC, 2024), 3–8; Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (London: CIArb, 2025), 5–11.

[3] Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 29–44; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 1637–1648.las partes

II. LA NATURALEZA PERSONAL DE LA FUNCIÓN ARBITRAL COMO FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE NO DELEGACIÓN

El arbitraje puede ser estudiado desde diferentes teorías; la teoría contractualista, la teoría mixta o híbrida, jurisdiccional y otras, sin embargo, todas confluyen en que la decisión arbitral siempre debe ser adoptada por los árbitros independientemente de que se trate de un arbitraje ad hoc o institucional.

La elección del árbitro parte del carácter intuito personae del nombramiento, pues las partes eligen las cualidades personales en su nombramiento (experiencia, independencia, prestigio, criterio jurídico, especialización), personalizando a un agente de la justicia e invistiéndole de las facultades jurisdiccionales temporales para decidir su controversia. Las partes no eligen a una institución, un despacho, un algoritmo o a una inteligencia artificial, para que haga justicia por ellos, eligen a una persona.[4]

III. LA CONFIANZA COMO BASE PARA LA CREDIBILIDAD DEL SISTEMA ARBITRAL

La legitimidad del arbitraje descansa, en la confianza que las partes, los operadores jurídicos y la sociedad depositan en el sistema arbitral.

A diferencia de la jurisdicción estatal que proviene de la delegación que le otorga el Estado para resolver los conflictos que se presentan en la sociedad, el arbitraje encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, en la aceptación social y en la aceptación institucional de sus mecanismos de resolución de controversias. En otras palabras, a diferencia de la jurisdicción estatal, las partes deciden resolver su conflicto en una justicia privada, que se acomoda a sus expectativas.

Entonces la legitimidad del arbitraje no proviene del Estado proviene de la confianza que las partes depositaron en los árbitros, en su independencia y en su experiencia.

Todas las cualidades personales y profesionales que las partes consideraron para elegir, se reflejarán en la decisión final.

A través de esta decisión final, el laudo, los árbitros deciden la controversia. Para ello desarrollan actividades intelectivas como comprender los hechos puestos a su conocimiento, valorar la prueba, interpretar el derecho, deliberar, construir la fundamentación y decidir. Todas estas actividades son propias e inherentes al árbitro como persona natural y debe desplegarlas en la resolución; consecuentemente, para las partes y la sociedad el árbitro debe desarrollarlas personalmente, no es suficiente que firme el laudo.

IV. EL PRINCIPIO DE NO DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

Si las partes han confiado en los árbitros para resolver sus conflictos, ellos no pueden delegar esa función tan vital porque con ello estarían comprometiendo varios principios de aplicación en el arbitraje.

Aunque la mayoría de las legislaciones arbitrales no consagran expresamente un principio de no delegación de la función arbitral, este se infiere de la propia estructura

[4] Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides y James Fellas, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2022), 247–260; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003), 255–276.

y naturaleza del arbitraje. En efecto, el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes, mediante el convenio arbitral, confían la resolución de su controversia a uno o varios árbitros determinados, en atención a sus cualidades personales (intuito personae). A ello se suman los deberes de independencia, imparcialidad y motivación, así como la responsabilidad personal del árbitro respecto de la conducción del procedimiento y del contenido del laudo. Por ello, la no delegación constituye un principio implícito e inherente a la función arbitral, que impide trasladar a terceros aquellas facultades decisorias que forman parte del núcleo esencial del mandato conferido por las partes.[5]

El principio de no delegación no nace con la inteligencia artificial, ya existía en referencia a la asistencia al tribunal de los secretarios, a quienes por disposición de varios reglamentos arbitrales no se les puede delegar la toma de decisiones al interior del proceso. Lo mismo sucede con los law clerks, traducido como asistente legal, que brindan asistencia directa a árbitros y abogados, en tareas como investigar legislación, analizar jurisprudencia, organizar expedientes y redactar documentos legales, así como los equipos de investigación que desarrollan estas tareas.

En cuanto a la labor que desarrollan los secretarios arbitrales, ya desde antes surgió el debate sobre hasta dónde puede colaborar un secretario, qué tareas puede realizar y casos en los que se convierte en un cuarto árbitro.[6]

En este entorno, surgió el caso Yukos y la teoría del fourth arbitrator. Este caso deriva de una controversia surgida entre la empresa petrolera Yukos Oil Company contra la Federación Rusa. Después de casi 10 años de procedimiento, el año 2014 el tribunal ordenó a la Federación el pago de $us. 50.000.000.000.[7]

En el procedimiento se contrató a un asistente arbitral muy prestigioso, Martin Valasek, quien debía cumplir las tareas inherentes a un secretario arbitral -*organización del expediente, revisión de citas, apoyo logístico, investigación jurídica y elaboración de borradores de resolución*-.

Pero el problema no radica ahí, sino que una vez concluido el proceso, Valasek efectuó una publicación académica en la que señaló cuáles eran las tareas de los asistentes arbitrales en los procesos y describió análisis de pruebas, elaboración de borradores de secciones del laudo, redacción de cuestiones complejas, que muchos interpretarían como la descripción de las labores que desarrolló en el caso Yukos, generando una gran controversia doctrinal, que no afectó al proceso pero que sembró muchas dudas sobre las labores desarrolladas por el tribunal en ese proceso.

A raíz de aquello surgió la teoría del *fourth arbitrator*, pues si el secretario participa en el análisis de la prueba, propone soluciones jurídicas y participa en la redacción del laudo, se estaría convirtiendo en un cuarto árbitro. Según esta teoría el riesgo es que un secretario asuma funciones que corresponden exclusivamente a los árbitros.

---

[5] Born, *International Commercial Arbitration*, 1821–1835; Redfern et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 520–534.

[6] International Chamber of Commerce (ICC), *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration* (París: ICC, versión vigente), apartados relativos al secretario administrativo del tribunal; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *ICSID Arbitration Rules* (Washington, D.C.: World Bank, edición vigente), reglas relativas al Secretario del Tribunal.

[7] Hulley Enterprises Limited (Cyprus), Yukos Universal Limited (Isle of Man) y Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 July 2014; Martin Valasek y Benjamin H. Davis, "The ICC Tribunal Secretary: An Under-Rated Player in International Arbitration," ICC Dispute Resolution Bulletin, no. 1 (2008): 43–54.

A pesar de que nunca se demostró que Valasek haya actuado como un cuarto arbitro, generó mucha controversia que el laudo fuera sumamente extenso, con miles de citas y referencias, por lo que muchos especialistas cuestionaron que era imposible que tres árbitros redactaran completamente un laudo de semejante magnitud sin asistencia.

Entonces ¿hasta dónde puede llegar la asistencia del secretario sin vulnerar el principio de que la función arbitral es personal e indelegable?

A raíz del debate generado por Yukos varias instituciones arbitrales comenzaron a regular expresamente el rol de los secretarios arbitrales. Por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC emitió una nota para los árbitros y las partes en la que señala las tareas que pueden realizar los secretarios como labores administrativas, de organización, preparatorias, pero delimita claramente la labor del tribunal y su responsabilidad sobre las decisiones y la revisión de borradores de laudo.[8]

El Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, de la misma forma delimitó y reforzó las labores de los secretarios señalando que no pueden tener funciones de decisión.

Según estas instituciones, desarrollando algunos estándares, se permite la asistencia de los secretarios, pero la valoración de la prueba, la deliberación y la decisión son atribuciones exclusivas de los árbitros.[9]

Si ya anteriormente hubo un caso en el que se puso en entredicho la participación de un secretario humano en la toma de decisiones y generó la pregunta de si se puede delegar la labor de valoración y decisión a otra persona, hoy el debate se encuentra en torno a si un tribunal arbitral o árbitro puede delegar funciones de valoración, deliberación y decisión a una inteligencia artificial.

Los resultados obtenidos a partir del debate del fourth arbitrator nos sirven para mostrar que el límite sustancial en el uso de la inteligencia artificial radica en la delegación de la función de decisión a una herramienta de apoyo, el uso está permitido pero la decisión y valoración es humana.

Entonces, ¿qué funciones se pueden delegar y cuáles son exclusivas de los árbitros?

Las funciones delegables son aquellas que tienen que ver con la organización de la documentación en el expediente, investigación, control de citas y las indelegables son aquellas que tienen que ver con la función volitiva del árbitro, deliberar, valorar la prueba, discriminar los hechos, interpretación jurídica, fundamentación y decisión.

Aunque el árbitro o tribunal reciba una asistencia, la responsabilidad que subyace a su función no desaparece, no existe la posibilidad de efectuar una acción de repetición frente a la asistencia brindada por un secretario o un sistema de inteligencia artificial porque el árbitro responde por el curso del procedimiento, la decisión interna del laudo, sus fundamentos, su independencia y su imparcialidad.

El resultado final que es el laudo arbitral debe atribuirse plenamente a su autor, toda vez que la autoría intelectual es crucial para afirmar que el laudo ha sido razonado,

[8] International Chamber of Commerce (ICC), *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, apartados relativos al Administrative Secretary.

[9] International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *ICSID Arbitration Rules* (Washington, D.C.: World Bank, edición vigente); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), capítulo sobre las funciones y deberes del tribunal arbitral.

debatido y decidido por el árbitro, de tal forma que el razonamiento es genuinamente suyo. Por ello considero que no es suficiente la firma del árbitro para atribuirle la autoría del laudo.[10]

V. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DESAFÍOS PARA LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

El uso de la tecnología no es actual, ya anteriormente se implementaron los expedientes electrónicos, las audiencias virtuales, firmas electrónicas, videoconferencias.

Con la llegada del COVID-19 este proceso sufrió una aceleración inusual, generando un interés creciente para acercarse a las nuevas tecnologías y beneficiarse con ellas.

Dentro de este contexto la IA ya no solo desarrolla tareas de digitalización de procedimientos, sino que hoy en día realiza tareas intelectuales. Así nace la IA generativa que a diferencia de la IA tradicional realiza análisis estadístico, busca información, clasifica documentos, redacta textos, resume expedientes, genera borradores y toma decisiones sobre pronunciamientos que resultan del análisis de pruebas.

Entre todas estas tareas, se destacan las de primer nivel (funciones administrativas), las de segundo nivel (Funciones analíticas) y las de tercer nivel que son funciones cercanas a la decisión como análisis probatorio, redacción de decretos o providencias, borradores preliminares de laudo y borradores de argumentación.

Este es el punto en el que el árbitro se ve tentado para simplificar sus tareas y confiar en los consejos que resultan de la inteligencia artificial, que como hemos visto anteriormente es contrario a la idea de no delegación de la función decisoria que se confía en las personas.

Mientras más cerca se encuentra la IA de decidir, mayor es el control jurídico que debe ejercerse sobre su uso.

VI. BENEFICIOS DEL USO DE LA IA EN LA EFICIENCIA DEL ARBITRAJE

Son varios los beneficios que aporta la IA en el arbitraje, como optimización del tiempo, mejora en la redacción de argumentos, simplificación de tareas de análisis, manejo de grandes volúmenes documentales, mejor organización de expedientes, apoyo en investigaciones complejas.

Si bien los beneficios son múltiples, los riesgos son significativos en cuanto a las decisiones que pueda tomar el árbitro. Estos son algunos ejemplos:

Sesgos.- La forma en que fue diseñada, utilizada o entrenada la IA determina desvíos en los resultados; es decir, que los sesgos pueden favorecer determinadas posiciones, patrones históricos o prejuicios que son el resultado de la información con que fue entrenada. Entonces un sesgo puede afectar la objetividad.

Los resultados de la IA pueden producir además automatización, reduciendo el análisis crítico del árbitro, impidiendo la verificación de autenticidad o exactitud.

[10] Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 85–103; Alan Redfern et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2022), capítulo sobre deliberación y elaboración del laudo.

Alucinaciones.- Son respuestas que otorga la IA que contienen información falsa, inexistente o inventada, como jurisprudencia falsa, doctrina inventada u opiniones de autores existentes a los que se les atribuyen citas o doctrinas que nunca emitieron.

Entonces los verdaderos riesgos radican en que, si un árbitro utiliza IA sin verificar o contrastar los resultados podría fundamentar un laudo en una jurisprudencia o precedente inexistente, omitir jurisprudencia relevante, citar fuentes doctrinales inexistentes o cometer errores sin advertirlos y ello puede comprometer seriamente la calidad de la argumentación y la función personal del árbitro en el análisis del caso, incompatible con el deber de juicio propio, independiente y motivado.

¿Cuándo el uso de la inteligencia artificial deja de ser de apoyo administrativo y se convierte en herramienta de decisión, hasta qué punto sigue siendo el árbitro quien decide?

La respuesta a esta pregunta necesariamente nos remite a los límites derivados del principio de no delegación.

VII. LA FUNCIÓN ESENCIAL DEL ARBITRAJE

La función del arbitraje es decidir una controversia y el núcleo esencial lo constituyen las funciones que requieren un juicio personal, independiente y discrecional del árbitro y que constituyen la razón por la que las partes lo designaron.

Alrededor de estas funciones que componen la decisión, están otras que son auxiliares pero inherentes al núcleo esencial, no implican decisión de fondo, son organización documental, resúmenes, búsqueda bibliográfica y son plenamente delegables.

Hay otras actividades que requieren cierto juicio intelectual, estas son actividades analíticas, como clasificación de prueba, análisis documental y síntesis de posiciones. Estas pueden ser asistidas por la inteligencia artificial, pero deben tener supervisión humana.

Finalmente, las actividades decisorias que constituyen el núcleo esencial, son indelegables y pertenecen al juicio propio y personal del árbitro, como la determinación de los hechos, la valoración de la prueba, la interpretación jurídica, la deliberación y la motivación.

VIII. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA COMO FUNCIÓN INDELEGABLE

La valoración de la prueba no consiste simplemente en ordenar evidencia, sino que implica ponderar derechos, verificar la convicción de la prueba, resolver contradicciones, efectuar inferencias, subsunción. Estas tareas son inherentes al ser humano pues si bien la IA puede detectar patrones, no puede sustituir el juicio humano en la valoración de la prueba, es más se corre el riesgo de los sesgos y alucinaciones.

La valoración de la prueba pone a prueba el razonamiento del árbitro; no es una operación mecánica de búsqueda de documentación relevante, resumen de declaraciones, mérito probatorio; valorar supone un juicio intelectivo de mayor profundidad como determinar qué prueba merece mayor credibilidad, qué testimonio es más convincente, qué hechos han sido probados. Estos datos no se pueden producir a partir del análisis de datos, sino que exigen un juicio de valoración epistemológico y argumentativo.

La valoración de la prueba también exige discrecionalidad, es decir que el árbitro debe decidir entre la credibilidad o no de un testigo, el mérito de una prueba pericial,

los hechos relevantes de una inspección VISU; no existe una IA que pueda efectuar ese razonamiento.

La valoración de la prueba también depende del contexto, pues toda controversia es diferente, así una afirmación puede contener una aceptación precontractual, una negociación simple, una comunicación informal o simplemente un enunciado sin efecto jurídico alguno; la IA no podría efectuar esta contextualización.

La motivación exige que el árbitro explique objetivamente por qué determinada prueba le ha creado o no convicción, de lo contrario podríamos entender que no ha analizado la prueba y se ha limitado simplemente a hacer una referencia de los antecedentes y obtener una conclusión lógica, sin explicar su fallo.

Esta motivación es una garantía del debido proceso, por ello si se delega a la IA, el árbitro no podría explicar cómo ha llegado a esa convicción.

Por último y no menos importante las partes delegan al árbitro la decisión de valorar las pruebas no a otra persona o sistema tecnológico.

IX. LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

En este apartado el árbitro no solo debe enunciar qué elementos existen, sino que debe explicar qué considera probado el tribunal, ello implica elaborar una narración coherente de los hechos y valorar los mismos conforme a la importancia que tiene en la argumentación del caso.

En cuanto a la interpretación, existen diferentes formas *-sistemática, teleológica, histórica, extensiva-* y ello significa que el árbitro puede aplicar cualquiera de ellas, pero aplicando ponderación, razonamiento jurídico, coherencia. La IA puede asistir, pero no realizar un razonamiento interpretativo.

En cuanto a la deliberación, la importancia radica en que cuando el tribunal está conformado por 3 o más árbitros y el proceso ha concluido comienza la labor de deliberación que significa intercambiar argumentos con los co-árbitros, persuadir, cambiar el entendimiento, consensuar. Ninguna IA puede sustituir a un árbitro en su labor de interacción intelectual con otras personas.

En cuanto a la redacción y motivación del laudo, la asistencia de la IA debe restringirse a ciertas actividades como corrección, sintaxis, estilo, ortografía, pero la labor decisiva requiere la exteriorización del razonamiento y la aplicación de la decisión. Esta labor compete únicamente al cerebro humano, la IA no puede elaborar el proceso de raciocinio autónomamente.

Finalmente, la responsabilidad del árbitro es indelegable; aunque hayan intervenido en el proceso secretarios, asistentes e IA, la responsabilidad por la decisión de fondo recae en el árbitro. Los errores *in procedendo* e *in judicando* son de responsabilidad del árbitro y no a la IA, de ahí que la responsabilidad propiamente es indelegable.

La autoría del laudo corresponde íntegramente al árbitro, no es suficiente una firma en el mismo.

X. TEST PARA DETERMINAR LA INADMISIBILIDAD EN EL USO DE LA IA

Para decidir si la intervención de la IA es inadmisible conviene desarrollar el siguiente análisis: ¿La tarea encomendada a la IA es administrativa, analítica o decisoria? ¿La actividad requiere ponderación o juicio jurídico propio? ¿El árbitro revisó, modificó y/o

asumió como propio el resultado generado por la IA. ¿La IA tuvo influencia en el razonamiento de fondo que sustenta la decisión? ¿Se puede identificar con claridad la autoría intelectual?

No toda incorporación de contenidos o resultados generados por inteligencia artificial puede calificarse como una delegación prohibida de la función arbitral, pues su utilización resulta compatible con el principio de no delegación cuando constituye únicamente un apoyo instrumental al trabajo del árbitro y este mantiene el control efectivo del proceso decisorio, la valoración de los hechos y del derecho, la elaboración de la motivación y la autoría intelectual del laudo, asumiendo íntegramente la responsabilidad por su contenido. [11]

XI. EL DEBER DE REVELACIÓN DEL USO DE IA

Como se señaló anteriormente, la confianza en el sistema arbitral radica en la independencia, imparcialidad, confidencialidad, la garantía de la igualdad de armas y la transparencia.

Tomando en cuenta que la IA puede influir en las decisiones del árbitro, surge la cuestionante de si su uso debe ser conocido por las partes.

No existe en la actualidad una norma que obligue a los árbitros a revelar el uso de la IA, sin embargo se han desarrollado herramientas de soft law que establecen en qué casos se debe revelar el uso y además cuando ese uso puede ser riesgoso en la labor arbitral.

Partiendo de la premisa de que el deber de disclosure es esencial en el arbitraje, el uso de la IA podría convertirse en relevante para las partes.

La cuestión no estriba en determinar si toda utilización de IA debe ser revelada, sino en identificar cuándo su intervención alcanza un grado tal que pueda incidir en la confianza de las partes, comprometer la autoría intelectual del laudo o generar dudas razonables sobre el ejercicio personal e indelegable de la función arbitral. Consecuentemente, cuanto mayor sea la participación de la IA en actividades vinculadas con la formación del juicio decisorio y la motivación del laudo, mayores serán las razones para exigir transparencia respecto de su utilización; por el contrario, cuando su empleo se limite a tareas meramente instrumentales o de apoyo, la necesidad de revelación será, en principio, significativamente menor.

Al respecto, existen dos grandes aportes de soft law.

Las directrices del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC) 2024, sobre el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional, constituyen el primer avance normativo especializado para el uso responsable de la inteligencia artificial en el arbitraje. Los cuatro pilares que señalan estas directrices son las siguientes:

1. Transparencia, por la cual se deben comprender detalladamente las capacidades y límites reales de la IA empleada, de tal forma que exista un uso informado y responsable por parte de todos los actores procesales,

[11] Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (London: CIArb, 2025); Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC), *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (2024).

2. Confidencialidad para proteger estrictamente la privacidad y así evitar alimentar plataformas públicas o motores comerciales inseguros con datos confidenciales,
3. Integridad en la verificación de outputs, que generan la prohibición estricta de manipular evidencia, falsificar textos o presentar pruebas simuladas sin verificación rigurosa y,
4. Control humano para garantizar que el núcleo de la toma de decisiones sea 100% humano, salvaguardando las garantías básicas del debido proceso arbitral.

Las directrices establecen, además, los deberes de árbitros y abogados. Para los primeros no delegar jamás la deliberación ni la valoración crítica de las pruebas del caso y el deber de supervisión crítica de todo borrador o borrador preliminar. Para los segundos, la responsabilidad exclusiva e íntegra por el contenido de los escritos y el deber deontológico de verificar fuentes jurisprudenciales y doctrinales.

Finalmente, en cuanto a los sesgos y alucinaciones establece acciones correctivas consistentes en verificar manual e independientemente toda cita legal, empleo exclusivo de plataformas cifradas y cerradas, mantener el arbitraje centrado estrictamente en el intelecto humano y divulgar usos que interfieran con la apreciación intelectual.

Por su parte, las directrices del CIArb (Instituto Colegiado de Árbitros, por sus siglas en inglés) 2025, sobre el uso de la IA en el arbitraje, proporcionan un marco práctico y ético para gestionar estas herramientas, centrándose en la transparencia, la asignación de responsabilidades y la protección de la confidencialidad.

Las directrices señalan que la IA como herramienta auxiliar puede aportar una extraordinaria eficiencia operativa al arbitraje, pero nunca puede reemplazar el juicio de valor humano de quienes participan en el proceso y que la responsabilidad deontológica sigue siendo exclusivamente del ser humano.

En cuanto al deber de competencia tecnológica exigen que los operadores que decidan incorporar herramientas de IA tengan un entendimiento suficiente de sus alcances, limitaciones y sesgos.

En cuanto a la protección del principio de confidencialidad, las directrices abordan con detalle los riesgos de subir datos a internet o a servidores públicos, señalando el riesgo de reutilización de los datos subidos, recomendando el uso de *suites* empresariales cerradas y entornos cifrados.

En cuanto a la fidelidad de citas doctrinales, normas y jurisprudencia generada por IA debe ser rigurosamente verificada en fuentes oficiales, estableciendo una regla muy importante de que ninguna referencia de la IA debe incorporarse sin validación manual independiente.

Sobre la supervisión de borradores señala que, aunque la IA es excelente para estructurar borradores preliminares, la exactitud fáctica e histórica de su contenido sigue estando bajo la estricta responsabilidad del profesional a cargo, por ende delegar la redacción no exime la verificación humana de lo escrito.

Sobre el uso administrativo permitido, señala que el árbitro puede usar legítimamente la IA para programar calendarios, transcribir audiencias de manera automatizada, traducir textos y organizar expedientes documentales voluminosos.

En cuanto al punto neurálgico, señala que el núcleo de la función jurisdiccional (determinación de hechos, valoración de la prueba, interpretación jurídica de las cláusulas y deliberación íntima) no puede delegarse jamás en la IA.

Sobre la autenticidad del laudo señala que las partes eligen personas naturales, no algoritmos ni bases de datos de machine learning, por ello el laudo final debe reflejar exclusivamente el razonamiento intelectual del tribunal arbitral.

En cuanto a la preservación del debido proceso, la directriz del CIArb innova al introducir el concepto de "Uso de IA de Alto Riesgo", aplicable cuando el uso de herramientas compromete directamente el debido proceso, la confidencialidad, o introduce elementos de decisión ajenos al debate, caso en el cual, si la operación implica la valoración de la prueba o la decisión en sí, la transparencia obliga a comunicarlo.

A diferencia del enfoque netamente general de SVAMC, la Guía CIArb 2025 incluye anexos con modelos reales de órdenes procesales para incorporar al procedimiento arbitral, permitiendo que las partes adopten desde etapas tempranas del procedimiento los límites del uso de la IA, generando reglas claras de seguridad y transparencia.

La adopción de una orden procesal estructurada, protege al procedimiento sobre impugnaciones futuras que tienen que ver con el debido proceso, reduciendo los riesgos al fijar estándares técnicos, convirtiendo principios abstractos de buena fe en obligaciones técnicas concretas y exigibles para todos los agentes del proceso.

En ese entorno nos encontramos en camino hacia un deber de disclosure tecnológico en el arbitraje, toda vez que el deber de revelación ha ido evolucionando primero en conflictos de interés, pasando por la financiación de terceros y luego a la utilización de la Inteligencia artificial, que significaría discriminar la naturaleza de la actividad asistida, la intensidad de la intervención de la IA, el impacto de su uso en los derechos procesales de las partes y la confianza en el tribunal.

XII. HACIA UN CONTROL HUMANO SIGNIFICATIVO EN EL ARBITRAJE

Existe un concepto utilizado en la ingeniería y en el uso de la inteligencia artificial propiamente, el Human in the loop (HITL), que es un modelo por el cual la IA genera los resultados y el ser humano supervisa.

Tomando en cuenta que los resultados que la IA genera para el arbitraje no son definitivos, consideramos que el árbitro controla y no supervisa, es decir que la labor sobre la IA es mucho más intensa y de una responsabilidad extrema.

El ser humano conserva el dominio decisorio, este debería ser el estándar del arbitraje; consecuentemente, el dominio es más exigente que la supervisión.

En este punto es importante reiterar que los principales pilares del arbitraje son la autonomía de la voluntad, la confianza, la independencia, la imparcialidad y la decisión personal del árbitro.

La IA no amenaza únicamente la corrección técnica, puede afectar la legitimidad institucional, de ahí que es importante no simplemente que el laudo sea correcto, sino

que las partes perciban que la decisión ha sido adoptada por las personas en el ejercicio de la función arbitral.

Entonces el control humano significativo es el ejercicio efectivo, continuo y responsable del juicio intelectual del árbitro sobre todas aquellas actividades que conciernen al arbitraje de tal forma que la inteligencia artificial permanezca como una herramienta auxiliar y nunca sustituya el juicio humano en la formación de los argumentos de la decisión.[12]

Todo lo señalado nos lleva a sostener que en el control efectivo debe haber una revisión crítica de los resultados que presenta la IA, una comprensión total del razonamiento, debe poder corregir o eliminar los sesgos y alucinaciones, prevaleciendo el razonamiento propio y el resultado debe ser asumido íntegramente por el árbitro.

Así, el deber de transparencia a través del disclosure debe consistir en un nivel más profundo en la revelación de las actividades comprometidas con la motivación, el razonamiento y la decisión de tal forma que se revele el orden procesal sobre el uso analítico, no requiriendo revelación el uso administrativo.

XIII. CONCLUSIONES

Queda claro que la IA es una herramienta muy eficaz para incrementar la eficiencia del arbitraje, no obstante, su utilización tiene límites en la naturaleza personal de la actividad arbitral y en el principio de no delegación. [13]

Desde esa perspectiva, sintetizamos las principales ideas redactadas en este artículo en las siguientes conclusiones:

1. El uso de la inteligencia artificial encuentra su límite en el principio de no delegación.

2. La confianza de las partes en el sistema arbitral descansa en las personas delegadas (árbitros), no en sistemas tecnológicos.

3. La inteligencia artificial es una herramienta muy valiosa para mejorar la eficiencia en el arbitraje, siempre y cuando tenga un carácter estrictamente instrumental.

4. La decisión del árbitro expresada en las resoluciones es absolutamente indelegable.

5. La experiencia del fourth arbitrator ilustra que el problema sustancial no radica en la asistencia técnica, sino en la delegación del juicio del árbitro.

6. Los riesgos que subyacen al uso de la inteligencia artificial obligan a mantener un control humano permanente sobre los resultados.

---

[12] Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC), *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (Palo Alto, CA: SVAMC, 2024), Directrices 1–5; Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (London: CIArb, 2025), apartados 3–5.

[13] Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), *Guideline on the Use of AI in Arbitration* (London: CIArb, 2025), apartados 3–5; Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC), *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (Palo Alto, CA: SVAMC, 2024), Directrices 3–5.

7. El árbitro es siempre responsable del contenido del laudo no pudiendo trasladarse esa responsabilidad a la asistencia de la inteligencia artificial.

8. Es necesario el desarrollo de criterios objetivos para discriminar su admisibilidad y en algunos casos el deber de revelación.

9. Las directrices del SVAMC (2024) y del CIArb (2025) consolidan una tendencia uniforme hacia un arbitraje asistido por inteligencia artificial bajo control humano.

10. La tendencia moderna no determina que el árbitro sea sustituido por la inteligencia artificial sino por consolidar el control humano significativo.

XIV. LA COMPARACIÓN FINAL

Las reflexiones desarrolladas a lo largo del presente trabajo, permiten afirmar que el verdadero desafío no consiste en determinar si la inteligencia artificial debe utilizarse en el arbitraje, sino en establecer hasta dónde puede utilizarse sin desnaturalizar la función arbitral.

En ese contexto, el principio de no delegación determina un criterio para discriminar el uso de la IA como herramienta de apoyo de aquellos actos que comprometen la autoría intelectual del laudo, la responsabilidad del árbitro y la confianza de las partes en el sistema arbitral.

Como propuesta práctica, la admisibilidad del uso de la inteligencia artificial podría evaluarse mediante el siguiente test:

- ¿La actividad encomendada a la IA tiene que ver con la función administrativa o forma parte de la función decisoria del árbitro?
- ¿La IA intervino en la determinación de los hechos, la valoración de la prueba, la interpretación, la deliberación o la fundamentación del laudo?
- ¿El árbitro comprendió, realizó la verificación crítica y, en su caso, modificó el resultado obtenido mediante el uso de la IA?
- ¿El árbitro mantuvo en todo momento el control intelectual del razonamiento y de la decisión?
- ¿El árbitro puede asumir íntegramente la autoría intelectual y la responsabilidad del resultado expresado en el laudo?

Si cualquiera de estas preguntas recibe una respuesta negativa, el uso de la inteligencia artificial deja de constituir una asistencia legítima y pasa a convertirse en una delegación incompatible con el principio de no delegación de la función arbitral.

Por el contrario, cuando la IA se limita a apoyar tareas administrativas y el árbitro conserva el control efectivo del razonamiento, la decisión y la responsabilidad, su utilización no solo resulta compatible con dicho principio, sino que puede contribuir a un arbitraje más eficiente, moderno y técnicamente sólido, sin sacrificar los valores que sustentan su legitimidad.[14]

[14] Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 3rd ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021); Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013); International Chamber of

BIBLIOGRAFÍA

- Born, Gary B. International Commercial Arbitration. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Guideline on the Use of AI in Arbitration. London: CIArb, 2025.
- Hulley Enterprises Limited (Cyprus), Yukos Universal Limited (Isle of Man) y Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation. PCA Case No. AA 226. Final Award. 18 July 2014.
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). ICSID Arbitration Rules. Washington, D.C.: World Bank, edición vigente.
- International Chamber of Commerce (ICC). ICC Arbitration Rules. París: ICC, 2021.
- International Chamber of Commerce (ICC). Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration. París: ICC, versión vigente.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis, y Stefan M. Kröll. Comparative International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003.
- Paulsson, Jan. The Idea of Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, y James Fellas. Redfern and Hunter on International Arbitration. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC). Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration. 1st ed. Palo Alto, CA: SVAMC, 2024.
- Valasek, Martin, y Benjamin H. Davis. "The ICC Tribunal Secretary: An Under-Rated Player in International Arbitration." ICC Dispute Resolution Bulletin, no. 1 (2008): 43–54.

Commerce (ICC), *Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*, versión vigente.

EL ARBITRAJE DESLOCALIZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DE INVERSIONES

Autor:
Ivan Alexander Casiano Lossio

EL ARBITRAJE DESLOCALIZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DE INVERSIONES

Delocalized arbitration in international commercial and investment arbitration

Ivan Alexander Casiano Lossio[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Fundamentos del arbitraje deslocalizado.
III. El arbitraje deslocalizado en el arbitraje comercial internacional.
IV. El arbitraje deslocalizado en el arbitraje internacional de inversiones.
V. Límites de la deslocalización del arbitraje.
VI. Conclusiones.

Resumen

El artículo examina el arbitraje deslocalizado en el ámbito comercial y de inversiones, analizando sus fundamentos teóricos, las corrientes jurisdiccionalista, contractualista y transnacional, sus características esenciales, como la inaplicación de la lex arbitri de la sede y la irrelevancia extraterritorial de la anulación del laudo, y su manifestación práctica en el arbitraje comercial y de inversiones, donde el sistema CIADI representa el máximo grado de deslocalización al concentrar el control en su propia estructura institucional. Finalmente, identifica tres límites principales a la deslocalización, anulación, reconocimiento y ejecución, y orden público, concluyendo que esta no implica una desvinculación absoluta del Estado, sino una redistribución de las funciones de control.

Palabras clave

Arbitraje deslocalizado/ Arbitraje de inversiones/ Sede arbitral/ Lex arbitri/ Orden público/ Anulación del laudo/ CIADI/ Autonomía de la voluntad.

Abstract

This article examines delocalized arbitration in both international commercial and investment arbitration, analyzing its theoretical foundations, namely the jurisdictionalist, contractualist, and transnational approaches, its defining features, such as the non-application of the lex arbitri of the seat as procedural gap-filler and the claim that annulment at the seat should have no extraterritorial effect, and its practical implementation. In the investment field, the ICSID system stands as the foremost example of delocalized arbitration, as it concentrates procedural and award-related controls within its own institutional framework, thereby excluding national court intervention. The article further identifies three main limits to delocalization: annulment, recognition and enforcement, and public policy and concludes that delocalization does not entail a complete detachment from the State, but rather a reallocation of

[1] Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC); Lima, Perú; Maestria en Arbitraje Internacional; Árbitro. Abogado por la PUCP. Correo de contacto: ivanalexandercasianolossio@gmail.com.

supervisory functions, which remain in place through specific mechanisms designed to ensure the regularity and legitimacy of the arbitral process. ([2])

Keywords

Delocalized arbitration/ Investment arbitration/ Arbitral seat/ Lex arbitri/ Public policy/ Annulment of the award/ ICSID/ Party autonomy.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la globalización económica y la expansión del comercio transfronterizo, el arbitraje internacional se ha consolidado como el mecanismo privilegiado para la resolución de controversias entre operadores de distintas nacionalidades. Sin embargo, esta consolidación ha traído consigo una pregunta que, lejos de haber sido resuelta de manera definitiva, sigue generando un debate vivo en la doctrina especializada: en qué medida el procedimiento arbitral puede sustraerse al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio se desarrolla.

Esta pregunta no es meramente académica. En la práctica, la respuesta que se adopte determina consecuencias jurídicas de primera magnitud: quién puede intervenir sobre el procedimiento mientras este se desarrolla, qué tribunal puede anular el laudo una vez dictado, y qué efectos produce esa anulación en los países donde se pretende ejecutar la decisión. Todas estas cuestiones quedan profundamente condicionadas por la posición que se adopte frente al fenómeno que la doctrina ha denominado arbitraje deslocalizado.

El arbitraje deslocalizado, denominado también arbitraje anacional o apátrida, puede describirse en términos generales como aquel procedimiento arbitral cuya validez y eficacia no dependen del ordenamiento jurídico del Estado de la sede, sino de un conjunto normativo de origen convencional o transnacional que opera con independencia de los derechos nacionales. Como se verá a lo largo del presente artículo, esta descripción inicial esconde una tensión profunda entre la aspiración a la plena autonomía del arbitraje y las inevitables vinculaciones que cualquier procedimiento jurídico mantiene con los sistemas estatales.

El presente trabajo analiza el fenómeno del arbitraje deslocalizado desde sus fundamentos conceptuales, examina su proyección sobre el arbitraje comercial internacional y explora sus implicancias específicas en el ámbito del arbitraje de inversiones, escenario en que la tensión entre autonomía arbitral y soberanía estatal alcanza una intensidad particularmente significativa. Para ello, se estudian las principales corrientes teóricas que sustentan la deslocalización: la teoría jurisdiccionalista o territorialista, la teoría contractualista y la teoría autónoma o transnacional, así como las características esenciales que la definen, en particular la inaplicación de la lex arbitri de la sede como derecho supletorio del procedimiento y la aspiración a que la anulación del laudo por los tribunales de la sede no produzca efectos extraterritoriales.

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, se examina la función de la sede arbitral, el principio de autonomía del procedimiento y los límites del control judicial, con especial atención a la tensión entre la posición deslocalizadora y el texto de la Convención de Nueva York. En el marco del arbitraje de inversiones, se aborda el papel de los tratados bilaterales de inversión, las particularidades de este tipo de arbitraje y el sistema CIADI como el máximo exponente de deslocalización, así como la comparación con otros mecanismos no institucionales. Finalmente, el artículo identifica los límites de la deslocalización, que se manifiestan en la anulación del laudo, su reconocimiento y ejecución, y la protección del orden público, y concluye que la

[2] Un agradecimiento especial a Mauricio Cortez Tuesta y Valerie Jasmine Chavez Delgado, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, quienes contribuyeron con sus investigaciones a la realización del presente artículo.

deslocalización no implica una desvinculación absoluta del Estado, sino una redistribución de las funciones de control que garantizan la regularidad y legitimidad del procedimiento arbitral.

II. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE DESLOCALIZADO

2.1. Concepto y origen

El arbitraje deslocalizado, en palabras de Renata Brazil, puede definirse como aquel procedimiento arbitral que, por voluntad de las partes o por la naturaleza del instrumento jurídico que lo rige, se sustrae deliberadamente a la aplicación del derecho procesal del Estado en cuyo territorio tiene lugar físicamente; esto implica una elección de fondo sobre la fuente de validez del arbitraje y del laudo que de este resulta. Mientras que en el arbitraje convencional la ley del Estado de la sede opera como referente supletorio y garante de la regularidad del procedimiento, en el arbitraje deslocalizado ese papel queda desplazado por normas de origen transnacional o directamente convencional. [3]

El origen de esta concepción puede situarse en el debate que se abrió en Europa continental, particularmente en Francia, a mediados del siglo XX. La multiplicación de relaciones comerciales entre operadores de distintas nacionalidades puso en evidencia que los esquemas clásicos del derecho internacional privado, pensados para controversias entre nacionales de dos Estados determinados, resultaban inadecuados para una práctica comercial genuinamente transnacional. En ese contexto, la idea de una normativa propia del comercio internacional, capaz de operar con independencia de los derechos nacionales, comenzó a ganar terreno en la doctrina y en la práctica arbitral.[4]

El vehículo teórico fundamental de esa aspiración fue la noción de lex mercatoria, entendida como el conjunto de principios, usos y reglas que emergen de la práctica comercial internacional y que la comunidad de operadores reconoce como vinculantes con independencia de cualquier derecho estatal concreto. Al postular que existe un cuerpo normativo propio del comercio transnacional, la doctrina[5] sentó las bases para afirmar que un procedimiento arbitral podía regirse por ese conjunto normativo sin necesidad de remitirse al derecho nacional de ningún Estado en particular. La deslocalización fue, en este sentido, la consecuencia procedimental natural de esa premisa.

2.2. Principales teorías sobre la deslocalización

La doctrina[6] ha elaborado, a lo largo de décadas de debate, al menos tres grandes corrientes teóricas para explicar el fundamento y el alcance del arbitraje deslocalizado. Estas corrientes no se suceden cronológicamente de manera lineal, sino que coexisten en la actualidad como posiciones en tensión que los distintos sistemas

---

[3] Renata Brazil, "Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration 28* (2011): 445-466.

[4] María Mercedes Albornoz, "La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 139* (2014): 13-38.

[5] **Cfr.:** Sardar Aliev, "On the Matter of Various Theories of Lex Mercatoria", Kluwer Law International, (2019): 23-33. ; Kristoff Ritlewski, "Die Lex Mercatoria in der schiedsgerichtlichen Praxis," in SchiedsVZ | German Arbitration Journal, ed. Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al., vol. 5, no. 3 (2007): 130–138 ; Michael Mustill, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years," Kluwer Law International (2017): 205–237.

[6] **Cfr.:** Cayetana Santaolalla, "Los criptotribunales: un arbitraje en la cadena de bloques, con smart contracts y según la teoría de juegos", *Cuadernos de Derecho Transnacional 17* (2025): 780-801; Francisco González de Cossío, "Naturaleza jurídica del arbitraje Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México", *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC* (2005): 70-83.

jurídicos nacionales resuelven de forma diferente según sus propias tradiciones y opciones de política legislativa.

La primera de ellas, conocida como teoría jurisdiccionalista o territorialista. Sobre esta, González de Cossío[7] sostiene que los árbitros ejercen una función equivalente a la jurisdiccional y, por ello, su poder de decisión sólo puede derivar de un ordenamiento estatal que se los reconozca y ampare. En consecuencia, hablar de un arbitraje desvinculado del derecho de la sede equivale a una contradicción en sus propios términos: sin un Estado que lo autorice y controle, el laudo arbitral no pasa de ser un dictamen privado carente de eficacia jurídica coercible. Esta ha sido la posición históricamente dominante en las tradiciones jurídicas alemana e italiana.

Frente a ella, la segunda teoría, la contractualista, parte de una premisa radicalmente distinta. Herrera de las Heras[8] desarrolla que el arbitraje es, en su esencia, un acto de autonomía privada. Quienes suscriben un convenio arbitral crean entre sí un régimen procesal propio cuya validez deriva del acuerdo mismo y no de ninguna habilitación estatal previa. El laudo sería el resultado natural de ese régimen contractual y, como tal, no necesitaría ser nacionalizado en ningún ordenamiento para resultar vinculante entre las partes. La crítica más recurrente a esta tesis es que confunde la fuente de la obligación de arbitrar, que efectivamente es el contrato, con la fuente de la eficacia coercitiva del laudo, que inevitablemente requiere de un Estado dispuesto a ejecutarlo.

La tercera corriente es la denominada teoría autónoma o transnacional. Bajo el análisis de Gaillard[9], el arbitraje internacional constituye un sistema jurídico propio, dotado de fuentes normativas específicas y reconocido por la comunidad internacional de operadores del comercio. En esta visión, el árbitro aplica el ordenamiento arbitral internacional porque las partes así lo han convenido y porque los Estados, al suscribir la Convención de Nueva York e incorporar la Ley Modelo UNCITRAL en sus legislaciones, han implícitamente reconocido la existencia y la legitimidad de ese sistema. La deslocalización sería, desde esta perspectiva, la expresión más coherente de la autonomía de dicho ordenamiento.

2.3. Características del arbitraje deslocalizado

Con independencia de las diferencias entre las teorías que lo fundamentan, el arbitraje deslocalizado presenta un conjunto de rasgos que permiten distinguirlo del arbitraje internacional ordinario. Identificarlos con precisión resulta necesario para evaluar hasta qué punto la deslocalización constituye un fenómeno jurídicamente coherente y hasta qué punto es, en la práctica, una aspiración que los ordenamientos sólo admiten de forma parcial y condicionada. Para efectos de esto se expondrán dos características esenciales desarrolladas por el doctor Caivano[10].

La primera característica esencial es la inaplicación de la lex arbitri de la sede como derecho supletorio del procedimiento. En el arbitraje convencional, cuando las partes o el reglamento institucional elegido guardan silencio sobre algún aspecto procedimental, el tribunal acude al derecho procesal del Estado donde el arbitraje tiene lugar. En el arbitraje deslocalizado, esa remisión se rechaza: las lagunas se colman mediante los principios generales del procedimiento arbitral internacional, el propio reglamento institucional o, en último término, el poder discrecional del tribunal.

---

[7] Francisco González de Cossío, *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje homenaje a don Raúl Medina Mora* (Ciudad de México: Palestra Editores, 2020), 40.

[8] Ramón Herrera de las Heras, "La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo", *Revista de Derecho (Valdivia) 25* (2012): 175-193.

[9] Emmanuel Gaillard, "El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia", *Forseti. Revista De Derecho* 2 (2019): 9-18.

[10] Roque J. Caivano, "La sede del arbitraje", *Revista El Derecho* (2017): 1-14.

Esta sustitución no es meramente técnica: refleja una visión de fondo sobre la fuente de legitimidad del procedimiento.

Como segunda característica esencial es la aspiración a que la anulación del laudo por los tribunales de la sede no produzca efectos extraterritoriales. Quienes defienden la deslocalización sostienen que el laudo, por ser un acto privado nacido del contrato de arbitraje, no deriva su eficacia del reconocimiento otorgado por la ley de la sede, sino del conjunto de todos los ordenamientos jurídicos que eventualmente puedan ser llamados a ejecutarlo. De ello se sigue que la anulación del laudo decretada por los tribunales de la sede no debería privarlo de efectos en otros países, pues su validez y eficacia pueden ser controladas autónomamente por cualquier orden legal que deba pronunciarse sobre su ejecución. Desde esta óptica, el control que ejerce el juez de la sede pierde su vocación de universalidad y queda reducido a un interés puramente local, sin proyección extraterritorial. Cada Estado conserva, en consecuencia, la facultad de decidir soberanamente si el laudo merece reconocimiento en su territorio, con independencia de lo que haya resuelto el tribunal del lugar de origen.

III. EL ARBITRAJE DESLOCALIZADO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

3.1. La función de la sede arbitral

En el arbitraje comercial internacional, la sede arbitral, denominada también lugar del arbitraje, es el concepto mediante el cual los ordenamientos jurídicos nacionales y los principales instrumentos internacionales articulan la relación entre el procedimiento arbitral y un Estado determinado. Aunque en la práctica contemporánea las audiencias y deliberaciones pueden celebrarse en lugares geográficamente distintos a la sede formal, esta última concentra funciones jurídicas de primera importancia que no pueden reducirse a una cuestión meramente logística o de conveniencia de las partes.

Entre esas funciones, cabe destacar cuatro de especial relevancia. La primera es la determinación del derecho procesal supletorio, es decir, la lex arbitri que regirá aquellos aspectos del procedimiento sobre los que las partes o el reglamento institucional guarden silencio. La segunda es la atribución de competencia a los tribunales locales para conocer del recurso de anulación del laudo. La tercera es la fijación del carácter extranjero del laudo a efectos de la Convención de Nueva York. La cuarta es la identificación de las normas de orden público con vocación imperativa sobre el procedimiento. La tesis deslocalizadora no niega la existencia de la sede como referencia geográfica, pero sí niega que estas funciones sean consecuencias normativas ineludibles del lugar donde el arbitraje se desarrolla.

En la práctica arbitral contemporánea, el rol de la sede ha experimentado una evolución notable. El desarrollo y sofisticación de los reglamentos institucionales modernos ha reducido considerablemente el espacio en que la lex arbitri podría intervenir supletoriamente, puesto que esos reglamentos regulan con gran detalle la constitución del tribunal, el procedimiento probatorio, los incidentes de recusación y la adopción de medidas cautelares. En este contexto, la sede actúa principalmente como criterio de conexión para la acción de anulación, y es precisamente en ese punto donde la tensión entre la visión territorialista y la deslocalizadora se manifiesta con mayor intensidad.

3.2. La autonomía del procedimiento arbitral

El principio de autonomía del procedimiento arbitral, recogido en el artículo 19 de la Ley Modelo UNCITRAL, permite a las partes diseñar libremente el iter procedimental de su arbitraje, dentro de los límites que el ordenamiento aplicable establezca como imperativos. Este principio constituye el terreno natural en que la deslocalización opera: cuanto mayor sea el ámbito de autonomía reconocido a las partes, menor será el espacio normativo que el derecho de la sede pueda reclamar para sí. En este

sentido, la autonomía procesal y la deslocalización se retroalimentan y se refuerzan mutuamente.

La cuestión central es, entonces, cuáles son las normas imperativas de la sede que las partes no pueden derogar ni siquiera mediante un acuerdo expreso. Los sistemas que admiten una mayor apertura a la deslocalización son precisamente aquellos que reducen al mínimo ese núcleo indisponible. En el extremo de esa tendencia, algunos ordenamientos han llegado a permitir que las partes renuncien expresamente al recurso de anulación, lo que equivale a eliminar prácticamente el último vínculo normativo relevante entre el arbitraje y el Estado de la sede.

La autonomía del procedimiento tiene además una dimensión institucional que resulta determinante en la práctica. Cuando las partes eligen un reglamento de arbitraje institucional, delegan en la institución la potestad de colmar las lagunas procedimentales con sus propias normas. Esta delegación puede ser tan amplia que el derecho de la sede quede reducido a una función puramente residual, inaplicable en la práctica porque el reglamento ya ha previsto una solución para cada situación posible. En ese escenario, el procedimiento arbitral se rige de facto por el reglamento y por los principios generales del arbitraje internacional, sin necesidad de recurrir al derecho nacional de ningún Estado.

3.3. El control judicial y sus límites

El control judicial del laudo arbitral en el plano internacional se articula en dos momentos diferenciados que responden a lógicas distintas. El primero es el recurso de anulación ante los tribunales del Estado de la sede, que permite cuestionar el laudo por causales expresamente tasadas relacionadas con irregularidades procedimentales graves o vulneraciones al orden público. El segundo es la fase de reconocimiento y ejecución en el Estado donde la parte vencedora pretende hacer efectiva la decisión, regulada principalmente por la Convención de Nueva York. La tesis deslocalizadora interviene de forma diferente en cada uno de estos momentos y encuentra en cada uno de ellos límites distintos.

En cuanto al recurso de anulación, la posición deslocalizadora sostiene que si el laudo no está normativamente vinculado al ordenamiento de la sede, ese recurso resulta un mecanismo inapropiado para revisarlo. La consecuencia práctica más significativa es que los laudos anulados por los tribunales de la sede podrían, en principio, ejecutarse en terceros Estados que no reconozcan efecto extraterritorial a esa anulación. En cuanto a la fase de reconocimiento, la posición deslocalizadora sostiene que el control debe ejercerse exclusivamente por los tribunales del Estado de ejecución, con base en su propio orden público internacional, sin que la anulación decretada en la sede los vincule necesariamente.

Este planteamiento no es puramente teórico: ha encontrado acogida real, aunque parcial, en la jurisprudencia de algunos Estados. La posición más coherente con la tesis deslocalizadora ha sido adoptada por Francia, cuyos tribunales han reconocido y ejecutado laudos previamente anulados en la sede, sobre la base de que el laudo arbitral internacional es un acto del ordenamiento arbitral transnacional y no del Estado donde fue dictado. Otros sistemas, en cambio, y Estados Unidos es el ejemplo más citado, han tendido a denegar la ejecución de laudos anulados en su sede de origen, reforzando así el vínculo normativo entre el laudo y el Estado que lo acogió.

El límite estructural más claro a la tesis deslocalizadora en este plano proviene, paradójicamente, del propio texto de la Convención de Nueva York. Su artículo V(1)(e)[11] dispone que el reconocimiento y la ejecución de un laudo podrá denegarse cuando este haya sido anulado por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, fue dictado. Esta disposición, cuya aplicación algunos tribunales

[11] Art. V(1)(e) New York Convention.

han interpretado como facultativa y no obligatoria, supone en todo caso un reconocimiento implícito del vínculo normativo entre el laudo y el Estado de la sede que la teoría deslocalizadora en su versión más radical precisamente niega. La tensión entre ambas posiciones permanece abierta y constituye, hoy, uno de los debates más activos del arbitraje internacional.

IV. EL ARBITRAJE DESLOCALIZADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

En la actualidad, la inversión extranjera encuentra un lugar importante dentro de aquellos países en desarrollo y economías en transición, también conocidos como receptores. Pues, representa una oportunidad para generar empleo, mejorando las condiciones laborales del país receptor. Asimismo, se introducen nuevas tecnologías o prácticas comerciales, lo que conlleva a un incremento en la productividad y eficiencia. Por estas y otras razones más es que la inversión extranjera desempeña un papel clave en aquellos países que pretenden seguir desarrollándose económicamente.

Bajo esta premisa, la inversión extranjera ha generado que los mercados cada vez se encuentren más interconectados y deslocalizados, lo que conlleva a que existan más disputas entre este y el Estado o país receptor[12]. Así, resulta conveniente hacer mención respecto de las causas que pueden generar controversias o desacuerdos entre el Estado y el inversionista. Así, en palabras de Adriana Ocampo, uno de los motivos más comunes es la violación de los Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales serán desarrollados en líneas posteriores, como la resolución unilateral de un contrato administrativo o el no garantizar la protección de la inversión extranjera directa (IED)[13].

Es así como, aparece la aplicación de medios especializados y deslocalizados en la gestión de controversias entre Estados e inversionistas como el arbitraje internacional en inversiones. De acuerdo con Franz Kundmüller, el arbitraje como medio deslocalizado implica la posibilidad de poder realizarlo legítima y válidamente en cualquier lugar del mundo, siempre que se tenga una base jurídica como los TBI, el Convenio CIADI, entre otros[14]. Este mecanismo internacional de solución de controversias constituye un gran avance en la conformación del espacio jurídico global, dejando atrás la tradicional jurisdicción estatal estática. Como consecuencia de este nuevo sistema de arbitraje se busca desaparecer gradualmente el riesgo o la razón por la que los inversionistas extranjeros se abstienen de invertir en economías emergentes.

4.1. Particularidades del arbitraje de inversiones

Con base en lo señalado en el acápite anterior, es evidente que la inversión contribuye positivamente como una respuesta al problema de los bajos índices de desarrollo que pudieran suscitarse, ya que promueve el crecimiento económico. Ahora bien, cabe cuestionarse qué tan efectivo resulta este medio alterno en la práctica, ya que bien es sabido que no nos encontramos ante un arbitraje tradicional en el que concurren dos partes privadas, sino que, también aparecen intereses de índole pública.

Como señala María Beatriz Segura, el arbitraje de inversión es considerado una institución polémica y compleja, puesto que se trata de solucionar diferencias entre dos partes con motivaciones de distinta naturaleza. Asimismo, la autora menciona que se realiza un acto de delegación de la administración de justicia en manos de

[12] Pablo Rey Vallejo. *El Arbitraje de Inversiones y Los Retos de La Globalización.* (Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2007), 24.

[13] Adriana Ocampo Carbo. *Análisis Crítico del Arbitraje como Método de Resolución de Conflictos entre el Estado y el Inversionista Extranjero.* (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007), 106.

[14] Franz Kundmüller. *La densidad de la última globalización y el arbitraje en las inversiones.* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007), pp. 257-294.

particulares, que, además, involucra una parte pública, es decir, el Estado receptor de la inversión[15].

En ese sentido, dicha complejidad responde a la tensión existente entre dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad de brindar al inversionista extranjero un marco jurídico estable y previsible que incentive la inversión; y, por otro, el interés de los Estados receptores de preservar su capacidad regulatoria y evitar que los mecanismos internacionales de protección de inversiones limiten el ejercicio de sus potestades soberanas.

En este contexto, resulta pertinente hacer una breve referencia a la inversión extranjera directa, pues constituye el supuesto sobre el cual se articula el arbitraje internacional de inversiones. Conforme a José Moreno, a diferencia de otras operaciones comerciales internacionales de compraventa de bienes o prestación de servicios, la inversión extranjera directa supone que el inversionista establezca una relación económica duradera con el Estado receptor, comprometiendo recursos y asumiendo riesgos propios del entorno político, económico y jurídico del país donde se desarrolla la inversión. Precisamente, la magnitud y permanencia de estas inversiones, así como la posibilidad de que se vean afectadas por decisiones estatales, justifican la existencia de un régimen jurídico especial de protección, generalmente previsto en tratados o contratos internacionales de inversión[16].

Ahora bien, el arbitraje internacional se sostiene debido a los tratados bilaterales de inversión, los cuales deben ser firmados y ratificados entre dos Estados. José Hernández señala que este tipo de arbitraje tuvo su origen después de la segunda guerra mundial, donde la relación entre el Estado y los inversores empezó a tener como guía a los TBI[17]. Estos últimos han tenido una gran utilidad, puesto que sirven para establecer un compendio de reglas destinadas a la protección de los inversores nacionales de un país en un país extranjero. Según Patricia B.R., las áreas más comunes en las que se concentran la mayoría de estos tratados son la admisión de la inversión, el tratamiento del inversor, la expropiación, y la resolución de disputas entre los Estados signatarios[18].

Por tanto, los TBI, en cuanto tratados internacionales válidamente celebrados, se encuentran regidos por el principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual postula lo siguiente: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*"[19]. Esto quiere decir que, cualquier incumplimiento de lo acordado en el tratado representa una violación del derecho internacional, y un acto de mala fe. Es por ello que, los Estados receptores de inversiones deben tener un especial cuidado de no violar un TBI, debido a las posibles repercusiones políticas que esto podría conllevar, especialmente si se trata de un país en vía de desarrollo.

Bajo este contexto, cabe mencionar los principales efectos jurídicos que traen consigo estos tratados. Para ello, Leonardo Granto los enumera en el siguiente orden de ideas: en primer lugar, determinan el trato y protección debidos al inversor que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar; en segundo lugar, otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional; por último, los TBI amparan los contratos

---

[15] María Beatriz Segura. *Arbitraje de Inversión: ¿un incentivo para la inversión extranjera directa?* (Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2014), 29.

[16] José Moreno Rodríguez. *La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones.* (Madrid: Revista Cuadernos de Derecho Transnacional, 2024), 23.

[17] José Ignacio Hernández. *Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones.* (Oporto: Revista Electrónica de Direito, 2017), 33.

[18] Patricia B. R. *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos.* (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003), 43.

[19] *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, adoptada el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, art. 26, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

concluidos entre el inversor extranjero y el Estado receptor[20]. Estos efectos comprenden una gran cobertura jurídica para el inversionista, ya que le permite realizar ciertos actos para evitar grandes pérdidas. Así, en un supuesto en que surja una controversia entre las partes, le da una salida distinta a la regla general, es decir, no necesita recurrir a los órganos competentes del Estado receptor, sino que, puede dirigir su reclamo a un tribunal arbitral internacional. De igual manera, en caso de que el Estado receptor modifique de manera unilateral e imprevisible su legislación o resuelva el contrato basándose en el interés público, el inversionista cuenta con la tutela del TBI, por lo que no depende únicamente de lo que decida el Estado receptor.

De igual forma, Ignacio Suárez indica que los TBI sirven para administrar el riesgo político, por lo que, se espera que aumente el volumen de inversiones y/o se reduzca el costo del capital respecto a los proyectos de inversión en la medida que se brinda mayor certidumbre legal a su continuidad[21]. No obstante, es importante entender que estas relaciones de inversor-Estado se encuentran condicionadas por una asimetría de información originaria. Es decir, el inversor puede negociar las cláusulas del contrato hasta realizar la inversión, pero una vez hecha esta, queda a disposición de las instituciones del Estado receptor, no teniendo garantizado si las obligaciones asumidas serán respetadas o no. Por ello, los TBI buscan cubrir este desamparo que tiene el inversor extranjero frente a la soberanía del Estado receptor.

4.2. El sistema CIADI como modelo de deslocalización

Las particularidades del arbitraje internacional de inversiones no solo se manifiestan en la naturaleza de las partes que intervienen o en el origen convencional del consentimiento arbitral, sino también en la progresiva internacionalización del régimen jurídico aplicable a las controversias. En efecto, a diferencia de los litigios sometidos exclusivamente a la jurisdicción interna de un Estado, los conflictos en materia de inversiones plantean la necesidad de determinar si la controversia debe resolverse conforme al derecho interno del Estado receptor, al derecho internacional o a una combinación de ambos[22]. En este contexto, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se consolidó como el principal referente del arbitraje internacional de inversiones y como el modelo paradigmático del arbitraje deslocalizado.

Así, el CIADI es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional denominado "Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965", con sede en Washington. Este convenio tiene como objetivo principal establecer un marco legal neutral para resolver disputas que surjan entre inversionistas privados y gobiernos extranjeros. Por el momento, el convenio ha sido ratificado por 158 países y 8 solamente lo han firmado[23]. Gabriela Álvarez resalta la iniciativa del Banco Mundial para establecer esta organización con el fin de fomentar las inversiones de países industrializados a países en desarrollo[24]. En efecto, si bien las inversiones extranjeras resultan beneficiosas para el país receptor, existen condiciones en las que operan dichas inversiones que significan posibles riesgos de controversia. Es aquí donde entra

[20] Leonardo Granato. *Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión.* (tesis de maestría, Universidad de Belgrano, 2005), 53.

[21] C. Ignacio Suarez. *Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador.* (Quito: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2010), 27.

[22] Nicolás Zambrana Tévar. *La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones progresiva marginación del derecho interno.* (Tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2010), 582.

[23] Para saber la cifra actual, se puede recurrir a: https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states

[24] Gabriela Álvarez, "Las características del arbitraje del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 2 (2002): 206-229.

la importancia del CIADI, ya que funciona como una herramienta que busca mejorar la confianza mutua entre las partes involucradas.

Inicialmente, el Banco Mundial participaba directamente como mediador entre un Estado receptor y un inversionista, ejerciendo un rol facilitador. Sin embargo, se advirtió la necesidad de delegar este rol informal a una institución neutral para la resolución de diferencias de inversiones extranjeras[25].

Ahora bien, el CIADI opera mediante un esquema básico, puesto que cada caso es resuelto a través de un tribunal ad hoc, es decir, uno constituido especialmente para analizar una única cuestión[26]. Así, se compone por tres árbitros: uno elegido por el demandado, otro por el demandante y el último por ambas partes en común acuerdo (artículo 37[27]). Este centro se apoya específicamente en aquellos tratados que le conceden jurisdicción para la resolución de disputas como los TBI, los TLC, entre otros. En cuanto a los laudos del CIADI, estos son comunicados a las partes haciendo mención especial a los motivos de la resolución, así como si fuera de manera unánime o por mayoría.

En este punto, corresponde destacar que el sistema CIADI es considerado el máximo exponente del arbitraje deslocalizado debido a la autonomía que presenta frente a las jurisdicciones nacionales. En primer lugar, la resolución de la controversia no queda sujeta exclusivamente al derecho interno del Estado receptor. Conforme al artículo 42[28] del Convenio CIADI, el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, aplicará tanto la legislación del Estado parte en la diferencia, como las normas de Derecho Internacional que resulten aplicables. Ello evidencia que el sistema no se encuentra subordinado únicamente al ordenamiento jurídico estatal, sino que incorpora un marco normativo internacional que dota de mayor neutralidad a la resolución de las controversias. En la práctica, esta regulación ha favorecido una creciente relevancia del Derecho Internacional como parámetro de decisión, reduciendo la dependencia exclusiva del derecho interno del Estado receptor y reforzando el carácter internacional del arbitraje de inversiones.

Asimismo, la autonomía del sistema se manifiesta en los mecanismos de control de los laudos arbitrales. A diferencia del arbitraje comercial internacional, en el que los tribunales del lugar de la sede pueden ejercer determinadas funciones de control sobre el procedimiento y el laudo, el Convenio CIADI concentra dichas funciones dentro de su propio sistema institucional. En ese sentido, los artículos 51[29] y 52[30] regulan procedimientos autónomos de revisión y anulación de los laudos, los cuales son conocidos por órganos constituidos en el marco del propio Convenio, excluyendo la intervención de los tribunales estatales respecto del fondo de la decisión arbitral. De este modo, el sistema busca garantizar la independencia, imparcialidad y neutralidad del arbitraje, evitando posibles injerencias de los órganos jurisdiccionales nacionales en controversias en las que el propio Estado constituye una de las partes.

4.3. Comparación con el arbitraje de inversiones no CIADI

Si bien el sistema CIADI constituye el mecanismo más utilizado para resolver controversias entre inversionistas y Estados, no representa la única vía existente dentro del arbitraje internacional de inversiones. Como señala Tomás J. Aliste, numerosos

---

[25] Roberto Dañino, "El CIADI: 40 años después", *THEMIS Revista De Derecho 53* (2007): 143-147.

[26] Luciana Ghiotto y Rodrigo Pascual, "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas", *Revista Realidad Económica 238* (2008): 1-11.

[27] Art. 37 Convenio CIADI, Reglamento y Reglas

[28] Art. 42 Convenio CIADI, Reglamento y Reglas

[29] Art. 51 Convenio CIADI, Reglamento y Reglas

[30] Art 52 Convenio CIADI, Reglamento y Reglas

tratados internacionales de inversión permiten que las controversias sean sometidas a arbitrajes desarrollados conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), ofreciendo a los inversionistas un mecanismo alternativo para la resolución de sus disputas con el Estado receptor[31].

La principal diferencia entre ambos modelos radica en el grado de deslocalización del arbitraje. Mientras que el CIADI constituye un mecanismo institucional autónomo, dotado de reglas propias sobre constitución del tribunal, desarrollo del procedimiento y control del laudo, los arbitrajes desarrollados conforme a las Reglas UNCITRAL no conforman un sistema institucional autosuficiente. En consecuencia, requieren necesariamente la determinación de una sede arbitral, cuya legislación procesal regirá determinados aspectos del procedimiento y permitirá la intervención de los tribunales nacionales en aquellos supuestos previstos por la ley aplicable. Esta circunstancia evidencia que el arbitraje UNCITRAL conserva un vínculo más estrecho con los ordenamientos jurídicos estatales que el sistema CIADI.

Otra diferencia importante se presenta respecto del control del laudo arbitral. Como se explicó en el apartado anterior, el Convenio CIADI establece un mecanismo propio de revisión y anulación, excluyendo la competencia de los tribunales nacionales para revisar el fondo de la decisión. Por el contrario, en los arbitrajes UNCITRAL la eventual anulación del laudo corresponde a los tribunales del Estado donde se encuentre la sede arbitral, conforme a la legislación nacional aplicable y, posteriormente, su reconocimiento y ejecución internacional se rigen principalmente por la Convención de Nueva York de 1958. Esta diferencia demuestra que el arbitraje no CIADI presenta un grado menor de deslocalización, pues mantiene una conexión relevante con la jurisdicción estatal.

En este punto, José Fernández Rozas explica que el carácter internacional del arbitraje no significa que este se encuentre completamente desvinculado de los ordenamientos jurídicos estatales. Si bien la autonomía de la voluntad de las partes y la naturaleza internacional de la controversia permiten dotar al procedimiento de un alto grado de independencia, la eficacia del laudo continúa dependiendo, en gran medida, de los mecanismos estatales de reconocimiento y ejecución[32]. Por ello, en los arbitrajes desarrollados conforme a las Reglas UNCITRAL la intervención de la sede arbitral y de los tribunales nacionales mantiene una importancia que no se presenta con la misma intensidad en el sistema CIADI, el cual concentra el control del procedimiento y del laudo dentro de su propio régimen institucional.

En definitiva, ambos mecanismos persiguen un mismo objetivo, que es ofrecer un foro neutral para la solución de controversias entre inversionistas y Estados. Sin embargo, difieren en el grado de desvinculación respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales.

V. LÍMITES DE LA DESLOCALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

La deslocalización del arbitraje, también llamada arbitraje desnacionalizados o anacionales, ha significado una reducción del significado de la sede del arbitraje. No obstante, ello no significa la pérdida total de su importancia en la práctica.

En relación con lo señalado, Dámaso Vicente sostiene que el arbitraje internacional constituye un mecanismo diseñado para desvincularse, en la mayor medida posible, de las soberanías estatales, razón por la cual puede entenderse como un auténtico "no lugar" jurídico. No obstante, dicha deslocalización no es absoluta, pues la eficacia

[31] Tomás J. Aliste Santos, "Arbitraje de inversiones versus arbitraje UNCITRAL: un análisis desde la perspectiva procesal", *Revista de Derecho Corporativo 10* (2024): 142-171.

[32] José Fernández Rozas, "El arbitraje internacional y sus dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional XV* (2006): 1-24.

del laudo continúa dependiendo de instituciones propias del Derecho estatal[33]. Con esto, surge una pregunta interesante: ¿Es realmente posible que un arbitraje sea totalmente independiente de los Estados?

Guillermo Palao realiza una acotación relevante respecto a este cuestionamiento. Advierte que la deslocalización no supone una autorregulación absoluta del arbitraje ni implica que la sede arbitral o el derecho estatal pierdan toda relevancia. Por el contrario, incluso en los sistemas que reconocen una amplia autonomía a las partes, continúan existiendo normas imperativas y mecanismos de control que preservan determinadas funciones de los Estados sobre el procedimiento arbitral o sobre los efectos del laudo[34].

En ese sentido, podemos comprender que la deslocalización debe entenderse como un fenómeno relativo y no absoluto, cuyos principales límites se manifiestan en la anulación del laudo, su reconocimiento y ejecución, así como en la protección del orden público.

5.1. La anulación del laudo

Antes de analizar las causales específicas de anulación del laudo arbitral, resulta necesario precisar la naturaleza jurídica de este mecanismo. Como explica José Fernández Rozas, la acción de anulación no constituye una segunda instancia ni un recurso destinado a revisar el acierto de la decisión arbitral. Su finalidad se limita a permitir un control judicial excepcional sobre la regularidad del procedimiento arbitral, verificando que el tribunal haya respetado las garantías esenciales del debido proceso, los límites del convenio arbitral y las demás exigencias previstas por la ley[35]. Precisamente por ello, en el arbitraje internacional los motivos de anulación se encuentran expresamente tasados y responden al principio de mínima intervención judicial, orientado a preservar la eficacia y estabilidad de los laudos arbitrales.

Así lo establece el artículo 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), que limita la nulidad a un conjunto de causales taxativas relacionadas con defectos en el convenio arbitral, vulneraciones al debido proceso, exceso en las facultades del tribunal arbitral, irregularidades en la composición del tribunal o del procedimiento, materias no arbitrables y contravención del orden público. De este modo, el juez estatal no actúa como una instancia revisora del fondo de la controversia, sino únicamente como un órgano encargado de verificar que el arbitraje se haya desarrollado respetando las garantías esenciales del procedimiento.

El Convenio CIADI adopta una lógica similar en cuanto a la naturaleza excepcional del control del laudo, aunque traslada dicho control al interior de su propio sistema institucional. En efecto, el artículo 52 del Convenio establece que la anulación únicamente procede por causales expresamente previstas como constitución incorrecta del tribunal, extralimitación manifiesta de sus facultades, corrupción de alguno de sus miembros, quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o falta de motivación del laudo. Asimismo, dispone que la solicitud será conocida por una Comisión ad hoc integrada conforme al propio Convenio, excluyendo la intervención de los tribunales nacionales incluso en esta etapa del procedimiento.

En efecto, mientras que los laudos no CIADI están sujetos a un control ejercido por las jurisdicciones nacionales, ya sea mediante el recurso de anulación o durante la fase de reconocimiento y ejecución prevista en el artículo V de la Convención de Nueva

[33] Dámaso Javier Vicente Blanco, "El arbitraje internacional como "no lugar": deslocalización del arbitraje y del derecho aplicable y reconocimiento del laudo extranjero", Tirant editorial (2019): 69-100.

[34] Guillermo Palao Moreno, "El lugar de arbitraje y la "Deslocalización" del arbitraje comercial internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado 130* (2011): 171-205.

[35] José Carlos Fernández Rozas, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (2005): 605-637.

York, el Convenio CIADI sustituye dichos mecanismos por un sistema propio de control interno. Como consecuencia, el laudo CIADI es directamente ejecutable en los Estados parte del Convenio, equiparándose a una sentencia firme dictada por los tribunales del propio Estado de ejecución.

Precisamente, la existencia de este mecanismo de anulación permite advertir que la deslocalización del arbitraje de inversiones no supone la ausencia absoluta de controles sobre la actividad arbitral. Por el contrario, el laudo continúa sujeto a un control de legalidad, aunque este se encuentra estrictamente limitado y circunscrito a verificar el respeto de las garantías fundamentales del procedimiento y de las competencias conferidas al tribunal arbitral[36]. En consecuencia, la autonomía del sistema CIADI no implica que los árbitros actúen sin supervisión, sino que dicho control deja de ser ejercido por los tribunales estatales para concentrarse en órganos creados por el propio Convenio.

5.2. El reconocimiento y la ejecución de laudos

Una vez superada la etapa de impugnación, continúa la eficacia práctica del arbitraje. Así, el régimen previsto por el Convenio CIADI responde a una lógica sustancialmente distinta. Conforme al artículo 54 del Convenio, todo Estado contratante debe reconocer el laudo dictado bajo los auspicios del CIADI como si se tratara de una sentencia firme emitida por sus propios tribunales y proceder a su ejecución conforme a las normas internas aplicables a las decisiones judiciales definitivas. En consecuencia, el laudo CIADI no requiere ser sometido al procedimiento de *exequátur* previsto en la Convención de Nueva York ni al control judicial propio del reconocimiento de laudos extranjeros.

Como sostiene Christian G. Sommer, el Convenio sustituye el tradicional control ejercido por los tribunales nacionales por un régimen autónomo de reconocimiento y ejecución, reforzando la independencia del sistema CIADI respecto de las jurisdicciones estatales y garantizando una circulación más eficiente de los laudos entre los Estados parte[37].

No obstante, esta ejecución directa no implica que los laudos CIADI carezcan de todo control. La obligación de los Estados de reconocer y ejecutar el laudo presupone que este ha superado previamente los mecanismos internos de revisión previstos por el propio Convenio, especialmente el procedimiento de anulación regulado en su artículo 52. En ese sentido, el reconocimiento y la ejecución evidencian nuevamente que la deslocalización del arbitraje de inversiones no supone la eliminación absoluta de controles. Precisamente por ello, puede afirmarse que el reconocimiento y ejecución de los laudos constituyen otro de los límites de la deslocalización.

5.3. El orden público y la protección de los intereses estatales

La noción de orden público es entendida como el conjunto de principios esenciales que un Estado considera indispensables para preservar su organización jurídica, económica y social. En este sentido, como explica Sébastien de Manciaux, el orden público constituye un límite a la eficacia del arbitraje en la medida en que permite impedir que una decisión arbitral produzca efectos incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado que debe reconocerla o ejecutarla[38]. Así, aunque el arbitraje busca garantizar un mecanismo neutral de solución de controversias, dicha autonomía encuentra un límite cuando entra en conflicto con valores jurídicos considerados esenciales por los Estados.

---

[36] Nicolás E. Lozada, "El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del CIADI: qué es y para dónde va", *Revista de Derecho Privado 55* (2016): 1-29.

[37] Christian G. Sommer, "El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?", *Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba* (s.f.): 1-14.

[38] Sébastien Manciaux, *El orden público y el arbitraje*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario,2016), 264.

En el ámbito del arbitraje internacional, el orden público cumple una función particularmente relevante durante las etapas de control y ejecución del laudo. Si bien el principio general es que los tribunales estatales no deben revisar el fondo de las decisiones arbitrales, los distintos sistemas jurídicos reconocen la posibilidad de limitar sus efectos cuando estas resulten incompatibles con principios fundamentales del ordenamiento del Estado requerido. Así, incluso dentro de un sistema altamente deslocalizado como el CIADI, la autonomía arbitral encuentra un límite en la necesidad de preservar determinados valores jurídicos superiores. En consecuencia, la deslocalización no debe entenderse como una completa desvinculación respecto de los Estados, sino que estos últimos, si bien dejan de intervenir sobre el mérito de la controversia, se concentran en garantizar que el funcionamiento del arbitraje no contradiga principios esenciales del orden jurídico internacional y nacional.

VI. CONCLUSIONES

La deslocalización del arbitraje constituye una manifestación de la evolución del arbitraje internacional hacia un sistema cada vez más autónomo respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, el desarrollo realizado demuestra que dicha autonomía no implica la desvinculación absoluta del Estado, sino una redistribución de las funciones de control, las cuales permanecen presentes mediante mecanismos específicos que garantizan la regularidad y legitimidad del procedimiento arbitral.

En el arbitraje comercial internacional, la sede arbitral y la intervención limitada de los tribunales nacionales continúan desempeñando un papel relevante, mientras que el sistema CIADI representa el mayor grado de deslocalización al concentrar el control del procedimiento y del laudo dentro de una estructura institucional propia. No obstante, incluso este modelo mantiene mecanismos internos de supervisión, lo que evidencia que la deslocalización nunca supone la ausencia total de controles.

Finalmente, el estudio permite concluir que la anulación del laudo, el reconocimiento y ejecución de las decisiones arbitrales y la protección del orden público constituyen los principales límites de la deslocalización. Estos mecanismos no desvirtúan la autonomía del arbitraje, sino que permiten compatibilizarla con la tutela de principios fundamentales, garantizando un equilibrio entre la independencia del sistema arbitral y la necesaria intervención estatal en supuestos excepcionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Albornoz, María Mercedes. "La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas." Boletín Mexicano de Derecho Comparado 139 (2014): 13-38.

- Aliev, Sardar. "On the Matter of Various Theories of Lex Mercatoria." Kluwer Law International (2019): 23-33.

- Aliste Santos, Tomás J. "Arbitraje de inversiones versus arbitraje UNCITRAL: un análisis desde la perspectiva procesal." Revista de Derecho Corporativo 10 (2024): 142-171.

- Álvarez, Gabriela. "Las características del arbitraje del CIADI." Anuario Mexicano de Derecho Internacional 2 (2002): 206-229.

- Brazil, Renata. "Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration." Journal of International Arbitration 28 (2011): 445-466.

- Caivano, Roque J. "La sede del arbitraje." Revista El Derecho (2017): 1-14.

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. 10 June 1958. 330 U.N.T.S. 3.

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

- Dañino, Roberto. "El CIADI: 40 años después." THEMIS Revista De Derecho 53 (2007): 143-147.

- Fernández Rozas, José Carlos. "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización." Revista Española de Derecho Internacional 2 (2005): 605-637.

- Fernández Rozas, José. "El arbitraje internacional y sus dualidades." Anuario Argentino de Derecho Internacional XV (2006): 1-24.

- Gaillard, Emmanuel. "El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia." Forseti. Revista De Derecho 2 (2019): 9-18.

- Ghiotto, Luciana y Rodrigo Pascual. "El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas." Revista Realidad Económica 238 (2008): 1-11.

- González de Cossío, Francisco. "Naturaleza jurídica del arbitraje Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México." Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. CAMECIC (2005): 70-83.

- González de Cossío, Francisco. Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje homenaje a don Raúl Medina Mora. Ciudad de México: Palestra Editores, 2020.

- Granato, Leonardo. Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Tesis de maestría, Universidad de Belgrano, 2005.

- Hernández, José Ignacio. Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones. Oporto: Revista Electrónica de Direito, 2017.

- Herrera de las Heras, Ramón. "La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo." Revista de Derecho (Valdivia) 25 (2012): 175-193.

- Kundmüller, Franz. La densidad de la última globalización y el arbitraje en las inversiones. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

- Lozada, Nicolás E. "El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del CIADI: qué es y para dónde va." Revista de Derecho Privado 55 (2016): 1-29.

- Manciaux, Sébastien. El orden público y el arbitraje. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2016.

- Moreno Rodríguez, José. La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones. Madrid: Revista Cuadernos de Derecho Transnacional, 2024.

- Mustill, Michael. "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years." Kluwer Law International (2017): 205–237.

- Ocampo Carbo, Adriana. Análisis Crítico del Arbitraje como Método de Resolución de Conflictos entre el Estado y el Inversionista Extranjero. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

- Palao Moreno, Guillermo. "El lugar de arbitraje y la 'Deslocalización' del arbitraje comercial internacional." Boletín Mexicano de Derecho Comparado 130 (2011): 171-205.

- Patricia B. R. Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

- Rey Vallejo, Pablo. El Arbitraje de Inversiones y Los Retos de La Globalización. Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2007.

- Ritlewski, Kristoff. "Die Lex Mercatoria in der schiedsgerichtlichen Praxis." In SchiedsVZ | German Arbitration Journal, edited by Jörg Risse, Guenter Pickrahn, et al., vol. 5, no. 3 (2007): 130–138.

- Santaolalla, Cayetana. "Los criptotribunales: un arbitraje en la cadena de bloques, con smart contracts y según la teoría de juegos." Cuadernos de Derecho Transnacional 17 (2025): 780-801.

- Segura, María Beatriz. Arbitraje de Inversión: ¿un incentivo para la inversión extranjera directa? Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2014.

- Sommer, Christian G. "El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequátur?" Revistas de la Universidad Nacional de Córdoba (s.f.): 1-14.

- Suarez, C. Ignacio. Particularidades del acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador. Quito: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, 2010.

- Vicente Blanco, Dámaso Javier. "El arbitraje internacional como 'no lugar': deslocalización del arbitraje y del derecho aplicable y reconocimiento del laudo extranjero." Tirant editorial (2019): 69-100.

- Zambrana Tévar, Nicolás. La determinación del derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones progresiva marginación del derecho interno. Tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2010.

SOFT LAW Y PRÁCTICA PROBATORIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: LAS IBA RULES Y LA CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES TRANSNACIONALES DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL

Autora:
Nicol B. Castillo Santillana

SOFT LAW Y PRÁCTICA PROBATORIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: LAS IBA RULES Y LA CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES TRANSNACIONALES DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL

Soft Law and Evidentiary Practice in International Arbitration: The IBA Rules and the Construction of Transnational Standards for Document Production

Nicol B. Castillo Santillana[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La producción documental como desafío en el arbitraje internacional.
III. El régimen de producción documental bajo las reglas IBA: estructura y contenido.
IV. Las reglas IBA como estándar transnacional de producción documental: armonización y autoridad práctica.
V. Conclusiones.

Resumen

El arbitraje comercial internacional opera en una tensión estructural entre tradiciones jurídicas distintas que se manifiesta con especial intensidad en materia de producción documental. Frente a la ausencia de normas procesales uniformes, las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional han emergido como el principal instrumento de referencia en la materia. Este artículo analiza cómo un instrumento formalmente no vinculante ha logrado convertirse en un referente normativo de facto, examinando el diseño del régimen de producción acotada —artículo 3, Redfern Schedule y artículo 9— y evaluando su autoridad práctica a la luz de la evidencia empírica. Se sostiene que las Reglas IBA han trascendido la categoría ordinaria de soft law al generar una expectativa legítima de aplicación que opera con independencia del acuerdo expreso de las partes: no porque ninguna norma así lo declare, sino porque la práctica arbitral internacional lo ha decidido.

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Producción documental/ Reglas IBA/ Práctica probatoria/ Estándar transnacional.

---

[1] Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Actualmente cursando el Máster en Contratación Pública por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesora adjunta de cursos de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la PUCP. Secretaria Adjunta del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil Perú. Árbitro en materia civil – comercial en diferentes nóminas arbitrales. Asociada del área de Arbitraje y Contrataciones con el Estado de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto: ncastillo@tytl.com.pe

Abstract

International commercial arbitration operates under a structural tension between divergent legal traditions, which manifests with particular intensity in the area of document production. In the absence of uniform procedural rules, the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration have emerged as the primary reference instrument in this field. This article examines how a formally non-binding instrument has become a de facto normative standard, analyzing the design of the targeted document production regime —Article 3, the Redfern Schedule, and Article 9— and assessing its practical authority in light of empirical evidence. It is argued that the IBA Rules have transcended the ordinary category of soft law by generating a legitimate expectation of application that operates independently of any express agreement between the parties: not because any norm so declares, but because international arbitral practice has so decided.

Keywords

International arbitration/ Document Production/ Soft law/ IBA Rules/ Evidentiary practice/ Transnational standard.

I. INTRODUCCIÓN

La coexistencia de tradiciones jurídicas diversas constituye uno de los rasgos distintivos del arbitraje comercial internacional. Esta pluralidad de enfoques se manifiesta de manera especial en materia probatoria, donde las expectativas de las partes y las prácticas de los operadores jurídicos suelen responder a concepciones distintas sobre la obtención y producción de documentos.

En particular, la producción de documentos constituye uno de los ámbitos donde dicha divergencia se hace más evidente. Mientras que en los sistemas de *common law* la búsqueda y revelación de información ocupa un lugar central en la dinámica probatoria, los ordenamientos de tradición romano-germánica han mantenido históricamente un enfoque más restrictivo respecto de la posibilidad de requerir documentos en poder de la contraparte. Esta diferencia refleja concepciones distintas acerca del alcance del derecho a la prueba, la distribución de cargas procesales y los límites de la intervención de las partes, y del propio tribunal arbitral, en la construcción del material probatorio.

Es así como, en un contexto caracterizado por la ausencia de normas procesales uniformes, el arbitraje internacional se ha visto obligado a desarrollar mecanismos capaces de gestionar estas tensiones sin sacrificar los atributos que tradicionalmente justifican su elección como método de resolución de controversias. La necesidad de conciliar expectativas procesales distintas ha favorecido la aparición de prácticas e instrumentos destinados a proporcionar criterios comunes para la conducción del procedimiento arbitral. Dentro de ellos, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional[2] (en adelante, Reglas IBA) se han consolidado como una de las referencias más influyentes en materia probatoria y, particularmente, en lo relativo a la producción documental.

La relevancia alcanzada por las Reglas IBA resulta especialmente llamativa si se considera que se trata de un instrumento carente de fuerza vinculante formal. A diferencia de leyes estatales en materia arbitral, las Reglas IBA no derivan su autoridad de un mandato legislativo ni de una obligación de observancia obligatoria. Su

[2]Denominación original en inglés: *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.

utilización recurrente por tribunales arbitrales y partes provenientes de distintas jurisdicciones evidencia, sin embargo, que su influencia práctica excede ampliamente aquella que tradicionalmente se atribuye al denominado *soft law*. Esto conduce a una pregunta central: **¿cómo explicar que un instrumento formalmente no obligatorio haya logrado convertirse en un referente común para la regulación de aspectos tan sensibles del procedimiento arbitral?**

Para responder esta cuestión no basta con describir el contenido de las Reglas IBA o explicar cómo regulan la producción documental. Es necesario analizar por qué un instrumento que carece de fuerza vinculante ha llegado a ser utilizado de manera tan extendida en arbitrajes internacionales y cómo se explica la influencia que ejerce sobre las decisiones de los tribunales arbitrales. La experiencia arbitral contemporánea parece demostrar que ciertos instrumentos elaborados por la propia comunidad arbitral son capaces de generar expectativas compartidas de comportamiento y de orientar la actuación de árbitros y partes con una intensidad que, en ocasiones, se aproxima a la de normas jurídicas formalmente obligatorias.

El presente artículo sostiene que las Reglas IBA han trascendido su condición de instrumento de *soft law* para convertirse en un referente normativo de facto en materia de producción documental, contribuyendo de manera significativa a la armonización de la práctica probatoria y a la consolidación de estándares globales dentro del arbitraje internacional.

II. LA PRODUCCIÓN DOCUMENTAL COMO DESAFÍO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1 Tradiciones probatorias divergentes: entre el civil law y el common law

La producción documental ocupa un lugar particularmente relevante en la actividad probatoria de un arbitraje internacional. En buena parte de las controversias comerciales contemporáneas, especialmente aquellas vinculadas a relaciones contractuales complejas o de larga duración, los documentos constituyen una de las principales fuentes de información para la reconstrucción de los hechos controvertidos. Sin embargo, la importancia atribuida a la prueba documental no siempre ha venido acompañada de una visión uniforme acerca de los mecanismos que permiten a una parte acceder a documentos que se encuentren en poder de la contraparte.

Las diferencias existentes en esta materia encuentran explicación, en gran medida, en las distintas tradiciones jurídicas que confluyen en el arbitraje internacional. Como acertadamente señala Gual Grau, "*hablar de problemas de prueba en arbitraje comercial internacional es, en buena medida, hablar de conciliación de dos culturas jurídicas que se distinguen precisamente por su aceptación o no del Discovery, y ello a pesar de que el Discovery no equivale a la fase de prueba tal y como la concebimos en nuestro proceso civil*".[3]

En términos generales, los sistemas de tradición continental han desarrollado una aproximación más restrictiva respecto de la obtención de documentos. En términos de Rangachari & Duggal[4]:

> *"Los países de tradición de derecho civil adoptan un sistema inquisitivo en el que el juez desempeña un papel activo. Es el juez quien toma el control del procedimiento y dirige las actuaciones probatorias que deben adoptarse. En Francia, por ejemplo, el juez asume la dirección del proceso, está*

[3] Cristian Gual Grau, "Breves apuntes sobre el *discovery*," *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n.º 29 (*2011): 114-119.

[4] Rekha Rangachari y Kabir A. N. Duggal, "Different but Similar?: Comparing the IBA Rules on the Taking of Evidence with the Prague Rules," *Arbitration International* 37, n.º 3 (2021): 633.

> *facultado para fijar los plazos, invitar a las partes a proporcionar las explicaciones fácticas que considere necesarias para la resolución de la controversia, y ordenar de oficio cualquier medida de investigación legalmente procedente".*[5]

La situación es categóricamente distinta en los sistemas de *common law*, en los cuales se han desarrollado históricamente mecanismos que permiten un acceso más amplio a la información relevante para la resolución de controversias. Dentro de ese contexto, la figura del *discovery* ha ocupado un lugar especial como herramienta orientada a facilitar el conocimiento de hechos que pueden resultar determinantes para el litigio. Su configuración es notablemente liberal y asume que las partes van a intercambiar información muy ampliamente, con un test de admisibilidad mucho más laxo que el de las normas de prueba: no se trata de obtener documentos admisibles en juicio, sino de obtener información que razonablemente conduzca a encontrar pruebas que sí lo sean.[6]

Sin perjuicio de todo lo anterior, reducir la diferencia entre ambos modelos a una cuestión de amplitud en producción documental sería simplificar el problema real. Detrás de ambas prácticas encontramos concepciones distintas acerca de la función de las partes dentro del procedimiento, del papel que deben desempeñar los juzgadores y de los mecanismos utilizados para garantizar la adecuada determinación de los hechos. A modo de resumen, identificamos dichas diferencias en este cuadro:

ASPECTO	***COMMON LAW***	***CIVIL LAW***
Dirección y control de la actividad probatoria	Las partes tienen mayor protagonismo en la identificación, solicitud y producción de documentos, bajo cierto control del juzgador.	El juzgador ejerce un rol más activo en la admisión, dirección y delimitación de la prueba.
Alcance de la exhibición documental	Tiende a ser más amplia: comprende categorías de documentos, comunicaciones internas, correos electrónicos **(e-discovery).**	Tiende a ser más restringida: limitada, centrada en pruebas esenciales identificadas por el juzgador.
Impacto en costos y duración del procedimiento	Puede generar mayores costos y mayor duración del procedimiento debido a solicitudes extensas ***(fishing expeditions[7])***.	Actuación probatoria más acotada y eficiente, aunque puede limitar el acceso a documentos relevantes.

Como se advierte del cuadro comparativo, a diferencia de lo que ocurre en procesos desarrollados íntegramente bajo un mismo sistema jurídico, el arbitraje internacional

[5] Traducción libre de "The civil law countries adopt an 'inquisitorial' system of law wherein the judge plays an active role. It is the judge who takes control of the proceeding and directs evidentiary procedures to be adopted in the proceeding. The evidentiary position in France, for example, is such that the judge takes charge of 'the proper progress of the proceeding'. The judge is empowered to 'define the time-limits', 'invite the parties to provide factual explanations the judge deems necessary' for dispute resolution, and 'order sua sponte any legally appropriate investigation measures'."

[6] Gual Grau, "Breves apuntes sobre el *discovery*", 116.

[7] Se denomina fishing expedition a la solicitud de producción documental formulada sin una justificación probatoria específica, con el propósito de explorar indiscriminadamente los archivos de la contraparte en búsqueda de información potencialmente útil. Su nombre alude precisamente a esa lógica exploratoria: se "pesca" sin saber con certeza qué se encontrará. En el arbitraje internacional, este tipo de solicitudes es rechazado por ser incompatible con los principios de especificidad, relevancia y proporcionalidad que rigen la producción documental.

suele reunir partes, abogados y árbitros formados en tradiciones jurídicas distintas, cuyas expectativas no necesariamente coinciden. Ello genera tensiones recurrentes: **¿qué nivel de acceso a la prueba debe permitirse? ¿hasta qué punto una parte puede requerir documentos que no se encuentren en su poder? ¿cómo evitar que la búsqueda de información se convierta en una carga excesiva y desproporcionada?**

2.2 La necesidad de un modelo intermedio

Las tensiones descritas adquieren especial relevancia si se considera que el arbitraje internacional difícilmente podría funcionar de manera eficiente mediante la aplicación exclusiva de una única tradición jurídica. La cuestión central consiste en determinar cómo estos intereses, en apariencia contrapuestos, pueden convivir en el arbitraje internacional. En un extremo, existe la necesidad de garantizar que las partes dispongan de herramientas razonables para acceder a información relevante para la defensa de sus posiciones; en el otro, resulta necesario evitar que la actividad probatoria comprometa la celeridad y eficiencia del arbitraje.

La búsqueda de ese equilibrio ha impulsado el desarrollo de instrumentos destinados a ofrecer criterios comunes sobre práctica de la prueba.[8] Es dentro de este proceso en el que adquiere especial relevancia la creación de las Reglas IBA.

III. EL RÉGIMEN DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL BAJO LAS REGLAS IBA: ESTRUCTURA Y CONTENIDO

3.1 Origen y evolución de las Reglas IBA

Para analizar el origen de las Reglas IBA, corresponde remontarnos a las *Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*, adoptadas por la IBA en 1983. Pese a ser medianamente reconocidas, fueron raramente utilizadas en la práctica, lo que se podría atribuir, en palabras de Sattar, a una excesiva coincidencia con las técnicas de práctica probatoria propias del common law, a la difusión insuficiente o, simplemente, a infortunios de la práctica arbitral. Posteriormente, la versión de 1999 marcó un punto de inflexión: a partir de entonces, las Reglas IBA fueron adoptadas de manera progresiva en arbitrajes internacionales conducidos bajo distintos sistemas jurídicos.

Con la revisión de 1999 como punto de partida, las Reglas IBA han sido objeto de dos actualizaciones posteriores: la versión de 2010 y la más reciente de 2020. En ambos casos, la revisión tuvo aportes provenientes tanto del *common law* como de *civil law*, con el propósito declarado de mantener la neutralidad del instrumento frente a ambas tradiciones.[9] Este origen plural en su redacción es un dato relevante para comprender el alcance y los límites del instrumento: las Reglas IBA no fueron concebidas como la expresión de una tradición jurídica particular, sino como un esfuerzo colectivo de la comunidad arbitral internacional por ofrecer criterios comunes en materia probatoria.

La versión de 2020, en particular, fue el resultado de una revisión particular. El grupo de trabajo encargado de su elaboración recomendó únicamente modificaciones limitadas, concentradas en cuestiones que la práctica arbitral contemporánea había identificado como áreas de mayor urgencia: la incorporación de disposiciones sobre ciberseguridad y protección de datos, la regulación de audiencias remotas y la

[8]Además de las Reglas IBA, las *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* (también conocidas como Prague Rules) constituyen otro instrumento relevante en materia probatoria, surgido como respuesta a las críticas sobre el carácter adversarial de las Reglas IBA. Para una comparación entre ambos instrumentos, véase Rangachari y Duggal, ¿"Different but Similar?," 631-651.

[9]Rangachari y Duggal, "Different but Similar?," 634. Traducción libre de: "The drafters of the IBA Rules in 1982, 1999, 2010 and 2020 were composed of a mixed representation from both common and civil law countries and the rules themselves aimed to be neutral to both civil and common law approaches."

posibilidad de excluir prueba obtenida de manera ilícita.[10] El régimen de producción documental —los requisitos de la solicitud de exhibición, los límites a la producción y el rol del tribunal— se mantuvo sin alteraciones sustanciales, lo que confirma que la reforma de 2020 debe leerse como una actualización del modelo, no como una redefinición del mismo.

3.2 Naturaleza jurídica: las Reglas IBA como soft law

Otra cuestión interesante cuando se habla de las Reglas IBA es que, conceptualmente, son un instrumento de soft law. Se puede afirmar que son un conjunto de directrices elaboradas por la Asociación Internacional de Abogados con el propósito de ofrecer, en sus propias palabras, un proceso eficiente, económico y justo para la práctica de la prueba en arbitrajes internacionales, particularmente aquellos en los que participan partes provenientes de distintas tradiciones jurídicas.

Su aplicación en un arbitraje concreto no es automática ni presupuesta. Las Reglas IBA pueden incorporarse al procedimiento por distintas vías: mediante acuerdo expreso de las partes, ya sea total o parcial; por decisión del tribunal arbitral, que puede adoptarlas como fuente de orientación para la conducción de la fase probatoria; o a través de su integración en órdenes procesales dictadas al inicio del procedimiento.

Esta modalidad de incorporación flexible distingue a las Reglas IBA de los reglamentos de arbitraje institucional, que se aplican por remisión de las partes en el acuerdo arbitral y regulan el procedimiento en su conjunto. Las Reglas IBA[11], en cambio, tienen un objeto específico —la práctica de la prueba— y operan como un complemento del reglamento aplicable o de las instrucciones procesales del tribunal. Su autoridad no deriva, por tanto, de una norma con rango de ley, ni de un reglamento arbitral, sino de su aceptación por los operadores del arbitraje internacional como un referente especializado para estructurar la actividad probatoria.

3.3 La Solicitud de Exhibición de Documentos

Una vez que se haya optado por la aplicación de las Reglas IBA en un procedimiento arbitral, el mecanismo central del régimen de producción documental es la Solicitud de Exhibición de Documentos. A través de esta Solicitud, una parte puede requerir a la contraparte la entrega de documentos que no se encuentran en su poder, custodia o control, pero que razonablemente se presume que existen y están en posesión de la otra parte. Este mecanismo parte de un presupuesto distinto al del Discovery amplio: no impone una obligación general de búsqueda y revelación; más bien, habilita un acceso específico y condicionado a documentos determinados.

Precisamente, el artículo 3 de las Reglas IBA establece los requisitos que debe cumplir toda solicitud de exhibición. La parte solicitante debe identificar el documento con suficiente precisión o describir una categoría concreta y específica de documentos cuya existencia sea razonablemente creíble; debe explicar la relevancia del documento para el caso y su materialidad para la resolución de la controversia; y debe acreditar que los documentos solicitados no se encuentran en su poder, custodia o control.[12] La concurrencia de estos tres elementos —**especificidad**, **relevancia** y **ausencia de control**— opera como un filtro que distingue la solicitud legítima de la mera exploración indiscriminada de los archivos de la contraparte.

---

[10]Rangachari y Duggal, "Different but Similar?," 634. Traducción libre de: "A '2020 Review Task Force', also comprised of a majority of civil lawyers, reviewed the 2010 rules and recommended only limited revisions, including provisions addressing cybersecurity and data protection, remote hearings, and illegally obtained evidence."

[11] Curiosamente, sucede el mismo escenario con las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, dictadas por la International Bar Association. Estas Directrices IBA, desde hace muchos años, vienen marcando la pauta respecto de aquellos hechos que deben revelarse por parte de los árbitros, así como en el tratamiento de recusaciones y remociones a cargo de las Cortes de Arbitraje.

[12]International Bar Association, *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Londres: IBA, 2020), art. 3.3.

Una vez formulada la solicitud, la parte requerida puede presentar objeciones por escrito ante el tribunal arbitral. En la práctica, estas objeciones adoptan formas muy concretas: la contraparte suele alegar que los correos electrónicos solicitados no guardan relación con el período de ejecución contractual en disputa; que los informes internos de ingeniería o las comunicaciones entre la matriz y sus filiales están protegidos por confidencialidad comercial o por el privilegio legal aplicable en la jurisdicción de la misma; que la categoría de documentos solicitada es tan amplia que recopilarla implicaría revisar servidores de múltiples países durante varios años de operaciones; o que los documentos requeridos simplemente ya no existen porque fueron eliminados conforme a una política corporativa de retención de información.

El tribunal arbitral resuelve cada objeción de manera individualizada y decide, en última instancia, si ordena o deniega la producción solicitada. Esta estructura de solicitud, objeción y decisión arbitral define el carácter controlado del mecanismo: a diferencia del *Discovery*, la producción documental no avanza salvo que el solicitante haya justificado por qué ese documento específico importa para resolver la controversia y, sobre lo anterior, que el tribunal coincida en ello.

En la práctica del arbitraje internacional, este intercambio entre solicitudes, objeciones y decisiones se organiza habitualmente mediante el denominado *Redfern Schedule*. Se trata de un instrumento procesal —de uso generalizado, aunque no previsto expresamente en las Reglas IBA— que adopta la forma de una tabla estructurada en la que se consignan, para cada solicitud, el documento o categoría requerida, la justificación de su relevancia y materialidad, las objeciones de la parte requerida y la decisión del tribunal.[13]

La utilidad del *Redfern Schedule* no se limita a la organización formal del debate. Su función principal es disciplinar el intercambio entre las partes: al exigir que cada solicitud sea formulada con precisión y que cada objeción sea fundada por escrito, obliga a los *operadores a detallar de manera explícita sus posiciones antes de que el tribunal intervenga. Esto reduce la* ambigüedad, facilita la identificación de los puntos realmente controvertidos y permite al tribunal adoptar decisiones razonadas sobre cada elemento de la producción documental. En ese sentido, el *Redfern Schedule* no es solo una herramienta de organización: es la expresión procedimental más característica de la lógica que subyace al régimen de las Reglas IBA.

3.4 Límites a la exhibición documental

Sin perjuicio de lo anterior, el régimen de producción documental de las Reglas IBA no puede comprenderse únicamente a partir del artículo 3. Su diseño completo requiere considerar también el artículo 9, que regula las causales de exclusión de prueba y de rechazo a la producción documental. Ambas disposiciones operan de manera complementaria: el artículo 3 define las condiciones de procedencia de la solicitud; el artículo 9 establece los límites dentro de los cuales esa solicitud puede ser rechazada o la prueba excluida.

El primer límite es la falta de relevancia o materialidad suficiente. No todo documento con alguna conexión con la controversia debe ser producido: la solicitud debe demostrar que el documento puede incidir efectivamente en la resolución del caso. Así, si una parte solicita toda la correspondencia interna de la contraparte durante los cinco años de ejecución de un contrato de construcción, el tribunal puede denegar la producción respecto de aquellos intercambios que no tengan vínculo directo con los hechos controvertidos —por ejemplo, los relativos a otros proyectos o a la gestión

[13] Esmé Shirlow, "E-Discovery in Investment Treaty Arbitration: Practice, Procedures, Challenges and Opportunities," Journal of International Dispute Settlement 11, n.º 4 (2020): 554. Traducción libre de: "Document production requests, objections and decisions are typically distilled in the form of a 'Redfern Schedule', which details the document (or category of documents) requested, an explanation of its relevance and materiality to the dispute, and objections to and decisions about production."

general de la empresa— aunque formen parte del mismo período. Este estándar impide que la producción documental se utilice para trasladar a la contraparte una carga de búsqueda que corresponde a quien afirma un hecho o construye una teoría del caso.

El segundo límite está constituido por el privilegio legal y otros impedimentos jurídicos o éticos. Esta causal tiene una relevancia particular en el arbitraje internacional, donde las partes y sus abogados pueden provenir de jurisdicciones con reglas distintas sobre secreto profesional, privilegio abogado-cliente o documentos preparados para una controversia. Las Reglas IBA permiten al tribunal excluir documentos cuando exista un impedimento o privilegio de esta naturaleza, conforme a las reglas que el propio tribunal determine aplicables al arbitraje en cuestión.

La confidencialidad comercial, técnica, institucional o política constituye un tercer límite. La producción documental puede involucrar secretos comerciales, información empresarial sensible, documentos internos de entidades públicas o información sujeta a regímenes especiales de protección. Frente a ello, las Reglas IBA no imponen una exclusión automática, sino permiten al tribunal modular la producción mediante órdenes de confidencialidad, restricciones de acceso o mecanismos especiales de revisión.

Un cuarto límite es la carga excesiva o irrazonable. Este criterio adquiere particular relevancia en relación con documentos electrónicos, cuyo volumen, dispersión y complejidad técnica pueden hacer que una solicitud formalmente procedente resulte desproporcionada en términos de los recursos necesarios para cumplirla. En este punto, Shirlow advierte que los procedimientos domésticos de Discovery dan lugar a la producción de un conjunto de documentos significativamente más amplio que el que resulta de las solicitudes específicas y dirigidas propias del arbitraje internacional, lo que ilustra la distancia que las Reglas IBA mantienen respecto del modelo anglosajón incluso cuando se trata de información electrónica. De hecho, como bien apunta el autor, las partes y árbitros provenientes de sistemas de *civil law* difícilmente pueden aceptar sin reservas la adopción de un régimen amplio de divulgación electrónica.

Finalmente, las Reglas IBA contemplan como causal de exclusión las consideraciones generales de economía procesal, proporcionalidad, justicia e igualdad de las partes. El artículo 9 faculta al tribunal arbitral para rechazar o limitar solicitudes que, aun siendo formalmente procedentes, puedan generar una carga desproporcionada en relación con su utilidad probatoria. De hecho, resulta interesante que la versión de las Reglas IBA del año 2020 haya incorporado la posibilidad de que una prueba ilícita sea excluida, dotando de mayor legalidad la producción de pruebas en un arbitraje, tal como sucedería en un proceso judicial.

IV. LAS REGLAS IBA COMO ESTÁNDAR TRANSNACIONAL DE PRODUCCIÓN DOCUMENTAL: ARMONIZACIÓN Y AUTORIDAD PRÁCTICA

Sobre la base de lo anterior, ha quedado descrito el régimen de producción documental de las Reglas IBA: su naturaleza como *soft law*, los requisitos de la Solicitud de Exhibición, el funcionamiento del *Redfern Schedule* y los límites que el artículo 9 impone a la producción. Esa descripción permite ahora formular la pregunta central de este artículo: **¿qué lugar ocupa ese instrumento en la práctica del arbitraje comercial internacional y qué consecuencias normativas se derivan de ello?** La respuesta exige pasar del plano teórico al plano funcional, esto es, examinar no solo qué dicen las Reglas IBA, sino qué hacen en la práctica arbitral y qué autoridad han adquirido como resultado de esa práctica —de ser el caso—.

4.1 ¿Puede un instrumento no vinculante convertirse en estándar?

Si bien el concepto de soft law es el mismo con el pasar del tiempo, los instrumentos que lo conforman nunca han sido homogéneos. En efecto, bajo esa denominación

conviven instrumentos de naturaleza y peso muy distintos, desde declaraciones de intención sin impacto práctico, hasta textos de referencia que estructuran de manera tan consistente el comportamiento de los operadores jurídicos que resulta difícil distinguirlos funcionalmente de una forma obligatoria. La pregunta relevante no es, por tanto, si las Reglas IBA son soft law —lo son—, sino qué posición ocupan dentro de ese espectro y qué explica esa posición.

Para ilustrar la diferencia, conviene contrastar las Reglas IBA con otros instrumentos de soft law transnacional que también inciden sobre el arbitraje internacional. Por ejemplo, la Ley Modelo UNCITRAL y los Principios UNIDROIT han alcanzado influencia normativa considerable, pero operan de manera indirecta: la Ley Modelo incide cuando el legislador nacional decide tomarlas en cuenta; los Principios UNIDROIT operan cuando el tribunal decide aplicarlos al fondo de la controversia.

Las Reglas IBA, en cambio, son invocadas y aplicadas directamente por árbitros y partes en el curso del procedimiento, sin necesidad de intermediación legislativa ni de una decisión expresa de aplicación de fondo -cuando así lo dispone el Tribunal desde su discrecionalidad-. Esa inmediatez operativa las coloca en una categoría distinta dentro de las herramientas de soft law.

4.2 La evidencia empírica: difusión, consenso y efectividad

La autoridad práctica de las Reglas IBA no reposa en una declaración doctrinal ni en una decisión institucional: reposa en el comportamiento sostenido de la comunidad arbitral internacional a lo largo de más de dos décadas. Ese comportamiento ha sido documentado de manera sistemática por las encuestas internacionales de arbitraje elaboradas conjuntamente por White & Case y la Queen Mary University of London, que constituyen la fuente empírica más completa y continuada sobre las preferencias y prácticas de los operadores del arbitraje comercial internacional.

El primer panorama demuestra la escala de su difusión. Ya en el 2012, las Reglas IBA se utilizaban en el 60% de los arbitrajes internacionales encuestados, precisamente un 53% como directrices orientadoras y un 7% como normas vinculantes por acuerdo expreso. En 2015, las Reglas IBA eran el instrumento de soft law más conocido y más frecuentemente utilizado entre todos los examinados, con un 77% de los encuestados que declaró haberlas visto aplicadas en la práctica. Tres años después, los entrevistados confirmaron que las Reglas continuaban siendo frecuentemente utilizadas en arbitrajes internacionales de toda naturaleza. Estas métricas demuestran, de manera fehaciente, que las Reglas IBA mantienen en el tiempo su autoridad en la práctica arbitral internacional.

El segundo panorama es cualitativamente más significativo e interesante: no solo estamos frente a un instrumento ampliamente conocido, sino a uno cuya aplicabilidad existe mediante consenso activo. En 2012, el 70% de los encuestados —incluyendo tanto a abogados formados en el *common law* como en el *civil law*— consideró que el artículo 3 de las Reglas IBA debería ser el estándar aplicable para la producción documental en el arbitraje internacional. **¿Qué se puede concluir con ello?** Que, cuando siete de cada diez operadores coinciden en señalar un mismo instrumento como el estándar que debería regir, dicho instrumento se proclama como una expectativa compartida de aplicación.

El tercer panorama nos permite completar todo el esquema: la autoridad de las Reglas IBA es amplia y funcional. La encuesta del 2015 también demostró que, el 69% de quienes las conocían las calificó como efectivas, con una calificación media

ponderada de 3,78 sobre 5, siendo la más alta de entre todos los instrumentos evaluados en esa encuesta[14].

Los datos descritos permiten formular con precisión la tesis central de este artículo. La trascendencia de las Reglas IBA sobrepasa al concepto más básico de soft law. Existe una expectativa de utilizarlas pese a no tratarse de una norma imperativa: los árbitros, al proponer las reglas del arbitraje, las tienen presentes como punto de partida, la parte que formula una solicitud de exhibición las toma en cuenta y la contraparte que objeta las utiliza como criterio de oposición. En breves palabras, son el instrumento no obligatorio que cualquier operador razonable e informado conoce, reconoce y utiliza.

La consecuencia normativa más significativa de esa expectativa es que, en muchas ocasiones, las Reglas IBA han dejado de requerir un acuerdo expreso de las partes para su aplicación. También resulta revelador que la doctrina arbitral comparada haya documentado que los tribunales han recurrido a ellas incluso en casos donde alguna de las partes cuestionó su aplicabilidad. Un instrumento de soft law común y corriente —por decirlo de manera coloquial— no sobrevive a la oposición activa de una parte; curiosamente, las Reglas IBA sí.

Esta misma determinación ha sido recogida, en el plano local, por la jurisprudencia de la Segunda Sala Comercial de Lima, que ha reconocido que las Reglas IBA "compendian las mejores prácticas en el arbitraje internacional" y que su aplicación "no requiere necesariamente de pacto", pudiendo el tribunal tomarlas como referencia objetiva en los aspectos no regulados expresamente.[15]

V. CONCLUSIONES

El arbitraje comercial internacional no puede funcionar sin un lenguaje procedimental compartido. La coexistencia de tradiciones jurídicas distintas convierte la fase probatoria en un campo de tensión recurrente, que ningún sistema jurídico doméstico está en condiciones de resolver por sí solo. Las Reglas IBA han cumplido, durante más de dos décadas, exactamente esa función: ofrecer un punto de equilibrio entre el *discovery* amplio del *common law* y la tradición más restrictiva del *civil law*, mediante un modelo de producción documental acotada que no satisface plenamente a ninguna de las dos tradiciones, pero que resulta aceptable para ambas. El *Redfern Schedule* es la expresión más característica de esa lógica: al disciplinar el intercambio entre solicitudes y objeciones antes de la intervención del tribunal, convierte un conflicto difuso sobre el acceso a la información en un debate estructurado y verificable.

Esa autoridad práctica no es una construcción doctrinaria: está documentada en el comportamiento sostenido de la comunidad arbitral internacional. La evidencia empírica muestra un patrón consistente a lo largo de más de una década: difusión masiva, consenso activo sobre su aplicabilidad como estándar y eficacia reconocida por quienes las usan. Cuando una mayoría transversal de operadores —formados en tradiciones distintas— coincide en señalar un mismo instrumento como el estándar que debería regir la producción documental, está describiendo una expectativa compartida de aplicación. Y una expectativa compartida de aplicación, sostenida en el tiempo, es exactamente lo que define a un estándar transnacional.

[14] White & Case y QMUL, International Arbitration Survey (2015), p. 40. Traducción libre de: "Both these instruments were also awarded the highest effectiveness ratings by respondents: 69% for the IBA Rules on the Taking of Evidence and 60% for the IBA Guidelines on Conflicts of Interest."

[15] 2° Sala Comercial de Lima, Exp. n.° 00102-2016, resolución de fecha 29 de agosto de 2017, Considerando DÉCIMO: "dado la difusión y utilización de dichas Directrices puede considerárseles soft law, pues sin ser vinculantes, son jurídicamente relevantes en tanto que compendian las mejores prácticas en el arbitraje internacional." En el mismo sentido, Exp. n.° 00249-2022, resolución de fecha 10 de abril de 2023, Considerando DÉCIMO SÉTIMO; y Exp. n.° 00235-2025-0-1866-SP-CO-02, resolución de fecha 19 de diciembre de 2025, Considerando TERCERO del Voto Singular.

En conclusión, las Reglas IBA son *soft law*: carecen de fuerza vinculante directa y su aplicación no deriva de mandato estatal alguno. Pero no son *soft law* ordinario. Su difusión masiva, el consenso activo sobre su aplicabilidad y su eficacia reconocida por quienes las usan les han conferido una legitimidad sustantiva que opera con independencia de su carácter formalmente no vinculante: los tribunales las aplican sin pacto expreso; las partes las invocan como marco de justificación; las instituciones arbitrales las incorporan en sus órdenes procesales tipo. Cada una de esas aplicaciones reproduce y refuerza la expectativa de que son el punto de partida. Esa expectativa acumulada —no una norma, no un reglamento, sino la práctica sedimentada de una comunidad— es lo que las ha convertido en el estándar transnacional de producción documental del arbitraje comercial internacional: no porque alguna norma así lo declare, sino porque la práctica lo ha decidido.

BIBLIOGRAFÍA

- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*. Lima: Editorial Fogueras, 2020.
- Gual Grau, Cristian. "Breves apuntes sobre el discovery". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 29 (2011): 114–119.
- International Bar Association. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Londres: International Bar Association, 2020.
- López Fung, Jorge. "¿Tsunami de documentos o sequía de información? Posiciones a favor y en contra de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje comercial internacional". En *Derecho de arbitraje: Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, coordinado por Sergio García Long, 117–156. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2019.
- Rangachari, Rekha, y Kabir A. N. Duggal. "Different but Similar? Comparing the IBA Rules on the Taking of Evidence with the Prague Rules". *Arbitration International* 37, n.º 3 (2021): 631–651.
- Sattar, Sameer. "Document Production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Commentary". *International Arbitration Law Review* 14, n.º 6 (2011): 1–13.
- Shirlow, Esmé. "E-Discovery in Investment Treaty Arbitration: Practice, Procedures, Challenges and Opportunities". *Journal of International Dispute Settlement* 11, n.º 4 (2020): 541–571.
- Smit, Robert H., y Tyler B. Robinson. "E-Disclosure in International Arbitration". *Arbitration International* 24, n.º 1 (2008): 105–134.
- White & Case y Queen Mary University of London. *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Londres: Queen Mary University of London, 2012.
- White & Case y Queen Mary University of London. *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Londres: Queen Mary University of London, 2015.
- White & Case y Queen Mary University of London. *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Londres: Queen Mary University of London, 2018.

LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DEL PERÚ Y EL ACCESO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Autor:
Mijail F. Cienfuegos Falcón

LOS TRATADOS DE INVERSIÓN DEL PERÚ Y EL ACCESO AL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Peru´s investment treaties and access to investor-State arbitration

Mijail F. Cienfuegos Falcón[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Tratados de inversión suscritos por el Perú.
III. Condiciones y límites de acceso al arbitraje de inversión en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte.
IV. Conclusiones.

Resumen

Los tratados de inversión suelen sujetar el acceso al arbitraje a determinadas condiciones o requisitos que los inversionistas deberán considerar. Dependiendo del tenor del tratado invocado, estas condiciones podrán ser obligatorias, incidiendo a su vez en la jurisdicción del tribunal arbitral.

Dentro del grupo de dichas condiciones, las disposiciones en los tratados de inversión incluyen el período de espera, el requisito de recurrir previamente a los recursos internos, la elección de una vía y la renuncia a iniciar o continuar otros procedimientos.

En tal sentido, este artículo busca presentar el estado actual de los tratados de inversión en vigor para el Perú que incorporan tales condiciones.

Palabras clave

Tratados de inversión / arbitraje inversionista-Estado / período de espera / recursos internos / elección de vía / renuncia / Perú

Abstract

Investment treaties commonly make access to arbitration subject to certain conditions or requirements that investors must take into account. Depending on the wording of the treaty invoked, these conditions may be mandatory and may thus bear on the jurisdiction of arbitral tribunal.

---

[1] Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Miembro asociado del capítulo peruano del *International Law Association*. Forma parte de la delegación peruana en las discusiones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del sistema de solución de Controversias inversionista-Estado. Actualmente, lidera el equipo legal de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial que representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión del SICRECI en el Ministerio de Economía y Finanzas. Correo de contacto: mcienfuegos@mef.gob.pe.
Las opiniones y análisis contenidos en este artículo se expresan a título personal y no representan la posición oficial del Perú ni de sus funcionarios o instituciones.

Such conditions include cooling-off periods, the requirement to resort first to local remedies, fork-in-the-road provisions, and the waiver of the right to initiate or continue other proceedings.

Against that background, this article sets out the current state of investment treaties in force for Peru that incorporate such conditions.

Keywords

Investment treaties / investor-State arbitration / cooling-off period / local remedies / fork-in-the-road / waiver / Peru

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión es el método más utilizado como medio de solución de controversias entre inversionistas y Estados,[2] siendo el arbitraje basado en tratado uno de los preferidos por los inversores.[3] Al 31 de diciembre de 2025, *UNCTAD*[4] identificó más de 1460 casos de arbitrajes de inversión iniciados al amparo de un tratado.[5]

Para acceder al arbitraje, los tratados de inversión suelen incluir determinadas condiciones o requisitos que los inversores deberán considerar. Dependiendo del tenor del tratado invocado, estas condiciones podrán ser obligatorias, incidiendo a su vez en la jurisdicción del tribunal arbitral. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que tales condiciones forman parte de la estructura básica de los tratados de inversión que tienen cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado.

Dentro del grupo de dichas condiciones, las disposiciones en los tratados de inversión incluyen el período de espera (o, en inglés, *cooling-off period*), el requisito de recurrir previamente a los recursos internos, la elección de una vía (o, en inglés, *fork in the road*) y la renuncia a iniciar o continuar otros procedimientos (o, en inglés, *waiver*).[6]

Estas disposiciones no son extrañas para los tratados de inversión suscritos por el Estado peruano. Tomando como base, principalmente, el repositorio de *UNCTAD* sobre los acuerdos internacionales de inversión[7] y la información contenida en el portal del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo del Perú sobre acuerdos comerciales[8], esta

---

[2] "*ARBITRATION is the preferred method for the settlement of investment disputes between states and foreign investors*." Christoph Schreuer, "Investment Arbitration" en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. por Cesare PR Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany (Nueva York: Oxford University Press, 2008), 296. En el mismo sentido, véase Rudolph Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2022, 341 ("*In the vast majority of cases, the method chosen for the international settlement of investor-State disputes is arbitration*.") De la misma forma, véase C. L. Lim, et al., *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, Nueva York: Cambridge University Press, 2018, 87 ("*Nonetheless, investment arbitration is the principal means today, and certainly the most prominent method, for settling investment disputes*.")

[3] "*Particularly in recent years, investors have taken advantage of [investment treaty arbitration]*." Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2021, 535.

[4] Por las siglas en inglés de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

[5] Véase https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement.

[6] Para efectos de esta investigación, se ha adoptado el esquema propuesto en la sección 8 ("*Condition for the institution of proceedings*") del capítulo XII ("*Settling Investment Disputes*") de *Principles of International Investment Law* de Rudolph Dolzer, Ursula Kriebaum y Christoph Schreuer.

[7] Véase https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements. También, se han utilizado las bases de datos de *Jus Mundi* (https://jusmundi.com/en) y *Electronic Investment Treaties* del *World Trade Institute* (https://edit.wti.org/document/investment-treaty/search).

[8] Véase https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe.

investigación busca brindar un panorama general sobre las cláusulas que disponen requisitos previos para iniciar un arbitraje contenidas en los tratados de inversión de los que el Perú es parte.

Para tales efectos, esta investigación se divide en tres secciones. En la primera parte, se aborda el régimen de los tratados de inversión suscritos por el Perú con cláusulas de solución de controversias inversionista-Estado, diferenciándose aquellos que se encuentran en vigor, terminados o suspendidos, y los que se encuentran suscritos, pero no en vigor. Seguidamente, se realiza un análisis de los tratados de inversión de los que el Perú es parte que cuentan con disposiciones que establecen condiciones previas para iniciar un arbitraje, específicamente, aquellas cláusulas que establecen el período de espera, el agotamiento de los recursos internos, la elección de vías, la renuncia a iniciar otros procedimientos. Finalmente, sobre la base del análisis efectuado, se brindan conclusiones sobre los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte y que cuentan con cláusulas que contienen requisitos de acceso al arbitraje inversionista-Estado.

II. TRATADOS DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ[9]

Un tratado de inversión es "un acuerdo por el cual dos o más Estados acuerdan otorgar un trato jurídico específico a las inversiones realizadas en sus territorios por nacionales del otro Estado parte y resolver las controversias relacionados en caso de que se alegue que un Estado ha denegado tal trato jurídico a una inversión protegida."[10] Sobre lo último, vale mencionar que la mayoría de los tratados de inversión establecen dos tipos de mecanismos de solución de controversias de inversión: (i) para disputas entre los Estados contratantes, y (ii) para disputas entre un Estado contratante y el nacional del otro Estado contratante.[11] Algunos otros, por ejemplo, cuentan únicamente con mecanismos de solución de controversias entre los Estados contratantes.[12]

Sobre la base de lo señalado, para propósitos de esta investigación, se tomará en cuenta los tratados de inversión suscritos por el Perú que cuenten con mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. En tal sentido, al 31 de julio de 2026, se ha identificado que el Perú ha suscrito alrededor de cincuenta tratados de inversión, de los cuales 40 se encuentran en vigor y se mantiene, en consecuencia, una red de protección recíproca de inversiones con diversos países de América del Norte, América del Sur,[13] Centroamérica

[9] Metodológicamente, se dividirá a los tratados de inversión en dos categorías: los tratados bilaterales o multilaterales de inversión ("**TBI**") y los acuerdos comerciales con capítulos de inversión ("**ACCI**"). La base de datos de los tratados de inversión en vigor para el Perú está disponible en Base de Datos – Tratados de Inversión (elaboración propia).

[10] Jeswald W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 364.

[11] "*Most investment treaties provide for two distinct dispute settlement mechanisms: one for disputes between the two contracting parties states, and another for disputes between a host country and an aggrieved foreign investor*." Salacuse, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, 397.

[12] Véase, entre otros, el Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil (artículo 2.21).

[13] Por un lado, en el 2015, Perú y Bolivia confirmaron que, si en el período del 20 de febrero de 2015 hasta el 19 de febrero de 2016, no se llegaba a un nuevo acuerdo sobre protección y promoción de inversiones que sustituya al TBI Perú – Bolivia, este acuerdo no sería renovado. Por ello, el TBI Perú – Bolivia no se encuentra en vigor (véase https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8334). De otro lado, en el 2017, Ecuador denunció unilateralmente diversos TBI, entre ellos, el TBI Perú – Ecuador, no siendo un acuerdo en vigor actualmente (véase https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/eyJjYXJwZXRhIjoicm8iLCJ1dWlkIjoiYmM2NzZiZjEtMzEzNS00ZDAxLTlhNjAtN2M1YzlyYTA1MmU1LnBkZiJ9).

y el Caribe, Europa (occidental y oriental), Asia[14] y Oceanía,[15] como se aprecia en la Figura 1 debajo.

Figura 1. Estados con los que el Perú mantiene una red de protección de inversiones

El Gráfico 1 debajo muestra la distribución por región geográfica, según el Estado es parte cuyos inversionistas tienen acceso a un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, siendo los países de Europa occidental con los cuales el Perú ha suscrito más tratados de inversión -casi en su integridad a través de TBI-;[16] seguidamente, diversos países de Asia han suscritos tratados con el Perú de mediante tratados bilaterales[17] o a través de tratados multilaterales.[18] En un tercer lugar, se encuentran los países de Centroamérica y el Caribe con los cuales se han suscrito, principalmente, acuerdos comerciales.[19] A continuación, se muestra a países del América del Sur con los cuales, inicialmente, se habían suscrito TBI, pero que algunos de ellos fueron reemplazados por acuerdos comerciales o por una nueva generación de TBI.[20] También, el Perú ha

[14] Dentro de este grupo, se considera al TBI Perú – Japón en lugar del Acuerdo de Asociación Económica entre la República del Perú y Japón, ya que este último en su artículo 2 (3) lo incorpora como parte dicho Acuerdo.

[15] El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico ("***CPTPP***", por sus siglas en inglés) incluye a Nueva Zelanda como Estado parte. No obstante, entre Perú y Nueva Zelanda, existe un acuerdo para que los inversionistas de ambos países no recurran al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado previsto en el Capítulo 9 del *CPTPP*. Véase dicho acuerdo en https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/8287.

[16] TBI Perú – Suiza, TBI Perú – Reino Unido, TBI Perú – Francia, TBI Perú – Suecia, TBI Perú – Italia, TBI Perú – España, TBI Perú – Portugal, TBI Perú – Dinamarca, TBI Perú – Países Bajos, TBI Perú – Alemania, TBI Perú – Noruega, TBI Perú – Finlandia, TBI Perú – Unión Económica Belgo - Luxemburguesa (Bélgica y Luxemburgo) ("**TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa**"). El *CPTPP* incluye a Reino Unido como Estado parte.

[17] TBI Perú – Tailandia, TBI Perú – China, TBI Perú – Malasia, ACCI Perú – Singapur (reemplaza al TBI Perú - Singapur), TBI Perú – Japón, ACCI Perú – China, ACCI Perú – Corea del Sur (reemplaza al TBI Perú – Corea del Sur). A la fecha, el ACCI Perú – China coexiste con el TBI Perú – China.

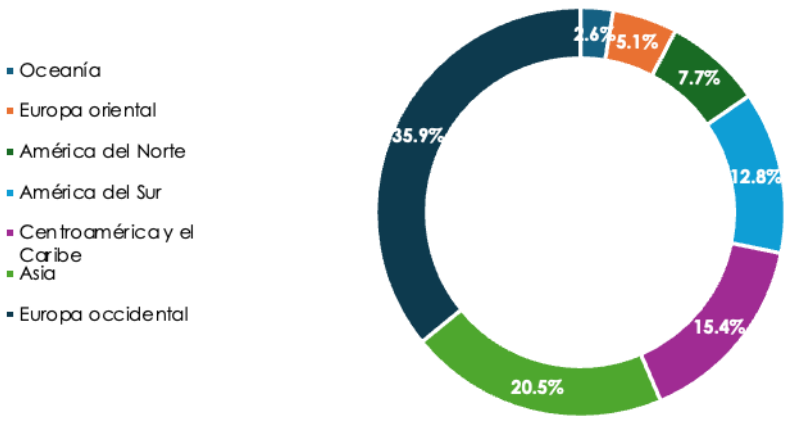
[18] En el *CPTPP* que, además de incluir a Japón, Malasia y Singapur como Estados parte, Brunéi Darussalam y Vietnam forman parte de dicho tratado. Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio entre la Alianza del Pacífico y Singapur forma parte de tratados multilaterales donde se incluye a dicho país asiático en el marco de las relaciones comerciales con el Perú ("**AP Singapur**").

[19] TBI Perú – El Salvador, TBI Perú – Cuba, ACCI Perú – Panamá, ACCI Perú – Costa Rica, ACCI Perú – Guatemala y ACCI Perú – Honduras.

[20] TBI Perú – Paraguay, TBI Perú – Argentina, TBI Perú – Venezuela, ACCI Perú – Chile (reemplaza al TBI Perú - Chile) y TBI Perú – Colombia (reemplaza al TBI Perú – Colombia suscrito en 1994). Chile y Colombia son Estados parte también del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

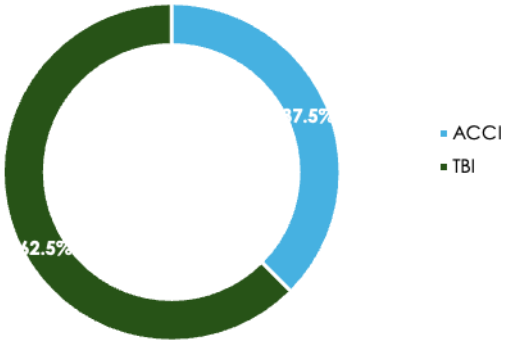
suscrito con países de América del Norte tratados de inversión, siendo el ACCI Perú – EE. UU. el primer acuerdo comercial suscrito (2006) y en vigor (2009) en el Perú.[21] Por último, el Perú ha suscrito con dos países de Europa oriental tratados de inversión y con un país de Oceanía cuenta con un tratado bilateral y también una relación comercial a través de un tratado multilateral.[22]

Gráfico 1



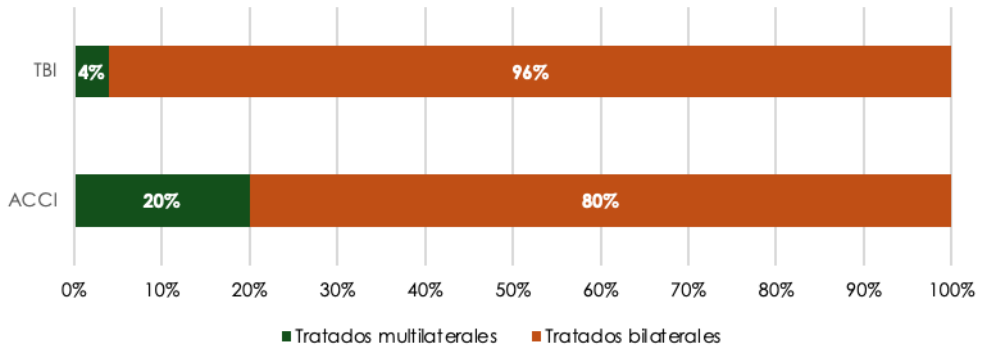
Mientras que el Gráfico 2 debajo proporciona información de los tipos de tratados de inversión vigentes en el Perú, el Gráfico 3 debajo muestra si los referidos tratados de inversión fueron suscritos de manera bilateral o multilateral por el Perú. Al respecto, se constata que existen más TBI suscritos que ACCI, y a su vez más tratados bilaterales suscritos que multilaterales.

Gráfico 2



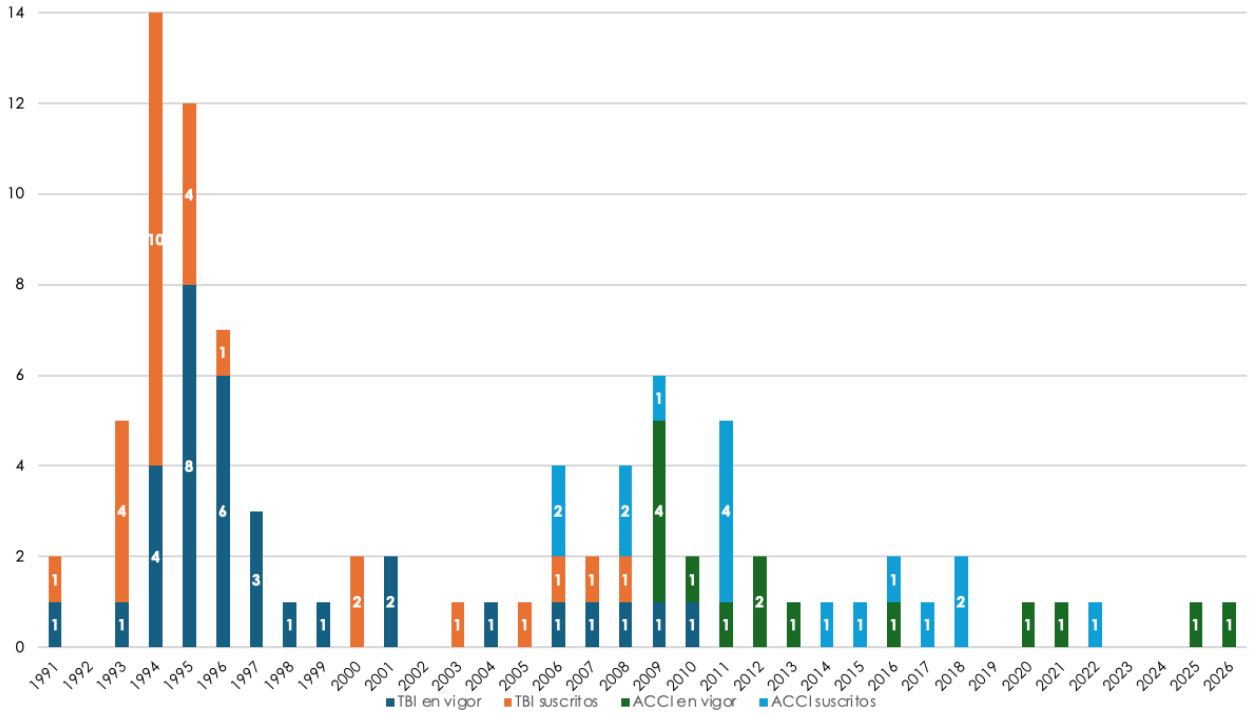
[21] ACCI Perú – EE. UU., ACCI Perú – Canadá (suspende el TBI Perú - Canadá) y ACCI Perú – México. México es Estado parte también del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.
[22] TBI Perú – República Checa, TBI Perú – Rumanía y ACCI Perú – Australia (reemplaza TBI Perú - Australia). Australia también es Estado parte del *CPTPP*.

Gráfico 3



La política de suscripción de tratados de inversión inició en 1991, con el TBI Perú – Suiza y el TBI Perú – Tailandia, siendo el AP Singapur el último tratado de inversión suscrito (2022) y el ACCI Perú – Guatemala el último tratado de inversión que entró en vigor (2026). Los primeros ACCI entraron en vigor el 2009, los cuales a su vez algunos reemplazaron a tratados de inversión de primera generación (TBI Perú – Chile y TBI Perú - Singapur). Al respecto, el Gráfico 4 debajo contiene un desglose de los TBI y ACCI en vigor y firmados, pero no en vigor, por año calendario, en el que se indica, por ejemplo, el primer y el último año donde se suscribieron los TBI -1991 y 2008, respectivamente-[23] y los ACCI -2006 y 2022, respectivamente-.[24]

Gráfico 4

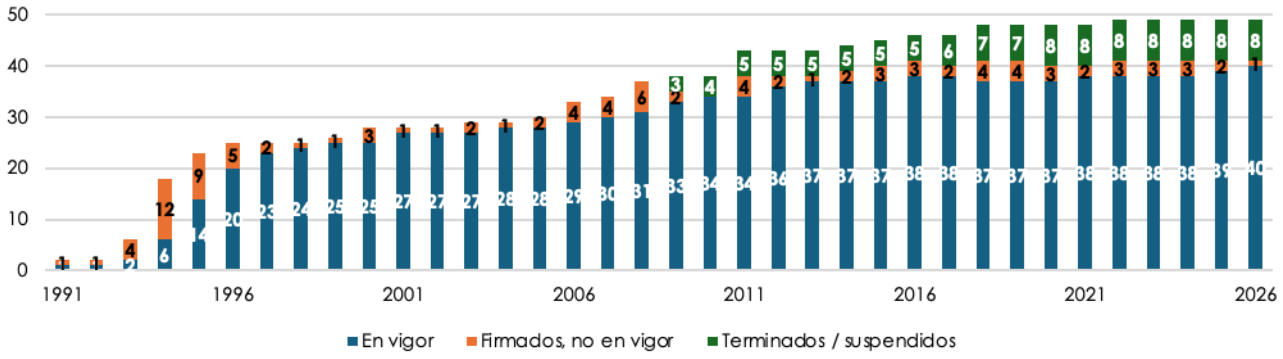


[23] Por un lado, en 1991, se suscribieron los TBI Perú – Suiza y TBI Perú – Tailandia. Por otro lado, en 2008, se suscribió el TBI Perú - Japón.

[24] Por un lado, en 2006, se suscribieron los ACCI Perú – EE. UU. y ACCI Perú – Chile. Por otro lado, en 2022, se suscribió el AP Singapur.

El Gráfico 5 debajo muestra, acumulativamente, el número de tratados de inversión vigentes, firmados, pero no en vigor, y terminados o suspendidos, por año calendario, en el cual se aprecia de manera progresiva cómo la política de suscripción de tales tratados de Perú ha evolucionado, verificándose que el número de tratados de inversión suscritos en los primeros quince años (1991-2006) es casi cuatro veces la cantidad de tratados de los últimos veinte años (2007-2026).[25]

Gráfico 5



Los tratados de inversión en vigor para el Perú son cuarenta y cada uno de estos cuentan con mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado. Asimismo, en ciertas disposiciones de tales tratados, se incorporan determinados requisitos para acceder al arbitraje como medio de solución de controversias. En tal sentido, con base en los referidos tratados, en el siguiente acápite, se realizará un análisis de dichos requisitos.

III. CONDICIONES Y LÍMITES DE ACCESO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN TRATADOS DE INVERSIÓN DE LOS CUALES EL PERÚ ES PARTE[26]

Los tratados de inversión "establecen ciertas condiciones que un inversor debe cumplir antes de iniciar un procedimiento de arbitraje."[27] Estas condiciones adoptan, con ciertas variantes, las siguientes modalidades: (i) el inversionista intenta resolver la controversia amigablemente antes de recurrir al arbitraje; (ii) en algunos tratados, debe recurrir (o agotar) a los recursos internos; (iii) en caso de que se disponga, la elección de un foro del inversionista es definitiva; y (iv) en otros, el inversionista debe renunciar a iniciar o continuar cualquier otro procedimiento. Los tratados de inversión en vigor para el Perú no son ajenos a estas condiciones, como se muestra a continuación.

[25] No se contabiliza el número de tratados de inversión terminados o suspendidos.

[26] Corresponde señalar que Perú y China han suscrito un protocolo de optimización al ACCI Perú – China a finales de 2024 ("**Protocolo de Optimización**"), estableciéndose un nuevo capítulo de inversiones contenido en el Apéndice 6 del Protocolo de Optimización. Recientemente, el 25 de julio de 2026, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Supremo N° 035-2026-RE, a través del cual el Perú ratificó el Protocolo de Optimización, quedando pendiente que el Ministerio de Relaciones Exteriores publique la fecha de su entrada en vigor, de conformidad con la Ley N° 26447. De entrar en vigor para el Perú, la información consignada en esta sección podría variar.

[27] Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 533.

3.1 El período de espera o enfriamiento (*cooling-off period*)

Antes de iniciar un arbitraje, tradicionalmente, los tratados de inversión establecen que las controversias sean resueltas amigablemente, "mediante negociaciones y consultas directas con las autoridades gubernamentales del Estado anfitrión"[28] y el inversionista. Así, "[c]asi el 90% de tratados con cláusulas de [solución de controversias inversionista-Estado] exigen que el inversor respete un período de enfriamiento antes de presentar una reclamación."[29]

Si bien el período de enfriamiento difiere entre los tratados, por lo general, los tratados de inversión señalan que dicho período es de seis meses.[30] Por ejemplo, el artículo 9 el TBI Argentina – Croacia señala:

> (1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Acuerdo entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.
>
> (2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor (…).

En línea con lo anterior, con respecto al Perú, en los tratados de inversión analizados, se constata que todos cuentan con un período de espera -antes de recurrir al arbitraje u otro foro- en el cual el inversionista de un Estado contratante y el otro Estado contratante realizarán consultas amistosas para solucionar la controversia. Aunque la mayoría de los tratados de inversión establecen que el plazo de período de espera es de seis meses,[31] pocos otros señalan que dicho plazo es menor[32] y una porción ínfima no estipula un plazo de duración del período de espera.[33] El Gráfico 6 debajo muestra la información sobre los plazos del período de enfriamiento de los tratados de inversión en vigor para el Perú.

---

[28] Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 533.

[29] Joachim Pohl, et al., "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey," *OECD Working Paper on International Investment*, N° 2012/02 (París: OECD Publishing, 2012), 17, https://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en.

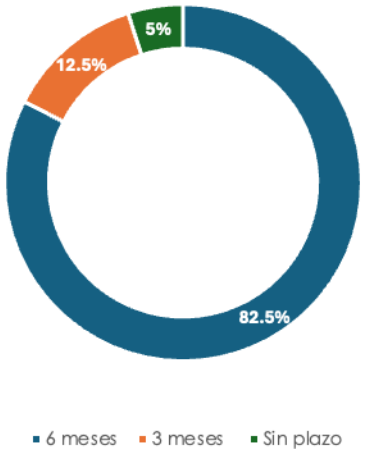
[30] Cfr. Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 379.

[31] Véase TBI Perú – Francia (artículo 11 (2)), TBI Perú – Paraguay (artículo 8 (2)), TBI Perú – República Checa (artículo 8 (2)), TBI Perú – Italia (artículo 9 (3)), TBI Perú – Rumanía (artículo 8 (2)), TBI Perú – China (artículo 8 (2)), TBI Perú – Argentina (artículo 10 (2)), TBI Perú – España (artículo 9 (2)), TBI Perú – Portugal (artículo 7 (2)), TBI Perú – Alemania (artículo 9 (2)), TBI Perú – Noruega (artículo 9 (2)), TBI Perú – Finlandia (artículo 9 (2)), TBI Perú – Malasia (artículo 7 (3)), TBI Perú – Cuba (artículo 8 (2)), TBI Perú – UE Belgo – Luxemburguesa (artículo 11 (2)), TBI Perú – Colombia (artículo 19 (2)), TBI Perú – Japón (artículo 18 (4)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.16 (3)), ACCI Perú – Chile (artículo 11.16 (4)), ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (3)), ACCI Perú – Canadá (artículo 822 (6)), ACCI Perú – China (artículo 139 (2)), ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (3)), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (4)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Guatemala (artículo 12.15 (2)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.15 (3)), ACCI Perú – Honduras (artículo 12.15 (2)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.20 (1)), *CPTPP* (artículo 9.19 (1)) y AP Singapur (artículo 8.20 (1)).

[32] TBI Perú – El Salvador (artículo 11 (2)), TBI Perú – Países Bajos (artículo 9), TBI Perú – Dinamarca (artículo 9 (2)), TBI Perú – Suecia (artículo 8 (2)) y TBI Perú – Reino Unido (artículo 10 (2)).

[33] TBI Perú – Suiza (artículo 9 (1)) y TBI Perú – Tailandia (artículo 10). Si bien ambos tratados no establecen un plazo de período de espera, la verdad es que se solicita que las partes en disputa intenten solucionar la controversia de manera amigable antes de recurrir al foro de solución de controversias que corresponda.

Gráfico 6



Por otro lado, en ciertos tratados de inversión, se hace referencia expresa que la resolución amistosa de la controversia puede incluir procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante, lo cual implica el uso de métodos alternativos de solución de controversias ("***ADR***", por sus siglas en inglés), como, por ejemplo, la mediación.[34] Por ello, se señala que, "cada vez más, [los acuerdos internacionales de inversión] vinculan los períodos de enfriamiento con procedimientos alternativos de solución de controversias u otros mecanismos de prevención de conflictos."[35] De manera ilustrativa, el artículo 16 del TBI Chile - Uruguay dispone:

> **Artículo 16: Consultas y negociaciones**
> 1. En caso de una controversia relativa a una inversión el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante. (…).

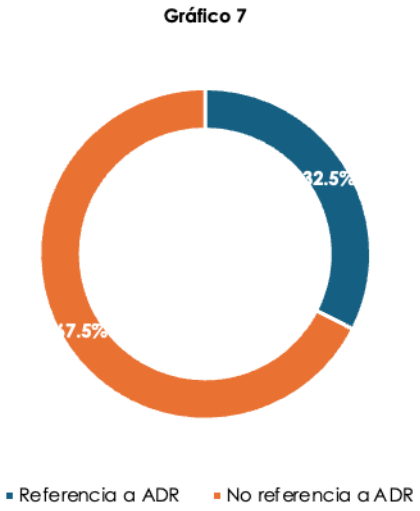
Al respecto, en la gran mayoría de tratados de inversión (principalmente, ACCI) en vigor para el Perú de nueva generación (suscritos a partir del 2005 y vigentes desde el 2008) incluyen referencias al uso de los *ADR*, siendo pocos TBI que incorporan los *ADR* como medios de solución de controversias en una etapa previa al arbitraje.[36] El Gráfico 7 debajo proporciona información de los tratados de inversión que contemplan la posibilidad del uso de los *ADR* en la etapa de negociación y consultas.

---

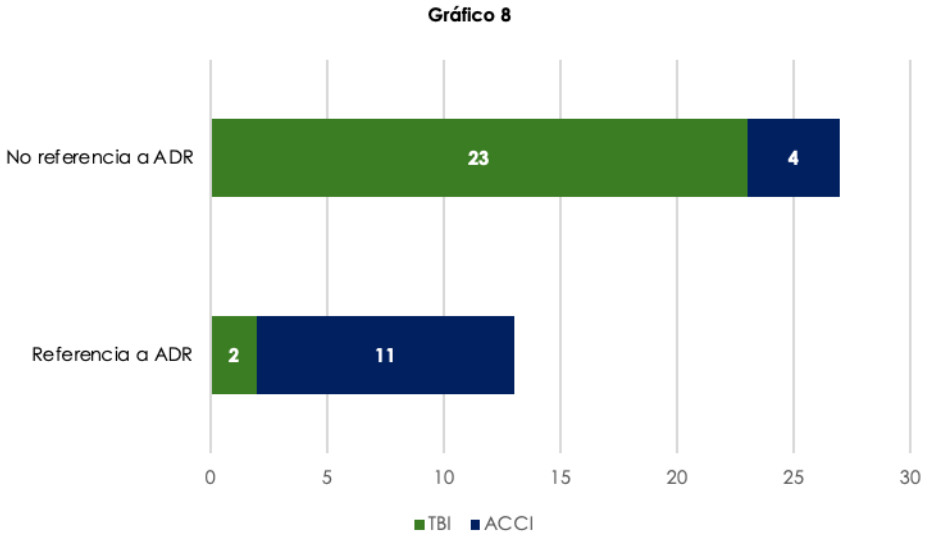
[34] Cfr. Jan K. Schäfer, "Alternatives to Investment Arbitration" en *International Investment Law: A Handbook*, ed. por Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch y Yun-I Kim (Baden-Baden: Nomos; Múnich: C. H. Beck; y Oxford: Hart Publishing, 2015), 1186-1211.

[35] Milanka Kostadinova, "Aspects of Procedure for Institution of Proceedings and Establishment of Tribunals in Investment Treaty Arbitration" en *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, ed. por Katia Yannaca-Small (Oxford: Oxford University Pess, 2018), 2da. ed., 117. En el mismo sentido, véase UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel* (Nueva York y Ginebra: United Nations, 2014), 61, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf ("*IIAs rarely explicitly mention the possibility of using ADR techniques. However, some treaties refer to them as part of the negotiation and consultation process*.").

[36] TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (2)) y TBI Perú – Colombia (artículo 19 (1)).



El Gráfico 8 debajo muestra la cantidad de TBI y ACCI en vigor para el Perú que contienen disposiciones con referencia a *ADR* y cuántos no establecen dichas disposiciones.



Dentro del grupo de tratados de inversión que se refieren a *ADR* como parte de la etapa de negociación y consultas, existen cinco que incorporan, de manera ilustrativa, las formas de *ADR* que podrían ser utilizados,[37] como, por ejemplo, buenos oficios, conciliación y mediación. En particular, el TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa señala, en el último párrafo de su artículo 11 (1) que una de las formas de solución en la referida etapa es "la conciliación entre l[a]s Partes Contratantes [a] través de canales diplomáticos."

[37] AP Singapur (artículo 8.18), *CPTPP* (artículo 9.18 (1)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.19 (1)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.15), TBI Perú - UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (2)).

Por otro lado, en la práctica, para los tribunales arbitrales, no es uniforme si el incumplimiento del período de espera es un asunto de jurisdicción y obligatorio[38] o simplemente procedimental[39], habiéndose indicado que, para abordar dicho incumplimiento, "una alternativa es la suspensión del procedimiento [arbitral] para conceder tiempo adicional para las negociaciones, si estas parecen prometedoras."[40]

Tales discusiones no han sido ajenas para los casos donde participa el Estado peruano. Por ejemplo, en el caso Panamericana Televisión S.A. *et al.* c. República del Perú,[41] el tribunal arbitral señaló:[42]

> Para unos, la referencia en un tratado a consultas u otras diligencias de contactos o negociaciones en la fase previa al procedimiento arbitral es una cuestión jurisdiccional, por lo que no está en la discrecionalidad de los tribunales arbitrales decidir que sea inútil o fútil. Para otros, esta no es más que una cuestión procesal, por ello los tribunales tienen autonomía para concluir en el caso concreto que no es necesario que el inversor realice esos trámites.

---

[38] Véase, por ejemplo, Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 315 ("[A]l imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerdo a los Estados receptor el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es concede al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción."); Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, párr. 149 ("A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales "una regla procesal" o una etapa "de naturaleza no obligatoria y procesal" que el interesado puede satisfacer o no. Por el contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI."); Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014, párr. 390 ("Por consiguiente, el Tribunal concluye que, al menos en este caso, el "período de negociación previa" constituye una barrera de carácter jurisdiccional que condiciona la jurisdicción del Tribunal ratione voluntatis, dado que no corresponde a la Demandante decidir si notifica al Estado receptor de la inversión de la controversia ni cuándo hacerlo, igual que no corresponde a dicha demandante decidir cuánto tiempo deben esperar antes de presentar una solicitud de arbitraje.")

[39] Véase, por ejemplo, Ronald S. Lauder c. República Checa, CNUDMI, Laudo Final, 3 de setiembre de 2001, párr. 187 ("[*T*]*he Arbitral Tribunal considers that this requirement of a six-month waiting period of Article VI(3)(a) of the Treaty is not a jurisdictional provision*"); Bayindir Inssat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párr. 95 ("*In the Tribunal´s view, the requirement of notice contained in Article VII of the BIT should not be interpreted as a precondition to jurisdiction*."); Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párr. 343 ("*In the Arbitral Tribunal´s view, however, properly construed, this six-month period is procedural and directory in nature, rather than jurisdictional and mandatory*. […]. *Non-compliance with the six month period, therefore, does not preclude this Arbitral Tribunal from proceeding*.")

[40] Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 381.

[41] Iniciado al amparo del TBI Perú – Suiza.

[42] Panamericana Televisión S.A. *et al.* c. República del Perú, Caso CPA N° 2019-26, Laudo sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2020, párr. 284. Si bien el tribunal arbitral señala que "las consultas" previstas en el TBI Perú – Suiza es un "mecanismo [] diferente al de un sistema de "*cooling-off*" pre arbitral" (párr. 296), lo cierto es que (i) es un periodo previo al mecanismo de solución de controversias previsto en dicho tratado, y (ii) se infiere del propio TBI Perú – Suiza que existe un período previo para buscar una solución antes de optar por el mecanismo de solución de controversias correspondiente, esto es, el mismo procedimiento bajo el cual se caracteriza el *cooling-off period*.

3.2 El requisito de recurrir a los recursos internos

"El agotamiento de los recursos internos es un concepto bajo el derecho internacional tradicional, el cual exige que, antes de que se pueda presentar un reclamo por la violación de los derechos de un individuo o una sociedad contra un Estado mediante procedimientos internacionales, dicho individuo o sociedad debe haber recurrido previamente a todos los medios de reparación disponibles en virtud del derecho interno del Estado en cuestión,"[43] siendo considerado un regla del derecho consuetudinario internacional.[44] No obstante, en general, en el arbitraje de inversión, no se exige agotar los recursos internos para iniciar el arbitraje, salvo se exija lo contrario en el instrumento invocado como base del consentimiento.

Al respecto, el artículo 26 del Convenio CIADI establece que "[s]alvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio." Cuando los tribunales arbitrales han abordado el alcance del referido artículo 26 han confirmado que el Estado parte renuncia al requisito de agotar los recursos locales ante de iniciar un arbitraje bajo el Convenio CIADI, salvo que dicho requisito exista.[45] De manera ilustrativa, en el caso Lanco International Inc. c. República Argentina, el tribunal arbitral señaló:[46]

> La segunda oración del Artículo 26 se refiere a la concepción tradicional de agotamiento de recursos internos antes de acceder al arbitraje internacional. La regla de exclusividad establecida en la primera oración significa que no es necesario agotar los procedimientos internos antes de iniciar un arbitraje ante el CIADI, salvo estipulación en contrario. A tal efecto, la segunda oración permite al Estado exigir el agotamiento previo de sus recursos administrativos o judiciales como condición para su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio CIADI.

---

[43] Stanimir Alexandrov, "Article 26" en *Scheuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, ed. por Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Christoph. H. Schreuer y Anthony Sinclair (Nueva York: Cambridge University Press, 2022), 3era. ed., 617.

[44] Cfr. Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América), Sentencia del 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports 1959, p. 27 ("*The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law*.")

[45] No solo esta estipulación puede encontrarse en el instrumento invocado como base del consentimiento, "*[a] State may also give advance notice that it will require the exhaustion of local remedies as a condition for its consent to ICSID arbitration by way of a general notification to the Centre*." Alexandrov, "Article 26", 619.

[46] Lanco International Inc. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 1998, párrs. 37-39. En el mismo sentido, Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania, Caso CIADI N° ARB/00/9, Laudo, 16 de setiembre de 2003, párrs. 13.4 y 13.5 ("*The first sentence of Article 26 secures the exclusivity of a reference to ICSID administration vis-à-vis any other remedy. A logical consequence of this exclusivity is the waiver by Contracting States to the ICSID Convention of the local remedies rule, so that the investor is not compelled to pursue remedies in the respondent State´s domestic courts or tribunals before the institutions of ICSID proceedings. This waiver is implicit in the second sentence of Article 26, which nevertheless allows Contracting States to reserve its right to insist upon the prior exhaustion of local remedies as a condition of its consent. Any such reservation to the Ukraine´s consent to ICSID arbitration must be contained in the instrument in which such consent is expressed, i.e. the BIT itself*.")

> El artículo 26 es simplemente un criterio de interpretación, una presunción de que el arbitraje es el recurso exclusivo, pero que las partes pueden exigir el agotamiento de los recursos internos. Cualquier estipulación en contrario eliminaría la presunción de exclusividad del arbitraje del CIADI, dando lugar a la existencia de otro foro para la resolución de la controversia. (…).
>
> Un Estado puede exigir el agotamiento de los recursos internos como condición previa para su consentimiento al arbitraje del CIADI. Esta exigencia puede formularse (i) en un tratado bilateral de inversión que contemple el sometimiento al arbitraje del CIADI, (ii) en la legislación nacional, o (iii) en un acuerdo de inversión directo que contenga una cláusula del CIADI.

La regla de no agotar los recursos internos no solo es aplicable para los arbitrajes bajo el auspicio del Convenio CIADI, sino también para arbitrajes de inversión bajo otras reglas arbitrales.[47] Por ello, "en el arbitraje de inversión, independientemente de las reglas de arbitraje que rijan el procedimiento, la regla internacional consuetudinaria sobre el agotamiento de los recursos internos se invierte: la tradicional "aplicable a menos que se renuncie expresamente" se sustituye por "renunciado a menos que sea requerido"."[48]

En la práctica de los tratados de inversión, se pueden identificar hasta seis categorías vinculadas al agotamiento (o no) de los recursos internos, como se muestra a continuación:[49]

1. Tratados de inversión que no se pronuncian sobre el agotamiento de los recursos internos.
2. Tratados de inversión que exigen el agotamiento de los recursos internos.
3. Tratados de inversión que exigen recurrir a los recursos internos por un cierto periodo.
4. Tratados de inversión que reafirman el derecho de los Estados a exigir el agotamiento de recursos internos.
5. Tratados de inversión que renuncian al agotamiento de los recursos internos.
6. Casos híbridos.

---

[47] Véase, por ejemplo, Nykomb Synergetics Technology Holding AV c. República de Letonia, SCC N° 118/2001, Laudo, 16 de diciembre de 2003, párr. 2.4 ("*The Arbitral Tribunal understands the quoted statement to the effect that the Respondent does not claim the existence of a general obligation under the Treaty or under international law that local remedies must be exhausted before arbitration can be requested under Article 26 of the Treaty. Nonetheless the Tribunal finds it appropriate to state that in the Tribunal's view, no such general obligation to exhaust local remedies can be derived from the Treaty or international law in general*."); RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa, Caso SCC N° V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de octubre de 2007, párr. 153 ("(…). *So far as it is necessary to do so the consent to investor-state arbitration, as explained, amounts to a waiver of the principle of exhaustion of local remedies. By choosing international to settle third pary investment arbitration disputes the principle of exhaustion of national legal remedies is excluded*.")

[48] Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options* (Springer, 2020), 49, https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7.

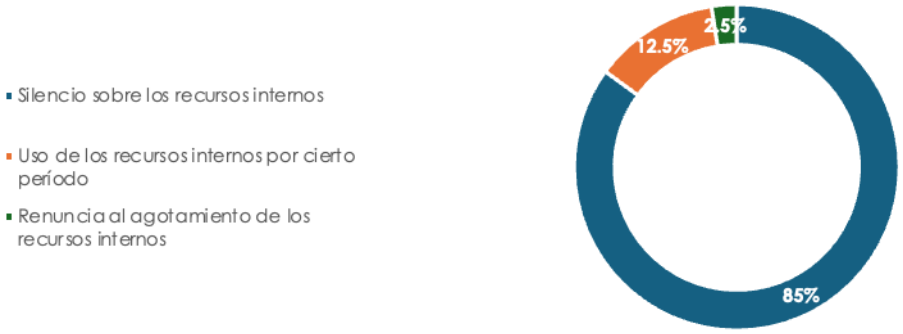
[49] Para mayor detalle, veáse Martin Dietrich Brauch, "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law," *IISD Best Practices Series* (Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2017), 7-14, https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf. Para una clasificación con ciertas variantes, véase Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 45 y 50 ("*State practice in concluding IIAs shows a diversity of approaches in respect of the exhaustion of local remedies rule. Broadly speaking, IIAs may (1) require exhaustion of local remedies; (2) waive exhaustion of local remedies; or (3) be silent on whether local remedies need to be exhausted prior to commencing arbitration proceedings*." (…). "*A minority of BITs "soften" the exhaustion of local remedies rule by subjecting it to a time limit*.")

En el Perú, no existe tratado de inversión en vigor que exija al inversionista agotar los recursos internos antes de acudir al arbitraje, siendo que "las cláusulas de este tipo son raras y se encuentran principalmente en tratados bilaterales de inversión más antiguos,"[50] tales como el TBI Países Bajos - Malasia,[51] cuyo artículo 12 establece:

> En caso de surgir alguna controversia entre un nacional o una empresa de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, esta última, una vez agotados todos los recursos administrativos y judiciales locales, aceptará que dicha controversia se someta a conciliación o arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, establecido en virtud del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del 18 de marzo de 1965.

En ese contexto, se identifica que la gran mayoría de tratados de inversión en vigor para el Perú no se pronuncian sobre el agotamiento de los recursos internos antes de iniciar un arbitraje.[52] Seguidamente, muy pocos incluyen disposiciones que exigen recurrir a los recursos internos por un cierto periodo.[53] En lo que resta, se encuentra un solo tratado de inversión que expresamente renuncia a la regla del agotamiento de los recursos internos.[54] El Gráfico 9 debajo muestra la información sobre la clasificación de tratados de inversión que hacen referencia (o no) a los recursos internos.

Gráfico 9



[50] Dolzer, et al., *Principles of International Investment Law*, 381.
[51] Suscrito el 15 de junio de 1971 y en vigor desde el 13 de setiembre de 1972.
[52] "*[T]he vast majority of treaties are silent on whether domestic remedies need to be exhausted before resort to international arbitration.*" Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 48.
[53] TBI Perú – Suiza (artículo 9 (3)), TBI Perú – Paraguay (artículo 8 (3)), TBI Perú – Alemania (artículo 10(3)(a)), TBI Perú – Colombia (artículo 20 (1)) y ACCI Perú – China (artículo 139 (2), pie de página 8).
[54] TBI Perú – EU Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (2), párr. 3) ("Con este fin, cada Parte Contratante concuerda, antelada e irrevocablemente, en el arreglo de cualquier disputa a través de este tipo de arbitraje. Tal consentimiento implica que ambas Partes renuncian el derecho de solicitar que toda solución interna administrativa o judicial sea agotada.")

En lugar de agotar los recursos internos, "una minoría de tratados de inversión "suavizan" [dicha] regla al someterla a un límite de tiempo."[55] En esta categoría, se encuentran los TBI Perú – Suiza, TBI Perú – Paraguay, TBI Perú – Alemania, TBI Perú – Colombia y ACCI Perú – China, los cuales exigen al inversionista recurrir a procedimientos internos por un determinado período de tiempo antes de presentar una reclamación en arbitraje. Los referidos tratados de inversión no presentan una redacción uniforme cuando se trata de recurrir primero a los foros internos, como se aprecia en el Tabla 1 debajo:

Tabla 1

Tratado	Contenido
TBI Peru – Suiza	(2) Si estas consultas no conducen a una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) Si en un plazo de dieciocho meses no existe una decisión de los tribunales nacionales competentes sobre el fondo del asunto, o si existiendo tal decisión una de las partes en la controversia considera que la misma infringe una disposición del presente convenio, la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral ad hoc. Este tribunal, salvo acuerdo en contrario de las partes interesadas, será establecido de conformidad con las reglas de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).
TBI Perú – Paraguay	(2) Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses a partir de la diferencia, el nacional no puede someter la disputa tanto a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional. (…). (3) En caso de recurrir a la jurisdicción nacional, el nacional no puede apelar al arbitraje internacional mencionado en el párrafo 2 del presente artículo, salvo en el evento que luego de un período de 18 meses a partir de la citación con la demanda, no haya sentencia definitiva y ejecutoriada y las dos partes, de común acuerdo, desistan de continuar en esa instancia judicial, para someter la controversia al arbitraje internacional.
TBI Perú – Alemania	(2) Si una controversia (…) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las siguientes circunstancias: (a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 (…), o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes.
TBI Perú – Colombia	Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al arbitraje previsto en este Artículo o ante un tribunal judicial o administrativo local, será indispensable agotar previamente la vía administrativa cuando la legislación de la Parte así lo exija. Dicho agotamiento en ningún caso puede exceder un plazo de seis (6) meses desde la fecha de su iniciación por el inversionista y no deberá impedir que el inversionista solicite las consultas referidas en el Artículo 19 (Consultas y Negociación).
ACCI Perú - China	China requiere al inversionista en cuestión que curse el procedimiento de revisión administrativa doméstico señalado por las leyes y regulaciones de China antes de la sumisión al foro internacional.

[55] Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 50. De la misma manera, Christoph Schreuer, "Calvo´s Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration," *The Law and Practice of International Courts and Tribunal* 4, 1 (2005): 3 ("[*T*]*he requirement, contained in some BITs, that domestic remedies must be utilized for a certain period of times before international arbitration may be initiated. The claimant is free to turn to international arbitration once the time has elapsed*."). En el mismo sentido, Matthew C. Porterfield, "Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time has Come?," *The Yale Journal of International Law* 41 (2015): 4 ("*A small minority of IIAs requires some recourse to domestic courts before bringing an international claim, although most of these treaties only require an investor to pursue local remedies for a limited period of time (frequently eighteen months*)."

Por un lado, antes de iniciar un arbitraje de inversión, los TBI Perú – Suiza[56] y TBI Perú – Alemania solicitan al inversionista recurrir a un recurso interno por un período específico (18 meses) sin la emisión de una decisión sobre el fondo del asunto o, en caso de haber tal decisión, la controversia subsista entre las partes.

De otro lado, con ciertos matices, el TBI Perú – Paraguay establece que, para que se pueda iniciar un arbitraje y de haber elegido antes la jurisdicción nacional, no se debe haber emitido sentencia final dentro de un período específico (18 meses) y exista un desistimiento de ambas partes de continuar con la instancia local. Sin perjuicio de que esta última condición no es lo usual en los tratados de inversión que contienen una redacción similar al TBI Perú - Paraguay, lo cierto es que dicho tratado contiene una regla sobre recursos internos que debe ser tomado en consideración. Al respecto, sobre el TBI Suiza – Paraguay, que es un tratado de inversión con características similares, se ha señalado que, aunque no se exige el agotamiento de los recursos internos, tales recursos son pertinentes.[57]

Asimismo, como parte de la categoría en comentario, existen algunos que se refieren a procedimientos administrativos, como es el TBI Perú – Colombia. Sobre el particular, cabe señalar que "muchos tratados de inversión colombianos prevén el agotamiento de los recursos administrativos o judiciales según lo exija la legislación interna, pero establecen que los procedimientos internos no podrán exceder de seis meses como máximo."[58] Esto sucede con el TBI Perú – Colombia, el cual establece como requisito para acudir al arbitraje el agotamiento de la vía administrativa cuando la legislación lo requiera y que este agotamiento no deberá exceder de un plazo de seis meses.

En este mismo grupo, se encuentra el ACCI Perú – China. Al respecto, se señala que "los tratados bilaterales de inversión chinos […] exigen que un inversionista que desee comprometerse a arbitraje haya pasado por el proceso de revisión administrativa nacional correspondiente (en los tribunales locales)"[59] y, en la práctica de tales tratados de inversión, "pueden ser clasificados en dos categorías: aplicación recíproca y no recíproca de la revisión administrativa entre las partes contratantes de los [tratados de inversión], [señalándose que] [e]n cuarenta y cuatro acuerdos internacionales de inversión, la revisión administrativa se aplicable recíprocamente a los inversionistas de los Estados contratantes de los [tratados de inversión], mientras que dieciséis acuerdos internacionales de inversión incluyen cláusulas no recíprocas."[60] El ACCI Perú – China se encuentra en esta última categoría, al contener una cláusula no recíproca, requiriéndose

---

[56] "*The Swiss BIT with Peru also provided a domestic litigation requirement before arbitration proceedings can be started* (…).". Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options,* 50.

[57] Cfr. Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2da. ed., Nueva York: Cambridge University Press, 2005, 272 ("*It is clear, first, that the rule of local remedies as such has impliedly been supplanted by different rules expressly referred to in the treaty. Secondly, while local remedies are relevant, and that, only if the investor chooses to submit to them, resort to them as a prior condition for arbitration is subject to the express terms of paragraph (3) of the Article. These terms either do not necessarily require an exhaustion of local remedies as such or local remedies are to be regarded as inadequate and ineffective on the basis of undue delay in their implementation*."). En el mismo sentido, Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 51 ("*The BITs with Chile and Paraguay are somewhat different in that they offer choice of forum between domestic courts and investment arbitration, without obliging the investor to pursue the one before the other. However, if the investor has opted for domestic courts, it may commence arbitral proceedings "only if after a period of 18 months there is no decision on the subject matter by the competent national court*".")

[58] Brauch, "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law", 11.

[59] Norah Gallagher y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2009, 364.

[60] Shen Wei, *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Nueva York: Cambridge University Press, 2021, 293.

únicamente que el inversionista de Perú recurra al procedimientos administrativo antes de iniciar un arbitraje,[61] no señalándose un plazo máximo, a diferencia de otros tratados de inversión suscritos por China.[62]

Aunque no se realizó un análisis detallado sobre la naturaleza de recurrir a los recursos internos, en un arbitraje que involucra un tratado de inversión del cual el Perú es parte, se discutió alrededor a que el inversionista no podía presentar el arbitraje porque había presentado una reclamación judicial. Este arbitraje es el caso Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay,[63] donde el tribunal señaló:[64]

> 20. (…) [L]a República del Paraguay opuso formalmente la excepción a la jurisdicción del CIADI (…). En resumen, ellas son las siguientes:
>
> (…)
>
> (c) El señor Olguín formuló una reclamación judicial ante los tribunales de la República del Paraguay "tendiente a lograr el recupero de su especulación financiera," lo que le impide, de conformidad con el Artículo 8(3) del CBI, presentar un arbitraje ante el CIADI (…).
>
> 30. No existe ninguna demostración en el expediente de que el señor Olguín hubiera presentado un reclamo judicial contra la República del Paraguay para cobrar las obligaciones que busca cobrar en este proceso arbitral.

3.3 Elección de una vía (*fork in the road*)

Para evitar duplicidad de reclamos y prevenir que los inversionistas vuelvan a litigar estos, ciertos tratados de inversión incluyen una cláusula de elección de una vía (o, en inglés, *fork in the road*) a través de la cual, para solucionar la controversia, se ofrece al inversionista una elección entre las cortes locales del Estado anfitrión y el arbitraje internacional. Una vez hecha, la elección es final. En otras palabras, "el inversionista solo podrá continuar con su reclamación en el foro al que acudió primero (*electa una via, non datur recursus ad alteram*)."[65]

La práctica de los tratados de inversión sobre las cláusulas de elección de una vía varía ligeramente, pudiendo identificarse hasta seis tipos de tales cláusulas.[66] Ante todo, existen

---

[61] Este requerimiento no se encuentra previsto en el Apéndice 6 del Protocolo de Optimización del ACCI Perú – China.
[62] Véase, por ejemplo, TBI UE Belgo – Luxemburguesa y China (artículo 8).
[63] Iniciado al amparo del TBI Perú – Paraguay.
[64] Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay, Caso CIADI N° ARB/98/5, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción, 8 de agosto de 2000, párrs. 20 (c) y 30.
[65] Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, p. 39. De la misma manera, Christoph Schreuer, "Traveling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road," *The Journal of World Investment & Trade* 5, 2 (2004): 239-240 ("A *typical clause provides that the investor must choose between the litigation of its claims in the host State´s domestic courts or international arbitration and that, once made, the choice is final. (…). This type of clause is often referred to as a "fork in the road" provision. It is expressed by the Latin maxim of una via electa non datur recursus ad alteram ("once one road is chosen, there is no recourse to the other")*.")
[66] Cfr. Markus Petsche, "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between formalistic and pragmatic approaches," *Washington University Global Studies Law Review* 18 (2019): 397-398.

cláusulas *fork in the road* que les brindan a los inversionistas opciones de mecanismos de solución de controversia, especificando que una vez la elección esté hecha, esta será final. En este grupo, por ejemplo, se encuentra el TBI Chile - España, cuyo segundo párrafo de su artículo 10 (2) dispone que "[u]na vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva."[67]

Una segunda categoría de cláusulas *fork in the road* les brindan a los inversionistas la opción de recurrir al arbitraje siempre que estos no hayan presentado sus reclamos ante las cortes locales del Estado de anfitrión. Dentro de este grupo, también se pueden incluir aquellas cláusulas que excluyen la posibilidad de recurrir a las cortes locales si antes el inversionista ha presentado sus reclamos en un arbitraje. De manera ilustrativa, el TBI Argentina – EE. UU. contiene una disposición en tales términos (artículo VII (3)),[68] como se aprecia a continuación:

> 2. En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:
>
> a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
>
> b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
>
> c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.
>
> 3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio (…).

En un tercer tipo de cláusulas de elección de una vía, con ciertos matices que el anterior, se establece que, si el inversionista presenta su reclamación ante las cortes locales del Estado anfitrión, no podrá someter dicha reclamación a un arbitraje, especificando, en la mayoría de los tratados de inversión que las contienen, que dicha elección será definitiva. Por ejemplo, el *DR-CAFTA*[69], en su Anexo 10-E, señala lo siguiente:

> 1. Un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje de conformidad con la Sección B una reclamación en el

[67] Véase también, por ejemplo, el TBI Argentina - Francia, artículo 8 (2) ("Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva."), y el TBI Italia - Líbano, artículo 7 (2) ("*If these consultation do not result in a solution within six months from the date of written request for settlement, the investor may submit the dispute, at his choice, for settlement to: a) (…); or b) (…); or c) (…). The choice made as per subparagraphs a, b and c herein above is final*.")

[68] En el mismo sentido, véase el TBI Estonia – EE. UU., artículo 6 (3).

[69] Por las siglas en inglés del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

> sentido de que una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana ha violado una obligación establecida en la Sección A (…) si el inversionista o la empresa, respectivamente ha alegado esa violación de una obligación establecida en la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana.
>
> 2. Para mayor certeza, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 en un tribunal judicial o administrativo de una Parte de Centroamérica o de la República Dominicana, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B. (…).

Una cuarta categoría de cláusulas *fork in the road* señalan que, incluso si el inversionista eligió las cortes locales del Estado anfitrión, este podrá someter su reclamo a arbitraje siempre que no se haya emitido una decisión de primera instancia o una decisión final. Así, dentro de este tipo de cláusulas, se identifica, por ejemplo, el TBI Suiza - Turquía, cuyo artículo 8 (3) dispone lo siguiente:

> Si tales consultas no dan como resultado una solución dentro de doce (12) meses y si el inversionista en cuestión brinda un consentimiento escrito, la controversia será sometida al arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, instituido por el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, para la solución de controversias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, siempre que, en caso de que el inversionista en cuestión haya presentado la controversia ante las cortes de justicia de la Parte Contratante que sea parte en la controversia y no se haya dictado un laudo definitivo.

Como quinto tipo de cláusulas de elección de una vía, se pueden considerar aquellas que, sin detallar si la elección es final, brindan al inversionista opción de elegir diversos mecanismos de solución de controversias. Este tipo de cláusulas se ha incorporado, por ejemplo, en el TBI Grecia - Albania, cuyo artículo 10 (2) establece lo siguiente:

> Si tales controversias no pueden resolverse dentro de seis meses a partir de la fecha en que cualquiera de las partes solicitó una solución amistosa, el inversor o la Parte Contratante en cuestión podrá someter la controversia a la corte competente de la Parte Contratante o a un tribunal arbitral internacional.

Sobre esta categoría, se ha señalado que las cláusulas redactadas de la forma anterior "no clarifican si la elección inicial hecha por los inversionistas es exclusiva, sugiriendo, en consecuencia, que un inversionista podría también elegir ambos medios de solución de

controversias."[70] Así, sobre la base del artículo 10(2) del TBI Rusia – Moldavia, en el caso Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, el tribunal arbitral señaló:[71]

> Las denominadas cláusulas "*fork-in-the-road*" han sido frecuentemente examinadas por los tribunales que intervienen en controversias internacionales de inversión. Las cláusulas de este tipo suelen exigir expresamente que el inversionista elija un método de solución de la controversia y le impiden volver a litigarla ante otros foros.
>
> Sin embargo, muchos tratados de inversión guardan silencio en cuanto al efecto preclusivo que corresponde atribuir a los diferentes métodos de solución de controversias ofrecidas al inversionista, lo cual resulta evidentemente aplicable al tratado invocado por las Demandantes en este arbitraje. En tales casos, como regla general, no cabe presumir un efecto preclusivo.

Si bien el referido tribunal arbitral señaló que no se debía asumir que existía una cláusula de elección de una vía en el tratado aplicable, continuó con el análisis correspondiente como si se hubiese invocado dicha cláusula, refiriéndose a que la base fundamental del reclamo en este caso era diferente y que las partes en disputa no eran las mismas que las que siguieron ante las cortes locales de Moldavia.[72]

En otros dos arbitrajes de inversión, donde los tratados aplicables contenían una cláusula de elección de una vía sin precisar si la elección del inversionista tiene carácter final (o no),[73] los tribunales arbitrales de ambos casos no se detuvieron a analizar si dichas cláusulas podrían ser consideradas *fork in the road* y, sin entrar a una evaluación como lo hizo el tribunal arbitral del caso anteriormente mencionado, prosiguieron el análisis como si los referidos tratados contenían dicha cláusula.[74]

En tal sentido, aunque no existe una corriente teórica o jurisprudencial sólida que precise si la quinta categoría señalada es una cláusula de elección de una vía, lo cierto es que, para efectos prácticos, al menos, tres tribunales arbitrales se han pronunciado sobre cláusulas incluidas en dicha categoría como si se encontrarán ante casos con cláusulas *fork in the road*.

Finalmente, en un sexto grupo, se pueden identificar tratados de inversión con cláusulas híbridas que incluyen, por ejemplo, características de la primera categoría -esto es, la elección que adopte el inversionista es final- y de la cuarta categoría -esto es, posibilidad de recurrir al arbitraje siempre y cuando la corte local no haya emitido sentencia-. De manera ilustrativa, este tipo de cláusula se puede encontrar en el artículo 9 (4 y 5) del TBI Chile – Austria, que dispone lo siguiente:[75]

---

[70] Pohl, et al., "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey," 13.
[71] Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso *SCC* N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013, párrs. 170-171.
[72] Cfr. Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso SCC N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013, párrs. 172-175.
[73] TBI Grecia – Albania (artículo 10 (2)) y TBI Omán – Yemen (artículo 11 (2)).
[74] Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, párrs. 124-138; Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009, párrs. 50-68.
[75] En un sentido similar, véase el TBI Costa Rica – España, artículo XI (3).

> 4) Una vez que el inversionista haya sometido la diferencia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva.
>
> 5) No obstante la cláusula 4), el inversionista podrá recurrir a arbitraje internacional en caso de que el tribunal competente no dictare una sentencia definitiva por un período de treinta y seis meses.

En ese contexto, con respecto a los tratados de inversión en vigor para el Perú, se identifica que la mayoría de estos contienen cláusulas de elección de una vía, distribuyéndose casi equitativamente entre TBI y ACCI el número de estos tratados con tales cláusulas. Los Gráficos 10 y 11 debajo proporcionan esta información.

Gráfico 10

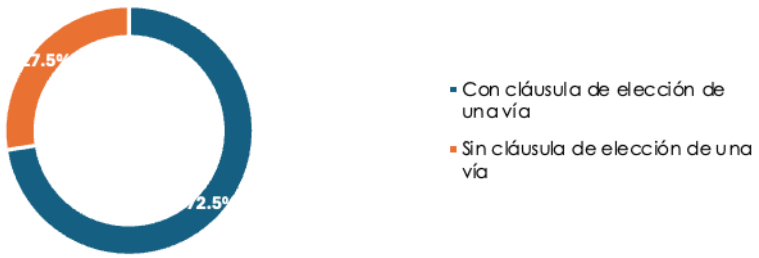
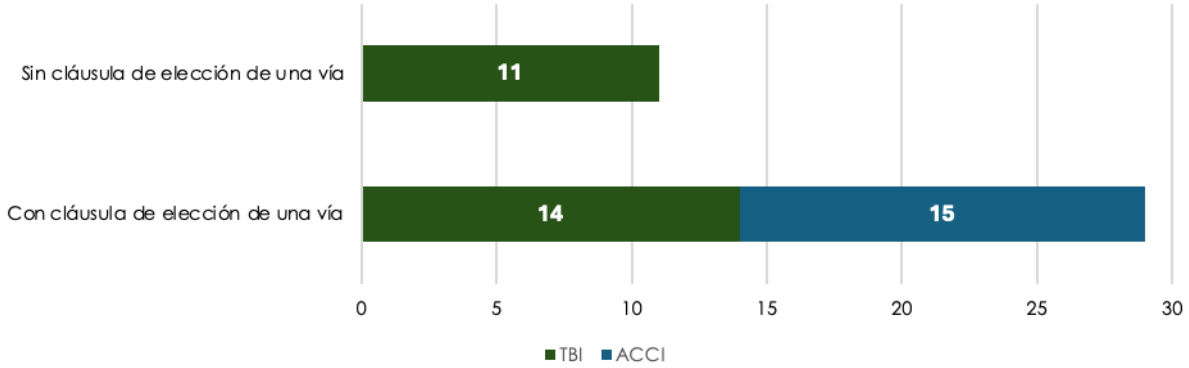


Gráfico 11

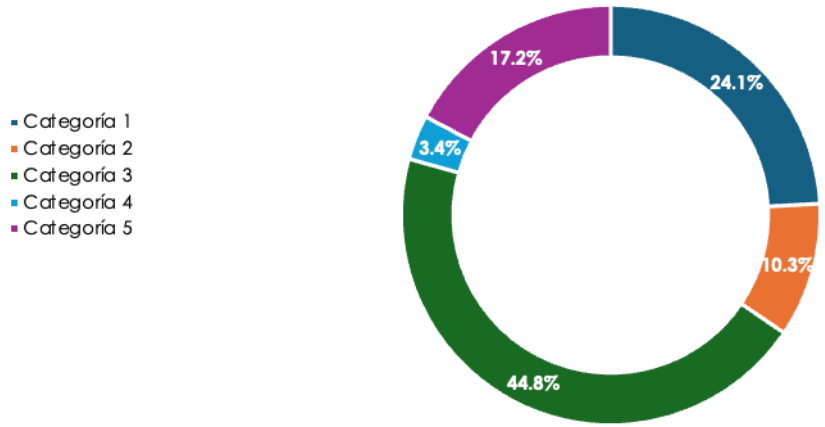


Si se trata de encajar los tratados de inversión en vigor por el Perú con cláusulas de elección de una vía en alguna de las seis categorías descritas, se identifica que el mayor número de tales cláusulas está dentro de la categoría 3, conteniendo casi exclusivamente la mayoría de los ACCI de los que el Perú es parte[76]. Seguidamente, la categoría 1 ostenta el segundo lugar del número de tratados de inversión que cuentan con cláusulas *fork in*

[76] TBI Perú – Colombia (artículos 22 (7 y 8)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (4) / Anexo 10-G), ACCI Perú – Chile (artículo 11.18 (3)), ACCI Perú – Canadá (Anexo 824.1), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (11)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Guatemala artículo 12.18 (5 y 6)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (4)), ACCI Perú – Honduras artículo 12.18 (5 y 6)), ACCI Perú – Australia (Anexo 8-F), *CPTPP* (Anexo 9-J) y AP Singapur (Anexo 8-E).

the road, especificando expresamente que la elección del inversionista es final.[77] Con un número similar, se encuentran los tratados de inversión con cláusulas *fork in the road* que no señalan expresamente el carácter final (o no) de la elección del inversionista, es decir, en la categoría 5.[78] En una penúltima posición, se observa que, en el Perú, también existen tratados de inversión con cláusulas de elección de una vía dentro de la categoría 2,[79] es decir, disposiciones que condicionan la elección de recurrir a arbitraje siempre y cuando no hayan iniciado previamente en las cortes locales del Estado anfitrión. Finalmente, un tratado de inversión cuenta con cláusula *fork in the road* en la categoría 4.[80] El Gráfico 12 debajo brinda la información sobre los tipos de cláusulas de elección de una vía en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte.

Gráfico 12



El análisis de cláusulas *fork in the road* también ha sido objeto de ciertos tribunales arbitrales que han interpretados tales cláusulas en el marco de tratados de inversión de los cuales el Perú es parte. De manera ilustrativa, en el caso Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú,[81] el tribunal arbitral evaluó el artículo 10.18.4 del ACCI Perú – EE. UU., señalando que, a diferencia de otros casos donde se utilizan el "test de base fundamental" o el "test de triple identidad", la interpretación de la cláusula de elección de vía contenido en dicho tratado debe evaluarse tomando en cuenta el término "la misma violación alegada", cuya interpretación está sujeta a los principios generales del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.[82]

3.4 Las cláusulas de renuncia (*waiver*)

A fin de prevenir duplicidad de reclamaciones, además de la cláusula de elección de una vía, los tratados de inversión contienen disposiciones que requieren que el

[77] TBI Perú – Rumanía (artículo 8 (3)), TBI Perú – Argentina (artículo 10 (2)), TBI Perú – Venezuela (artículo 10 (3)), TBI Perú – El Salvador (artículo 11 (3)), TBI Perú – Cuba (artículo 8 (3)), ACCI Perú – China (artículo 139 (2)) y ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (4)).
[78] TBI Perú – Italia (artículo 9 (3)), TBI Perú – España (artículo 9(2)), TBI Perú – Portugal (artículo 7 (2 y 3)), TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11(2)) y ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (3)).
[79] TBI Perú – China (artículo 8 (2)), TBI Perú – Malasia (artículo 7 (3)) y TBI Perú – Japón (artículo 18 (2 y 4)).
[80] TBI Perú – Suecia (artículo 8 (2)).
[81] Iniciado al amparo del ACCI Perú – EE. UU.
[82] Cfr. Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/20/8, Laudo, 17 de mayo de 2024, párrs. 600-609.

inversionista renuncie a iniciar o continuar procedimientos ante cortes locales (u otros foros) antes de iniciar un arbitraje. Estas disposiciones se refieren a las cláusulas de renuncia (o "no vuelta atrás"), que algunos consideran una variación o forma de la cláusula *fork in the road*.[83]

Si bien, en términos generales, se puede afirmar que existen objetivos en común entre las cláusulas *fork in the road* y las cláusulas *waiver* (o cláusula *no-U-turn*) lo cierto es que ambas cláusulas son interpretadas bajo premisas distintas. Así, "a diferencia de las cláusulas de elección de una vía (el cual hace que la elección del foro por el inversionista sea final), las cláusulas de renuncia o "no vuelta atrás" permiten a los inversionistas optar por el arbitraje internacional después de comenzar procedimientos ante cortes locales con relación a la misma medida. Sin embargo, si el inversionista decide presentar su reclamo al arbitraje internacional bajo una disposición de solución de controversias en el acuerdo internacional de inversión, se exige descontinuar los procedimientos ante cortes locales o renunciar a su derecho de iniciar nuevos tales procedimientos."[84]

El arquetipo de las cláusulas *waiver* se ve reflejado en el artículo 1121 del extinto NAFTA,[85] [86] el cual establece, por ejemplo, en su párrafo 2 (b), que los inversionistas podrán solo si:

> (…) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o

[83] Véase, por ejemplo, Noah Rubins y N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner´s Guide*, Nueva York: Oceana Publications, Inc., 2005, 276 ("*NAFTA and a limited number of other investment treaties contain a variation of the "fork in the road," which might be termed as "no U-turn" provision*"."), Lim, et al., *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, 102 ("(…). *The clause is known as an electa una via (or ´fork-in-the-road´) clause. A variation of this approach is a ´no u-turn´ clause, which requires, as a condition of submitting an investment arbitration claim, the waiver of the right to bring some other claim in another forum*,"), y Pohl, et al., "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey," 13 ("*The provisions exist in two forms: the large majority denies access to international arbitration once an investor has chosen to bring its case to domestic courts (…); and (…) treaties require that an investor waive its right to access to domestic courts prior to initiating international arbitration proceedings*.")

[84] Kaufmann-Kohler y Potestà, I*nvestor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 40-41. En un sentido similar, véase Christopher F. Dugan, et al., *Investor-State Arbitration*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, 370-371 ("(…) *[A]n important differences in policy lies behind these two types of treaty text. The waiver approach encourages investors to investigate possible remedies within the host state´s municipal law system before turning to international arbitration. By contrast, a fork in the road provision discourages recourse to local courts and administrative tribunals whenever the investor is aware of and interested in preserving its rights to international arbitration under the investment protection treaty*.")

[85] Por las siglas en inglés del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En un sentido similar, véase, el USMCA (por las siglas en inglés del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá), artículo 14.D.5 (1) (e) ("1. Ninguna reclamación será sometida a arbitraje conforme a este Anexo a menos que: (…) la notificación de arbitraje se acompañe: (i) para reclamaciones sometidas a arbitraje (…), con la renuncia escrita de la demandante (…) a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al ordenamiento jurídica de una Parte del Anexo, o cualquier otro procedimiento de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que presuntamente constituye una violación referida en el Artículo 14.D.3 (…).")

[86] Para mayor detalle sobre arbitraje iniciados al amparo del *NAFTA* que tratan sobre la cláusula de renuncia, véase, entre otros, Andrea K. Bjorklund, "Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence" en *NAFTA Investment Law and Arbitration: Pass Issues, Current Practice, Future Prospects*, ed. por Todd Weiler (Nueva York: Transnational Publishers Inc., 2004), 263-279.

> extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

Al respecto, en la práctica de tratados de inversión, las cláusulas *waiver* pueden contener un lenguaje que obliga al inversionista "renunciar o descontinuar procedimientos "con respecto a la medida" no solo "ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes" sino también ante "otros procedimientos de solución de controversias","[87] excluyéndose a su vez de dicho ámbito a los procedimientos en los que no implique el pago de daños monetarios (o pecuniarios).

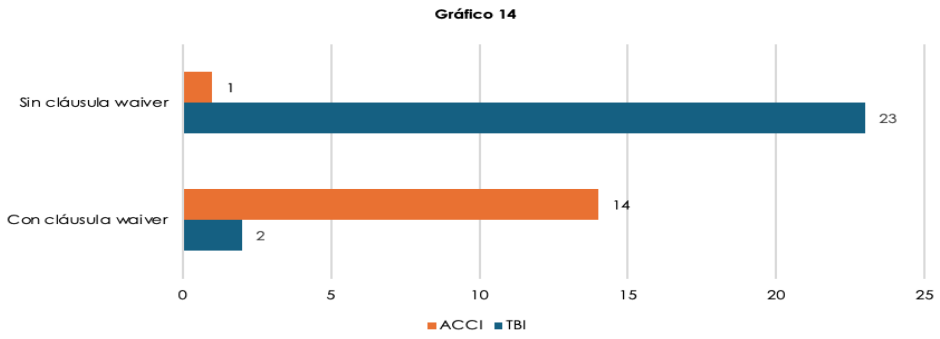
En el caso del Estado peruano, las cláusulas *waiver* surgieron a partir de la suscripción de tratados de inversión de nueva generación, principalmente, con los ACCI que tienen, en su gran mayoría, una estructura similar al *NAFTA*.[88] En ese sentido, en el Gráfico 13 debajo se muestra información sobre la cantidad de tratados de inversión que cuentan con cláusulas *no-U-turn*. Seguidamente, en el Gráfico 14 debajo, se aprecia los tipos de tratados de inversión de los cuales el Perú es parte que contienen disposiciones con cláusulas *waiver*. Finalmente, el Gráfico 15 debajo proporciona información histórica de los períodos, de manera acumulada, con relación a la cantidad de los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte que cuentan con cláusulas *waiver* y aquellos que se mantienen sin estas.

Gráfico 13

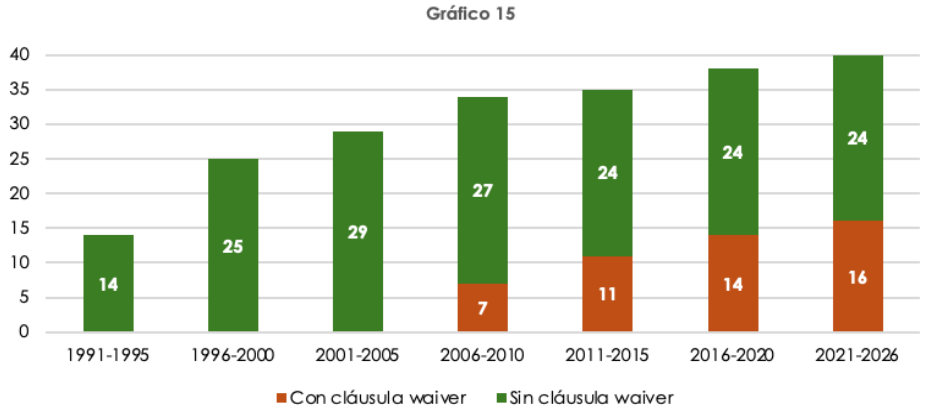
▪ Con cláusulas non-U-turn ▪ Sin cláusulas non-U-turn

[87] Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and Reform Options*, 43.

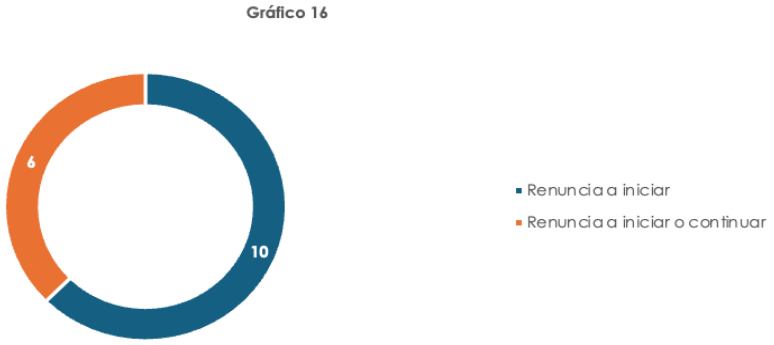
[88] Véase AP Singapur (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), *CPTPP* (artículo 9.21 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Honduras (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Guatemala (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (6) (b) y (7) (b)), ACCI Perú – Canadá (artículo 823 (1) (e) y (2) (e)), , ACCI Perú – Chile (artículo 11.18 (2) (b) y (4)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (2) (b) y (3)) y TBI Perú – Colombia (artículo 22 (2) (b) y (4)). El resto de los tratados de inversión en vigor para el Perú con cláusulas *waiver* son ACCI Perú – Corea del Sur (artículo 9.16 (5) (b) (iii) y (6)), ACCI Perú – Singapur (artículo 10.17 (4) (b) (iii) y (5)) y TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (5)).



Asimismo, tomando como base la redacción del citado artículo 1121 del *NAFTA* y si bien la mayoría de los tratados de inversión con cláusulas *waiver* de los cuales el Perú es parte siguen una estructura similar, se identifica que no mantienen, necesariamente, la misma redacción. Metodológicamente, se puede dividir el contenido de tales cláusulas en (i) el derecho al cual se renuncia ("iniciar o continuar" o, únicamente, "iniciar"), (ii) el tipo de procedimiento sobre el cual se renuncia, y (iii) con respecto a qué se renuncia ("medida", "hecho" o "materia").



En ese contexto, el Gráfico 16 debajo muestra el número de tratados de inversión con cláusulas *waiver* que exigen al inversionista renunciar a iniciar o continuar o únicamente a iniciar con los procedimientos, destacando que más de la mitad de tales cláusulas se encuentran en este último supuesto.



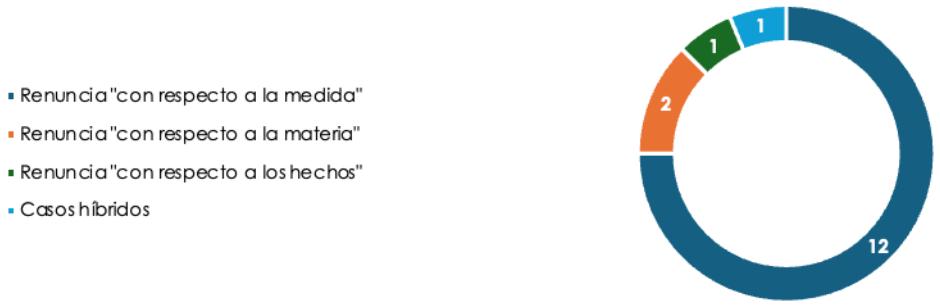
Seguidamente, corresponde indicar que, en todos los casos, sobre el tipo de procedimiento sobre el cual se renuncia, se constata que no solo recae en tribunales administrativas o judiciales sino también en cualquier otro procedimiento de solución de controversias. Al respecto, la Tabla 2 realiza un comparativo sobre la diversa redacción que, con ciertos matices, resultan en el mismo (o similar) contenido.

Tabla 2

	Contenido
Primer modelo	"[Renuncia] de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias [vinculante] (…)."[89]
Segundo modelo	"[Renuncia] a su derecho de iniciar cualesquier procedimientos (…) ante cualquier otro de los foros de solución de controversias referidos en el párrafo (…)." El párrafo al que se hace referencia señala que los procedimientos son "las cortes o los tribunales administrativos" del Estado anfitrión y "otros procedimientos de solución de controversias vinculantes."[90]

El Gráfico 17 debajo confirma que no existe unanimidad con respecto a qué renuncia el inversionista, ya que si bien existe una mayoría de cláusulas *no-U-turn* que exigen al inversionista renunciar con "respecto a la medida" también existe determinado número de tales cláusulas que tienen una redacción diferente.

Gráfico 17



La cláusula de renuncia ha sido también objeto de análisis de arbitrajes basados en tratados de inversión de los cuales el Perú es parte. El primero de estos arbitrajes fue el caso The Renco Group, Inc. c. República del Perú,[91] donde el tribunal arbitral evaluó detalladamente la cláusula "sin vuelta atrás" previstas en el artículo 10.18 (2) (b) del ACCI Perú – EE. UU. e indicó, entre aspectos, lo siguiente:[92]

[89] Véase AP Singapur (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), *CPTPP* (artículo 9.21 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Australia (artículo 8.22 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Honduras (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Guatemala (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Costa Rica (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – Panamá (artículo 12.18 (2) (b) y (3)), ACCI Perú – México (artículo 11.20 (6) (b) y (7) (b)), ACCI Perú – Canadá (artículo 823 (1) (e) y (2) (e)), , ACCI Perú – Chile (artículo 11.18 (2) (b) y (4)), ACCI Perú – EE. UU. (artículo 10.18 (2) (b) y (3)), TBI Perú – Colombia (artículo 22 (2) (b) y (4)) y TBI Perú – UE Belgo - Luxemburguesa (artículo 11 (5)).

[90] Véase ACCI Perú – Corea del Sur y ACCI Perú – Singapur.

[91] Iniciado al amparo del ACCI Perú – EE. UU.

[92] The Renco Group, Inc. c. República del Perú, Caso UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, párrs. 73, 84. Véase también Bacilio Amorrortu c. República del Perú, Caso CPA N° 2020-11, Laudo Parcial

> En consecuencia, el acuerdo de arbitraje quedará conformado en virtud del Tratado sólo si el inversionista satisface los requisitos de formalidad y sustancialidad de la renuncia contemplados en el Artículo 10.18(2)(b). Párr.
>
> [E]l objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b) consiste en proteger al Estado demandado para que no deba litigar en múltiples procedimientos y en diversos foros sobre la misma medida, y minimizar el riesgo de doble recupero y determinaciones de hecho y de derecho inconsistentes pronunciadas por tribunales diferentes.

IV. CONCLUSIONES

El acceso al arbitraje de inversión basado en tratado puede requerir una serie de condiciones o requisitos que deberán ser cumplidos, de conformidad con las cláusulas previstas en el tratado de inversión invocado por los inversionistas.

Los inversionistas deben cumplir cabal y oportunamente lo establecido en los tratados de inversión, tomando como guía las decisiones que han interpretado esas cláusulas, a fin de evitar que el arbitraje se agote en la discusión sobre si las condiciones de acceso se cumplieron. A los Estados, por su parte, les corresponde velar por la observancia de tales condiciones y, cuando no se hayan satisfecho, oponer oportunamente las objeciones de defensa correspondientes ante el tribunal arbitral, así como destacar la importancia de su cumplimiento, ya que, al fin y al cabo, tales requisitos condicionan el acceso del inversionista al arbitraje de inversión.

Finalmente, los tratados de inversión en vigor para el Perú contienen cláusulas que el inversionista deberá considerar previamente para acceder al sistema de protección de inversiones a través del arbitraje. La Figura 2 debajo resume las condiciones o requisitos que incorporan los tratados de inversión de los cuales el Perú es parte: el periodo de espera, el requisito de recurrir a los recursos internos, las cláusulas de elección de una vía y las de "no vuelta atrás" *(no-U-turn*).

---

sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022, párr. 225 ("[E]l Tribunal concuerda con la Demandada en cuanto a que el artículo 10.18.2(b) del APC exige una renuncia sin reservas e incondicional, incluso para instancias en las que las reclamaciones sean susceptibles de ser desestimadas por el tribunal constituido al amparo del tratado por falta de jurisdicción."), Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú, Caso CIADI N° UNCT/18/2, Laudo, 6 de diciembre de 2022, párr. 482 ("[T]he purpose of the waiver provision is to provide flexibility, by allowing recourse to other fora up to a point, and certainty, by prohibiting any such recourse after filing a Treaty arbitration. The rule encourages investors to investigate possible remedies within the host State´s municipal legal system, before seeking to internationalize their dispute by filing a notice of arbitration under the Treaty. But once the investor has taken the decision to submit to international arbitration, the rule prevents a return to a domestic court."), Latham Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023, párr. 452 ("El Tribunal coincide [] en que el propósito del requisito de renuncia incluye evitar las determinaciones incoherentes, minimizar el Riesgo de doble recuperación y evitar las ineficiencias de tiempo y costos, como así también la inseguridad jurídica de actuaciones múltiples en distintos foros.")

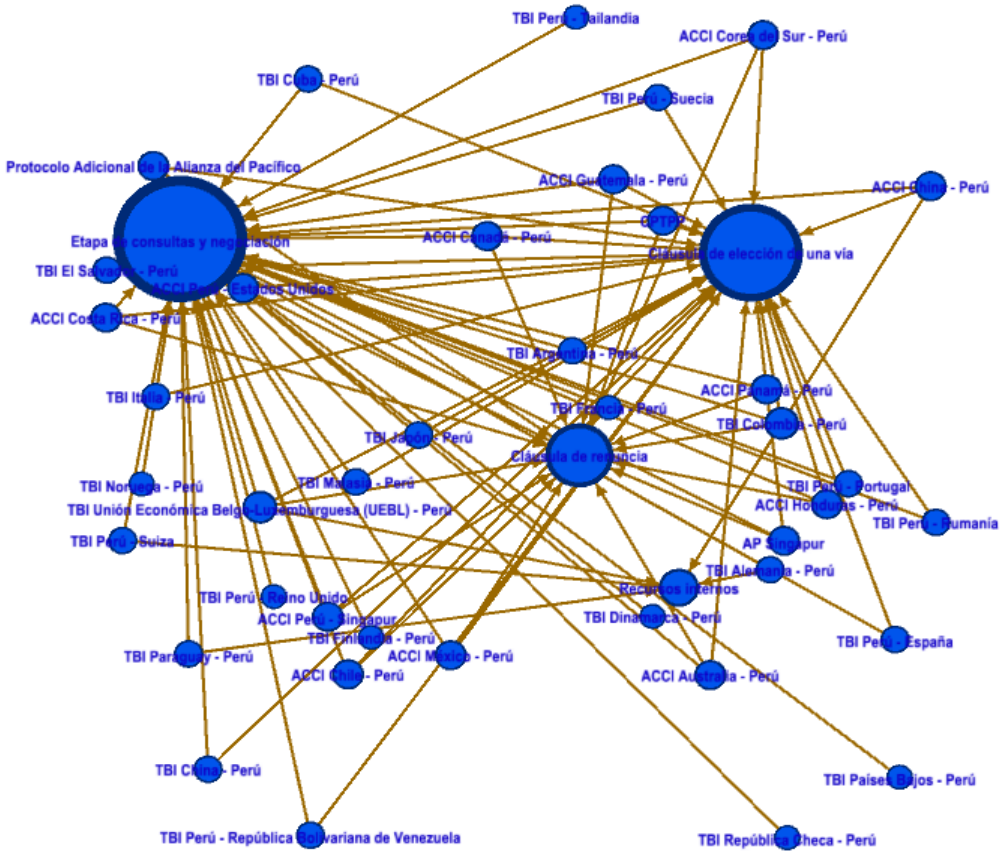


Figura 2. Red de tratados de inversión en vigor para el Perú y condiciones para acceder al arbitraje[93]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y capítulos en libros

- Alexandrov, Stanimir. "Article 26." En *Scheuer's Commentary on the ICSID Convention: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, editado por Stephan W. Schill, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Christoph. H. Schreuer y Anthony Sinclair, 3era. ed., 539-632. Nueva York: Cambridge University Press, 2022.

- Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Local Remedies in International Law*, 2da. ed., Nueva York: Cambridge University Press, 2005.

- Bjorklund, Andrea K. "Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence." En *NAFTA Investment Law and Arbitration: Pass Issues, Current Practice, Future Prospects*, editado por Todd Weiler, 253-286. Nueva York: Transnational Publishers Inc., 2004.

- Dolzer, Rudolph, Ursula Kriebaum y, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2022.

[93] Para la elaboración de esta figura, se utilizó Gephi. Para más información, véase https://gephi.org/.

- Dugan, Christopher F., Don Wallace, Jr., Noah Rubins y Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.

- Gallagher, Norah y Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties, Policies and Practice*, Nueva York: Oxford University Press, 2009.

- Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts. Current Framework and* Reform *Options*, Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7.

- Kostadinova, Milanka. "Aspects of Procedure for Institution of Proceedings and Establishement of Tribunals in Investment Treaty Arbitration." En *Arbitration under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, editado por Katia Yannaca-Small, 2da. ed., 114-141. Oxford: Oxford University Press, 2018.

- Lim, C. L., Jean Ho y Martins Paparinskis, *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials*, Nueva York: Cambridge University Press, 2018.

- Rubins, Noah y N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner´s Guide*, Nueva York: Oceana Publications, Inc., 2005.

- Salacuse, Jeswald, W., *The Law of Investment Treaties*, 3era. ed., Nueva York: Oxford University Press, 2021.

- Salacuse, Jeswald W., *The Three Laws of International Investment. National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

- Schäfer, Jan K. "Alternatives to Investment Arbitration." En *International Investment Law: A Handbook*, editado por Marc Bungenberg, Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch y Yun-I Kim, 1186-1211. Baden-Baden: Nomos; Múnich: C. H. Beck; y Oxford: Hart Publishing, 2015.

- Schreuer, Christoph. "Investment Arbitration." En *The Oxford Handbook of International Adjudication,* editado por Cesare PR Romano, Karen J. Alter y Yuval Shany, 295-315. Nueva York: Oxford University Press, 2014.

- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel*, Nueva York y Ginebra: United Nations, 2014. https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia2013d2_en.pdf.

- Wei, Shen, *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Nueva York: Cambridge University Press, 2021.

Artículos y documentos de trabajo

- Brauch, Martin Dietrich. "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law." *IISD Best Practices Series*, Manitoba: The International Institute for Sustainable Development, 2017. https://www.iisd.org/system/files/publications/best-practices-exhaustion-local-remedies-law-investment-en.pdf.

- Petsche, Markus. "The Fork in the Road Revisited: An Attempt to Overcome the Clash between formalistic and pragmatic approaches." *Washington University Global Studies Law Review*, 18 (2019), 391-428.

- Pohl, Joachim, Kekeletso Mashigo y Alexis Nohen, "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey." *OECD Working Paperson International Investment*, N° 2012/02, París: OECD Pusblishing, 2012. https://dx.doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en.

- Porterfield, Matthew C. "Exhaustion of Local Remedies in Investment-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time has Come?" *The Yale Journal of International Law*, 41 (2015), 1-12.

- Schreuer, Christoph. "Traveling the BOT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road." *The Journal of World Investment & Trade* 5, n° 2 (2004), 231-256.

- Schreuer, Christoph. "Calvo´s Grandchildren: the return of local remedies in investment arbitration." *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4, n° 1 (2005), 1-17.

Jurisprudencia

- Bacilio Amorrortu c. República del Perú, Caso CPA N° 2020-11, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022.

- Bayindir Inssat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán, Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005.

- Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008.

- Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.

- Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos de América), Sentencia del 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports 1959.

- Desert Line Projects LLC c. República de Yemen, Caso CIADI N° ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008.

- Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay, Caso CIADI N° ARB/98/5, Decisión del Tribunal de Arbitraje sobre Jurisdicción, 8 de agosto de 2000.

- Freeport-McMoran Inc. c. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/20/8, Laudo, 17 de mayo de 2024.

- Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania, Caso CIADI N° ARB/00/9, Laudo, 16 de setiembre de 2003.

- Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. República del Perú, Caso CIADI N° UNCT/18/2, Laudo, 6 de diciembre de 2022.

- Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CPA N° 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014.

- Latham Hydro LLC y CH Mamacocha S.R.L. c. República de Perú, Caso CIADI N° ARB/19/28, Laudo, 20 de diciembre de 2023.

- Lanco International Inc. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 1998.

- Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador, Caso CIADI N° ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010.

- Nykomb Synergetics Technology Holding AV c. República de Letonia, SCC N° 118/2001, Laudo, 16 de diciembre de 2003.

- Panamericana Televisión S.A. et al. c. República del Perú, Caso CPA N° 2019-26, Laudo sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2020.

- Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI N° ARB/07/21, Laudo, 30 de julio de 2009.

- Ronald S. Lauder c. República Checa, CNUDMI, Laudo Final, 3 de setiembre de 2001.

- RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa, Caso SCC N° V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, 1 de octubre de 2007.

- The Renco Group, Inc. c. República del Perú, Caso UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016.

- Yuri Bogdanov & Yulia Bogdanova c. República de Moldavia, Caso SCC N° V091/2012, Laudo Final, 16 de abril de 2013.

Tratados de inversión (diferentes a los suscritos por el Perú) ordenados por año que entraron en vigor

USMCA (2020), TBI Chile – Uruguay (2012), TBI UE Belgo – Luxemburguesa y China (2009), *DR-CAFTA* (2006), TBI Rusia – Moldavia (2001), TBI Italia – Líbano (2000), TBI Chile – Austria (2000), TBI Omán – Yemen (2000), TBI Costa Rica – España (1999), TBI Estonia – EE. UU. (1997), TBI Argentina – Croacia (1996), *NAFTA* (1994), TBI Argentina – EE. UU. (1994), TBI Chile – España (1994), TBI Argentina – Francia (1993), TBI Suiza – Paraguay (1992), TBI Grecia – Albania (1991), TBI Suiza – Turquía (1990) y TBI Países Bajos – Malasia (1972).

LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES

Autor:
Alejandro Falero de Rato

LA SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: FUNDAMENTO, ALCANCE Y LÍMITES

Separability of the arbitration agreement: foundation, scope and limits

Alejandro Falero de Rato[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Fundamento dogmático y distinción con la Kompetenz-Kompetenz.
III. La separabilidad en el derecho español: consagración positiva y práctica jurisprudencial.
IV. Límites del principio.
V. Dimensión internacional y comparada.
VI. Valoración crítica y toma de posición.
VII. Conclusiones.

Resumen

El principio de separabilidad constituye uno de los pilares estructurales del arbitraje moderno. En virtud de esta regla, el convenio arbitral goza de autonomía jurídica respecto del contrato que lo contiene, de modo que las vicisitudes que afecten a la validez o eficacia del contrato principal no se propagan automáticamente a la cláusula compromisoria. El presente estudio analiza el fundamento dogmático, la consagración legislativa y los límites de la separabilidad en el ordenamiento español, tomando como eje la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y la práctica del Tribunal Supremo en materia de excepción de arbitraje y reconocimiento de laudos. La institución se sitúa en su contexto internacional mediante la Ley Modelo de la CNUDMI, la Convención de Nueva York y una comparativa acotada con el Derecho peruano y los principales pronunciamientos del common law. Se identifican, asimismo, los límites reconocidos del principio y su relación con la Kompetenz-Kompetenz, subrayando la dimensión funcional de la separabilidad como garantía de operatividad del arbitraje.

Palabras clave

Separabilidad / Convenio arbitral / Autonomía de la cláusula compromisoria / Kompetenz-Kompetenz / Ley de Arbitraje 60/2003 / Ley Modelo CNUDMI / DL 1071.

---

1 Abogado. Socio de EJASO ETL Global, Madrid (España). Árbitro en múltiples tribunales de arbitraje. Responsable de la dirección y gestión del área especializada en litigios y arbitrajes, con amplia experiencia en la resolución de disputas complejas a nivel nacional e internacional. Correo de contacto: afalero@ejaso.com

Abstract

The separability principle stands as one of the structural pillars of modern arbitration. Under this rule, the arbitration agreement enjoys legal autonomy from the contract in which it is embedded, so that any defect affecting the validity or effectiveness of the main contract does not automatically extend to the arbitration clause. This article examines the doctrinal foundation, legislative recognition, and limits of separability under Spanish law, centred on Arbitration Act 60/2003 and the practice of the Tribunal Supremo on the arbitration exception and the recognition of awards. The institution is placed within its international context through the UNCITRAL Model Law, the New York Convention, and a focused comparison with Peruvian law and leading common law authorities. The recognised limits of the principle and its relationship with Kompetenz-Kompetenz are also identified, underscoring the functional dimension of separability as a safeguard for the effectiveness of arbitration.

Keywords

Separability / Arbitration agreement / Autonomy of the arbitration clause / Kompetenz-Kompetenz / Arbitration Act 60/2003 / UNCITRAL Model Law / Legislative Decree 1071.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje descansa sobre una premisa que, siendo hoy casi axiomática, costó décadas de elaboración doctrinal y jurisprudencial. El convenio arbitral constituye la pieza sobre la que se erige toda la institución y, como se ha señalado, «El convenio arbitral es el pacto del que surge el arbitraje, esto es, la piedra angular de éste»[2]. La cláusula por la que las partes someten sus controversias a árbitros posee, por ello, una existencia jurídica diferenciada del contrato en el que habitualmente se inserta. Esta idea, conocida como principio de separabilidad, autonomía o independencia del convenio arbitral, implica que la invalidez, la ineficacia o la inexistencia del contrato principal no arrastran necesariamente consigo la cláusula compromisoria, cuya suerte ha de juzgarse con arreglo a sus propios presupuestos de validez.

La importancia práctica de esta construcción resulta difícil de exagerar. Sin separabilidad, bastaría a cualquier parte invocar un vicio del contrato principal para desactivar la voluntad de arbitrar, de modo que el mecanismo arbitral quedaría a merced de una impugnación estratégica formulada con el solo propósito de eludir la jurisdicción pactada. La separabilidad opera, por tanto, como instrumento de protección funcional del arbitraje, pues disocia la cláusula arbitral de las vicisitudes que puedan afectar al negocio jurídico subyacente y asegura que la voluntad de someter las disputas a arbitraje reciba tutela autónoma.[3]

El Derecho español incorporó formalmente la regla con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA), cuyo artículo 22.1 dispone que el convenio arbitral inserto en un contrato se considerará «un acuerdo independiente» y que «la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral»[4]. La formulación sigue de cerca el artículo 16.1 de la Ley

2 Martín Muñoz, Alberto e Hierro Anibarro, Santiago. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, p. 274.
3 Sobre la función protectora del principio frente a maniobras dilatorias, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 596.
4 Artículo 22.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003).

Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI). Conviene advertir, además, que la autonomía del convenio arbitral no es privativa de un sistema jurídico concreto, sino que se ha extendido de manera universal y figura en la generalidad de las legislaciones de arbitraje, hasta constituir una de las manifestaciones más expresivas de la denominada *lex mercatoria*.[5]

El propósito de este trabajo es examinar el principio con el rigor que exige su centralidad en la teoría general del arbitraje. Para ello se parte del fundamento dogmático y de su relación con la regla de la *Kompetenz-Kompetenz*, se recorre la consagración positiva y la práctica jurisprudencial españolas, se delimitan los límites reconocidos del principio y se proyecta el análisis hacia el plano internacional y comparado, con referencia a la Ley Modelo, la Convención de Nueva York, el Decreto Legislativo 1071 del Perú y los pronunciamientos más relevantes del *common law*. A lo largo de la exposición se subraya la dimensión funcional de la separabilidad, esto es, su papel como garantía de operatividad del arbitraje frente a impugnaciones estratégicas del contrato.

II. FUNDAMENTO DOGMÁTICO Y DISTINCIÓN CON LA KOMPETENZ-KOMPETENZ

Toda construcción jurídica arraiga en una justificación teórica que le confiere coherencia interna. En el caso de la separabilidad, el fundamento se ha buscado históricamente en dos direcciones complementarias. La primera atiende a la naturaleza jurídica del convenio arbitral y la segunda a la necesidad funcional de preservar la eficacia del arbitraje.

Desde la primera perspectiva, la doctrina ha insistido en que el convenio arbitral, aun cuando se materialice como cláusula de un contrato más amplio, constituye un negocio jurídico con objeto, causa y consentimiento propios.[6] No se trata de una estipulación accesoria cuya suerte dependa del negocio principal al modo de las cláusulas penales o las condiciones resolutorias, sino de un acuerdo de naturaleza mixta, sustantiva y procesal, que versa sobre la determinación del mecanismo de resolución de controversias. Su objeto no es la prestación material pactada en el contrato, sino la renuncia a la jurisdicción ordinaria y la atribución de la función decisoria a uno o varios árbitros, y su causa es la voluntad de las partes de obtener una resolución vinculante fuera de la sede judicial. De manera gráfica, se ha dicho que el convenio arbitral funciona como un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio, de suerte que coexisten dos negocios con distinto fundamento y finalidad.[7] Esta diferencia de objeto y causa permite sostener, sin artificio, que la cláusula arbitral y el contrato que la alberga son negocios jurídicamente diferenciables, aunque se encuentren físicamente unidos en un mismo instrumento.

La segunda línea argumental, de índole funcional o teleológica, subraya que, si la validez de la cláusula dependiera automáticamente de la del contrato, se produciría un círculo vicioso. Las partes habrían pactado que sus disputas sobre el contrato se resolvieran en sede arbitral, pero la más elemental de esas disputas, la relativa a la propia validez del contrato, quedaría sustraída al conocimiento de los árbitros precisamente por la alegación de invalidez. La justificación del principio reside, así, en la radical diferencia de finalidad entre el contrato y el convenio, cuyo objetivo es garantizar que este despliegue

5 Fernández Rozas, José Carlos. «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, núm. 2 (2016), pp. 581-607, esp. p. 581.
6 De Lorenzo Segrelles, Manuel. En Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2011, comentario al artículo 22.
7 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., esp. p. 587.

plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta.[8] La Exposición de Motivos de la LA reconoce esta lógica al afirmar que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros pueden pronunciarse incluso sobre la validez del convenio mismo.[9]

No debe confundirse, sin embargo, separabilidad con *Kompetenz-Kompetenz*, aunque ambos principios se refuercen mutuamente. La separabilidad es una regla sustantiva que predica la autonomía jurídica del convenio arbitral, mientras que la *Kompetenz-Kompetenz* es una regla de atribución competencial que permite al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia, incluida la validez del convenio. Una y otra son convergentes, pues ambas se orientan a la eficacia de los acuerdos de arbitraje, pero no siempre operan conjuntamente, de modo que la resolución de la primera condiciona el resultado de la segunda.[10] La primera hace posible la segunda, ya que, si la cláusula no fuera separable, la mera alegación de nulidad del contrato privaría a los árbitros de toda base para pronunciarse. Cabe imaginar, no obstante, un ordenamiento que reconozca la separabilidad y confíe el control de la validez del convenio en exclusiva a los tribunales estatales, lo que confirma que se trata de categorías conceptualmente distintas. Es la combinación de ambas la que dota al arbitraje de su eficacia operativa plena.

La autonomía del convenio se proyecta, además, en el plano del Derecho internacional privado. Por su contenido procedimental, el convenio posee una conexión propia para la determinación de la ley que lo rige, que puede no coincidir con la aplicable al fondo del contrato. Esta autonomía conflictual explica que el convenio pueda ser válido conforme a su propia ley aun cuando el contrato resulte nulo según la suya, y constituye la vertiente conflictual de la separabilidad. Encuentra reflejo en las normas de conflicto clásicas en la materia, señaladamente en el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, que somete el convenio a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje.[11] La separabilidad no significa, con todo, una desconexión total entre ambos pactos, pues el tribunal arbitral conserva la potestad de pronunciarse sobre la validez del contrato dentro de su propia competencia.

III. LA SEPARABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: CONSAGRACIÓN POSITIVA Y PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

El artículo 22.1 de la LA establece lo siguiente: «Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A tal efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».[12]

La norma merece ser desglosada. Así, en primer lugar, esta proclama la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, con inclusión de las cuestiones relativas a la existencia o validez del convenio. En segundo lugar, formula la regla de separabilidad en sentido estricto al calificar el convenio como «acuerdo independiente». En tercer lugar, establece una presunción negativa, pues la declaración de nulidad del

8 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., esp. p. 587.
9 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, apartado V.
10 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., esp. p. 583.
11 Sobre la autonomía conflictual del convenio y el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 601.
12 Artículo 22.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje (transcripción literal).

contrato no entraña, «por sí sola», la nulidad del convenio arbitral, lo que deja abierta la posibilidad de que, en casos concretos, un vicio sí alcance al convenio cuando le sea propio.

El precepto se inserta de manera consciente en el estándar internacional. Mediante el artículo 22.1 in fine de la Ley 60/2003 se traspuso al ordenamiento español el tenor de lo dispuesto en el artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI.[13] La propia Exposición de Motivos, en su apartado V, subraya que la Ley sigue el modelo de la Ley Modelo CNUDMI y que el reconocimiento de la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia se conecta con el convenio arbitral y con el principio de separabilidad del mismo.[14] El legislador español optó, así, por una recepción explícita y directa del estándar internacional, y evitó formulaciones ambiguas que pudieran dar pie a interpretaciones restrictivas.

Es significativo que la LA no someta la separabilidad a distinción alguna entre arbitraje interno e internacional, pues el artículo 22.1 se aplica por igual a ambas modalidades. Ello contrasta con la evolución de otros ordenamientos, señaladamente el francés, donde la autonomía de la cláusula compromisoria se predicó inicialmente solo del arbitraje internacional y se extendió después al interno.[15] Conviene recordar, además, que la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, predecesora de la vigente, no contenía una formulación expresa de la separabilidad, que la jurisprudencia y la doctrina venían aplicando con apoyo en principios generales y en la naturaleza procesal autónoma de la cláusula. La LA de 2003 representó, en este punto, un avance legislativo indiscutible.[16]

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha aplicado la lógica de la autonomía del convenio al resolver sobre la excepción de arbitraje y sobre el reconocimiento de laudos. La Sala Primera, en la sentencia núm. 1219/2007, recordó que el arbitraje internacional se rige en España por el Convenio de Nueva York de 1958 y por el Convenio de Ginebra de 1961, que desplazan el régimen interno en cuanto a la validez, alcance y eficacia del acuerdo arbitral, y que, conforme al artículo II.3 del Convenio de Nueva York, el tribunal estatal ante el que se plantee un litigio cubierto por un acuerdo de arbitraje debe remitir a las partes al arbitraje salvo que compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.[17] La consecuencia práctica es que la validez del convenio se enjuicia de manera diferenciada de la suerte del contrato y de la cuestión de fondo.

Esta misma orientación se aprecia en la jurisprudencia de exequátur de laudos extranjeros, en la que el Tribunal Supremo examina la validez y eficacia del convenio arbitral con autonomía respecto del contrato, conforme a la ley a la que las partes lo sometieron y, en su defecto, a la conexión subsidiaria del artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York. La Sala ha precisado, además, que cuando la cláusula arbitral figura en las condiciones generales del contrato, su validez no exige una aceptación dirigida específicamente a ella, pues basta con la aceptación del contrato considerado en su

13 Sobre la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en la recepción española, puede verse Serrano Pérez, Miguel Ángel. «El arbitraje comercial internacional y la CNUDMI», en *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, R. Pérez Martell (dir.). Barcelona: Bosch, 2019, p. 124.
14 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, apartado V.
15 Sobre el origen del principio en el Derecho francés (caso Gosset), Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 596.
16 Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988), derogada por la Ley 60/2003.
17 STS (Sala Primera) de 14 de noviembre, núm. 1219/2007, rec. 5108/2000, que aplica los artículos II.3 del Convenio de Nueva York de 1958 y VI del Convenio Europeo de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

conjunto.[18] Esta doctrina confirma que la cláusula posee un régimen de validez propio, separable del resto del clausulado, y que su control se efectúa con parámetros distintos de los aplicables al contrato.

La articulación entre la competencia arbitral y el control judicial ha sido objeto de un intenso debate doctrinal. Frente a una lectura fuerte de la *Kompetenz-Kompetenz*, que limitaría el examen judicial del convenio a un control prima facie y reservaría a los árbitros la primera palabra sobre su competencia, la doctrina mayoritaria entiende que, cuando la validez del convenio se suscita ante el juez, por ejemplo en sede de declinatoria o en la acción de anulación del laudo, este puede realizar un enjuiciamiento pleno de su existencia y validez. Tal posición no niega la separabilidad, sino que modula el reparto de funciones entre la jurisdicción estatal y la arbitral, en coherencia con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución. La separabilidad asegura, en todo caso, que la impugnación del contrato no se traduzca de manera automática en la del convenio.[19]

IV. LÍMITES DEL PRINCIPIO

La separabilidad no es un dogma absoluto. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen supuestos en los que la invalidez del contrato puede alcanzar al convenio arbitral, lo que obliga a delimitar con precisión el perímetro de la regla. Conviene advertir que el propio artículo 22.1 LA, al disponer que la nulidad del contrato no entraña la del convenio «por sí sola», admite implícitamente que existen supuestos en que sí la entraña.

El primer límite, y el más evidente, se produce cuando el vicio alegado afecta directamente al convenio arbitral y no solo al contrato. Si se demuestra que el consentimiento para arbitrar fue obtenido mediante dolo o intimidación dirigidos específicamente a la aceptación de la cláusula compromisoria, la separabilidad no puede servir de escudo, pues es el propio convenio el que adolece de un defecto invalidante.[20] La separabilidad protege al convenio de los vicios ajenos, no de los propios.

Un segundo límite, más discutido, surge cuando el vicio que afecta al contrato es de tal naturaleza o gravedad que necesariamente contamina también al convenio arbitral. El ejemplo paradigmático es el de la incapacidad absoluta de una de las partes, pues quien carecía de capacidad para contratar no puede reputarse capaz para comprometerse a arbitrar, de modo que la incapacidad alcanza a todas las estipulaciones del instrumento, incluida la cláusula arbitral.[21] La cuestión se ha planteado con especial intensidad en los contratos afectados por corrupción o tráfico de influencias. La separabilidad no deja indemne al convenio en todos los casos, pues debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad, en una operación que ni es automática ni sencilla.[22] Frente a la aplicación mecánica del principio, una corriente

18 Auto del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de noviembre de 2001, exequátur del laudo de 10 de febrero de 1995 del Tribunal de Arbitraje de la Cámara Económica y Agraria de la República Checa (asunto Centrotex, S.A. c. Agencia Gestora de Negocios, S.A.), ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Examina la validez del convenio conforme a la ley a la que las partes lo sometieron y, en su defecto, a la conexión del artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York, y admite la validez de la cláusula arbitral inserta en condiciones generales aceptadas con el contrato.
19 Sobre el debate entre la lectura fuerte y la débil de la *Kompetenz-Kompetenz* y el alcance del control judicial, De Lorenzo Segrelles, op. cit., comentario al artículo 22.
20 Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, vol. I, cap. 3. La distinción entre vicios propios del convenio y vicios del contrato se formuló con nitidez en *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388, US 395 (1967).
21 Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, cap. 6, p. 125.
22 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 598.

doctrinal y jurisprudencial aboga por evaluar la gravedad de la ilicitud, como ilustran los asuntos *Westacre* y *Fiona Trust*.[23]

Un tercer límite, particularmente debatido, se presenta cuando lo que se alega no es la nulidad del contrato, sino su inexistencia. El artículo 22.1 LA se refiere únicamente a la «nulidad» del contrato y guarda silencio sobre la inexistencia, lo que ha suscitado la discusión doctrinal acerca de si la separabilidad opera cuando el contrato nunca llegó a perfeccionarse por falta de consentimiento. Un sector entiende que la separabilidad presupone la existencia de un contrato del que separar el convenio, de modo que, cuando no hay contrato propiamente dicho, sino meros actos preparatorios, la regla pierde su presupuesto de aplicación. Otro sector defiende su aplicación analógica, por entender que la finalidad de inmunizar la cláusula es predicable también en estos casos. El principio permite que la cláusula sobreviva a la extinción del contrato, pero difícilmente puede insuflar vida a una cláusula que nunca nació. Como se verá, a mi entender, el Derecho peruano cierra normativamente este debate.[24]

Un cuarto límite, de creciente relevancia, proviene del Derecho de consumo. En España, cuando la cláusula arbitral se inserta en un contrato con consumidores mediante condiciones generales de la contratación, su validez queda sujeta al control de abusividad previsto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.[25] La separabilidad no puede invocarse para sustraer la cláusula a dicho control, pues la protección del consumidor constituye un mandato de orden público. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reforzado este límite. La STJUE de 26 de octubre de 2006 (*Mostaza Claro*) estableció que el carácter abusivo de una cláusula arbitral puede apreciarse de oficio por el juez que conoce de la acción de anulación del laudo, aun cuando el consumidor no lo hubiera planteado ante los árbitros.[26] La STJUE de 6 de octubre de 2009 (*Asturcom*) amplió esta doctrina al ámbito de la ejecución forzosa.[27] Estas resoluciones ponen de manifiesto que la separabilidad cede ante la protección de derechos que el ordenamiento reputa irrenunciables.

V. DIMENSIÓN INTERNACIONAL Y COMPARADA

El artículo 16.1 de la Ley Modelo CNUDMI, adoptada en 1985 y revisada en 2006, constituye la formulación internacional de referencia y dispone lo siguiente: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria».[28] La coincidencia casi literal con el artículo 22.1 LA no es casual, pues la Exposición de Motivos de la Ley española declara expresamente haberse inspirado en la Ley Modelo, adoptada ya por más de ochenta Estados.[29]

23 Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., pp. 599-600.
24 Sobre el silencio del artículo 22.1 LA respecto de la inexistencia y la discusión sobre su aplicación analógica, De Lorenzo Segrelles, op. cit., comentario al artículo 22.
25 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
26 STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*.
27 STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*.
28 Artículo 16.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (transcripción literal).
29 Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, apartado V.

La Convención de Nueva York de 1958, piedra angular del sistema internacional de reconocimiento y ejecución de laudos, no formula la separabilidad de manera directa, pero la presupone. El artículo II obliga a los Estados a remitir a las partes al arbitraje cuando se plantee ante un tribunal una cuestión cubierta por un acuerdo de arbitraje, «a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable», lo que implica que la validez del acuerdo se examina de manera autónoma.[30] A su vez, el artículo V.1.a), al referirse a la ley aplicable al acuerdo de arbitraje como categoría diferenciada de la ley aplicable al fondo, confirma que el convenio tiene existencia jurídica separada. De ahí deriva una consecuencia relevante en el plano del Derecho internacional privado, pues la autonomía del convenio implica que este y el fondo de la controversia puedan regularse por leyes distintas, sin que la nulidad del contrato extienda sus efectos al convenio. La práctica del Tribunal Supremo español confirma esta autonomía conflictual al controlar la validez del convenio conforme a la ley a la que las partes lo sometieron, con independencia de la ley rectora del contrato.[31]

La genealogía comparada del principio tiene jalones bien conocidos. En el ámbito continental, el caso *Gosset* (Cour de cassation, 7 de mayo de 1963) suele citarse como el pronunciamiento fundacional, pues la Cour de cassation declaró que, en materia de arbitraje internacional, la cláusula compromisoria goza de una completa autonomía jurídica, que la excluye de verse afectada por la eventual invalidez del contrato que la contiene.[32] En el *common law* estadounidense, la Corte Suprema sentó el principio en *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.* (388 U.S. 395, 1967), al sostener que, bajo la Federal Arbitration Act, las alegaciones de fraude en la celebración del contrato, a diferencia de las dirigidas específicamente contra la cláusula arbitral, no sustraen la controversia a los árbitros.[33] En el Derecho inglés, la House of Lords reformuló el principio en *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov* [2007] UKHL 40, al adoptar una presunción favorable a la competencia arbitral, de modo que, salvo que la cláusula misma adolezca de un vicio específico, debe presumirse que partes racionales quisieron someter a los árbitros todas las disputas derivadas de su relación, incluidas las relativas a la validez del contrato.[34]

Pese a las diferencias de técnica entre el civil law y el common law, estos pronunciamientos convergen en tres ideas: que la cláusula arbitral tiene identidad propia, que su validez se enjuicia separadamente y que la regla se ordena a impedir maniobras dilatorias dirigidas a frustrar el arbitraje. Esta convergencia, lejos de ser casual, confirma que la separabilidad responde a una necesidad estructural común a todo sistema que tome en serio la eficacia del arbitraje, con independencia de la familia jurídica a la que pertenezca.

El Derecho peruano ofrece un contrapunto de interés, tanto por su formulación normativa como por su desarrollo. El artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071, que rige el arbitraje en el Perú desde 2008, dispone lo siguiente: «El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás

30 Artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 10 de junio de 1958).
31 Artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York. Sobre la autonomía conflictual, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 601; y la jurisprudencia de exequátur del Tribunal Supremo citada supra.
32 Cour de cassation (1re Ch. civ.), 7 de mayo de 1963, *Gosset*; sobre su alcance, Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., p. 596.
33 Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967).
34 Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov [2007] UKHL 40; cf. Fernández Rozas, «Sobre la admisión de la separabilidad…», op. cit., pp. 599-600.

estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral».[35]

La comparación con el artículo 22.1 LA revela una diferencia notable. Mientras el legislador español se refiere únicamente a la «nulidad» del contrato, el peruano despliega un catálogo que incluye inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia. En España, la referencia exclusiva a la nulidad ha alimentado el debate sobre si la separabilidad opera cuando lo que se alega es la inexistencia del contrato, debate que el legislador peruano cierra normativamente al mencionarla de forma expresa. La inclusión de la ineficacia, que abarca supuestos como la resolución o la rescisión, amplía además el ámbito de protección de la cláusula más allá de los vicios de validez en sentido estricto. La técnica peruana, más exhaustiva, reduce los márgenes de incertidumbre interpretativa y ofrece, a mi juicio, un modelo del que el legislador español podría extraer enseñanzas en una eventual reforma del artículo 22.1 LA.

En el plano constitucional, el Tribunal Constitucional del Perú se pronunció en la sentencia del Expediente 06167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), que reconoció la jurisdiccionalidad del arbitraje y subrayó la importancia de la *Kompetenz-Kompetenz*, al situar el control judicial en un momento *ex post*, a través de la acción de anulación, y no *ex ante*.[36] La Corte Suprema, por su parte, aplicó la separabilidad en la Casación 4579-2012 (Cajamarca), al afirmar que el convenio tiene vida independiente respecto del contrato y que la resolución unilateral de este no sustrae a las partes de lo pactado en el convenio.[37] La comparación permite concluir que la separabilidad es funcionalmente equivalente en España y en el Perú, si bien la técnica legislativa peruana ofrece una formulación más completa.

VI. VALORACIÓN CRÍTICA Y TOMA DE POSICIÓN

El examen precedente, de carácter mayoritariamente expositivo, permite ahora fijar una posición propia sobre los puntos en que la doctrina y la práctica no ofrecen una respuesta unívoca. Sostenemos, con toda la humildad posible y como tesis central, que la separabilidad debe entenderse, a nuestro entender, como una regla funcional, y no como una ficción jurídica, de modo que su alcance ha de calibrarse a partir de esa finalidad y no de una autonomía concebida en términos absolutos.

En nuestra opinión, la construcción de la cláusula arbitral como un contrato dentro del contrato tiene un innegable valor descriptivo, pero corre el riesgo de cosificar una autonomía que el ordenamiento solo reconoce en la medida en que sirve a un fin, esto es, impedir que la impugnación del contrato frustre el arbitraje pactado. Entendemos, por ello, que la lectura funcional debería prevalecer sobre la puramente dogmática. De ella se siguen consecuencias prácticas claras. Cuando el vicio invocado no compromete realmente la voluntad de arbitrar, la cláusula debe sobrevivir; cuando sí la compromete, como en los casos de incapacidad, de consentimiento viciado dirigido al propio convenio o de ilicitud que alcanza también al pacto arbitral, la separabilidad cede. La regla no es, así, un axioma, sino un instrumento al servicio de la eficacia del arbitraje.

35 Artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008) (transcripción literal).
36 STC Exp. 06167-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, caso Cantuarias Salaverry).
37 Casación 4579-2012, Cajamarca (Corte Suprema del Perú).

Su función no es la de una inmunidad absoluta, sino la de una presunción iuris tantum de subsistencia del convenio. Se presume que la invalidez del contrato no arrastra a la cláusula, salvo que se acredite que el vicio se proyecta específicamente sobre ella o que, por su naturaleza, la alcanza necesariamente. Esta lectura, que late en el inciso por sí sola del artículo 22.1 LA, concilia la protección del arbitraje con la evitación de resultados injustos y es preferible a las construcciones que presentan la separabilidad como un dogma incondicionado.

En el debate sobre la inexistencia del contrato, nos inclinamos por admitir la aplicación de la separabilidad también a estos supuestos, por vía analógica, siempre que conste una voluntad real de arbitrar. Negar la regla por el solo hecho de que el contrato no llegó a perfeccionarse confunde dos planos distintos, pues una cosa es que el convenio arbitral no exista, en cuyo caso nada hay que separar, y otra que el contrato principal sea inexistente mientras el acuerdo de arbitrar sí se perfeccionó. La solución preferible, con todo, es de lege ferenda. El legislador español debería completar el artículo 22.1 LA siguiendo el modelo del artículo 41.2 del Decreto Legislativo 1071 peruano, que menciona de forma expresa la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad. Una reforma de ese tenor eliminaría la incertidumbre actual sin alterar el equilibrio del sistema.[38]

Respecto del reparto de funciones entre jueces y árbitros, consideramos acertada la opción por un control judicial pleno del convenio cuando la cuestión se suscita ante el juez, pues responde mejor a las exigencias de la tutela judicial efectiva que una deferencia automática hacia los árbitros. Ahora bien, ese control debe ejercerse con cautela para no convertirse, él mismo, en una herramienta dilatoria. La separabilidad y la buena fe procesal exigen que la mera alegación de nulidad del contrato no baste para paralizar el arbitraje y que el examen judicial se concentre en la validez del convenio, no en el fondo del litigio.

En los supuestos de corrupción o tráfico de influencias, compartimos la orientación que rechaza tanto la aplicación mecánica de la separabilidad como su exclusión automática y que impone, en su lugar, una evaluación de la gravedad y del alcance de la ilicitud. Es la solución que mejor cohonesta la integridad del arbitraje con la defensa del orden público, pues evita que la cláusula arbitral sirva de refugio a conductas ilícitas sin renunciar, por ello, a la regla general de autonomía.

Estas tomas de posición no debilitan el principio, sino que lo afinan. La separabilidad gana en legitimidad cuando se la presenta como una regla funcional, dotada de límites coherentes y susceptible de mejora normativa, y no como un dogma inmutable. Sobre esta base se formulan las conclusiones que siguen.

VII. CONCLUSIONES

El recorrido realizado permite formular las siguientes conclusiones.

1. La separabilidad del convenio arbitral es un principio de alcance universal, reconocido por los principales instrumentos internacionales (Ley Modelo CNUDMI, artículo 16.1; Convención de Nueva York, de manera implícita), por los ordenamientos nacionales estudiados (LA 60/2003, artículo 22.1; DL 1071 del Perú, artículo 41.2) y por la jurisprudencia de las más diversas tradiciones (*Gosset*, *Prima*

39 Véase supra el texto del artículo 41, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008), que enuncia expresamente la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad.

Paint, *Fiona Trust*). Su fundamento descansa tanto en la naturaleza jurídica autónoma del convenio como en la necesidad funcional de preservar la eficacia del arbitraje.

2. En el Derecho español, el artículo 22.1 LA positiviza la separabilidad con una formulación que sigue fielmente el artículo 16.1 de la Ley Modelo. El Tribunal Supremo ha aplicado la autonomía del convenio al resolver sobre la excepción de arbitraje y el reconocimiento de laudos, examinando su validez de manera diferenciada de la del contrato y conforme a su propia ley, lo que confirma la vigencia práctica del principio.

3. La separabilidad no es ilimitada. Los vicios que afectan directamente al convenio, los que por su naturaleza se propagan a todas las estipulaciones del contrato, la inexistencia de este como presupuesto lógico de la separación y la protección imperativa del consumidor configuran un catálogo de límites que impide la invocación absolutista del principio.

4. La comparación entre el Derecho español y el peruano muestra que, siendo funcionalmente equivalentes, la técnica legislativa peruana resulta más exhaustiva al incluir de modo expreso la inexistencia, la anulabilidad y la ineficacia junto a la nulidad, lo que sugiere una vía de mejora para el Derecho español.

5. Separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz* son principios complementarios pero conceptualmente distintos, y su confusión empobrece el análisis sobre el alcance de cada uno.

6. La dimensión funcional de la separabilidad, esto es, su papel como garantía de operatividad del arbitraje frente a impugnaciones estratégicas del contrato, constituye la razón más poderosa de su universalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021.

- De Lorenzo Segrelles, Manuel. En Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2011.

- Fernández Rozas, José Carlos. «Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña». *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, núm. 2 (2016): 581-607.

- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.

- Martín Muñoz, Alberto y Santiago Hierro Anibarro. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

- Serrano Pérez, Miguel Ángel. «El arbitraje comercial internacional y la CNUDMI». En *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, dirigido por R. Pérez Martell. Barcelona: Bosch, 2019.

Legislación y Tratados Citados

- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).
- Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961).
- Decreto Legislativo 1071 (Perú, 2008).
- Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (España).
- Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (España, derogada).
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, revisada en 2006).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España).

Jurisprudencia citada

- Derecho comparado: Cour de cassation (Francia), Gosset, 7 de mayo de 1963; Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 (1967); Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov [2007] UKHL 40.
- España: STS (Sala Primera) núm. 1219/2007, sobre la excepción de arbitraje y la eficacia de la cláusula arbitral conforme al Convenio de Nueva York; y jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de exequátur de laudos extranjeros, sobre el examen autónomo de la validez del convenio arbitral conforme al artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York.
- Perú: STC Exp. 06167-2005-PHC/TC (Cantuarias Salaverry); Casación 4579-2012 (Cajamarca).
- Unión Europea: STJUE de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro; STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, Asturcom.

#NOESTUÁRBITRO — LENGUAJE, CULTURA E INDEPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Autores:
Marta Lalaguna Holzwarth
Thalia Jiménez Vilcayauri
Stefano Lobatón Ramírez

#NOESTUÁRBITRO — LENGUAJE, CULTURA E INDEPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

#NotYourArbitrator — Language, Culture and Independence in International Arbitration[1]

Marta Lalaguna[2], Thalía Jiménez[3] y Stefano Lobatón[4]

SUMARIO:

I. Las palabras crean cultura.
II. El árbitro no pertenece a quien lo designó.
III. La independencia comienza al aceptar el cargo.
IV. Ser buen árbitro: excelencia técnica y ética.
V. La responsabilidad es de todos: árbitro, abogado, cliente, institución y academia.

Resumen

"Mi árbitro preguntó que…" Esta expresión todavía se escucha en conversaciones entre partes y en la sobremesa de las conferencias de arbitraje. Este artículo sostiene que uno de los riesgos del arbitraje es una cultura que sigue alimentando la idea de que el árbitro propuesto por una parte es, de algún modo, "su" árbitro. La tesis es sencilla: cuando una parte designa a un árbitro, no elige a un aliado, sino que expresa confianza en su integridad, competencia e independencia, sabiendo que esa persona puede decidir en su contra. El artículo recorre el poder del lenguaje para crear cultura, la ruptura del vínculo con quien lo designa, el momento en que nace el deber de independencia, la excelencia técnica y ética exigible al árbitro, y la responsabilidad compartida de árbitros, abogados, clientes, instituciones y academia. Proponemos abandonar las expresiones "mi árbitro" y "árbitro de parte" en favor de

[1] Nota de los autores: en el momento de escribir este artículo, los autores desempeñan funciones de Secretaria General y letrados del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Las ideas, opiniones y propuestas contenidas en este artículo son estrictamente personales y no representan necesariamente la posición institucional del CIIAM ni la de ninguna otra institución arbitral.

[2] Marta Lalaguna Holzwarth, Secretaria General del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), Madrid, España; Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración, Máster en Asesoría Jurídica y Máster en Comunicación; abogada, árbitra y mediadora. Correo de contacto: marta.lalaguna@ciiam.org .

[3] Thalía Jiménez Vilcayauri, Letrada del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), Madrid, España; Abogada por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, con mención en Gestión y Liderazgo, y Máster en Abogacía Internacional por la Universidad Carlos III de Madrid; abogada especializada en arbitraje nacional e internacional, contratación pública y propiedad intelectual. Correo de contacto: thalia.jimenez@ciiam.org .

[4] Stefano Lobatón Ramírez, Letrado del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), Madrid, España; Abogado por la Universidad de Lima, con mención sobresaliente y especialidad en Resolución de Controversias, Graduado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja y Máster en Derecho de los Negocios, Arbitraje y ADR por ISDE Law Business School; abogado especializado en arbitraje comercial nacional e internacional, contratación pública, construcción y expropiación. stefano.lobaton@ciiam.org .

.

"árbitro propuesto por una parte" o "coárbitro", y lanzamos el movimiento #NoEsTuÁrbitro como un llamamiento a la comunidad arbitral: el mejor árbitro nunca será "tu árbitro", sino aquel en quien ambas partes puedan confiar.

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Independencia/ Imparcialidad/ Árbitro propuesto por una parte/ Cultura arbitral/ #NoEsTuÁrbitro.

Abstract

"My arbitrator asked whether…" This expression is still heard in conversations between counsel and clients, and over dinner at arbitration conferences. This article argues that one of the risks facing international arbitration is a culture that keeps fostering the idea that an arbitrator proposed by a party is somehow "their" arbitrator. The thesis is simple: when a party proposes or designates an arbitrator, it is not choosing an ally, but expressing confidence in that person's integrity, competence and independence, accepting that the arbitrator may ultimately decide against it. The article examines the power of language to shape culture, the severance of the bond with the party that designated the arbitrator, the precise moment at which the duty of independence arises, the technical and ethical excellence expected of arbitrators, and the shared responsibility of arbitrators, counsel, clients, institutions, and academia.

Keywords

International arbitration/ Independence/ impartiality/ Party-appointed arbitrator/ Arbitral culture/ #NotYourArbitrator.

I. LAS PALABRAS CREAN CULTURA

En el pasillo de un hotel, durante una conferencia de arbitraje, un abogado se acerca a otro con dos cafés y pregunta, en voz baja: "Oye, ¿quién es tu árbitro?". La pregunta es inocente, casi cortés. Pero esconde una premisa que, si nos detenemos a pensarla, debería incomodarnos. Es la misma pregunta que todavía se escucha en pasillos de audiencias, en cenas de congreso, en llamadas entre colegas. Y la respuesta, cuando aparece, suele llegar con la misma naturalidad con la que se habla del tiempo: "mi árbitro piensa que…", "voy a proponer a mi árbitro para el segundo caso". Conviene decirlo con matiz: no es una expresión generalizada, y cada vez lo es menos, pero persiste en algunos círculos de la práctica.

Nadie lo dice con mala intención. Sencillamente, quienes la usan no siempre reflexionan sobre lo que la expresión implica: que el árbitro propuesto por una parte tiene que velar por sus intereses de algún modo.

Aquí está la tesis de este artículo, y merece ser dicha sin rodeos: es precisamente lo sencillo lo que con más facilidad se pasa por alto. Pocos tratados dedican un capítulo a explicar por qué no se debe decir "mi árbitro"; por eso mismo, la expresión sobrevive donde reglas mucho más complejas ya han sido corregidas.

El problema es que, en algunos sectores de la práctica, el lenguaje del día a día todavía alimenta la idea del "árbitro de parte" como si fuera un aliado dentro del tribunal. Las reglas se cumplen sobre el papel; los hábitos, en cambio, tardan más en desaparecer. La buena noticia es que ese cambio ya está en marcha: cada vez son más las instituciones, árbitros y abogados que evitan estas expresiones y adoptan un lenguaje más preciso. Este artículo quiere sumarse a esa tendencia y acelerarla.

Un ejemplo, muy breve, sirve para ver dónde nace realmente el problema. Cuando un cliente llama a su abogado tras una orden procesal desfavorable y pregunta "¿qué ha dicho nuestro árbitro?", ya se ha producido el malentendido. El problema no nace con la orden procesal, que puede ser perfectamente correcta. Nace mucho antes, en el momento en que se asumió, sin decirlo expresamente, que existía "nuestro árbitro".

Las palabras no son un adorno del procedimiento: ordenan expectativas. Decir "sede" no es lo mismo que decir "lugar de audiencia"; decir "árbitro propuesto por una parte" no es lo mismo que decir "árbitro de parte" o, peor aún, "mi árbitro".

La expresión "mi árbitro" es probablemente la más desafortunada de las tres porque introduce una idea posesiva: sugiere que el árbitro pertenece a la esfera de una parte, como si tuviera "su" abogado o "su" perito. Ninguna parte tiene "su" árbitro, del mismo modo que ninguna parte tiene "su" estándar de prueba o "su" debido proceso. "Árbitro de parte" es más sutil, porque parece técnica: solo describiría el origen de la designación. Pero su gramática es ambigua, y esa ambigüedad -origen de la designación o pertenencia funcional- es exactamente lo que no nos podemos permitir en un sistema que ya enfrenta presiones sobre su neutralidad.

Lo que proponemos no es una corrección lingüística de estilo. Es una disciplina cultural. Cuando un abogado deja de decir "mi árbitro" delante de su cliente, está reconociendo -sin necesidad de un discurso- que la función arbitral no admite apropiación. Cuando una institución usa sistemáticamente "árbitro propuesto por" en sus comunicaciones, educa al mercado sin sancionar a nadie.

Y cuando los profesores abandonan la expresión "árbitro de parte" en sus aulas, forman a la siguiente generación en la idea correcta desde el primer día.

La comparación con otros idiomas refuerza esta intuición. El problema es mucho menos frecuente o casi no existe en inglés. Allí la expresión habitual es "party-appointed arbitrator". El idioma no habla de "my arbitrator", sino de un árbitro "appointed by a party". La diferencia parece pequeña, pero no lo es: el inglés pone el acento en el origen del nombramiento; el español, con demasiada frecuencia, en una relación de pertenencia.

Adoptar en español una precisión equivalente no es una concesión al inglés, sino una forma de alinear nuestro lenguaje con la misma intuición que esa lengua ya expresa con naturalidad.

¿Aceptaríamos que un juez fuera "el juez del demandante"? ¿Por qué entonces aceptamos con tanta naturalidad escuchar que un árbitro sea "el árbitro de la parte"? La respuesta no está en la lógica jurídica, que rechaza ambas formulaciones por igual, sino en un hábito lingüístico que solo la disciplina cultural puede corregir.

¿Por qué importa tanto esta disciplina de lenguaje? Porque no se trata solo de precisión gramatical, sino de confianza: la materia prima sobre la que se construye el arbitraje internacional. Las partes confían en que el procedimiento será justo; el mercado confía en que las instituciones administran los casos con seriedad; y el sistema en su conjunto confía en que los árbitros, una vez nombrados, actuarán como jueces y no como representantes encubiertos de quien los propuso.

Esa triple confianza -de las partes, del mercado y del sistema- no se sostiene solo con normas. Se sostiene también con una cultura, con hábitos de lenguaje y de conducta que refuerzan, en cada conversación y en cada expediente, la misma idea: el árbitro decide, no representa.

II. EL ÁRBITRO NO PERTENECE A QUIEN LO DESIGNÓ

Antes de seguir, es necesario fijar una distinción técnica que el lenguaje coloquial suele borrar y que recorre todo este artículo: designar y nombrar no son sinónimos, y confundirlos alimenta precisamente la idea que queremos desterrar. La parte designa,

es decir, propone o identifica a una persona de su preferencia para integrar el tribunal. La institución nombra o confirma esa designación, tras un control autónomo sobre la idoneidad, disponibilidad, independencia e imparcialidad de la persona propuesta. Solo cuando la institución nombra o confirma existe, propiamente, un árbitro; hasta ese momento hay, únicamente, una persona designada por una parte.

Esta distinción no es un tecnicismo vacío: expresa con precisión que la parte no nombra a nadie -carece de esa potestad-, y que quien nombra o confirma, esto es, la institución, no representa a ninguna de las partes. Mantener separados ambos verbos en la práctica -designar para lo que hace la parte, nombrar o confirmar para lo que hace la institución- es ya, en sí mismo, un primer paso hacia el lenguaje que este artículo propone.

2.1 Proponer no es poseer

La posibilidad de que cada parte proponga a un árbitro es una de las señas de identidad del arbitraje y una expresión legítima de la autonomía de la voluntad. Pero es necesario ser precisos sobre qué cubre esa autonomía: permite elegir a quien va a juzgar, no tener influencia o expectativa alguna sobre quien ya ha sido nombrado. Cuando una parte propone a una persona para integrar el tribunal no está eligiendo a un aliado, sino expresando su confianza en su integridad, competencia e independencia, aceptando de antemano que esa persona pueda decidir en su contra. Esa es la diferencia entre elegir a quien esperamos que nos dé la razón y elegir a quien confiamos que decidirá con independencia e imparcialidad.

El riesgo de esta confusión no es abstracto. El propio sistema de designación unilateral genera lo que podríamos llamar un riesgo moral inherente: la posibilidad de que un árbitro designado por una parte se sienta, consciente o inconscientemente, en deuda con quien lo propuso. Ese riesgo es una amenaza sistémica que el arbitraje debe enfrentar con transparencia, no con negación.

La confusión aparece cuando se imagina el tribunal como una especie de partido de tenis: cada parte tendría "su" jugador, y el presidente haría de árbitro de línea neutral. Esa imagen resulta difícilmente compatible con el arbitraje moderno.

En un tribunal colegiado, la neutralidad no reside solo en la presidencia. Todos los árbitros tienen el mismo deber de independencia respecto de todas las partes del procedimiento, sin importar quién los haya designado, y participan por igual en la dirección del procedimiento, la valoración de la prueba, la deliberación y la decisión final. No existe un deber atenuado de independencia para el árbitro propuesto por una parte, ni un deber reforzado solo para quien preside.

El árbitro no responde ante quien lo eligió. No le debe explicaciones, no le debe fidelidad, no le debe una lectura favorable de sus argumentos. Desde que acepta el cargo, su única relación relevante es con el procedimiento, el expediente y las normas aplicables.

Las propias Directrices de la IBA parten de una premisa que refuerza este punto: el estándar aplicable no es la parcialidad real, sino la existencia de "dudas justificadas" sobre la independencia o imparcialidad del árbitro desde el punto de vista de un tercero razonable[5]. Es decir, la percepción de parcialidad, incluso cuando no existe parcialidad real, es suficiente para erosionar la legitimidad del sistema.

No importa que el árbitro sea, en su fuero interno, perfectamente independiente: si la cultura del entorno le asigna el papel de aliado de quien lo propuso, el daño a la confianza ya está hecho. La cuestión no es solo de conducta individual, sino de arquitectura institucional y de las narrativas que la comunidad arbitral tolera.

[5] IBA, Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024), General Standard 2(b)-(c).

Esta precisión, lejos de perjudicar a las partes, las protege. Una parte que espera que "su" árbitro actúe como aliado interno se coloca en una posición vulnerable: puede adoptar estrategias procesales equivocadas y, en el peor de los casos, alimentar incidentes de recusación o cuestionamientos de legitimidad que dañan a todos, incluida ella misma.

La parte que entiende que propone a un árbitro independiente elige con más responsabilidad: busca competencia, rigor, disponibilidad e integridad, no afinidad automática. Superar la lógica del "árbitro de parte" no reduce el derecho de las partes a participar en la constitución del tribunal. Lo dignifica.

El árbitro propuesto por una parte no equilibra el procedimiento favoreciendo a quien lo designó. Lo equilibra decidiendo, con independencia e imparcialidad, frente a ambas partes: tiene que tener en cuenta los argumentos de la parte que lo designó, sí, pero exactamente en la misma medida en que tiene que tener en cuenta los de la contraria.

Quien cree que su papel se limita a asegurarse de que los argumentos de quien lo designó sean escuchados comete un error de bulto: ese deber existe, pero es idéntico frente a ambas partes, no un deber reforzado hacia una de ellas. Esa es la diferencia entre un tribunal que funciona y uno que termina por socavar la confianza de quienes acudieron a él.

2.2 ¿Reformar el sistema en lugar del lenguaje?

Frente a este diagnóstico, no faltan voces que proponen ir más allá del lenguaje y modificar directamente el mecanismo de composición del tribunal. La línea más ambiciosa —sostenida, entre otros, por Jan Paulsson en The Idea of Arbitration— aboga por prescindir por completo de la designación bilateral, encomendando a la institución la totalidad de la selección. Otras fórmulas, ya vigentes en varios reglamentos, optan por vías intermedias: la generalización del árbitro único designado conjuntamente o, en defecto de acuerdo, por la institución; procedimientos de lista, en los que el centro propone candidatos y las partes se limitan a descartar o priorizar sin nominar directamente; o la reserva de la designación bilateral exclusivamente para controversias de alta complejidad técnica o cuantía.

Cada una de estas fórmulas tiene mérito, y varias conviven ya con la designación bilateral en reglamentos como los de la CCI, la LCIA o el propio CIIAM para procedimientos acelerados o de menor cuantía. Sin embargo, y si bien es un tema interesante sobre el que merece la pena reflexionar, ninguna resuelve por sí sola el problema que aquí se plantea, porque ese problema no es primariamente estructural: es cultural.

Un árbitro único impuesto por la institución puede ser percibido, igualmente, como cercano a quien tiene mejor relación con el secretariado; un sistema de listas no impide que la parte que conservó más candidatos de su preferencia hable después de "su" tribunal. El sesgo posesivo no nace del mecanismo de designación: nace de la narrativa que lo envuelve.

A la inversa, la designación de parte —correctamente entendida y descrita— no es en sí misma defectuosa: aporta a las partes una legítima sensación de participación en la constitución del órgano que va a decidir su controversia, y permite ajustar la composición del tribunal a la complejidad técnica del caso. Lo que hay que corregir no es el derecho de las partes a proponer, sino la expectativa de que proponer otorga una esfera de influencia posterior. Por eso este artículo no plantea sustituir el sistema, sino transformar el lenguaje y la cultura que lo acompañan: porque es ahí, en la distancia entre lo que las normas dicen y lo que los hábitos transmiten, donde anida la confusión.

2.3 El lenguaje como seña del mercado iberoamericano

Este problema tiene, además, una dimensión propiamente iberoamericana que no debe pasarse por alto. El arbitraje comercial y de inversión en América Latina y España ha crecido de forma notable en las últimas dos décadas, y buena parte de ese crecimiento se apoya en la confianza de operadores económicos, fondos de inversión y Estados que, muchas veces, llegan al arbitraje internacional después de haber pasado por sistemas judiciales sobrecargados o percibidos como poco predecibles. Para esos usuarios, el arbitraje solo es una alternativa creíble si logra demostrar, en cada caso, que decide con independencia real.

Un mercado arbitral iberoamericano que sigue hablando en privado de "mi árbitro" puede transmitir, sin proponérselo, una señal contraria: que el resultado depende de a quién se nombra, no de los hechos y del derecho aplicable. Las instituciones con vocación iberoamericana, como el propio CIIAM, tienen aquí una responsabilidad añadida, porque son con frecuencia el primer contacto que muchos usuarios latinoamericanos tienen con el arbitraje internacional administrado desde Europa. Cuidar el lenguaje desde el primer nombramiento, desde la primera carta y desde la primera conversación con las partes no es un detalle cosmético: es, para esos usuarios, la primera prueba tangible de que el sistema funciona como promete.

Esta preocupación por el idioma no es ajena a la propia institución. En noviembre de 2024, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, el Club Español e Iberoamericano del Arbitraje y el CIIAM firmaron el Manifiesto por el uso del español en el arbitraje internacional, con el objetivo de promover el español como lengua del arbitraje en los procedimientos que involucren partes iberoamericanas, sobre la base de que el deber de lealtad del abogado hacia su cliente incluye elegir el idioma del procedimiento que mejor sirva a sus intereses.[6]

Ese esfuerzo institucional pierde parte de su sentido si, al mismo tiempo, seguimos empleando en español un vocabulario menos preciso que el de otros idiomas de trabajo del arbitraje internacional. Promover el español como lengua del arbitraje y tolerar en español expresiones que el inglés o el francés no necesitan -porque su gramática ya evita la ambigüedad posesiva- son dos caras de la misma tarea: no basta con litigar en el propio idioma si ese idioma no transmite, con la misma precisión que sus equivalentes extranjeros, la naturaleza no posesiva del árbitro.

#NoEsTuÁrbitro puede leerse, en ese sentido, como un complemento natural del Manifiesto: defender el español como lengua seria del arbitraje internacional implica también depurarlo de los hábitos que lo debilitan.

III. LA INDEPENDENCIA COMIENZA AL ACEPTAR EL CARGO

La sección de independencia e imparcialidad de la Guía de Procedimiento del Reglamento de Arbitraje del CIIAM lo plantea con la misma contundencia (el subrayado es nuestro):

> *"B. Independencia e imparcialidad.*
>
> *Todos los árbitros tienen el mismo deber de independencia respecto de todas las partes en el procedimiento,* ***sin tener en cuenta la parte que les haya designado. La designación de un árbitro por una parte no genera en el árbitro ningún deber*** *de: dar a los argumentos o posiciones de esa parte un estudio más detallado; defender ante los árbitros los argumentos o posiciones de esa parte; o de cualquier otra manera beneficiar, mejorar o favorecer la posición de esa parte.*
>
> *Los árbitros tienen el deber de actuar con imparcialidad y de mantener en todo momento, hasta el final del procedimiento, su completa*

[6] Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje y Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM), Manifiesto por el uso del español en el arbitraje internacional (Madrid, 8 de noviembre de 2024).

independencia e imparcialidad con respecto a las partes, a sus representantes y a cualquier otra persona o entidad que tenga un interés en la disputa.

Si un árbitro considera que no es independiente o imparcial, deberá abstenerse de conocer el caso, rechazando su posible designación o nombramiento o, en caso de que ya haya sido nombrado, apartarse de oficio del procedimiento".

Este estándar no queda en el plano de las buenas prácticas: está incorporado al propio Reglamento de Arbitraje del CIIAM. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe confirmar su disponibilidad, suscribir una declaración de independencia e imparcialidad y comunicar cualquier circunstancia que, a la vista de cualquiera de las partes, pudiera suscitar dudas sobre su independencia o imparcialidad; esa obligación no termina con la aceptación, sino que se mantiene durante todo el arbitraje[7].

Además, la designación propuesta por una parte no genera una confirmación automática: el Reglamento sujeta cualquier nombramiento -propuesto por las partes o por los coárbitros- a la confirmación del Centro, que puede denegarla si a su criterio surgen dudas sobre la idoneidad, disponibilidad, independencia o imparcialidad de la persona propuesta[8]. La propuesta de una parte es, así, relevante para integrar el tribunal, pero no agota ni sustituye el juicio institucional sobre quien va a decidir.

Este planteamiento del CIIAM no surge en el vacío: se inscribe en una tendencia mucho más amplia de las instituciones arbitrales serias, que en las últimas décadas han ido convirtiendo un juicio antes intuitivo en estándares escritos, explícitos y exigibles. El CIIAM ha optado por su propio camino en esa misma dirección: en paralelo a su Guía de Procedimiento del Reglamento de Arbitraje, ha venido elaborando un Decálogo del Buen Árbitro que, en el momento de escribir estas líneas, se encuentra todavía en fase de redacción interna y no ha sido publicado.

Su origen no es burocrático, sino muy concreto: nace de una constatación compartida por quienes trabajamos a diario en la administración de arbitrajes, y también por quienes ejercen como árbitros y como miembros de instituciones arbitrales, de que la calidad de una institución depende, en última instancia, de la calidad de las personas a las que confía sus casos, cuando no lo han hecho las partes. Un reglamento excelente aplicado por árbitros descuidados con su independencia no produce un arbitraje excelente; y, a la inversa, buenos árbitros pueden salvar procedimientos imperfectamente diseñados.

El Decálogo, aunque inédito, pretende recoger por escrito lo que la institución espera de cada árbitro y lo que cada árbitro puede, legítimamente, exigirse a sí mismo al aceptar el nombramiento: es un instrumento pensado desde dentro, escrito por quienes administran arbitrajes y comparten con sus árbitros la misma responsabilidad frente a la confianza que las partes depositan en el sistema. Lo relevante es que estos instrumentos -publicados o todavía en preparación- no distinguen entre el árbitro propuesto por una parte y quien preside el tribunal: todos quedan sujetos al mismo estándar, sin atenuaciones ni excepciones.

El Decálogo del Buen Árbitro del CIIAM no deja lugar a la duda. Su tercer punto, dedicado precisamente a la independencia e imparcialidad, lo dice así: "la designación no genera ningún deber de favorecer sus argumentos".

[7] CIIAM, Reglamento de Arbitraje, arts. 12.1-12.3 y 13.1-13.6.

[8] CIIAM, Reglamento de Arbitraje, arts. 10-13; CIIAM, Anexo 1 al Reglamento de Arbitraje: Reglas de designación, confirmación y nombramiento de árbitros (2024), arts. 1-4.

Por eso la abstención o la renuncia, cuando la independencia o la imparcialidad ya no pueden sostenerse, no deben verse como un fracaso profesional. En ocasiones, retirarse es la forma más alta de respeto al procedimiento. El árbitro no es indispensable; la confianza en el proceso sí lo es.

IV. SER BUEN ÁRBITRO: EXCELENCIA TÉCNICA Y ÉTICA

Todo lo anterior parte de una premisa que no debe darse por supuesta: no todos los operadores del arbitraje entienden igual qué es ser árbitro. Hay quien lo concibe, en el fondo, como un prestador de un servicio a la parte que lo propuso, alguien cuya voz debe estar presente en la sala de deliberación porque alguien la puso ahí.

Y hay quien lo concibe como el titular de una función jurisdiccional: alguien que, una vez nombrado, ejerce una potestad de decidir con fuerza de cosa juzgada, exactamente igual que un juez, y que por tanto no le debe cuentas a quien lo propuso.

Aceptar un nombramiento arbitral no es un trámite administrativo ni un encargo profesional entre otros. Es un acto de confianza institucional que exige el máximo compromiso profesional, personal e intelectual de quien lo recibe. Quien acepta ejercer como árbitro no presta un servicio: ejerce la función de emitir una decisión con eficacia de cosa juzgada.

Esa función transforma a quien la desempeña. Quien ha ocupado la posición de quien decide adquiere una perspectiva distinta y más completa del procedimiento, de sus tiempos, de sus cargas y de lo que realmente significa resolver con rigor una controversia ajena. Ser árbitro es, en ese sentido, un honor y una responsabilidad a la vez, no dos cosas separadas: el honor no exime de la responsabilidad, y la responsabilidad es precisamente lo que da sentido al honor.

El Decálogo del Buen Árbitro del CIIAM se sitúa sin ambigüedad en la segunda concepción: la designación es una valoración fundada sobre la idoneidad, la integridad y el criterio jurídico de la persona propuesta, no la contratación de un defensor. Esa responsabilidad se proyecta no solo en el laudo, sino en toda la conducción del procedimiento.

Ser un buen árbitro exige, en primer lugar, rigor técnico. El Decálogo lo formula con precisión: el árbitro debe dominar tanto la materia sustantiva como el procedimiento arbitral, revisar toda la documentación relevante, mantenerse actualizado y redactar laudos claros, coherentes y completos que resuelvan todas las pretensiones planteadas.

Ese estándar no es un ideal aspiracional: es la contrapartida de la confianza que las partes depositan en el sistema cuando aceptan resolver su controversia fuera de los tribunales estatales. Un árbitro que no domina la materia, que dilata el procedimiento sin justificación o que redacta laudos confusos no solo perjudica a las partes del caso concreto: erosiona la legitimidad del arbitraje como método de resolución de controversias frente a la comunidad jurídica que observa cómo funciona el sistema.

El rigor técnico, sin embargo, no basta. El Decálogo exige también valentía y celeridad: la garantía del debido proceso no debe emplearse como excusa para la dilación, porque la justicia tardía pierde eficacia y legitimidad. Exige respeto e igualdad hacia las partes, sus representantes y los coárbitros, con una comunicación ordenada y transparente que garantice el derecho de ambas partes a ser oídas en condiciones equivalentes.

Y exige, quizá de forma menos evidente pero igual de decisiva, humildad profesional: el árbitro está al servicio del proceso, no por encima de él, y su autoridad se ejerce con respeto, sabiendo que el protagonismo pertenece al procedimiento y a las partes, no a quien decide. Un árbitro técnicamente excelente pero carente de esa humildad puede convertir la dirección del procedimiento en un ejercicio de vanidad; un árbitro humilde pero técnicamente débil puede fallar en lo esencial. Ninguna de las dos

carencias es admisible por separado, porque ambas comprometen la misma garantía: que las partes reciban una decisión justa, comprensible y sólidamente fundamentada.

V. LA RESPONSABILIDAD ES DE TODOS: ÁRBITRO, ABOGADO, CLIENTE, INSTITUCIÓN Y ACADEMIA

Nada de lo anterior depende de una sola voluntad. Cada uno de los operadores del sistema tiene una parte de esta tarea, y debe decirse sin ambigüedad. El árbitro debe cuidar sus comunicaciones, aceptar solo cuando tenga disponibilidad efectiva, revisar sus propios sesgos y recordar, en la primera conferencia procesal, que su deber se dirige a todas las partes por igual.

El abogado debe explicar a su cliente, antes de proponer a nadie, que la selección de un coárbitro no consiste en buscar un aliado: consiste en identificar a una persona independiente, imparcial, disponible y técnicamente idónea.

Muchas partes llegan al arbitraje por primera vez y trasladan expectativas propias de la negociación o del litigio judicial; una advertencia temprana evita frustraciones y, sobre todo, evita incidentes de recusación nacidos de un malentendido evitable.

El cliente, por su parte, debe entender que un árbitro que decide en contra de alguno de sus argumentos no lo "traiciona": simplemente cumple su función si decide con base en el expediente y el derecho aplicable.

La institución tiene una responsabilidad especialmente visible: puede incluir en sus cartas de nombramiento una mención expresa a que la designación no genera obligación de favorecer los argumentos de quien propuso al árbitro, exactamente como ya hace la Guía de Procedimiento y como hará el Decálogo del Buen Árbitro del CIIAM, todavía en preparación.

Y la academia, finalmente, tiene la responsabilidad de formar a la siguiente generación en una visión no posesiva del tribunal, para que la próxima vez que alguien escuche "mi árbitro" en una clase, sepa reconocerlo como lo que es: un error, no una costumbre inocente.

5.1 Una responsabilidad también institucional

Los autores de este artículo somos, también, miembros de una institución arbitral, y esa circunstancia nos permite añadir, a título personal, un matiz que suele omitirse en los debates sobre lenguaje arbitral: la responsabilidad no recae solo en árbitros, abogados, clientes y academia, sino también en quienes trabajamos en la administración de los casos desde el secretariado, la corte o el consejo de una institución.

Cada carta de nombramiento, cada comunicación con las partes, cada respuesta sobre la constitución del tribunal es una ocasión para reforzar -o debilitar, si se descuida el lenguaje- la idea de que el árbitro no pertenece a quien lo propuso. Quien administra arbitrajes desde una institución no es un espectador de esta cultura: la produce, día a día, en el tono de sus comunicaciones y en la precisión de su terminología. Por eso un Decálogo como el que aquí se menciona tiene sentido incluso antes de publicarse: obliga a la propia institución a poner por escrito, y a exigirse a sí misma, aquello que espera de sus árbitros.

El abogado ocupa aquí un lugar central, porque es quien tiene el contacto más directo y frecuente con el cliente. No basta con que sepa que "mi árbitro" es una expresión incorrecta: tiene que educar a su cliente activamente, cada vez que la expresión reaparezca. Guardar silencio ante "nuestro árbitro dijo" para no incomodar al cliente puede, en la práctica, dejar que el malentendido se consolide.

Puede ser útil pensar en esto con una analogía que, salvando las distancias, resulta esclarecedora: del mismo modo que ciertos movimientos sociales han conseguido que expresiones antes toleradas dejen de pasar desapercibidas, el objetivo de este artículo

-más modesto, pero en la misma dirección- es que la comunidad arbitral desarrolle el reflejo de detectar y corregir, con cortesía pero sin ambigüedad, la expresión "mi árbitro" cada vez que se escuche. No se trata de sancionar a quien la pronuncia, sino de que ninguno de nosotros la deje pasar como si fuera inocua, hasta que la expresión deje de escucharse porque ya nadie la considera aceptable.

5.2 Medidas concretas

Todo esto puede traducirse en medidas concretas que no requieren reformas normativas, sino decisiones internas de cada operador del sistema. Los despachos de abogados pueden incorporar en sus protocolos de apertura de arbitraje una conversación obligatoria con el cliente sobre el papel del árbitro propuesto, explicando que no es un aliado sino un juzgador independiente; incluir siempre la expresión "coárbitro" o "árbitro propuesto por la parte", evitando tanto en lo oral como en lo escrito la expresión "nuestro árbitro"; y añadir una sesión sobre lenguaje y cultura arbitral en su formación interna para asociados júnior y otros compañeros de la práctica mercantil.

Las instituciones arbitrales, por su parte, pueden adoptar al menos cuatro medidas inmediatas: incluir en sus cartas de nombramiento una cláusula que recuerde al árbitro que la designación no genera deber de favorecer los argumentos de quien lo propuso, como ya hacen las Reglas y el Decálogo del CIIAM; emplear sistemáticamente "árbitro propuesto por" en sus comunicaciones, reglamentos y publicaciones; incluir en sus programas de formación un módulo sobre el impacto del lenguaje en la percepción de independencia; y distinguir con precisión, en reglamentos y comunicaciones, entre la designación que hace la parte y el nombramiento o confirmación que hace la institución, evitando cualquier fórmula que sugiera que la parte nombra a "su" árbitro.

Ninguna de estas medidas tiene un coste significativo ni exige consenso internacional. Pero la medida principal, la que en realidad sostiene a todas las demás y que da sentido a #NoEsTuÁrbitro como el movimiento que este artículo propone, depende de la comunidad arbitral en su conjunto: que reaccionemos, con naturalidad y sin ánimo de sancionar a nadie, cada vez que alguien diga "mi árbitro" o "nuestro árbitro".

Ninguno de estos compromisos exige modificar la esencia del arbitraje. Al contrario: la protege. La autonomía de las partes les permite diseñar el procedimiento, elegir reglas, seleccionar sede, determinar idioma y participar en la constitución del tribunal. Pero una vez constituido, el tribunal no pertenece a nadie.

El éxito del arbitraje nunca dependerá de que las partes puedan elegir "su" árbitro. Dependerá de que, una vez elegido, sepan que deja de serlo. La mayor garantía que puede ofrecer un árbitro no es decidir a favor de quien lo propuso, sino la tranquilidad de que nunca decidirá por esa razón. El mejor árbitro no es el que da la razón a quien lo designó, ni el que, para evitar esa sospecha, deja de tener en cuenta sus argumentos: es aquel cuya independencia le permite escuchar a ambas partes por igual y decidir con un rigor tal que incluso quien pierde acepte haber sido tratado con imparcialidad.

Si la idea misma del arbitraje descansa sobre una apuesta radical -que personas privadas pueden juzgar con la misma imparcialidad que un juez estatal-, entonces perder esa apuesta no significaría perder un procedimiento: significaría perder la razón de ser del sistema. #NoEsTuÁrbitro no es un eslogan: es un compromiso.

BIBLIOGRAFÍA

- Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Anexo 1 al Reglamento de Arbitraje: Reglas de designación, confirmación y nombramiento de árbitros. Madrid: CIIAM, 2024.

- Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Carta desde la Institución al Árbitro y Decálogo del Buen Árbitro. Madrid: CIIAM, documento interno en fase de elaboración, aún no publicado.
- Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Guía de Procedimiento del Reglamento de Arbitraje. Madrid: CIIAM, 2026.
- Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Reglamento de Arbitraje. Madrid: CIIAM, 2024.
- International Bar Association (IBA). IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Londres: IBA, 2024.
- Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje y Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). Manifiesto por el uso del español en el arbitraje internacional. Madrid, 8 de noviembre de 2024.

ESTRATEGIA EN EL CONVENIO ARBITRAL

Autor:
Marco Lazo de la Vega Durán

ESTRATEGIA EN EL CONVENIO ARBITRAL

Strategy Regarding the Arbitration Agreement

r. Marco Lazo de la Vega Durán, Ph.D. [1]

"[…] Mi estrategia es en cambio
más profundo y más simple,
mi estrategia es;
que un día cualquiera
ni sé cómo, ni sé
con qué pretexto por fin me necesites."
M. Benedetti

SUMARIO:

I. Conceptos liminares.
II. El convenio arbitral.
III. Estrategia en la redacción del convenio arbitral.
IV. Conclusiones.

Resumen

Este artículo analiza la relevancia estratégica del convenio arbitral como piedra angular de los procedimientos de arbitraje internacional. Bajo un enfoque analítico y de gestión preventiva de riesgos, se examinan los elementos esenciales que las partes deben considerar al redactar la cláusula arbitral, incluyendo la sede, la ley aplicable, los mecanismos de escalonamiento y la designación de árbitros, entre otros aspectos.

El autor ofrece una reflexión crítica sobre ciertas prácticas contemporáneas que tienden a desvirtuar la esencia del arbitraje y, en consecuencia, a debilitar las conquistas derivadas de la autonomía de la voluntad de las partes.

En conclusión, el artículo propone comprender el convenio arbitral no únicamente como un requisito formal, sino como un instrumento estratégico que define el equilibrio entre autonomía, seguridad jurídica y legitimidad del arbitraje internacional.

Palabras clave

Convenio arbitral/ Estrategia/ Arbitraje internacional/ Autonomía de la voluntad/ Gestión de riesgos.

---

[1] Marco Lazo de la Vega Durán, Ph.D. es abogado y árbitro comercial. Doctor en Derecho por la Universidad Mayor de San Andrés. Abogado por la Universidad Católica Boliviana. MPA Máster por Harvard University y LLM Máster por American University. Postgrados en Georgetown University y Universidad Austral. Profesor universitario. Becario Fullbright. Director de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado Bolivia (AIDDP). Especialista en Arbitraje Internacional y de Inversiones, derecho de construcción, energía, infraestructura, minería y contratación. Socio fundador de LAZO DE LA VEGA - ABOGADOS S.C. Correo de contacto: Marco marco@lazodelavega.com

Abstract

This article analyzes the strategic relevance of the arbitration agreement as the cornerstone of international arbitration proceedings. Adopting an analytical and preventive risk-management approach, it examines the essential elements that parties must consider when drafting the arbitration clause, including the seat, governing law, escalation mechanisms, and the appointment of arbitrators, among other aspects.

The author offers a critical reflection on certain contemporary practices that tend to undermine the essence of arbitration and, consequently, weaken the achievements derived from party autonomy.

In conclusion, the article argues that the arbitration agreement should be understood not merely as a formal requirement, but as a strategic instrument that defines the balance between autonomy, legal certainty, and the legitimacy of international arbitration.

Keywords

Arbitration agreement/ Strategy/ International arbitration/ Party autonomy/ Risk management.

I. CONCEPTOS LIMINARES

Así como Benedetti persigue conquistar el corazón de la amada, el letrado busca persuadir al árbitro sobre la validez de sus pretensiones. En ambos objetivos se despliegan estrategias capaces de iluminar el camino hacia el amor o hacia la justicia. En efecto, un análisis estratégico adecuado constituye el primer gran paso hacia el éxito.

El arbitraje constituye un sistema adversarial de carácter voluntario. Surge de la decisión expresa de los futuros litigantes, quienes, bajo una estructura heterocompositiva, confían al árbitro la resolución de la controversia.

Bajo esa lógica, a diferencia de la vía judicial, las partes tienen la oportunidad de analizar un conjunto de estrategias al momento de redactar un convenio arbitral y de avizorar las posibles vicisitudes del arbitraje.

Todo enfrentamiento planificado que no tenga una sólida estrategia estará destinado a fracasar. En la actualidad y en función al abundante acceso a la información teórica y práctica del arbitraje, es imprescindible considerar los beneficios de una adecuada redacción del convenio arbitral en función a la gestión preventiva de riesgos, necesidades y posibilidades que ocupa cada contendiente en un contexto determinado.

Existe significante abundancia doctrinal con relación al análisis del convenio arbitral como instituto jurídico. Sin embargo, resulta oportuno analizar conceptos clave ligados a la estrategia jurídica sustantiva y adjetiva, funcional y práctica que se originan por el ejercicio de la voluntad de las partes.

Cuando las partes plasman su relación comercial o civil en un contrato el mayor énfasis reside en acordar la esencia del negocio, el qué, el cómo y el cuándo de sus prestaciones y contraprestaciones, a la luz del evidente beneficio de su interacción negocial. Por lo general, el empresario quiere hacer empresa, no está pendiente en un grado prioritario, de los mecanismos, salvedades y escenarios para resolver las disputas emergentes del negocio.

Entonces, el asesor legal juega un papel fundamental al momento de diseñar y maximizar el beneficio del ejercicio de la libre voluntad de su asesorado al momento de pactar la vía arbitral.

Si bien en la realidad existen muchos factores que impiden el desarrollo de una estrategia arbitral impoluta, así como la obvia diferencia entre la teoría y la práctica, es relevante poner de manifiesto aquellos asuntos clave que recaen en el perímetro decisorio de las partes, como la elección de la sede, la ley aplicable, la designación del árbitro, entre otros, que no siempre son aprovechados apropiadamente. [2]

Por lo general, existe una considerable distancia temporal, contextual y cognoscitiva entre el momento de la redacción del convenio arbitral y el de su aplicación efectiva una vez iniciada la contienda arbitral.

Adicionalmente, existe una notable falta de alineación estratégica y de rotación entre los redactores del convenio arbitral, los asesores legales internos (*in-house counsel*), los externos y, finalmente los encargados de llevar a cabo el arbitraje.

En estas líneas expondremos ciertas consideraciones que consideramos podrían enriquecer notablemente los beneficios del arbitraje internacional desde una perspectiva preventiva.

II. EL CONVENIO ARBITRAL

La voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral es la piedra fundacional del Arbitraje. Sin convenio entre partes no existe Arbitraje. [3]

Desde un punto de vista genérico, el arbitraje es una de las mayores manifestaciones de la libertad de las personas, quienes otorgan facultades al árbitro, como persona privada (relegando parcialmente la competencia del juez natural), para que éste decida sobre sus derechos disponibles de forma definitiva. El arbitraje refleja además una sociedad madura, "[…] *donde la libertad del individuo rige, efectivamente, el actuar de los poderes públicos y permite, ciertamente, el desarrollo de la personalidad del mismo.* [4]

En ese entendido, uno de los principios generales que enfatiza la Ley de Arbitraje británica, por ejemplo, es que las partes deben ser libres de acordar cómo se resuelven sus disputas, sujetas únicamente a las salvaguardas necesarias para precautelar el interés público. [5]

De acuerdo con la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI), la autonomía de la voluntad de las partes en esta elección adquiere una especial importancia en los arbitrajes internacionales, puesto que "*les*

---

[2] Evidentemente, en la práctica existen una serie de circunstancias que hacen muy difícil la incorporación de todas las herramientas que potencialmente beneficiarían a una parte, principalmente por lo siguiente: i) todo acuerdo debe ser negociado y consensuado; ii) los intereses opuestos hacen que ciertos acuerdos beneficien a una parte y perjudiquen a la otra; iii) asimetría en cuanto al poder negociador de las partes; iv) urgencia para la suscripción de contratos; v) imposición de un modelo prestablecido de convenio arbitral; vi) desconocimiento de la normativa nacional e internacional, de la práctica y jurisprudencia en materia arbitral.

[3] El arbitraje es esencialmente voluntario. Existen excepciones legislativas como la consignada en la Ley No. 1883 de 25 de junio de 1998, ley de Seguros de Bolivia, por la cual las controversias en materia de seguros deben resolverse de forma obligatoria a través del Arbitraje. En la misma línea, según la Ley 18.046 de 21 de octubre 1981, ley de Sociedades Anónimas de Chile, las controversias entre accionistas o entre éstos y la sociedad, relativas a materias propias de dicha ley, deben ser resueltas por un árbitro.

[4] BALLESTEROS, C. (2019), *La Cláusula Arbitral en los Contratos Públicos en el Derecho Español: Apertura, Limitaciones y Realidades*, Vol. 62 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Arbitraje, El Convenio Arbitral, p. 91.

[5] "[…] *the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest* […]". Part I, 1, (b) Arbitration Act 1996, England, Wales and Northern Ireland.

permite seleccionar y adaptar el procedimiento en función de sus deseos y necesidades específicos, sin trabas impuestas por prácticas y tradiciones jurídicas posiblemente contrapuestas". [6]

En efecto, más allá de las pretensiones sustantivas de las partes (i.e. compeler el cumplimiento contractual de una obra civil), aquellos deseos y necesidades específicos referidos por la CNUDMI se relacionan con los aspectos adjetivos o procedimentales que precisamente pueden gestionarse en el arbitraje internacional por medio de una adecuada estrategia previamente establecida. En ese sentido el convenio arbitral tiene "un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal." [7]

En esa línea, el ejercicio de la voluntad de las partes, siempre que no vulnere normas de interés público, puede estructurar las líneas fundamentales del procedimiento arbitral e instruir reglas de obligatorio cumplimiento por parte del árbitro, hasta el extremo de poder acordar que se emita el laudo sin la motivación necesaria, que, de no ser así acordado, sería obligatoria. [8]

De esa manera, el procedimiento arbitral puede ser estructurado en función al conocimiento y experiencia de las partes y sobre todo de sus asesores, para identificar, negociar y adaptar aspectos alineados a sus necesidades e intereses específicos que derivan del alcance del convenio arbitral, la elección de la sede, del árbitro, el escalonamiento, inter alia.

Al respecto, I. Harrison [9] expresa que: "En cualquier convenio arbitral hay por así decirlo un núcleo y una periferia. El núcleo es muy simple: las partes se comprometen a someter sus controversias a arbitraje y a apartarlas de la jurisdicción estatal. La periferia son las condiciones concretas de ese mecanismo, entre ellas el número de árbitros, el reglamento, el idioma y la sede."

En la mayoría de los casos el arbitraje trata de asuntos importantes desde el punto de vista patrimonial, más aún en los casos de arbitrajes internacionales o de inversión. Ergo, el enfoque estratégico es fundamental desde el inicio mismo del diseño contractual que contendrá una cláusula de solución de controversias específica para el negocio jurídico particular.

Pese a la trascendencia del convenio arbitral, y de su importancia en la evolución del comercio y del Derecho privado, no es extraño que sea la cláusula contractual menos considerada al momento de la redacción de contratos. De hecho, ha sido incluso referida como la "*cláusula de medianoche*". [10]

Además, debe tomarse en cuenta que una vez concretado válidamente el consentimiento al arbitraje, tal decisión no puede ser retirada de forma unilateral, por ello, es imprescindible poner especial cuidado y atención en la redacción de la cláusula arbitral. [11]

---

[6] Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral aprobadas en 2016 (nota adicional de 2023), p. 1.

[7] RIBERA, C. (2012*), Convenio Arbitral*, Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional, Biblioteca de Arbitraje, p. 426.

[8] "*El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30*." Art. 31, núm. 2), Ley Modelo.

[9] HARRISON, I. (2025), *El Traslado de la Sede en el Arbitraje Internacional*, Artículo Linked-In https://www.linkedin.com/pulse/el-traslado-de-la-sede-en-arbitraje-internacional-ivan-harrison-nkc0f/

[10] Blackaby et al., Redfern and Hunter on International Arbitration para. 2.04 (5th ed. 2009).

[11] ARIAS, M. (2019), *El Convenio Arbitral y sus Requisitos Insalvables: Capacidad de las Partes, Materia Arbitrable y Otras Cuestiones que Inciden en su Validez Formal*, Vol 62 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Arbitraje, El Convenio Arbitral, p. 73.

No obstante, lo anotado en estas líneas, la realidad difiere notablemente de la teoría. Las posibilidades de pactar un convenio arbitral que cubra y satisfaga todas las expectativas e intereses de una de las partes, independientemente de su estrategia, dependen de diversos factores, a veces infranqueables, como ser la asimetría de poder entre las partes para negociar términos del contrato; la urgencia por suscribir el contrato principal e iniciar tareas; la imposición de contratos o cláusulas modelo; la subrogación de obligaciones; la transferencia de contratos, cesiones o delegaciones de obligaciones pactadas por terceros, entre otros.

III. ESTRATEGIA DE LA REDACCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral encierra la decisión inequívoca de acudir al Arbitraje a futuro. Desde un punto de vista estratégico [12], implica pensar en pros y contras de una serie de componentes periféricos que son objeto de acuerdo entre partes y que tienen un inobjetable peso en el desarrollo del arbitraje.

Por ello, no es objeto del presente análisis estudiar las patologías en la redacción ni tampoco los elementos formales de validez del convenio arbitral, como ser su constancia escritural, la capacidad de las partes, la materia arbitral, entre otros; sino más bien aquellos componentes y condiciones concretos que hacen al mecanismo del arbitraje y que están sujetos a la voluntad de las partes. [13] Tampoco haré mención a otros temas también relevantes, como el idioma, la terminología, la cultura o tradición jurídica, la tecnología, la inteligencia artificial, el rol de los centros administradores de arbitraje y otros, que ya son materia de otras publicaciones.

En principio las relaciones comerciales asumen que mediante el arbitraje la solución de controversias será más eficiente y eficaz, en el sentido de evitar las instancias, retrasos y obstáculos que implican por lo general las causas ventiladas en instancias judiciales.

Para materializar tales aspiraciones con relación al arbitraje internacional es imprescindible considerar al menos los siguientes aspectos, que sin ánimo de ser los únicos, se constituyen fundamentales al momento de concretar o no los beneficios del procedimiento arbitral.

3.1 Gestión de riesgos: condición de demandado o demandante

Un ejercicio muy válido, probablemente poco practicado, es considerar *a priori* la posible condición de demandado o demandante en un futuro arbitraje, en función a un enfoque analítico y de gestión preventiva de riesgos en función a la naturaleza propia de un negocio jurídico.

El demandante es el que inicia y promueve el arbitraje a través de la interposición de acciones y pretensiones legales para la protección de sus derechos e intereses. Su rol inicial es probar la competencia del árbitro, luego probar la vulneración de sus derechos, para finalmente obtener un laudo válido y ejecutable, que obligue al demandado cumplir con sus obligaciones o pagar daños y perjuicios.

El demandado, en cambio, debe contestar la demanda y desvirtuar las pretensiones del demandante. Debe, en su caso, presentar excepciones y objetar la jurisdicción o competencia del árbitro, para luego presentar pruebas que validen su defensa. Como parte de su defensa podrá interponer recursos contra el laudo y evitar su ejecución, así como también interponer una contra demanda.

Si bien ninguna de las partes puede aseverar a ciencia cierta si ocupará una condición u otra, ya que el principio la interpretación de los efectos contractuales o el grado de su cumplimiento se encuentra sujeto a una serie de consideraciones fácticas

[12] El Diccionario de la Lengua Española indica, en su segunda acepción, que la palabra estrategia significa "arte, traza para dirigir un asunto". Real Academia Española (RAE), Rotapapel, S.L., 22da edición, España, 2001, p.679.
[13] Para una revisión de los requisitos formales del convenio arbitral consultar ARIAS, M. (2019).

y jurídicas, existen una serie de aspectos que determinan cuál de las partes asume mayor o menor riesgo.

Los negocios jurídicos contractuales involucran derechos y obligaciones sujetos a posibilidades, condiciones y variables que determinan una serie de riesgos, que merecen un esquema de valoración y mitigación que no deben ser soslayados.

Un manejo estratégico de tales consideraciones podría generar una matriz de riesgos preventivos a cuyo efecto se pueden definir medidas que permitan incluso tomar decisiones en cuanto a la concreción o rechazo del negocio.

En este sentido emplearé a modo de ejemplo didáctico el caso de un contrato de obra, para la construcción de una infraestructura, por el cual el contratista se obliga a la construcción a cambio de una remuneración dineraria. Bajo esta relación contractual, los riesgos de las partes varían considerablemente. [14]

De acuerdo con FIDIC,[15] existe una tipología de riesgos en proyectos internacionales de infraestructura clasificados en ocho categorías principales:

Riesgo	Casos frecuentes
Técnico	Errores de diseño, condiciones geotécnicas imprevistas, interferencias de servicios.
Contractual	Ambigüedad en cláusulas, condiciones particulares inadecuadas, vacíos en la asignación.
Político y regulatorio	Cambios legislativos, restricciones de divisas, expropiaciones, demoras en permisos.
Climático	Condiciones climáticas ordinarias o excepcionalmente adversas, extensiones de plazo sin compensación económica (EOT), catástrofes naturales.
Logístico	Retrasos en importaciones, restricciones aduaneras, bloqueos de transporte.
Financiero	Variaciones de tipo de cambio, inflación, demora en pagos.
Social y ambiental	Oposición comunitaria, protestas, incumplimientos de planes de gestión ambiental y social (PGAS), hallazgos arqueológicos.
Cultural y organizacional	Diferencias idiomáticas, estilos de toma de decisiones, métodos constructivos distintos.

En función a la tipología de FIDIC, puedo afirmar que el contratista detenta mayores posibilidades de incumplir sus obligaciones, ya que los riesgos descritos se materializan generalmente en aspectos que se encuentran dentro de sus obligaciones directas o indirectas, con diferentes grados de control, pero que pueden ocasionar la imposibilidad absoluta de realizar la obra; retrasos en la ejecución; defectos de diseño y/o construcción; problemas de abastecimiento con proveedores; incumplimiento de subcontratistas; problemas geológicos, accidentes laborales, dificultades en la obtención de licencias municipales, autorizaciones comunitarias, medio ambientales, entre otros.

De esa manera, el contratante asume mayores riesgos en el ejecución y conclusión de la obra, ya que es la parte que probablemente sufrirá algún tipo de incumplimiento de

[14] El Contrato de Obra -es aquel- en virtud del cual una de las partes se compromete a realizar una obra y la otra a pagar por esa obra un precio en dinero. Borda, G. A. (1962). *Tratado de derecho civil argentino*. Editorial Perrot

[15] https://contratosnecfidic.com

su contraparte. Por ello es válido pensar que, generalmente, en caso de conflicto en un contrato de obra, el contratante detentará la condición de demandante. [16]

Bajo estas premisas, el posible futuro demandante (contratante) tendrá mayor disposición para que sus pretensiones sean procesadas mediante la vía arbitral, la cual ofrece ventajas en cuanto a celeridad, ausencia de doble instancia [17], integridad, especialidad y experiencia de los árbitros, facilidades para la justicia cautelar y la ejecución del laudo, entre otros.

De esa manera, la posibilidad de que el contratista sea demandado por parte del contratante es mayor que en el caso inverso. Ergo, es fundamental considerar cuáles herramientas en la periferia del acuerdo arbitral serán más beneficiosas en función a la probabilidad de ser demandando o demandante.

El contratista (llamado a ser demandado) deberá considerar en primera instancia si el mismo mecanismo de arbitraje es adecuado para sus intereses ya que, en principio es la parte que administra mayores contingencias y por tanto es susceptible de incumplir plazos y condiciones de la obra de construcción.

En ese sentido, asumiendo que las pretensiones son reales y válidas, las ventajas del arbitraje son, fundamentalmente, para el demandante.

3.2 Alcance del convenio arbitral

En complemento a la gestión de riesgos preventivos analizada en el apartado anterior, la estrategia pre arbitral inicia en decidir sobre el alcance del convenio. Eso significa determinar si todas o algunas de las posibles controversias en un mismo contrato o relación jurídica deben ser resueltas a través del arbitraje.

Las partes tienen pleno derecho para excluir voluntariamente ciertas materias, en principio susceptibles de ser arbitrables, en función a sus intereses y necesidades. Esta posibilidad se diferencia de aquellas materias excluidas del arbitraje por imperio de la Ley. [18] La exclusión voluntaria es una herramienta contractual flexible, mientras que la exclusión legal es un límite absoluto.

Un negocio contractual puede estar constituido por una serie de elementos jurídicos y técnicos que, según las circunstancias, pueden ser llevados de forma diferenciada tanto a la vía judicial como a la arbitral.

Como ejemplo de esta distinción, en un contrato de construcción, las partes pueden acordar someter las disputas técnicas al arbitraje, pero las controversias sobre pagos a la vía judicial. Asimismo, en un contrato de construcción de una planta energética, se pueden reconocer que los aspectos regulatorios deben ser conocidos por la autoridad administrativa o por el juez, pero que los cálculos de capacidad y cumplimiento técnico sean resueltos por el árbitro.

Es evidente que estos acuerdos sobre diseñar una estrategia diferenciada de resolución de conflictos, tiene muchos beneficios tanto en la resolución de las controversias de fondo, como también en la optimización de tiempos y costos. Sin

---

[16] op. cit. Independientemente del grado de culpa de las partes o de la verificación de causales de fuerza mayor o caso fortuito, el riesgo del contratante está sujeto a mayores posibilidades que pueden generar incumplimientos por parte de sus obligaciones.

[17] En general el Arbitraje no admite recursos de apelación, salvo pacto de partes y conforme ciertas legislaciones. Tampoco son procedentes recursos de reposición o casación.

[18] Bajo el concepto que el arbitraje es esencialmente voluntario sobre bienes y derechos de libre disposición de las partes, de acuerdo con cada jurisdicción existen materias que no pueden ser sometidas al arbitraje. Las materias no arbitrables generalmente versan sobre funciones reservadas al Estado (impuestos, regulación sectorial, recursos públicos, etc.); asuntos que afectan al orden público (derecho penal, familiar, garantías constitucionales, como el debido proceso, etc.); acceso a servicios públicos, derechos fundamentales y de los consumidores, entre otros. Estas exclusiones normativas han sido diseñadas para garantizar que sea el mismo Estado el que ejerza jurisdicción directamente en función a los interese jurídicos protegidos.

embargo, también pueden ocasionar conflictos de competencia, bifurcación de vías y resoluciones con efectos contrapuestos al momento de su ejecución.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que las cláusulas arbitrales pueden redactarse bajo un alcance específico o general. Para limitar posibles conflictos sobre si un asunto cae bajo la cláusula arbitral o no, Welser y Molitoris (2012) sugieren que los convenios arbitrales deben ser redactados de la manera más amplia posible, ya que esta técnica puede prevenir la fragmentación de disputas entre distintos foros y evitar complicaciones adicionales cuando el contrato principal resulta ser inválido. [19]

Esta diferencia o gradualidad en el alcance del convenio arbitral se puede constatar en la notable diferencia de redacción de los modelos de convenio sugeridos por los mismos centros administradores de arbitraje, como ser la cláusula de la CCI: "*Todas las disputas que surjan de o en relación con el presente contrato* […]" [20]; la de LCIA: "Cualquier disputa que surja de o en relación con este contrato, incluyendo cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación […]" [21], y la de HKIAC: "*Cualquier disputa, controversia, diferencia o reclamación que surja de o en relación con este contrato, incluyendo su existencia, validez, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como cualquier disputa relativa a obligaciones no contractuales que surjan de o en relación con el mismo* […]" [22], entre otras. (traducciones propias de su versión original en inglés).

Bajo esos modelos puede observarse la intención de cubrir todos los aspectos vinculados a la relación comercial entre las partes, e incluso aquellas obligaciones no contractuales como en el caso de la cláusula de HKIAC. Sin embargo, la intención de los centros administradores no necesariamente es el mismo de las partes, las cuales deben observar las diferencias de alcance del convenio arbitral sugeridos por tales centros al momento de optar por una u otra versión en cautela de sus intereses.

En todo caso, el éxito estratégico dependerá ya sea de la elección de la cláusula modelo que mejor se alinee a los intereses protegidos, ya sea en la redacción de una cláusula propia, que generalmente es definitiva, pese a la posibilidad siempre abierta, de ser objeto de modificaciones o complementaciones, según acuerdo de partes.

Aunque es posible derivar ciertas pautas de la jurisprudencia, la determinación del alcance de las cláusulas arbitrales sigue siendo muchas veces complicada, en particular cuando no puede establecerse la intención de las partes.

El carácter amplio o restrictivo del convenio arbitral, así como la exclusión voluntaria de la materia arbitral son herramientas estratégicas y merecen un tratamiento acorde a las necesidades e intereses concretos.

---

[19] Welser, Irene / Molitoris, Susanne, *The Scope of Arbitration Clauses – Or "All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract …"*, p. 30.
https://es.scribd.com/document/283925855/Arbitration-Clauses

[20] "*All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules*." The International Chamber of Commerce, Standard ICC Arbitration Clause.
https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/arbitration-clause/

[21] "*Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause*." The London Court of International Arbitration Recommended Clauses, future disputes.
https://lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx

[22] "*Any dispute, controversy, difference or claim arising out of or relating to this contract, including the existence, validity, interpretation, performance, breach or termination thereof or any dispute regarding non-contractual obligations arising out of or relating to it shall be referred to and finally resolved by arbitration administered by the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) under the HKIAC Administered Arbitration Rules in force when the Notice of Arbitration is submitted*."
https://hkiac.org/arbitration/model-clauses/

3.3 Arbitraje administrado o ad hoc

La decisión de optar por un arbitraje institucional o por uno *ad hoc* (también denominado de amigables componedores o no administrado), puede obedecer a una serie de consideraciones en función a las posibilidades y necesidades de las partes, que se articulan de manera distinta en cada caso.

En términos generales, en el arbitraje institucional las partes encomiendan la administración del procedimiento a un centro especializado que inicia labores al recibir la solicitud de arbitraje hasta el momento de la emisión del laudo, conforme sus reglamentos.

Generalmente estas instituciones pertenecen a cámaras de comercio, colegios de profesionales, fundaciones o entidades civiles que ofrecen sus servicios a cambio de una remuneración predeterminada, siendo sus actividades reguladas por el Estado.

De esa manera, el incentivo general de los centros arbitrales es de promocionar el desarrollo del arbitraje (fuente de sus ingresos), por lo que sus reglamentos buscan optimizar las bondades del procedimiento arbitral, ofrecer la infraestructura adecuada y el personal especializado que permita un adecuado proceso de toma de decisiones por parte del árbitro.

Sobre la elección del arbitraje administrado es importante considerar al menos estos elementos básicos. [23]

a) **Reglamento.** Los centros cuentan con reglamentos especialmente diseñados para buscar la eficiencia y eficacia del arbitraje. Permiten el desarrollo de este sin necesidad de mayores acuerdos entre las partes, incluso en caso de rebeldía o no comparecencia. El reglamento de arbitraje se incorpora de forma automática y se aplica obligatoriamente aún en caso de que una de las partes sea renuente a someterse al procedimiento, permitiendo la designación de árbitros y la prosecución de actuados hasta la emisión de laudo.

b) **Órgano institucional permanente**. Existe una institución que no es itinerante, funciona de forma continua y está disponible a las partes, a las autoridades y al público en general, ofreciendo servicios durante días y horas hábiles. La infraestructura de los centros arbitrales es adecuada para llevar a cabo audiencias físicas y virtuales, acoger al personal necesario y llevar a cabo el archivo ordenado y seguro de los expedientes, incluyendo la generalmente copiosa cantidad de prueba de cada caso.

   Asimismo, los centros tienen espacios físicos, equipos y tecnología destinados especialmente para la prosecución de causas arbitrales.

   Adicionalmente al aspecto físico, existe una memoria institucional, una razón social, prestigio y *know how* que sin duda forman parte de los activos intangibles de la institucionalidad.

c) **Administración**. Los centros adquieren una serie de obligaciones contractuales para brindar un servicio especializado en la gestión y administración de los procedimientos arbitrales a favor de las partes, las cuales retribuyen tales servicios conforme tasas fijadas al efecto.

   Con el fin de llevar a cabo ese servicio especializado, los centros cuentan, o deberían hacerlo, con personal especialmente capacitado para brindar los servicios ofrecidos, lo cual debería incluir las actuaciones operativas, como ser,

[23] Corte Española de Arbitraje.
https://cearbitraje.com/es/blog/arbitraje-institucional-y-ad hoc-en-que-se-diferencian

las notificaciones, resguardo del archivo, computo de plazos, y logística para las audiencias y otros actuados; tanto, para cumplir la teleología apuntada a la eficiencia, celeridad, privacidad y especialidad en la administración de justicia arbitral; tanto para cumplir las necesidades y objetivos expresados por la voluntad de las partes.

Adicionalmente, algunos centros brindan servicios adicionales, como ser el escrutinio previo del laudo, mediante el cual se generan sugerencias de forma al texto del laudo, antes de que el mismo sea notificado a las partes. Otro servicio muy popular en la última década y media comprende la justicia cautelar gestionada por el mismo centro, a través del "árbitro de emergencia".

d) **Costo.** La consideración de los costos en el arbitraje difiere substancialmente en función su carácter nacional, internacional o de inversiones.

Las costas relacionadas al pago de abogados, peritos, expertos no difieren en función a si el arbitraje es llevado a cabo por un centro. La diferencia radica en el arancel que se debe pagar al Centro, mismo que es generalmente muy parecido a los honorarios del tribunal arbitral en su conjunto.

Prima facie evitar el arancel del Centro puede significar un considerable ahorro, sin embargo, en los arbitrajes *ad hoc* también se hace necesario generar apoyo administrativo y contratar ciertos servicios o infraestructura para llevar a cabo notificaciones, gestión de pruebas y del expediente, llevar la correspondencia, entre otros, que requieren un gasto.

e) **Tiempo**. Dependiendo del caso un arbitraje internacional administrado puede tomar mayor tiempo en función a la recarga procesal y los diferentes actos adicionales.

En cuanto al arbitraje *ad hoc*, pueden considerarse los siguientes asuntos:

a) **Libertad de adaptación**. A diferencia del arbitraje administrado, una gran ventaja del *ad hoc* es la posibilidad de adaptar el procedimiento a las necesidades de las partes y las particularidades de la controversia concreta. [24]

Evidentemente, el factor de la experiencia de los actores intervinientes, así como la voluntad de cooperación mutua son indispensables para que este sistema sea funcional y efectivo, en esto los asesores legales desempeñan un papel fundamental ya que deben guiar a las partes para consolidar acuerdos sobre la misma estructura procedimental sobre la cual se tendrá que desarrollar la discusión de fondo, en el marco, probablemente, de una disputa ya declarada.

Fernández Rozas destaca el éxito del arbitraje *ad hoc* en la comunidad marítima, y estima que el 80% de sus litigios son resueltos bajo esa modalidad, bajo los términos de la *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA). Los resultados muestran una notable disminución de trámites, burocracia y erogaciones dinerarias, con arbitrajes extremadamente rápidos, en los cuales los árbitros gozan de facultades amplias que facilitan su notable éxito. [25]

[24] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *La Dualidad Arbitraje Administrado / Arbitraje Ad Hoc en las Controversias Internacionales: Variables y Utilidades*, Anuario de Arbitraje, 2024, pp. 321-421. https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2026/02/ANUARIO-2024-Capitulo-12-FERNANDEZ-ROZAS.pdf
[25] FERNÁNDEZ ROZAS, Op. Cit., p. 332.

b) **Elección de normas.** Evidentemente, las partes pueden acogerse a cualquier reglamento arbitral, sin necesidad de recurrir al centro administrador. Una de las opciones más conocidas es el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). [26]

En caso de no acogerse a un reglamento, se debe negociar un acuerdo sobre el procedimiento, lo cual requiere, como mínimo, la elección de la sede, la ley aplicable, los árbitros o su método de nombramiento, la producción de prueba, plazos para las audiencias y la emisión del laudo, entre otros. Incluyendo, además un asunto administrativo no menor, relacionado al pago de honorarios a los árbitros, secretario, peritos y otros.

En este sentido, es recomendable que las partes pacten previamente un conjunto de reglas básicas, a fin de evitar dilaciones y dificultades propias de este tipo de procedimientos.

Nuevamente, la experiencia y el sentido de cooperación son evidentemente imprescindibles para obtener un procedimiento arbitral "hecho a medida" que pueda satisfacer las necesidades e intereses de los intervinientes.

c) Flexibilidad. Una clara ventaja del arbitraje *ad hoc* es la mayor flexibilidad que tienen las partes al momento de generar o adecuar el procedimiento a sus necesidades específicas. No obstante, para acceder a este beneficio las partes deben estar en condiciones de colaborar y pactar entre ambas, cosa que es difícil cuando el pleito ha comenzado.

d) Costo. Correctamente estructurado, el arbitraje *ad hoc* debería ser menos costoso que el arbitraje institucional y, por lo tanto, más adecuado para demandas de menor cuantía y partes con menos recursos. El arbitraje *ad hoc* impone una mayor carga operativa sobre el árbitro, y en menor medida a las partes, para organizar y administrar el arbitraje de manera eficaz.

e) Carga administrativa no institucional. Debido a la ausencia de reglamentos institucionales y personal especializado, los árbitros y las partes deben asumir una labor más directa en los asuntos administrativos, lo cual puede ser adecuadamente gestionado en función a la experiencia de los actores. Caso contrario, pude constituirse en un aspecto notablemente desventajoso.

f) Una clara desventaja de la práctica *ad hoc* reside en que su eficacia puede depender de la voluntad de las partes para acordar los procedimientos en un momento en el que ya están en disputa. La falta de cooperación de una o ambas partes para facilitar el arbitraje puede dar lugar a un gasto indebido de tiempo para resolver las cuestiones suscitadas. El ahorro contemplado por el uso del proceso arbitral *ad hoc* puede ser algo ilusorio si los retrasos precipitados por una parte recalcitrante hacen necesario recurrir repetidamente a los tribunales (juez de apoyo) en el curso del procedimiento. [27]

3.4 Arbitraje en Derecho o ex aequo et bono

La Ley Modelo [28] determina que el árbitro decidirá en equidad o amigable componedor tan sólo si las partes así lo pactan. Asimismo, en su Nota explicativa entiende que en este tipo de arbitraje el árbitro dirime el litigio fundándose en

[26] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2011). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)*. Naciones Unidas
[27] FERNÁNDEZ ROZAS, Op. Cit., p. 333.
[28] "*El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.*" Art. 28, núm. 3), Ley Modelo.

principios que estime equitativos, sin tener que remitirse a un régimen jurídico determinado. [29]

La mayor parte de los reglamentos de los Centros de Arbitraje internacional asumen la misma posición de la Ley Modelo al establecer la aplicación preferente del arbitraje en Derecho, salvo acuerdo en contrario de las partes. Tal es el caso de los reglamentos de arbitraje de la CCI [30], del CIAM-CIAR [31], de la CCL [32] y el HKIAC [33], entre muchos otros.

Asimismo, la generalidad de las legislaciones asume esa práctica, tal es el caso de la boliviana, peruana, española, argentina, entre otras.

Este tipo de arbitraje, entonces, permite que la disputa verse en sí, sobre la esencia del litigio y no sobre las disquisiciones legales al respecto. De esa manera el árbitro puede ser alguien con una formación específicamente relacionada al asunto en disputa, y no necesariamente en la ciencia jurídica.

Resulta claro que fallar *ex aequo et bono* involucra un mayor grado de subjetividad, frente a la aplicación fría de la norma, que sin bien es susceptible de interpretación, es en su aplicación más objetiva. Si bien aquellos indeterminados principios equitativos son producto de las condiciones de cada árbitro, su esencia se separa de lo que es considerado justo o igual, ya que el equitativo no significa "partir el bebé por la mitad". [34]

De esa manera se deberá prestar atención a la materia, la buena fe, la intención de las partes y la naturaleza misma de la interacción entre ellas bajo un marco de consideraciones equitativas.

Si bien el espíritu de la Ley Modelo no es regular el arbitraje en equidad (de hecho, es citado tan solo una vez), se hace referencia al mismo para indicar a las partes la conveniencia de circunscribir su alcance en el acuerdo de arbitraje y de otorgar atribuciones precisas al respecto al tribunal arbitral.

Complementando el análisis del arbitraje en equidad, la Ley Modelo también aclara que, en todos los casos en que el litigio guarde relación con un contrato (incluido el arbitraje *ex aequo et bono*), el árbitro decidirá en función a lo pactado entre las partes, incluyendo los usos mercantiles aplicables. [35]

En todo caso, cada parte debe analizar la conveniencia de pactar un arbitraje *ex aequo et bono*, en función a la naturaleza de su relación jurídica y de la necesidad de flexibilizar o adecuar a medida el procedimiento arbitral. En todo caso, la Ley Modelo como la generalidad de los ordenamientos, aplicarán por defecto el arbitraje en derecho.

---

[29] Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, (Nota Explicativa) p. 37.

[30] "*El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá ex aequo et bono únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes*." Art. 22, núm. 3, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 2026, vigente desde el 1 de junio de 2026 (Reglamento CCI 2026).

[31] "*Los árbitros sólo resolverán en equidad si así lo hubiesen convenido expresamente las partes*". Art. 29, núm. 2, Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Centro Iberoamericano de Arbitraje, vigente desde el 1 de enero de 2024, (Reglamento CIAM-CIAR 2024).

[32] "*El Tribunal Arbitral decide la controversia en equidad únicamente si las partes lo han pactado de manera expresa*." Art. 21, núm. 3, Reglamento de Arbitraje 2017 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con modificaciones vigentes desde el 1 de diciembre de 2025.

[33] "*The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly agreed that the arbitral tribunal should do so*." Art. 36, núm. 36.2, Administered Arbitration Rules 2024. Hong Kong International Arbitration Centre.

[34] "partir el bebé por la mitad" obedece a una equivocada interpretación del versículo bíblico en el cual Salomón amenaza a dos mujeres que reclaman la maternidad del recién nacido, ya que la verdadera intención era descubrir a la madre verdadera y no así darle la mitad del niño a cada una.

[35] Nota Explicativa, Idem.

3.5 Escalonamiento.

"*Antes de incorporar a un contrato un modelo de cláusula escalonada es muy importante pensar realmente si responde al interés de las partes un procedimiento escalonado y, en caso afirmativo, tomar extremo cuidado en su redacción para evitar o mitigar potenciales problemas*." [36]

En efecto, cada vez es más común que las partes determinen etapas o condiciones previas a la activación del arbitraje, ya sea para reducir recursos monetarios o de tiempo, ya sea para preservar sus relaciones comerciales. Sin embargo, estas etapas pueden ocasionar una serie de inconvenientes, que a la postre, postergan innecesariamente la solución eficiente de controversias.

En la práctica cotidiana se pactan diferentes opciones para evitar el arbitraje, el cual, no obstante, sus beneficios frente a la via judicial, no deja de ser un sistema adversarial y heterocompositivo, mismo que posee sus propias complicaciones y externalidades, que pueden incluir discusiones previas a la constitución del tribunal ocasionadas por la interpretación y ejecución del escalonamiento.

Generalmente, las opciones autocompositivas se plantean en opciones de negociación, conciliación, *dispute boards,* o la intervención de un tercero colaborador, como un mediador o un perito experto.

Si bien este mecanismo de escalonamiento puede llegar a ser muy útil, no es menos cierto que su inclusión puede generar controversia, retrasos y en su caso, excepciones de incompetencia o jurisdicción.

Skye L. Chen plantea que la problemática sobre las cláusulas arbitrales escalonadas se resume en tres asuntos críticos. [37]

Primero, la dilucidación sobre si el incumplimiento de una cláusula escalonada afecta la jurisdicción o únicamente la admisibilidad, y las consecuencias prácticas de esta distinción.

Segundo, las consideraciones que aplican los árbitros y centros para determinar si tales cláusulas son de carácter obligatorio o meramente opcional o directivo.

Tercero, aplicabilidad de la excepción de inutilidad (*futility exception*), cuando el árbitro excusa el cumplimiento de una etapa previamente acordada (i.e. negociación) al verificar que cumplirla sería inútil, imposible o carente de sentido práctico.

Considero que gran parte de los conflictos mencionados por Chen pueden superarse mediante una estrategia adecuada, la cual se concreta en conocer y abordar la problemática con una redacción precisa.

Sobre un examen concreto de ciertos casos administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Jiménez plantea que existe una llamativa consistencia en el razonamiento de los respectivos árbitros. [38] Indica, por un lado, que los mismos fundaron su análisis en función al examen de las palabras empleadas. De esa manera, los términos "podrán" o "no obstante", así como la vaguedad en la redacción del

---

[36] https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas

[37] CHEN, S. L. (2025), *A Comparative Analysis of the Enforcement of Multi-tier Dispute Resolution Clauses*, The American Review of International Arbitration, Columbia Law School. https://aria.law.columbia.edu/a-comparative-analysis-of-the-enforcement-of-multi-tier-dispute-resolution-clauses/?cn-reloaded=1

[38] JIMÉNEZ, D. (2003), *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration*. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 11/No. 1, p. 72.

escalonamiento les permitieron concluir que las partes deseaban obligarse tan solo al arbitraje y no así a otros mecanismos amigables de solución de controversias. [39]

Por otro lado, los árbitros han considerado que en los casos en que se emplean palabras que expresan obligación, el escalonamiento es necesariamente vinculante para las partes. De esa manera, por ejemplo, el uso de la palabra "deberán" exige que las partes busquen primero una solución amistosa, conforme lo redactado en su cláusula arbitral. [40]

De esa manera, en los casos en que los árbitros determinaron que cumplir las etapas previas era obligatorio, antes de asumir jurisdicción realizaron un análisis fáctico para determinar si se habían hecho esfuerzos adecuados para cumplir tal obligación.

En la práctica he podido además constatar ciertos asuntos controvertidos con relación a las cláusulas multinivel:

a) Alcance de la terminología. La palabra conciliación detenta un sentido jurídico preciso como un medio alterno de solución de controversias normado por Ley y administrado por un centro. Asimismo, tiene un significado procesal como una forma de evitar o terminar un proceso judicial. Finalmente, posee un significado coloquial que puede ser confundido como una especie de negociación.

b) Plazos. La ausencia de plazos en las etapas previas al arbitraje puede generar vacíos y retrasos con la admisión de solicitudes o aceptación de competencia por parte del árbitro. Es necesario limitar en el tiempo y ofrecer formas objetivas para medir el inicio y conclusión de opciones amigables de solución de controversias.

3.6. La designación del árbitro

"*El árbitro se desenvuelve en el mundo de la conflictividad, la ciencia técnica, la axiología y la ética, entre otros asuntos, pero siempre en consonancia con la pléyade de las reglas del Derecho. El árbitro tiene la responsabilidad de dirigir el arbitraje a su cargo, en función a las reglas procedimentales escogidas (i.e. el calendario procesal) y de todas aquellas normas que sean aplicables, garantizando el respeto de los derechos de las partes, la justicia en el procedimiento arbitral, la igualdad de armas y el libre ejercicio del derecho a la defensa de las partes*." [41]

La decisión de renunciar a la vía judicial y optar por la arbitral permite, como una de las grandes prerrogativas de las partes, designar individual o conjuntamente al árbitro (sea de parte, sea al presidente del tribunal o al árbitro único), así como otros aspectos circundantes al mismo.

La comunidad arbitral coincide que un arbitraje es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen. [42] La elección del árbitro es el primer gran servicio legal de

---

[39] "*Arbitrators have found that where the wording of the dispute resolution clause makes the use of ADR optional, a party is entitled to submit a request for arbitration whenever it wishes. The words 'may' - as used in the arbitration clause in case 10256 - and 'however' - as used in the arbitration clause in case 4229 - leave no doubt that the parties wished to be bound only by the obligation to submit their disputes to arbitration, the second option contemplated in the clause. Vagueness in the wording of clauses has also led arbitral tribunals to decide that parties did not wish to be forced into amicable settlement*." Op. Cit.

[40] "*On the other hand, when a word expressing obligation is used in connection with amicable dispute resolution techniques, arbitrators have found that this makes the provision binding upon the parties. This is illustrated in case 9984, where the word 'shall' requires the parties first to seek an amicable solution*." Op. Cit.

[41] LAZO DE LA VEGA, M. (2026): "*¿Es el árbitro un juez, un prestador de servicios o un mandatario?*", Publicación Editorial UPC (en proceso de publicación), Lima.

[42] Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. Profesor de Arbitraje y Teoría del Derecho, Universidad Iberoamericana.

los asesores jurídicos. Gonzáles de Cossio entiende que esta designación es "[…] uno de los pasos estratégicos más determinativos del éxito de un procedimiento arbitral". [43]

De acuerdo con la Ley Modelo, junto a la gran generalidad de las legislaciones y reglamentos internacionales que la siguen, las condiciones que deben cumplir los árbitros son básicamente tres: las establecidas por acuerdo de partes, su independencia e imparcialidad. [44]

Más aún, los árbitros detentan la obligación de revelar si tales condiciones no se cumplen, ya sea antes o durante el desarrollo del procedimiento arbitral. [45]

De esa manera, la designación de árbitros no solo es fundamental, sino que, además, depende enteramente de las partes, salvo el incumplimiento de las condiciones referidas, que pueden ser reveladas por el árbitro designado o que pueden ser objeto de una recusación por la otra parte.

En todo caso, la mecánica del nombramiento es sencilla ya que, solamente debe ser anunciada dentro el plazo determinado al efecto. La regla básica es la libertad de las partes en su designación, aspecto contrario a la rigidez en la asignación aleatoria de jueces en la vía judicial.

Esta designación puede constar de forma directa en la cláusula o convenio arbitral, puede ser acordada en forma posterior, o puede ser delegada a un tercero o al mismo centro administrador. Se pude seleccionar conjuntamente a un árbitro único, o un tribunal compuesto por más árbitros.

La estrategia en la designación del árbitro no se circunscribe a la elección de un nombre, sino al conjunto de opciones que le acompañan, que a modo de ejemplo se pueden detallar en: el número de árbitros, la nacionalidad, el procedimiento de su nombramiento, cualificaciones especiales (requisitos o condiciones), procedimiento de recusación, entre otras. [46]

Ahora bien, el *quid* de la cuestión reside en qué aspectos deben revisarse con relación al árbitro para finalmente tomar la decisión.

Pese a la obviedad, no es ocioso repetir que el nombramiento del árbitro no significa asegurar un resultado o una decisión a favor de quien lo designa. Pero efectivamente, hay una batería de cuestiones que deben ser analizadas para obtener una adecuada elección.

Las cualidades del árbitro ideal son varias, complejas y en cierta medida subjetivas. Sin embargo, deberían incluir al menos las siguientes: i) intachable reputación moral y ética, acorde con la confianza indispensable que deben tener las partes; ii) especialización y sólido conocimiento de la ciencia del conocimiento objeto de su decisión (como ser derecho, ingeniería, finanzas, etc.), que se sustente en actualización permanente; iii) trayectoria reconocida en el campo arbitral que permita extraer ganancias de su experiencia concreta en procedimientos arbitrales y sus particularidades; iv) formación académica adecuada que cubra diferentes grados universitarios, participación en eventos que permitan su actualización constante,

---

[43] GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2002): Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros, JURÍDICA, número 32, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, p. 1.

[44] "[…] *Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial*. […]". Art. 11, 5), Ley Modelo.

[45] "*Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro revelará sin demora a las partes y a los demás árbitros tales circunstancias, salvo que ya les hubiere informado al respecto.*" Art. 11, Reglamento de Arbitraje CNUDMI.

[46] V. Arts. 7, 10, 11.2, 12.2, 13.1. Ley Modelo.

docencia y producción intelectual; v) personalidad firme, madurez y seguridad que fortalezcan sus cualidades y le permitan proyectarlas con autoridad ante los coárbitros, autoridades y otros participantes.

Una forma de ver el tema consiste también en distinguir los grandes grupos de árbitros que pueden encontrarse en la práctica del arbitraje.

Gonzalez de Cossío indica acertadamente que entre los factores que deben analizarse al momento de elegir un árbitro se encuentran algunos que lejos de poderse diferenciar entre blancos y negros, más bien son grises, "y algunos con matices diferentes de gris": (i) relaciones de negocios pasadas con una parte y sus representantes; (ii) relaciones familiares endebles con una de las partes y sus representantes; (iii) amistad con una de las partes y sus representantes; (iv) afiliaciones entre despachos; (v) compartir oficinas entre abogados no-asociados entre ellos; y (vi) servicios en otros arbitrajes.

Una práctica penosamente extendida en algunos entornos arbitrales endebles es la existencia de consorcios ocultos que encubren vínculos contrarios a la ética profesional, mediante los cuales determinados estudios jurídicos patrocinantes designan de manera reiterada a ciertos árbitros.

Al respecto, la práctica arbitral permite identificar muy claramente ciertos impostores que fungen como árbitros, sin cumplir verdaderamente, la función y misión que deberían detentar: a) *Pusilánime*. Es el que no aporta al debate y deja que los otros árbitros decidan debido a su falta de conocimiento o de carácter; b) *Empresario*. Toda la concepción del arbitraje es un negocio completo. Entiende que la venta consiste en ser nombrado abogado o árbitro solo por fines lucrativos, su postulación como árbitro es tan solo una inversión para su estudio jurídico / empresa; c) *Free rider*. No tiene experiencia o no conoce el tema, y acepta sin discusión el trabajo de los otros bajo una máscara de empatía y pasiva amistad; d) *Ególatra*. Consumido por sus propios complejos y apegado tan solo a su auto valoración. Se considera un ser superior y dueño de la verdad, en desmedro de la voluntad de las partes, la norma y la finalidad de la jurisdicción arbitral; e) *Partisano/corrupto/comprado*. Busca un resultado en función a una de las partes y tiene interés económico y personal en el resultado. Es una vergüenza para el Derecho, la sociedad y el arbitraje. [47]

3.7 La sede

La elección de la sede detenta un desafío estratégico gravitante para las partes. Su relevancia radica en al menos tres aspectos generales: define la *lex arbitrii* o *lex fori,* la nacionalidad del laudo y la jurisdicción de los magistrados y jueces encargados del control de legalidad recursiva del laudo, de su constitucionalidad, así como acciones de auxilio para el cumplimiento de resoluciones y la ejecución del laudo.

La sede representa esencialmente el vínculo jurídico entre el arbitraje y el Estado donde ésta se ha designado. [48] Si bien la sede no define la existencia misma del arbitraje, sí determina el entorno jurídico donde se inserta.

En efecto, como explica I. Harrison, cuando las partes pactan una ciudad como sede lo hacen presuponiendo que el Estado donde se encuentra ofrece un nivel mínimo de seguridad jurídica, independencia judicial y respeto razonable al arbitraje. [49]

En el plano del arbitraje internacional, recuerda Pérez Llorca, las partes pueden encontrar un foro neutral, en el sentido de evitar un litigio en el Estado de la

[47] LAZO DE LA VEGA, M. (2026), Op cit.
[48] CAIVANO, R. (2017), *La Sede del Arbitraje*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia "El Derecho".
[49] HARRISON, I. (2025), *El Traslado de la Sede en el Arbitraje Internacional*, Artículo Linked-In https://www.linkedin.com/pulse/el-traslado-de-la-sede-en-arbitraje-internacional-ivan-harrison-nkc0f/

contraparte. En ese sentido, dice, el arbitraje no responde a una elección, sino a una auténtica necesidad. [50]

Cada arbitraje solo puede tener una sede, ya que obedece al monopolio de la jurisdicción estatal fijada como domicilio del arbitraje. La sede define lo que tiene que ver con las normas de orden público, por ello no pude cambiarse, salvo circunstancias excepcionales. [51]

De esa manera, Freitas Cabanillas nos recuerda los alcances de la sede en función a la jurisdicción del arbitraje (*lex arbitri*) que a su vez define la normativa de orden público que gobierna los siguientes aspectos principales: i) la forma y validez del convenio arbitral; ii) la determinación de la arbitrabilidad del conflicto; iii) el nombramiento de árbitros y las causales se recusación; iv) el alcance del *Kompetenz-Kompetenz*; v) el debido proceso, la igualdad de armas y de trato a las partes; vi) las facultades para emitir y ejecutar medidas cautelares; vii) el auxilio judicial; viii) la conducción de audiencias y producción de pruebas; ix) la forma y validez del laudo; x) los recursos contra el laudo. [52]

Como puede observarse, el someterse al arbitraje no implica una ruptura definitiva con los tribunales de justicia estatales, los cuales juegan un rol decisivo antes, durante y después de acabado el procedimiento arbitral. Estas implicaciones, efectos y condicionamientos hacen de la elección de la sede un asunto ciertamente muy estratégico.

Un ejemplo tan sencillo como práctico, involucra elegir una sede en la cual el futuro demandado de arbitraje (i.e. el contratista) tenga presencia comercial y patrimonial, para poder agilizar medidas cautelares sobre sus activos de forma más directa, rápida y eficiente.

En los arbitrajes internacionales la sede merece un entendimiento y aplicación muy particular. Siendo tan importante su rol en el procedimiento, no debe ser algo dejado a elección por parte de la contraparte, del árbitro o de los centros administradores. [53]

Francis Mann se refiere a la elección de la sede como algo no fortuito, sino más bien en función a buenas y bien entendidas razones y propósitos. [54] La sede se fija generalmente donde ninguna de las partes tiene su domicilio comercial. No es fijada por su infraestructura hotelera o agradables lugares, pero esencialmente por la confianza de las partes en la neutralidad del fórum, la calidad del ordenamiento jurídico, y la competencia de abogados, árbitros y jueces. [55]

El instituto de la sede representa el domicilio legal del arbitraje, no así a un lugar físico donde se celebran audiencias o reuniones, sino el conjunto de normas de orden público aplicables al caso.

En términos de derecho internacional privado, es el lugar donde se efectúan las operaciones materiales del arbitraje, como la firma del laudo o la práctica de prueba.

---

[50] CABRERA GONZÁLEZ, G., *La Sede del Arbitraje como Vínculo Jurídico entre un Procedimiento Arbitral y una Jurisdicción*, Biblioteca de Arbitraje, p. 45.
https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2022/02/la-sede-del-arbitraje-como-vinculo-juridico.pdf
[51] HARRISON, I. (2025), Op. Cit.
[52] ANDRÉS FREITAS, R., *La Importancia de la Lex Arbitri en el Arbitraje Internacional*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
https://www.arbitrajeccl.com.pe/la-importancia-de-la-lex-arbitri-en-el-arbitraje-internacional/
[53] "*Si las partes no hubieran acordado la sede del arbitraje, ésta será fijada por la Corte*." Art. 19, núm. 1, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional 2026, vigente desde el 1 de junio de 2026 (Reglamento de Arbitraje CCI 2026).
[54] MANN, F.A. (1967), *Lex Facit Arbitrum*, in International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke (ed. Pieter Sanders), The Hague, Martinus Nijhoff, p. 163.
[55] LEURENT (1996), 12 Arbitration International, pp. 269, 272.

La sede tiene efectos antes, durante y después del arbitraje:

- Antes del arbitraje puede ser determinante para la resolución de ciertas excepciones previas y resolver asuntos relacionados a la validez del convenio arbitral.
- Durante el procedimiento la sede determina el auxilio judicial (nombramiento de árbitros, producción de prueba, medidas cautelares, etc.
- Después del arbitraje la sede determina el ordenamiento jurídico por el cual se podrá ejecutar las disposiciones del Laudo, plantear recursos de aclaración y enmienda y nulidad; así como también interponer acciones constitucionales, e incluso recursos de apelación, según ciertas jurisdicciones.

Consiguientemente, la sede determina de forma fundamental y decisiva aspectos trascendentales del arbitraje.

3.8 La ley aplicable al fondo

Así como las normas procedimentales dependen por defecto de la voluntad de las partes, en los arbitrajes internacionales la elección de la ley de fondo o ley sustancial también es objeto, en principio, del acuerdo entre las partes.

En esa línea, la Ley Modelo [56] establece que el árbitro decidirá el fondo de la controversia conforme a las normas de derecho elegidas por los litigantes, conocidas como *lex contractus*. Como regla general, y para evitar problemas de aplicación o reenvío de normas, la Ley Modelo plantea además que toda referencia al ordenamiento jurídico de un Estado especifico debe entenderse como referida a su derecho sustantivo, salvo pacto en contrario.

Bajo el referido criterio de la Ley Modelo, y en función a los principios de celeridad, economía y eficiencia esta regla es también asumida por gran parte de los Reglamentos de las instituciones internacionales administradoras de arbitrajes, como ser el de la CCI [57], el de la LCIA [58] y el de la HKIAC [59], por mencionar algunos.

La ley aplicable al contrato principal es la materia prima sobre la cual deben dilucidarse las pretensiones de fondo de las partes, es el derecho sustantivo que rige el fondo de la controversia.

Consecuentemente, la *lex contractus* regula además la existencia, validez e interpretación del contrato principal. Asimismo, *esta ley t*ambién se aplica, salvo excepciones, a las reclamaciones no contractuales relacionadas con el contrato principal, como ser, las demandas sobre responsabilidad civil extracontractual. [60]

---

[56] "*El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes*." Art. 28, párr. 1), Ley Modelo.

[57] "*Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas*.", Art. 22, núm. 1, Reglamento CCI 2026.

[58] "*The Arbitral Tribunal shall decide the parties' dispute in accordance with the law(s) or rules of law chosen by the parties as applicable to the merits of their dispute. If and to the extent that the Arbitral Tribunal decides that the parties have made no such choice, the Arbitral Tribunal shall apply the law(s) or rules of law which it considers appropriate*." Art. 22.3 LCIA Arbitration Rules 2020.

[59] "*The arbitral tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the rules of law agreed upon by the parties. Any designation of the law or legal system of a given jurisdiction shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that jurisdiction and not to its conflict of laws rules. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate*." Art. 36.1, 2024 HKIAC Administered Arbitration Rules.

[60] MANRIQUE DE LARA, S. (2025), What Should Be the Applicable Law to Arbitration Agreements? The American Review of International Arbitration, Columbia Law School. Center for International Commercial and Investment Arbitration.
https://aria.law.columbia.edu/what-should-be-the-applicable-law-to-arbitration-agreements/

Es por esa razón que una expresa e inequívoca definición sobre la ley del contrato permite evitar la problemática de interpretación sobre las normas de conflicto de leyes que cada ordenamiento jurídico pueda plantear.

Adicionalmente, resulta importante destacar la diferencia funcional con la ley que rige el arbitraje (*lex arbitri*), pues es esta —y no la *lex contractus*— la que regula la existencia, validez e interpretación del convenio arbitral, así como el conjunto de normas procedimentales destinadas a la conducción del arbitraje internacional.

La elección de la ley aplicable al fondo de la controversia es por defecto comprehensiva al conjunto de las disposiciones conexas del mismo ordenamiento jurídico, salvo pacto en contrario. Por ejemplo, si las partes eligen al Código de Comercio boliviano como ley sustantiva, el árbitro debe aplicar las normas sustantivas conexas, como ser el Código Civil boliviano, en la medida que sea necesario para resolver la controversia.

En apoyo a la norma sustantiva, las partes también pueden elegir un conjunto de normas, principios o directrices, conocidas como *soft law* (por carecer de fuerza obligatoria estatal, como el *hard law*), que no tienen carácter vinculante formal como una ley o un tratado, pero detentan utilidad práctica y doctrinal en los arbitrajes internacionales. [61]

En consideración a la importancia de la elección de la norma sustantiva sobre la cual se decidirá la controversia, las partes deben ser estratégicamente cuidadosas para solicitar o acordar la norma que deba aplicarse a tal fin.

Por lo general, la norma del contrato tiende a ser la que corresponde al Estado donde se ejecuta el contrato, pero esto no necesariamente ocurre, ya sea por voluntad de las partes, ya sea por una decisión del árbitro, según el caso.

En todo caso, la elección de la ley sustantiva debería formar parte de la estrategia arbitral de las partes de manera proactiva. Adicionalmente, en los negocios transfronterizos debe también considerarse la implicancia que tiene la interacción de culturas o sistemas jurídicos diversos, que muchas veces involucra una activa interacción con letrados, peritos y árbitros formados en diferentes tradiciones jurídicas, con las diferencias consecuentes en la metodología, la interpretación, el concepto y la terminología que influyen decisivamente en la aplicación de institutos jurídicos. [62]

Con ese desafío en frente, los criterios para la elección o negociación de la ley aplicable al fondo de la controversia están generalmente encaminados a obtener los siguientes beneficios: i) correlación práctica y funcional entre la norma sustantiva y la realidad material de la relación jurídica; ii) certeza comercial en cuanto a la obtención de una legislación familiar a la práctica conocida; iii) obtención de una mejor protección de la posición comercial concreta.

A falta de esa elección, que por cierto puede ser expresa o tácita, deberá aplicarse lo que determine la ley de arbitraje (fijada por la sede) o, en su caso, el árbitro, según sea establecido en las leyes o reglamentos aplicables.

Incluso en este último caso, sobre la elección de la ley aplicable por parte del árbitro, también existen una serie de consideraciones estratégicas que deben ser tomadas en cuenta, de forma previa, por ejemplo, al momento de elegir, en el marco de un

[61] Algunos ejemplos de *soft law* aplicables al arbitraje internacional incluyen los siguientes documentos: IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020); IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014); UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016); ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration (2021); CIArb Practice Guidelines; UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996); entre otros.

[62] Entre la tradición jurídica anglosajona y la romana germánica existen diferencias considerables al tratar los institutos de *torts* y de daños y perjuicios, respectivamente.

arbitraje internacional administrado, la institución administradora por cuyo reglamento el árbitro se verá compelido a elegir la ley aplicable.

En efecto, la redacción y las palabras específicas son la fuente de la generación de obligaciones genéricas o específicas para el árbitro. En ese sentido, por ejemplo, existe una diferencia notable entre el reglamento de arbitraje de la CCI y el de la CNUDMI. De esa manera, la CCI [63] requiere simplemente que el árbitro "tome en cuenta" las disposiciones contractuales entre las partes, mientras la Ley Modelo [64] y el Reglamento CNUDMI exigen al árbitro "decidir de conformidad con" las referidas disposiciones. De esa manera, la redacción de la CCI es más flexible, mientras que la de la CNUDMI enfatiza la fuerza obligatoria del contrato con relación a los árbitros.

En general, la participación estratégica de las partes es necesaria ya que inclusive su silencio en ciertas materias de arbitraje internacional, pueden generar diversas consecuencias en función a otros elementos vinculados y que forman parte del sistema de este medio de solución de controversias.

IV. CONCLUSIONES

En atención al relevante desarrollo del arbitraje internacional, el análisis de sus implicancias, así como la posterior negociación y redacción del convenio arbitral, deben abordarse mediante una estrategia cuidadosamente diseñada en función de los intereses y necesidades de cada parte.

Si bien los distintos componentes del convenio arbitral no suelen ocupar un lugar prioritario al momento de definir las condiciones contractuales de un negocio jurídico, su relevancia resulta extraordinaria y decisiva cuando finalmente surge el conflicto.

Una adecuada negociación y redacción del convenio arbitral generan un considerable apalancamiento en los beneficios, tanto en lo substancial como en lo adjetivo que componen al arbitraje internacional, entre los cuales destacan:

a) Obtención de una mejor protección de la posición comercial concreta.
b) Obtención de ventajas procedimentales según la posición e interés de cada parte.
c) Incremento de la predictibilidad de herramientas legales durante y después del arbitraje.
d) Elección adecuada de la sede en función a los beneficios concretos en cuanto al apoyo judicial, la justicia cautelar y el destino recursivo del laudo.
e) Eliminación o disminución de posibles litigios múltiples en diferentes jurisdicciones estatales.
f) Ahorro en tiempo y dinero.
g) Incremento de posibilidades para una eficiente y efectiva ejecución del laudo.
h) Maximización de beneficios en la designación de árbitros íntegros y competentes.

El ejercicio de la libre voluntad de las partes al escoger al arbitraje internacional debe estar acompasada por decisivo compromiso de asesores y letrados, en procura de una administración de justicia arbitral acorde con las necesidades y retos del actual comercio internacional.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS NORMATIVAS

- ARIAS, M. (2019), El Convenio Arbitral y sus Requisitos Insalvables: Capacidad de las Partes, Materia Arbitrable y Otras Cuestiones que Inciden en su Validez

[63] "*The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and any relevant trade usages*." (Énfasis añadido). Art. 22, núm 2., Reglamento Arbitraje CCI 2026.
[64] "*In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction*." (Énfasis añadido). Art. 28, núm. (4), Ley Modelo.

Formal, Vol 62 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Arbitraje, El Convenio Arbitral.

- BALLESTEROS, C. (2019), La Cláusula Arbitral en los Contratos Públicos en el Derecho Español: Apertura, Limitaciones y Realidades, Vol. 62 Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Arbitraje, El Convenio Arbitral.

- BARRERA, SIQUEIROS Y TORRES LANDA, S.C. Profesor de Arbitraje y Teoría del Derecho, Universidad Iberoamericana.

- BLACKABY et al., REDFERN and HUNTER (2009), International Arbitration para. 2.04, 5th ed.

- CABRERA GONZÁLEZ, G., La Sede del Arbitraje como Vínculo Jurídico entre un Procedimiento Arbitral y una Jurisdicción, Biblioteca de Arbitraje.
- https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2022/02/la-sede-del-arbitraje-como-vinculo-juridico.pdf

- CAIVANO, R. (2017), La Sede del Arbitraje, Diario de Doctrina y Jurisprudencia "El Derecho", Buenos Aires.

- CAIVANO, R. (1993): Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos, ed. AD-HOC S.R.L., Buenos Aires.

- CHEN, S. L. (2025), A Comparative Analysis of the Enforcement of Multi-tier Dispute Resolution Clauses, The American Review of International Arbitration, Columbia Law School. https://aria.law.columbia.edu/a-comparative-analysis-of-the-enforcement-of-multi-tier-dispute-resolution-clauses/?cn-reloaded=1

- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., La Dualidad Arbitraje Administrado / Arbitraje Ad Hoc en las Controversias Internacionales: Variables y Utilidades, Anuario de Arbitraje, 2024. https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2026/02/ANUARIO-2024-Capitulo-12-FERNANDEZ-ROZAS.pdf

- FREITAS, R., La Importancia de la Lex Arbitri en el Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. https://www.arbitrajeccl.com.pe/la-importancia-de-la-lex-arbitri-en-el-arbitraje-internacional/

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2002): Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros, JURÍDICA, número 32, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

- GONZÁLEZ-SORIA, J. (2013): La responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales en el derecho español. Arbitraje Internacional Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo I. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima.

- HARRISON, I. (2025), El Traslado de la Sede en el Arbitraje Internacional, Artículo Linked-In https://www.linkedin.com/pulse/el-traslado-de-la-sede-en-arbitraje-internacional-ivan-harrison-nkc0f/

- JIMÉNEZ, D. (2003), Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.11/No. 1.

- LAZO DE LA VEGA, M. (2026): "¿Es el árbitro un juez, un prestador de servicios o un mandatario?", Publicación Editorial UPC (en proceso de publicación), Lima.

- LAZO DE LA VEGA, M. (2016): Revista Bolivian Business, Bolivia.

- LAZO DE LA VEGA, M. (2015): en Visiones sobre la conciliación y el arbitraje en el Estado Plurinacional de Bolivia, Hebron, La Paz.

- LEURENT (1996), 12 Arbitration International.

- MANN, F.A. (1967), Lex Facit Arbitrum, in International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke (ed. Pieter Sanders), The Hague, Martinus Nijhoff.

- MANRIQUE DE LARA, S. (2025), What Should Be the Applicable Law to Arbitration Agreements? The American Review of International Arbitration, Columbia Law School. Center for International Commercial and Investment Arbitration. https://aria.law.columbia.edu/what-should-be-the-applicable-law-to-arbitration-agreements/

- MANTILLA-SERRANO, F. (2013): En Arbitraje Internacional: pasado, presente y futuro. Libro homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Grández Gráficos, Lima.

- RIBERA, C. (2012), Convenio Arbitral, Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional, Biblioteca de Arbitraje.

- Real Academia Española - RAE (2001), Diccionario de la Lengua Española, Rotapapel, S.L., 22da edición, España.

- SORIA AGUILAR, A. (Coord.) (2016): Derecho de Obligaciones, modalidades, efectos e inejecución, Editorial UPC, Lima.

- VILLALOBOS CHAPARRO, E. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA M.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- WELSER, I. / MOLITORIS, S., The Scope of Arbitration Clauses – Or "All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract …". https://es.scribd.com/document/283925855/Arbitration-Clauses

Cuerpos normativos consultados

- Arbitration Act 1996, England, Wales and Northern Ireland.

- CIArb Practice Guidelines.

- Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2024 Administered Arbitration Rules.

- IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2020).

- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2014).

- ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration (2021).

- Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.
- Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral aprobadas en 2016 (nota adicional de 2023)
- Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo.
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Centro Iberoamericano de Arbitraje, vigente desde el 1 de enero de 2024, (Reglamento CIAM-CIAR 2024).
- Reglamento de Arbitraje 2017 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con modificaciones vigentes desde el 1 de diciembre de 2025.
- Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce (2026).
- The London Court of International Arbitration Recommended Clauses, future disputes.
- The London Court of International Arbitration (LCIA), 2020 Arbitration Rules.
- UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996).
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016).

APUNTES SOBRE ALEGACIONES DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: DESDE LA INCOMPETENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Autores:
Daniel Linares Avilez
Alejandrina Molina Altamirano
Xiomara Mere Trujillo

APUNTES SOBRE ALEGACIONES DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: DESDE LA INCOMPETENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

Notes regarding allegations of corruption in international arbitration: From lack of jurisdiction to ruling on the merits

Daniel Linares Avilez[1]
Alejandrina Molina Altamirano[2]
Xiomara Mere Trujillo[3]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La evolución del tratamiento de la corrupción en el arbitraje: De la incompetencia al pronunciamiento de fondo.
III. El tratamiento de la corrupción por cortes peruanas: autonomía del arbitraje y reconocimiento de laudos internacionales.
IV. Conclusiones.

Resumen

El artículo analiza la evolución del tratamiento de las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional, tratando las diferencias sustanciales entre el arbitraje comercial y el de inversiones. A través del estudio de hitos arbitrales emblemáticos y metodologías vigentes (como el análisis de *red flags*), el trabajo examina el paso histórico desde la incompetencia hacia un pronunciamiento sobre las alegaciones de corrupción vinculadas al contrato. Finalmente, se contrasta la tendencia internacional con un reciente pronunciamiento de la jurisdicción civil comercial peruana en materia de reconocimiento y ejecución de laudos vinculados a investigaciones penales en curso.

Palabras clave

Corrupción/ Arbitraje internacional/ Red flags/ Clean hands/ Estoppel.

Abstract

The article analyzes the evolution of how allegations of corruption are handled in international arbitration, addressing the substantive differences between commercial and investment arbitration. Through an examination of landmark arbitration cases and current methodologies (such as the analysis of red flags), the paper explores the historical shift from a lack of jurisdiction toward ruling on allegations of corruption related to the contract. Finally, the international trend is contrasted with a recent ruling

[1] Abogado por la Universidad de Lima. Cuenta con especialidad en prevención y solución de conflictos en materia civil, con estudios de maestría en derecho civil en la PUCP, y de post grado en derecho procesal en la Universidad de Salamanca, España. Socio Fundador del Estudio Linares Abogados. Correo de contacto: dlinares@linaresabogados.com.pe

[2] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante del Grupo de Derecho Procesal Crítico y Constitución (GIDEPROC), y ha sido adjunta de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Ejecutiva del Estudio Linares Abogados. Contacto: amolina@linaresabogados.com.pe

[3] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Estudio Linares Abogados. Correo de contacto: xmere@linaresabogados.com.pe

by the Peruvian civil commercial courts regarding the recognition and enforcement of awards linked to ongoing criminal investigations.

Keywords

Corruption/ International arbitration/ Red flags/ Clean hands/ Estoppel.

I. INTRODUCCIÓN

El auge sostenido de los arbitrajes internacionales ha venido acompañado de la necesidad de que los tribunales arbitrales, en el marco de sus competencias, se pronuncien sobre acusaciones de corrupción vinculadas a la celebración o ejecución del contrato sometido a arbitraje. Debido a la celeridad de los arbitrajes, esta valoración suele ocurrir antes de que la jurisdicción penal emita una sentencia definitiva contra los funcionarios o particulares involucrados.

La frecuencia de estas alegaciones es constante en los arbitrajes internacionales. Muestra de ello es el registro del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI): en el año 2019, de un total de 39 casos registrados, 15 contaban con acusaciones de corrupción[4]. Destaca que son los propios Estados quienes formulan estas denuncias con mayor frecuencia (67% de los casos[5]) en comparación con los inversores (28%)[6]. Una tendencia similar ha sido advertida en el arbitraje comercial por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (ICC)[7].

Frente a esta realidad, el presente artículo efectúa un recuento sobre la evolución del tratamiento de las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional —estableciendo una distinción necesaria entre el arbitraje comercial y el de inversiones— para, posteriormente, analizar un reciente pronunciamiento emitido por las cortes peruanas con relación a un laudo cuyo contrato subyacente se halla sujeto a investigaciones penales en curso.

II. LA EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE: DE LA INCOMPETENCIA AL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

El tratamiento de la corrupción en sede arbitral ha experimentado una profunda evolución de carácter procesal orientada a afirmar la arbitrabilidad de dichas controversias. Sin embargo, dicha uniformidad no se repite en los remedios sustantivos aplicables a los *contratos adquiridos mediante corrupción y los contratos para la corrupción*[8].

Esta evolución dogmática, en el caso de los arbitrajes comerciales, se sustenta en la consolidación del principio de separabilidad del convenio arbitral, en virtud del cual los árbitros ya no asumen de forma automática una postura de incompetencia o abstención de jurisdicción. Paralelamente, los tribunales delimitan su función

---

4 Yarik Kryvoi y Aleksander Godhe, "Enhancing Anti-Corruption via Investment Arbitration: From Red Flags to Due Diligence", Journal of International Dispute Settlement 16 (2025): 1 - 22

5 La estrategia de denunciar corrupción en el marco de un arbitraje, de basarse en imputaciones arbitrarias, expone al estado a contingencias por indemnizaciones millonarias, lo cual amerita ser abordado en un trabajo distinto.

6 Yarik Kryvoi y Aleksander Godhe, "Enhancing Anti-Corruption via Investment Arbitration: From Red Flags to Due Diligence", Journal of International Dispute Settlement 16 (2025): 1 - 22

7 ICC Commission on Arbitration and ADR, "Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration",ICC Dispute Resolution Bulletin 2 (2024): 35-76

8 Aecio Filipe Oliveira, "CBAr 24th International Arbitration Conference: Day Three-Integrity and Arbitration", Kluwer Arbitration Blog (2025)

precisando que no ejercen el *ius puniendi* propio de la jurisdicción penal. Ante este dilema, la práctica arbitral enfrenta tres escenarios principales:

- **Impacto de la incompetencia:** Si el tribunal opta por abstenerse de plano de un pronunciamiento sobre las alegaciones de corrupción, posterga la resolución de la controversia a la espera de un pronunciamiento firme en sede penal. En el contexto peruano, la prolongación excesiva de las investigaciones penales genera un estado de incertidumbre jurídica, por lo que, de asumir una posición de incompetencia, paralizaría la resolución de conflictos vinculados a la ejecución o liquidación de proyectos de infraestructura y servicios esenciales.

- **Desestimación de las alegaciones de nulidad:** Si el tribunal resuelve el fondo descartando los vicios de nulidad del contrato por falta de prueba suficiente de la corrupción, dicha decisión contenida en un laudo arbitral será conocida por las cortes ordinarias al resolverse eventuales solicitudes de anulación o de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales.

- **Declaración de nulidad contractual y riesgo de decisiones contradictorias:** Si el tribunal arbitral declara la nulidad del contrato fundado en la existencia de actuaciones ilícitas, surge el contingente riesgo de que la decisión contenida en un laudo arbitral sea entendida como "contradictoria" respecto de la decisión de la jurisdicción penal si esta concluye con el sobreseimiento o la absolución de los procesados.

Vinculado a dichas respuestas procesales, el arbitraje de inversiones ha desarrollado dos doctrinas sustantivas clave para juzgar la conducta de las partes:

1. **Teoría de *Clean Hands* (Evaluación de la conducta del inversor):** La tesis mayoritaria sostiene que la falta de "manos limpias" solo opera como un impedimento jurisdiccional o de falta de competencia si se encuentra expresamente articulada en una *cláusula de legalidad* del TBI (*in accordance with host state law*) y si el ilícito vició la constitución u origen de la inversión. Si la ilicitud sobreviene durante la fase de ejecución, repercute únicamente en el juzgamiento sobre el fondo o en la cuantificación de los daños. En contraste, la postura minoritaria arguye que la equidad internacional e imperativa (*ex turpi causa non oritur actio*) convierte a las *unclean hands* en una barrera autónoma de admisibilidad sustantiva, impidiendo amparar pretensiones de quien actúa sin rectitud, con independencia del texto literal del tratado[9]. Como explica Richard Kreindler, "a tribunal can and should deny relief to a claimant whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper"[10], de ahí que la indebida actuación enerva por sí misma la pretensión, dejando al demandante sin protección.

2. **Teoría del Estoppel (Evaluación de la conducta del Estado): Frente** a la alegación de nulidad formulada por la administración pública, la postura predominante concluye que el estoppel es inaplicable ante actos de soborno, toda vez que la proscripción de la corrupción integra el orden público transnacional y no es susceptible de convalidación o renuncia por la tolerancia o complicidad de funcionarios públicos. No obstante, la postura crítica advierte que esta regla proyecta un "incentivo perverso", pues permite a los Estados consentir esquemas ilícitos a través de sus autoridades para luego invocar

9 Kreindler, Richard. "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine", en Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke, ed. Kaj Hobér, Annette Magnusson y Marie Öhrström (Huntington, NY: JurisNet, 2010), pp. 316-319.

10 Richard Kreindler. ídem, p. 316.

oportunamente su propia falta y liberarse impunemente de sus obligaciones financieras frente al inversor.

2.1 Primera etapa: La postura de incompetencia y el Caso Lagergren

La aproximación inicial hacia las alegaciones de corrupción en el arbitraje fue de incompetencia de plano. Los árbitros se rehusaban a ejercer su "jurisdicción" ante el surgimiento de indicios de corrupción, postura cimentada en el emblemático laudo de arbitraje comercial del Caso ICC No. 1110 (1963), resuelto por el árbitro Gunnar Lagergren[11].

En dicho caso, el demandante reclamaba el pago de comisiones derivadas de la construcción de una central eléctrica en Argentina, cuyo propósito real era intermediar la obtención de contratos estatales mediante el pago de comisiones a funcionarios del régimen peronista.

El árbitro, Lagergren, se declaró incompetente de oficio, sosteniendo que ningún tribunal —judicial o arbitral— podía prestar su auxilio para la ejecución de un acto que violaba de forma severa la moral y el orden público internacional. En sus palabras:

> 23. After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no countenance in any court either in the Argentine or in France, or, for that matter, in any other civilised country, nor in any arbitral tribunal. Thus, jurisdiction must be declined in this case. It follows from the foregoing that in concluding that I have no jurisdiction, guidance has been sought from general principles denying arbitrators to entertain disputes of this nature rather than from any national rules on arbitrability. Parties who ally themselves in an enterprise of the present nature must realise that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes.

La trascendencia del Caso Lagergren radica en que introdujo el debate sobre la arbitrabilidad de la corrupción, cuestionando si la mera presencia de indicios de ilicitud supone privar al árbitro de competencia para pronunciarse sobre el contrato.

No obstante, en el arbitraje comercial contemporáneo la postura de incompetencia de plano ha quedado superada por aplicación del principio de separabilidad del convenio arbitral (Fiona Trust v. Privalov), el cual preserva la competencia del tribunal para juzgar materias arbitrales (como la validez del contrato principal) sin que la cláusula arbitral se vea viciada automáticamente.

A diferencia de lo resuelto en el Caso Lagergren, la postura de incompetencia de plano ha quedado superada, aunque la tendencia actual mantiene matices específicos en caso de tratarse de un arbitraje de inversiones o uno comercial. Específicamente, en los arbitrajes comerciales, el principio de separabilidad del convenio arbitral preserva la competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre la licitud del contrato principal sin afectar la validez de la cláusula arbitral.

> On jurisdictional issues, it is recommended to address commercial and investment disputes separately: In commercial disputes, given the presumption of separability of the arbitration clause, arbitrators tend to

11 Cozac, Sofia. "Chapter III: The Award and the Courts, Corruption in Arbitration Limits of Arbitral Tribunals", Austrian Yearbook on International Arbitration 2026 (2026): 347 - 356

> declare themselves competent even if there are claims of illegality of the underlying contract (e.g. in Fiona Trust v. Privalov, the House of Lords clarified that an allegation that a contract was procured by bribery affects only the main contract, and not necessarily the arbitration agreement). In investment arbitration, where consent is based on a treaty, different issues arise, in particular whether corruption can vitiate the parties' consent to arbitration when the treaty requires investors to make their investments in accordance with the laws of the host state. Arbitral tribunals have tended to consider the legality of an investment to be a condition of investment treaties, in some cases even where the instruments do not contain an express legality clause. For example, arbitral tribunals in Phoenix v. Czech Republic, SAUR v. Argentina, Hamester v. Ghana, and Inceysa v. El Salvador held that states had not offered access to arbitration for investments not made in good faith or in violation of the laws of the host state; investments made illegally fall outside the consent given by the parties.

En ese sentido Llamzon explica que la postura del Caso Lagergren (incompetencia de plano) no prevalece en la actualidad en el contexto arbitral:

> The position taken in the seminal ICC Case No. 1110 decided by Judge Gunnar Lagergren, who famously declared that contracts tainted by corruption violate "international public policy" and are therefore unenforceable, no longer prevails. The current view is that arbitrators generally keep jurisdiction over claims involving contracts tainted by corruption, depending on their assessment of the arbitration agreement's validity.

a) El arbitraje de inversiones y la vigencia de la doctrina de la vulneración de la cláusula de legalidad

Conforme adelantamos en el apartado anterior, a diferencia del ámbito del arbitraje comercial, donde prima la separabilidad del convenio arbitral, en el arbitraje de inversiones los árbitros realizan un análisis distinto, susceptible de derivar en la denegatoria o en la admisibilidad de su competencia, dependiendo del tenor del tratado aplicable (Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs), en el caso *Phoenix v. República Checa*, *SAUR v. Argentina* y *Hamester v. Ghana*).

Un precedente ilustrativo sobre la materia es *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26, 2006). En dicho caso, la demandante obtuvo una licitación pública convocada por el Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales salvadoreño para la prestación de servicios de inspección vehicular tras incurrir en un entramado fraudulento: presentó información financiera falsa, fraguó acreditaciones relativas a su experiencia y capacidad técnica, adulteró documentos sobre la trayectoria de sus funcionarios y ocultó el vínculo real entre Inceysa y otra sociedad participante, transgrediendo las bases imperativas del concurso público.

El Tribunal CIADI acogió la excepción de incompetencia planteada por El Salvador, resolviendo que la inversión no fue constituida de buena fe, quedando excluida del consentimiento otorgado por los Estados partes en el TBI, el cual condicionaba explícitamente la protección arbitral a inversiones realizadas "de conformidad con la ley". En consecuencia, el tribunal determinó que el dolo cometido durante la licitación vulneró la cláusula de legalidad contractual, operando como una ausencia viciante del consentimiento estatal que destruyó la jurisdicción *ab initio*.

2.2 Segunda etapa: El pronunciamiento sobre el fondo y el enfoque jurisdiccional

Los pronunciamientos de fondo en materia de corrupción parten de una concepción "jurisdiccional" del arbitraje, según la cual los árbitros ejercen una función que no se subordina exclusivamente a la voluntad de las partes y, en ese sentido, están llamados a velar por la lucha anticorrupción. La Comisión de Arbitraje y Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de la ICC explica dicho enfoque en los siguientes términos:

> The supporters of the jurisdictional approach suggest that arbitrators exercise a quasi-judicial function, which is not subordinated to the will of the parties and that they must ensure compliance with the international legal order and the rule of law. This responsibility would be associated with the growth of arbitration as an alternative to the ordinary justice, which requires arbitrators to observe the individuals' fundamental rights. Under this approach, if courts make efforts to fight corruption, arbitrators must do the same given the public responsibility they have assumed. As a consequence, investigations into acts of corruption are no different from those related to other types of illegality of the underlying contract, which are normally covered by the arbitration agreement and which, therefore, the arbitrators have the power (and the duty) to investigate.

El caso World Duty Free Company Limited v. República de Kenia (Caso CIADI No. ARB/00/7, 2006) constituye un hito importante para el enfoque jurisdiccional previamente descrito. En este arbitraje de inversiones, la demandante —una empresa dedicada al comercio libre de impuestos— celebró en 1989 un contrato con el Gobierno de Kenia para la construcción, mantenimiento y operación de complejos duty-free en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa, contrato que, según reconoció el propio director ejecutivo de la demandante en su declaración testimonial, fue obtenido mediante el pago de una "donación personal" de US$2'000,000.00 en efectivo al entonces Presidente de Kenia, Daniel arap Moi, entregada de manera encubierta en un maletín durante una audiencia privada, sin que dicho pago fuera mencionado en el contrato ni en ningún documento contemporáneo entre las partes. Este caso es emblemático en tanto versa sobre una admisión de prácticas corruptas por las mismas partes del arbitraje, lo cual es claramente excepcional en el contexto arbitral.

El Tribunal determinó que dicho pago constituyó un soborno y no una donación de protocolo o un aporte cultural del tipo "Harambee" como alegaba la demandante. Sobre esa base, el Tribunal concluyó que el contrato así obtenido carecía de fuerza legal tanto conforme al orden público internacional como al derecho inglés y keniano aplicables, y que Kenia había ejercido válida y oportunamente su derecho a dejarlo sin efecto, mediante su escrito de contestación. El Tribunal sustentó su decisión, entre otros precedentes, en el propio Caso Lagergren (ICC No. 1110), y aplicó el principio ex turpi causa non oritur actio, señalando expresamente que la ley protege no a las partes litigantes sino al público. En sus propias palabras:

> 179. In conclusion, as regards public policy both under English law and Kenyan law (being materially identical) and on the specific facts of this case, the Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of ex turpi causa non oritur actio. These claims all sound or depend upon the Agreement of 27 April 1989 (as amended); and no other claim is pleaded, including any non-contractual proprietary or restitutionary claim.

Además de versar sobre la admisión de prácticas corruptas por una de las partes del arbitraje, este laudo es relevante porque, aplicando un enfoque jurisdiccional, el

Tribunal CIADI asumió competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato materia del arbitraje sin perjuicio de las alegaciones de corrupción formuladas en el marco del mismo[12].

Dicho enfoque jurisdiccional se ve reforzado por el tratamiento que el propio Tribunal dio al argumento de estoppel planteado por el demandante: este sostuvo que Kenia no podía invocar la nulidad del contrato por soborno dado que el propio Jefe de Estado (Daniel arap Moi) había recibido el pago y el Estado se benefició del contrato por años. Al respecto, el Tribunal desestimó dicho argumento, precisando que Kenia no tuvo conocimiento del soborno sino hasta diciembre de 2002, treinta meses después de iniciado el arbitraje, por lo que no pudo haber renunciado (*waived*) a un derecho que desconocía. Adicionalmente, el Tribunal rechazó el pedido de la demandante de realizar un ejercicio de ponderación equitativa (*balancing exercise*) entre la culpa relativa del inversionista y la del propio Jefe de Estado corrupto, al no existir base legal en el derecho inglés vigente para dicho ejercicio discrecional, y al no calzar los hechos del caso —donde el inversionista estuvo, en palabras del Tribunal, "steeped in illegal conduct"— en el supuesto excepcional que la demandante invocaba. De esta manera, el Tribunal confirmó que ni la tolerancia ni la complicidad de un funcionario público, por alta que sea su investidura, inmunizan al contrato frente al orden público internacional que proscribe la corrupción.

Distinto al supuesto anterior, es el caso en que la controversia no gira en torno a actos de corrupción, sino a irregularidades puramente formales atribuibles al propio Estado. En concreto, en el caso de *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt* (Caso CIADI N° ARB/84/3, Laudo 1992), los tribunales determinaron que si las autoridades estatales crearon la apariencia de legalidad y actuaron de forma coherente aprobando la inversión por años, el Estado no puede invocar subsecuentemente sus propios vicios informales o violaciones de su derecho interno para rescindir la protección arbitral.

A modo de ilustración, en el caso de *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Egipto argumentó que el Decreto Presidencial N° 475 de 1975 —que autorizó la ubicación del proyecto turístico en la meseta de las Pirámides— era nulo bajo su propio derecho interno por defectos de forma. Al respecto, mediante Laudo de fecha 20 de mayo de 1992, el Tribunal señaló lo siguiente:

> "82. It is possible that under Egyptian law certain acts of Egyptian officials, including even Presidential Decree No. 475, may be considered legally nonexistent or null and void or susceptible to invalidation. However, these acts were cloaked with the mantle of Governmental authority and communicated as such to foreign investors who relied on them in making their investments.
>
> 83. Whether legal under Egyptian law or not, the acts in question were the acts of Egyptian authorities, including the highest executive authority of the Government. These acts, which are now alleged to have been in violation of the Egyptian municipal legal system, created expectations protected by established principles of international law. A determination that these acts are null and void under municipal law would not resolve the ultimate question of liability for damages suffered by the victim who relied on the acts. If the municipal law does not provide a remedy, the denial of any remedy whatsoever cannot be the final answer […]

12 ICC Commission on Arbitration and ADR, "Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration", ICC Dispute Resolution Bulletin 2 (2024): 35-76

> 96. Nor can the Tribunal overlook the fact that, subsequent to the promulgation of Presidential Decree No. 475, the Egyptian authorities repeatedly approved the location of the project on the Plateau".

Sobre esa base, el Tribunal calificó la posterior cancelación del proyecto como una expropiación de los derechos contractuales del inversionista y condenó a Egipto al pago de una indemnización de US $27'661,000.00 más intereses.

a) La prueba de la corrupción: Metodología de las Red Flags y el estándar probatorio

Dada la naturaleza clandestina de los delitos y la excepcionalidad de casos arbitrales en los que se admite las prácticas corruptas, la práctica arbitral ha desarrollado la metodología de las red flags o señales de alerta para los arbitrajes con alegaciones de corrupción. En doctrina arbitral, se refiere que las red flags superan la exigencia de una "prueba directa" para adoptar el siguiente esquema de prueba indiciaria:

> Red flags can indicate a party's propensity for illegal payments or broader irregularities. While individual red flags may not constitute legal violations, they warrant careful consideration. Multiple red flags, when viewed together, can indicate a high likelihood of wrongdoing. To counter apparent red flags, companies could provide comprehensive information to demonstrate the legality of their activities, such as detailed reports, similar project records, and auditor confirmations. Nonetheless, proving the absence of corruption can be challenging. Arbitrators will have access to a variety of information, which, when analysed collectively, can raise further questions. Arbitrators must prevent serious matters from going unexamined, and as proceedings continue, more evidence may emerge. If evidence cannot be proved by the accusing party, arbitrators can resort to adverse inferences, provided the inferences are reasonable and proportional.[13]

En dicha línea es que, en el laudo del arbitraje comercial seguido por Rutas de Lima S.A.C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Ad Hoc) del 16 de diciembre de 2022, el tribunal dejó constancia de que se utilizó la metodología de red flags a solicitud de la parte demandada en los siguientes términos:

> La Demandada propone que el Tribunal utilice el mecanismo de "banderas rojas" (red flags) y plantea una serie de red flags que la Demandada considera demuestran la corrupción que debe conducir a la nulidad de los Instrumentos Jurídicos de la Concesión NVL. Las red flags han sido utilizados por varios tribunales arbitrales, incluido el tribunal del Laudo 1, y su uso es cada vez más frecuente en arbitrajes en que se discuten casos de corrupción, aunque no existe consenso en su uso y en la forma de aplicarlos. El Tribunal analizará las red flags propuestas por la Demandada advirtiendo, por una parte, que su valor no se determina por la cantidad de red flags sino por su calidad y por la otra, que las red flags requieren un ejercicio de conectar los puntos ("connecting the dots") para analizar en conjunto cada uno de las red flags, conectarlas entre si y establecer si ellas llevan al Tribunal a concluir que existió corrupción y que la corrupción está vinculada a los Instrumentos Jurídicos de la Concesión NVL. Como lo ha señalado la misma Demandada es necesario determinar que existe un

[13] Kabir Duggal y Elizabeth Ebelechukwu Arubalueze, "Caveat Arbitrator! Examining the Responsibility of Arbitrators to Probe Corruption: Lessons to Be Learned from the P&ID Saga", Journal of International Arbitration 42 (2025), 207 - 228

> nexo causal entre los hechos de corrupción y la celebración de los Instrumentos Jurídicos de la Concesión NVL.

Siendo que, como consecuencia de la aplicación de las red flags, el tribunal arbitral de dicho arbitraje comercial desestimó que el contrato de concesión estuviera viciado y correspondiera una declaración de nulidad del mismo.

Posteriormente, en el año 2024, la Comisión de Arbitraje y ADR de ICC calificaría las red flags como generales (relacionadas con el país o sector económico del contrato) y específicas (relacionadas con las partes o con el contrato en sí). Además, de proponer un esquema metodológico de tres pasos:

> 1. Identifying the potential/asserted red flags. What facts, factors, or circumstances of relevance to the specific corrupt practice at issue (either as alleged or as appear) indicate the potential risk of that corrupt practice (or not) such that they should be examined further?
> 2. Validating/confirming (or negating) individual red flags. Are the individual red flags that have been alleged factually supported? What is the strength of each of the alleged red flags?
> 3. The overall assessment. What picture emerges from the totality of the relevant facts and circumstances, having considered the red flags, contrary indicators or 'green' flags, and other mitigating measures or circunstantes? What fact finding tools are available to assemble the picture?[14]

Por último, cabe destacar que existen autores que sostienen que la aplicación de la metodología de las red flags, además de emplear supuestos de inversión de la carga de la prueba, debería complementarse mediante el uso de escenarios de flexibilización del estándar probatorio. Observemos:

> We argue for a two-step framework: first shifting the burden of proof from one party to the other, when and if certain prima facie indicia are presented. If such party does not disprove these allegations, then, secondly, the tribunal should adapt the standard of proof to establish if corruption or fraud took place. This approach has already been somehow suggested in Metal-Tech v. Uzbekistan although for different consequences.[15]

III. EL TRATAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN POR CORTES PERUANAS: AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LAUDOS INTERNACIONALES

El tratamiento de las alegaciones de corrupción en las cortes peruanas permite conocer la evolución en la delimitación de las competencias entre la justicia penal y arbitral.

Sin perjuicio de la existencia de antecedentes relevantes[16] en materia de rechazo de competencia de plano de tribunales arbitrales vinculados a contratos con el Estado

---

14 2024. ICC Commission Document on Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration

15 Martim Della Valle and Pedro Schilling De Carvalho, 'Corruption Allegations In Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematisation', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, Volume 39, Issue 6 (2022), pp. 817 - 862

16 Caso *Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. v. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/4). En 1997, la Municipalidad Metropolitana de Lima ordenó la paralización de la planta de pastas de la demandante por infringir la normativa ambiental en los Pantanos de Villa, revocando posteriormente sus licencias urbanísticas. Tras interponer acciones de amparo y obtener medidas cautelares en un contexto judicial severamente viciado por la corrupción de finales de los noventa, las empresas lograron operar sin impedimentos hasta el año 2001, fecha en la que el gobierno

Peruano, es importante hacer referencia a un reciente pronunciamiento emitido por una corte nacional peruana que respalda la autonomía de los tribunales arbitrales para valorar los indicios de corrupción de forma independiente al desarrollo de un proceso penal en curso.

Dicho enfoque respalda la suficiencia de la prueba indiciaria para pronunciarse sobre la validez del contrato, garantizando que la ausencia de una sentencia firme en el fuero penal no constituya un obstáculo para el reconocimiento y ejecución de laudos bajo la Convención de Nueva York de 1958.

Efectivamente, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima (Expediente No. 395-2024-0-1866-SP-CO-01), mediante sentencia del 10 de septiembre de 2025, desestimó la oposición por causal de orden público internacional formulada por la Municipalidad Metropolitana de Lima frente a la solicitud de reconocimiento del laudo parcial del 9 de enero de 2024 formulada por Lima Expresa S.A.C. Al pronunciarse sobre el alcance del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, la Sala Comercial resolvió:

> 3.73. [... La demandada [...] afirma que la corrupción ha impregnado el contrato de concesión sub litis y sus adendas, y que los sobornos documentados, los procesos penales en curso y las pruebas de irregularidades han demostrado que el contrato se ha obtenido y modificado mediante prácticas ilícitas.
> Pero la demandada no ha acreditado que la corrupción a la que alude haya sido establecida como hecho cierto en sede penal, por lo que se mantiene como alegación especulativa, y el laudo en cuestión no ha aceptado tal alegación pese a los indicios aportados en esa sede; entonces, lo actuado no revela que exista una circunstancia excepcional que impida desconocer los efectos de la cosa juzgada en el laudo[17].

La postura asumida por la Sala Comercial reconoce implícitamente la posibilidad de que los tribunales arbitrales se pronuncien sobre la validez de contratos —cuyos vicios versen sobre alegaciones vinculadas a actos de corrupción— a pesar de existir procesos penales en curso. Mientras el tribunal arbitral no exceda sus competencias, puede pronunciarse sobre alegaciones de corrupción sin que ello impida el posterior reconocimiento del laudo arbitral en sede judicial peruana.

IV. CONCLUSIONES

1. El tratamiento de la corrupción en el arbitraje ha evolucionado significativamente, abandonando la postura de "incompetencia de plano" (Caso Lagergren) para adoptar un enfoque que asume la arbitrabilidad de estas controversias.

2. Esta evolución no ha sido uniforme. Mientras que en el arbitraje comercial prevalece el principio de separabilidad del convenio arbitral —permitiendo al tribunal pronunciarse sobre la validez del contrato principal—, en el arbitraje de

municipal dispuso la clausura definitiva de la planta amparándose en que los fallos judiciales previos fueron obtenidos de manera ilícita. Al activarse el arbitraje de inversiones en el año 2002, el Estado peruano formuló una excepción de incompetencia *ratione temporis*. En su laudo del 7 de febrero de 2005, el tribunal CIADI amparó dicha excepción al concluir que la controversia era anterior a la entrada en vigor del Tratado Bilateral de Inversiones, declinando expedirse sobre el fondo y eludiendo analizar el impacto probatorio de la corrupción judicial en la constitución de la inversión.

[17] Resolución N° 32 de fecha 10 de septiembre de 2025, emitida por la Primera Sala Civil con subespecialidad Comercial en el Exp. 395-2024.

inversiones la competencia depende frecuentemente del análisis de cláusulas de legalidad contenidas en tratados.

3. Ante la complejidad probatoria de actos delictivos, la praxis arbitral ha institucionalizado la metodología de las red flags. Esta herramienta permite al tribunal realizar un análisis indiciario conectado para examinar el fondo de la controversia, superando así la necesidad de una "prueba directa".

4. En el contexto peruano, la jurisprudencia civil-comercial reciente (Caso Lima Expresa) ha reafirmado la autonomía del arbitraje frente a procesos penales en curso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aecio Filipe Oliveira, "CBAr 24th International Arbitration Conference: Day Three-Integrity and Arbitration", Kluwer Arbitration Blog (2025)

- Alvarez, G. (2020). Corrupción y arbitraje de inversiones: el incentivo perverso de la defensa estatal.

- Arvmyren, A. & Heydarian, R. (2026). The arbitral tribunal's duty and power to address corruption sua sponte.

- Bedoya, Alonso. ¿La propia corrupción como argumento de defensa? A propósito del caso Gaseoducto Sur Peruano. En: Panorama Actual del Arbitraje 2019-2020. Lima: 2020. Estudio Mario Castillo Freyre.

- Carbajal, W. & Mendoza, J. (2021). El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción. Ius et Veritas.

- Cozac, Sofia. "Chapter III: The Award and the Courts, Corruption in Arbitration Limits of Arbitral Tribunals", Austrian Yearbook on International Arbitration 2026 (2026)

- Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. v. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo (7 de febrero de 2005).

- Espinoza, D. (2025). La corrupción en el arbitraje internacional de inversiones: tensiones y equilibrios en América Latina.

- Espinoza Quiñones, S. & Chunga Flores, C. (2015). La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública? Revista Derecho & Sociedad, N° 44, pp. 285-291.

- ICC Award No. 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, at 47 et seq. (also published in: Arb.Int'l 1994, at 282 et seq.).

- ICC Commission Document on Red Flags or Other Indicators of Corruption in International Arbitration (2024).

- Inceysa Vallisoletana, S.L. v. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo (2 de agosto de 2006).

- Kabir Duggal and Elizabeth Ebelechukwu Arubalueze, 'Caveat Arbitrator! Examining the Responsibility of Arbitrators to Probe Corruption: Lessons to

Be Learned from the P&ID Saga', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, Volume 42, Issue 2 (2025).

- Kreindler, Richard. "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine", en Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke, ed. Kaj Hobér, Annette Magnusson y Marie Öhrström (Huntington, NY: JurisNet, 2010)

- Lima Expresa S.A.C. c. Municipalidad Metropolitana de Lima, Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. No. 395-2024-0-1866-SP-CO-01, Sentencia (10 de septiembre de 2025).

- Martim Della Valle and Pedro Schilling De Carvalho, 'Corruption Allegations In Arbitration: Burden and Standard of Proof, Red Flags, and a Proposal for Systematisation', in Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration, Volume 39, Issue 6 (2022), pp. 817 - 862

- Martínez Coco, E. (2024). Nulidad manifiesta y corrupción en el arbitraje: aplicación del Iura Novit Curia [conferencia].

- Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009).

- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo (20 de mayo de 1992).

- World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo (4 de octubre de 2006).

- Yarik Kryvoi y Aleksander Godhe, "Enhancing Anti-Corruption via Investment Arbitration: From Red Flags to Due Diligence", Journal of International Dispute Settlement 16 (2025)

LA PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS PERUANAS: LÍMITES DEL TRATO DIRECTO Y POTENCIAL DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Autora:
Milagros Miguel Llacza

LA PREVENCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS PERUANAS: LÍMITES DEL TRATO DIRECTO Y POTENCIAL DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Dispute Prevention in Peruvian Port Concessions: The Limitations of Direct Negotiation and the Potential of Dispute Boards

Milagros Miguel Llacza[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El trato directo como mecanismo preventivo de controversias en las concesiones portuarias peruanas.
III. La Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de fortalecimiento del trato directo en las concesiones portuarias peruanas.
IV. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo analiza las principales limitaciones del trato directo como mecanismo preventivo de controversias en las concesiones portuarias peruanas y evalúa el potencial de la Junta de Resolución de Disputas (JRD) como herramienta para fortalecer su eficacia. Para ello, se examina la evolución normativa de ambos mecanismos en el régimen peruano de Asociaciones Público-Privadas y se revisa la regulación contractual de ocho concesiones portuarias vigentes. El estudio evidencia que el trato directo constituye el principal mecanismo preventivo previsto en dichos contratos y que la incorporación de mecanismos complementarios ha sido excepcional. Asimismo, se identifica una brecha entre la evolución normativa de las APP y el diseño contractual de las concesiones portuarias, dado que la JRD forma parte del ordenamiento jurídico peruano desde 2014, pero no ha sido incorporada en ninguno de los contratos analizados. Finalmente, se sostiene que la JRD posee características que podrían fortalecer la función preventiva del trato directo y contribuir a reducir la escalada temprana de controversias hacia el arbitraje.

Palabras clave

Asociaciones Público-Privadas/ Concesiones portuarias/ Trato directo/ Junta de Resolución de Disputas/ Arbitraje/ Prevención de controversias.

Abstract

This article analyzes the main limitations of direct negotiation as a dispute prevention mechanism in Peruvian port concessions and assesses the potential of Dispute Boards (DBs) as a tool to strengthen its effectiveness. To this end, it examines the regulatory

---

[1] Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Gestión Portuaria y Transporte Intermodal por la Universidad Pontificia Comillas – ICADE y egresada de la Maestría en Solución de Conflictos por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en derecho marítimo, gestión portuaria, asociaciones público-privadas, calidad regulatoria e impacto regulatorio, con quince años de experiencia en el sector marítimo-portuario. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Marítimo —ACOLDEMAR—, de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de WISTA Perú. Ha sido ponente en eventos académicos nacionales e internacionales en materias vinculadas a gestión portuaria, arbitraje y transporte intermodal y coordinadora académica del primer Programa Especializado de Gestión Portuaria aplicada al Arbitraje llevado a cabo por ADEX GLOBAL LEARNING. Correo de contacto: mmiguel.llacza@gmail.com.

evolution of both mechanisms within the Peruvian Public-Private Partnership framework and reviews the contractual regulation of eight existing port concessions. The study shows that direct negotiation remains the primary preventive mechanism included in these contracts and that the incorporation of complementary mechanisms has been exceptional. It also identifies a gap between the regulatory evolution of PPPs and the contractual design of port concessions, since Dispute Boards have been part of the Peruvian legal framework since 2014 but have not been incorporated into any of the analyzed contracts. Finally, the article argues that Dispute Boards could strengthen the preventive function of direct negotiation and help reduce the early escalation of disputes to arbitration.

Keywords

Public-Private Partnerships/ Port concessions/ Direct negotiation/ Dispute Boards/ Arbitration/ Dispute prevention.

I. INTRODUCCIÓN

Las Asociaciones Público-Privadas (APP) constituyen uno de los principales mecanismos utilizados por los Estados para promover el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos mediante la participación del sector privado. Su utilización resulta especialmente relevante en sectores intensivos en inversión, como el transporte, la energía y la infraestructura portuaria, donde la magnitud de los recursos comprometidos y los extensos plazos contractuales exigen mecanismos que permitan dotar de estabilidad a la relación jurídica entre las partes. Como señala Yescombe, la adecuada asignación y administración de riesgos constituye uno de los elementos centrales para el éxito de los proyectos desarrollados bajo esquemas de APP, especialmente en contratos de larga duración donde la aparición de discrepancias entre las partes resulta prácticamente inevitable.[2]

En el caso peruano, el sector portuario ha experimentado un importante proceso de modernización a través de contratos de concesión celebrados bajo esquemas de APP. Dicho proceso ha permitido incorporar inversión privada destinada a la construcción, ampliación y modernización de infraestructura estratégica para el comercio exterior del país. Según información publicada por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), actualmente existen nueve terminales portuarios concesionados en el país, de los cuales ocho corresponden a concesiones autosostenibles y uno a una concesión cofinanciada.[3] Asimismo, al cierre de abril de 2026, los puertos concesionados bajo supervisión del OSITRAN acumularon inversiones ejecutadas por USD 2,376 millones, lo que representa aproximadamente el 57 % de los compromisos de inversión previstos en los respectivos contratos de concesión.[4]

La magnitud de estas inversiones y la importancia estratégica de los puertos para el desarrollo económico nacional evidencian la necesidad de contar con mecanismos eficaces para la gestión de controversias durante la ejecución contractual. Ello resulta particularmente relevante si se considera que las concesiones portuarias constituyen relaciones jurídicas de largo plazo, caracterizadas por elevados niveles de

[2] E. R. Yescombe, Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance, 2.ª ed. (Oxford: Butterworth-Heinemann, 2018), 3-8.
[3] Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), "Puertos", consultado el 15 de junio de 2026, https://www.ositran.gob.pe/anterior/puertos/.
[4] Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán), "Puertos concesionados ejecutaron USD 2,376 millones en inversiones bajo supervisión de Ositrán", noticia institucional, 12 de junio de 2026, https://www.gob.pe/institucion/ositran/noticias/1405566-puertos-concesionados-ejecutaron-usd-2376-millones-en-inversiones-bajo-supervision-de-ositran.

complejidad técnica, importantes compromisos financieros y permanentes necesidades de coordinación entre el concedente y el concesionario. En este contexto, la prevención temprana de controversias adquiere una importancia fundamental, pues permite reducir costos de transacción, evitar la paralización de proyectos y preservar la continuidad de las relaciones contractuales.

Precisamente, uno de los principales desafíos en los contratos de infraestructura consiste en evitar que las discrepancias propias de la ejecución contractual escalen prematuramente hacia mecanismos adversariales de solución de controversias. Moseley advierte que los sistemas tradicionales de resolución de disputas suelen enfrentar una dificultad estructural: una vez que las partes han formalizado posiciones contrapuestas, las posibilidades de alcanzar soluciones consensuadas disminuyen considerablemente, incrementándose la probabilidad de recurrir a arbitrajes o litigios más costosos y prolongados.[5] Desde esta perspectiva, la eficacia de los mecanismos preventivos depende de su capacidad para intervenir oportunamente antes de que las posiciones de las partes se encuentren completamente polarizadas.

En las concesiones portuarias peruanas, el principal mecanismo preventivo previsto contractualmente ha sido el trato directo. El análisis de ocho contratos de concesión portuaria vigentes en el país permite advertir que todos contemplan esta etapa como requisito previo al arbitraje. Asimismo, se observa que la incorporación de mecanismos alternativos de naturaleza consensual constituye una excepción, pues únicamente el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry prevé la posibilidad de que las partes sometan la controversia a un procedimiento de amigable composición. Sin embargo, el amigable componedor no se encuentra facultado para emitir una decisión vinculante, sino únicamente para proponer una fórmula de solución que producirá efectos jurídicos únicamente si es aceptada por las partes.[6] Ninguno de los contratos analizados incorpora una instancia técnica independiente con facultades para emitir decisiones vinculantes durante la etapa previa al arbitraje a pesar de que la figura de la JRD ya se encontraba reconocida en el régimen peruano de APP.

Si bien el trato directo responde a una lógica orientada a privilegiar soluciones consensuadas, su eficacia práctica puede verse limitada cuando las controversias involucran cuestiones de elevada complejidad técnica o importantes impactos económicos. Esta situación adquiere especial relevancia cuando una de las partes es una entidad pública, pues la adopción de acuerdos durante la etapa de negociación puede verse condicionada por la existencia de mecanismos de control posterior y por los distintos regímenes de responsabilidad aplicables a los funcionarios encargados de la toma de decisiones. En tales circunstancias, la construcción de soluciones negociadas puede enfrentar dificultades adicionales que reducen la capacidad preventiva del mecanismo.

En este contexto, resulta particularmente relevante analizar el papel que la Junta de Resolución de Disputas (JRD) ha venido adquiriendo dentro del régimen peruano de APP. Si bien esta figura fue incorporada al ordenamiento jurídico peruano desde el año 2014 y posteriormente desarrollada por los sucesivos marcos normativos aplicables a las APP, la Ley No. 32441 ha reforzado su importancia al reconocer expresamente que, cuando existan elementos suficientes que permitan identificar una solución más eficiente desde una perspectiva de costo-beneficio, debe privilegiarse el empleo del

[5] Mark Moseley, "Dispute Resolution and Renegotiation of Public-Private Partnerships: New Approaches with Dispute Resolution Boards" (Draft Paper prepared for Istanbul PPP Week 2022, 9 October 2022), 3-4.
[6] Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.12, suscrito el 31 de mayo de 2018.

trato directo o de la JRD antes que recurrir al arbitraje.[7] A diferencia del trato directo, cuya eficacia depende esencialmente de la voluntad de las partes para alcanzar acuerdos, la JRD incorpora la participación de expertos independientes con capacidad para emitir decisiones vinculantes y ejecutables, sin perjuicio de la posibilidad de una posterior revisión arbitral.[8]

A partir de estas consideraciones, el presente artículo se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son las principales limitaciones del trato directo como mecanismo preventivo de controversias en las concesiones portuarias peruanas y en qué medida la Junta de Resolución de Disputas puede constituir una herramienta más eficiente para reducir la escalada de controversias hacia el arbitraje?

La hipótesis que se propone es que la limitada eficacia preventiva del trato directo en las concesiones portuarias peruanas responde a que dicho mecanismo se sustenta esencialmente en la capacidad de las partes para alcanzar acuerdos consensuados, lo que resulta particularmente complejo en controversias de elevada complejidad técnica y económica. Esta situación puede verse acentuada cuando una de las partes es una entidad pública (concedente) sujeta a sistemas de control posterior y regímenes de responsabilidad que condicionan la toma de decisiones durante la negociación. En este contexto, la ausencia de mecanismos técnicos con capacidad decisoria vinculante en los contratos de concesión portuaria limita la prevención temprana de controversias y favorece su escalamiento hacia el arbitraje. Por ello, la Junta de Resolución de Disputas (JRD) podría constituir una herramienta idónea para fortalecer la gestión temprana de conflictos mediante la incorporación de una instancia técnica independiente capaz de emitir decisiones vinculantes durante la ejecución contractual.

Para desarrollar esta hipótesis, el presente trabajo analiza la regulación contractual del trato directo en las concesiones portuarias peruanas, examina las principales limitaciones que enfrenta como mecanismo preventivo y evalúa el potencial de la Junta de Resolución de Disputas como herramienta orientada a fortalecer la gestión temprana de controversias en proyectos portuarios de largo plazo.

II. EL TRATO DIRECTO COMO PRINCIPAL MECANISMO PREVENTIVO EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS PERUANAS

2.1 El trato directo en los mecanismos escalonados de solución de controversias

Los contratos de infraestructura desarrollados bajo esquemas de Asociación Público-Privada (APP) suelen incorporar mecanismos escalonados de solución de controversias cuyo objetivo consiste en evitar que toda discrepancia surgida durante la ejecución contractual desemboque inmediatamente en un arbitraje. La lógica que inspira estos mecanismos parte de reconocer que los contratos de larga duración generan inevitablemente diferencias de interpretación, dificultades operativas y controversias relacionadas con la asignación de riesgos, por lo que resulta conveniente establecer espacios de negociación previa antes de acudir a mecanismos heterocompositivos de resolución de conflictos.

En este contexto, el trato directo constituye una de las herramientas más utilizadas en los contratos de APP. Su finalidad consiste en proporcionar a las partes un espacio de negociación que les permita explorar soluciones consensuadas antes de activar procedimientos arbitrales. Desde una perspectiva funcional, el trato directo busca preservar la relación contractual, reducir costos de transacción y evitar que

[7] Ley No. 32441, artículo 4, numeral 4.1, Subnumeral 3, literal c.
[8] Decreto Supremo No. 316-2025-EF que aprueba el Reglamento de la Ley No. 32441, artículo 127.

desacuerdos potencialmente solucionables escalen hacia controversias más complejas y costosas.

La importancia de estos mecanismos radica en que los contratos de infraestructura no son relaciones jurídicas estáticas, sino instrumentos de ejecución prolongada que exigen coordinación permanente entre las partes y capacidad de adaptación frente a circunstancias que pueden variar significativamente a lo largo de la vida del proyecto[9].

La relevancia atribuida al trato directo también se refleja en la evolución normativa del régimen peruano de APP. Desde el Decreto Legislativo No. 1012 y su Reglamento, pasando por el Decreto Legislativo No. 1224 y posteriormente el Decreto Legislativo No. 1362, el legislador ha mantenido de manera constante la exigencia de una etapa previa de negociación antes del arbitraje. En todos estos regímenes normativos se ha reconocido la conveniencia de que las controversias surgidas durante la ejecución contractual sean inicialmente abordadas mediante mecanismos orientados a favorecer acuerdos entre las partes, reservando el arbitraje para aquellos supuestos en los que no resulte posible alcanzar una solución consensuada.[10]

Asimismo, algunos contratos de APP incorporaron mecanismos complementarios de naturaleza autocompositiva. Tal fue el caso de la figura del amigable componedor, prevista en determinados contratos de concesión como una alternativa destinada a facilitar acuerdos mediante la intervención de un tercero imparcial. Sin embargo, incluso en estos supuestos, la solución propuesta por dicho tercero carecía de carácter vinculante y únicamente producía efectos jurídicos cuando era aceptada por las partes.[11] Ello evidencia que el diseño tradicional de los mecanismos preventivos en el ámbito de las APP ha descansado fundamentalmente en instrumentos cuya eficacia depende de la voluntad de las partes para alcanzar acuerdos.

Esta orientación preventiva ha sido reforzada por la reciente Ley No. 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. En efecto, el principio de enfoque de resultados previsto en dicha norma establece que, durante la ejecución contractual, cuando existan elementos suficientes que permitan identificar una solución más eficiente desde una perspectiva de costo-beneficio, debe privilegiarse el empleo del trato directo o de la Junta de Resolución de Disputas antes que recurrir al arbitraje.[12] Por su parte, el Reglamento desarrolla esta orientación al exigir que los contratos de APP incorporen cláusulas específicas sobre trato directo, estableciendo formalidades, actuaciones y plazos mínimos para su desarrollo, aunque dejando a cada contrato la definición concreta del procedimiento aplicable.[13]

La evolución normativa descrita demuestra que el trato directo ha ocupado históricamente un lugar central dentro de los mecanismos de prevención y solución de controversias aplicables a las APP en el Perú. No obstante, la permanencia de esta

[9] PROINVERSIÓN, Buenas prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú (Lima: PROINVERSIÓN, 2023).
[10] Perú, Decreto Legislativo No. 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada (2008); Decreto Legislativo No. 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (2015); Decreto Legislativo No. 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (2018).
[11] Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.12, suscrito el 31 de mayo de 2018.
[12] Ley No. 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, artículo 4, numeral 4.1, literal c).
[13] Reglamento de la Ley No. 32441, aprobado por Decreto Supremo No. 316-2025-EF, artículo 128.

figura a lo largo de los distintos regímenes normativos no permite concluir, por sí sola, que haya cumplido eficazmente la función preventiva para la cual fue concebida. Por el contrario, resulta necesario examinar cómo ha sido incorporada en los contratos de concesión portuaria y si su diseño contractual ofrece condiciones adecuadas para gestionar controversias caracterizadas por elevados niveles de complejidad técnica y económica. Este análisis permitirá identificar las fortalezas y limitaciones del modelo actualmente vigente y evaluar la necesidad de mecanismos complementarios orientados a fortalecer la prevención temprana de controversias.

2.2 Regulación contractual del trato directo en las concesiones portuarias peruanas

La importancia atribuida por el legislador al trato directo como mecanismo de prevención y solución temprana de controversias encuentra su manifestación concreta en los contratos de concesión portuaria suscritos en el marco de las Asociaciones Público-Privadas. En efecto, más allá de las diferencias existentes entre los distintos proyectos concesionados, la revisión de los contratos vigentes permite advertir la existencia de una estructura común orientada a promover la negociación directa entre las partes antes de recurrir al arbitraje.

Con la finalidad de identificar los mecanismos previstos para la gestión de controversias durante la ejecución contractual, se revisaron los contratos de concesión correspondientes al Terminal Norte Multipropósito del Callao (APM Terminals), al Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur del Callao (DP World), al Terminal Portuario de Paita, al Terminal Portuario General San Martín, al Terminal Portuario de Yurimaguas, al Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Callao, al Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry y al Terminal Portuario San Juan de Marcona.

El análisis efectuado se centró en la identificación de los mecanismos contractuales previstos para la prevención y solución de controversias, particularmente en la existencia de cláusulas de trato directo, amigable componedor o mecanismos equivalentes a las Juntas de Resolución de Disputas.

Tabla 1. Mecanismos de prevención y solución de controversias en los contratos de concesión portuaria analizados

Contrato de Concesión	Trato Directo	Amigable Componedor	Junta de Resolución de Disputas[14]	Años de Suscripción del Contrato
Terminal Norte Multipropósito del Callao (APM Terminals)[15]	Sí	No	No	2011
Nuevo Terminal de Contenedores Zona Sur del Callao (DP World)[16]	Sí	No	No	2006
Terminal Portuario de Paita[17]	Sí	No	No	2009
Terminal Portuario General San Martín[18]	Sí	No	No	2014

[14] Nota: La Junta de Resolución de Disputas fue incorporada al régimen peruano de APP mediante la Quinta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No. 30114, publicada el 2 de diciembre de 2013.
[15] Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao, Sección XVI "Solución de Controversias", numeral 16.11, suscrito el 11 de mayo de 2011.
[16] Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en la Zona Sur del Terminal Portuario del Callao, Sección XVI "Solución de Controversias", numeral 16.11, suscrito el 21 de junio de 2006.
[17] Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita, Sección XVI, numeral 16.11, suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., 9 de septiembre de 2009.
[18] Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.12, suscrito el 21 de julio de 2014.

Terminal Portuario de Yurimaguas[19]	Sí	No	No	2011
Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales del Callao[20]	Sí	No	No	2011
Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry[21]	Sí	Sí	No	2018
Terminal Portuario San Juan de Marcona[22]	Sí	No	No	2026

Nota: Se identifican los mecanismos contractuales de prevención y solución de controversias previstos en los ocho contratos de concesión portuaria analizados, así como el año de suscripción de cada contrato, a efectos de contrastar su diseño contractual con la evolución normativa del régimen peruano de APP.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de los contratos de concesión analizados.

Como se aprecia en el cuadro anterior, el trato directo constituye el único mecanismo preventivo presente de manera uniforme en todos los contratos portuarios examinados. En cada uno de ellos se establece una etapa previa de negociación entre las partes como requisito para el sometimiento de determinadas controversias a arbitraje. Este resultado evidencia una clara preferencia del modelo portuario peruano por mecanismos de naturaleza consensual orientados a promover acuerdos durante la ejecución contractual.

Asimismo, la revisión contractual permite advertir que la incorporación de mecanismos adicionales de prevención de controversias ha sido excepcional. De los ocho contratos analizados, únicamente el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry contempla la posibilidad de recurrir a un amigable componedor. Sin embargo, dicha figura no constituye un mecanismo decisorio, pues el tercero designado únicamente propone una fórmula de solución de controversias que producirá efectos jurídicos si es aceptada por las partes.[23] En consecuencia, incluso en este supuesto, la solución de la controversia continúa dependiendo de la voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo.

Un segundo hallazgo relevante consiste en la ausencia de mecanismos equivalentes a las Juntas de Resolución de Disputas. Ninguno de los contratos analizados contempla la participación de órganos técnicos independientes con facultades para emitir decisiones vinculantes durante la ejecución contractual. Esta circunstancia resulta particularmente significativa si se considera que las concesiones portuarias involucran relaciones contractuales de larga duración, elevados compromisos de inversión y controversias que frecuentemente presentan importantes componentes técnicos, financieros y operativos.

Los resultados obtenidos permiten afirmar que el diseño contractual de las concesiones portuarias peruanas ha descansado históricamente sobre mecanismos autocompositivos de solución de controversias. Tanto el trato directo como la

[19] Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma, Sección XVI "Solución de Controversias", numeral 16.11, suscrito el 31 de mayo de 2011.
[20] Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.11, suscrito el 28 de enero de 2011.
[21] Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.12, suscrito el 31 de mayo de 2018.
[22] Contrato de Concesión del Terminal Portuario San Juan de Marcona, Sección XV "Solución de Controversias", numeral 15.12, suscrito en 2026.
[23] Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, cláusula 15.12, suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Salaverry Terminal Internacional S.A., 31 de mayo de 2018.

amigable composición responden a una lógica basada en el consenso y en la construcción voluntaria de acuerdos entre las partes. Sin embargo, esta misma característica plantea interrogantes respecto de la capacidad de dichos mecanismos para gestionar eficazmente controversias complejas en las que las posiciones de las partes pueden encontrarse fuertemente definidas desde etapas tempranas del conflicto.

La constatación de este modelo contractual adquiere especial relevancia si se considera que la Junta de Resolución de Disputas no constituye una institución ajena al régimen peruano de APP. Por el contrario, esta figura fue incorporada por primera vez mediante la Ley No. 30114, que modificó el Decreto Legislativo No. 1012 en el año 2014, siendo posteriormente recogida por el Decreto Legislativo No. 1224, el Decreto Legislativo No. 1362 y, más recientemente, por la Ley No. 32441. Sin embargo, pese a su presencia normativa durante más de una década, ninguno de los contratos de concesión portuaria analizados contempla la utilización de este mecanismo. Si bien varios de los contratos analizados fueron celebrados antes de la incorporación de la Junta de Resolución de Disputas al régimen peruano de APP, ello no ocurre con los contratos del Terminal Portuario General San Martín (2014), Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry (2018) y Terminal Portuario San Juan de Marcona (2026), los cuales fueron suscritos cuando dicha figura ya contaba con reconocimiento normativo expreso. No obstante, ninguno de ellos incorporó una Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de prevención o solución temprana de controversias. Esta circunstancia evidencia una diferencia significativa entre la evolución del marco normativo de las APP y el diseño contractual de las concesiones portuarias actualmente vigentes, aspecto que resulta particularmente relevante para evaluar el potencial de la JRD como herramienta de fortalecimiento de la prevención de controversias en el sector.

2.3 Limitaciones del modelo contractual vigente

La revisión de los contratos de concesión portuaria analizados permite advertir que el modelo de prevención de controversias implementado en el sector ha descansado principalmente sobre mecanismos de naturaleza consensual. Tanto el trato directo como la amigable composición —en el único contrato que la contempla— tienen como elemento común que la solución de la controversia depende, en última instancia, de la voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo. Esta característica resulta coherente con la finalidad de preservar la relación contractual y evitar la judicialización o arbitralización temprana de los conflictos. Sin embargo, también plantea interrogantes respecto de la eficacia práctica de dichos mecanismos en controversias particularmente complejas.

Una primera limitación se encuentra vinculada a la naturaleza de las controversias que suelen surgir durante la ejecución de los contratos de concesión portuaria. A diferencia de otros contratos administrativos, las concesiones portuarias involucran proyectos de infraestructura de larga duración, elevados compromisos de inversión y relaciones contractuales altamente especializadas. Como consecuencia, las discrepancias que se presentan durante su ejecución suelen involucrar aspectos técnicos, económicos y financieros complejos, relacionados con obligaciones de inversión, niveles de servicio, ampliaciones de infraestructura, interpretación de cláusulas contractuales, distribución de riesgos o mecanismos de equilibrio económico-financiero.

En este tipo de controversias, las posiciones de las partes suelen encontrarse respaldadas por informes técnicos, estudios especializados y análisis económicos que dificultan la construcción de soluciones exclusivamente negociadas. A medida que aumenta la complejidad de la controversia, también se incrementa la probabilidad de

que cada parte considere que su interpretación contractual es la correcta y que, en consecuencia, tenga pocos incentivos para modificar su posición durante una negociación directa.

Una segunda limitación se relaciona con la magnitud económica de las controversias. Los contratos de concesión portuaria involucran inversiones que pueden alcanzar cientos de millones de dólares y cuyos efectos se proyectan durante varias décadas. En este contexto, las decisiones adoptadas en una etapa temprana de negociación pueden generar importantes consecuencias económicas para el concesionario o para el Estado. Ello reduce los incentivos para asumir posiciones flexibles y favorece la adopción de estrategias orientadas a preservar derechos o expectativas económicas que posteriormente podrían ser discutidas en sede arbitral.

A estas dificultades se suma una característica propia de las controversias en las que participa una entidad pública. Mientras el concesionario evalúa la controversia principalmente desde una perspectiva empresarial y de gestión de riesgos, los funcionarios que representan a la entidad concedente deben adoptar decisiones en un entorno condicionado por sistemas de control posterior y por diversos regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal. En consecuencia, la posibilidad de alcanzar acuerdos durante el trato directo no depende únicamente de la fortaleza jurídica o técnica de las posiciones en conflicto, sino también de la percepción de riesgos institucionales asociados a la adopción de decisiones que podrían ser posteriormente objeto de revisión por órganos de control.

Esta situación adquiere particular relevancia cuando las controversias involucran materias de elevada complejidad técnica o importantes impactos económicos. En tales circunstancias, la ausencia de una instancia especializada capaz de emitir una determinación técnica independiente puede generar incentivos para que las partes mantengan posiciones rígidas y trasladen la controversia hacia mecanismos heterocompositivos, donde la decisión final recaiga en un tercero con facultades para emitir un pronunciamiento vinculante.

Precisamente, la revisión de los contratos portuarios evidencia que, salvo la excepción del amigable componedor prevista en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, ninguno de los mecanismos preventivos existentes incorpora una instancia técnica con facultades decisorias. Incluso en el caso del amigable componedor, la propuesta formulada por el tercero carece de efectos vinculantes y únicamente produce consecuencias jurídicas cuando es aceptada por ambas partes. En consecuencia, el modelo contractual vigente continúa descansando esencialmente sobre mecanismos cuya eficacia depende del consenso.

Lo anterior no implica afirmar que el trato directo carezca de utilidad o que deba ser reemplazado. Por el contrario, su permanencia a lo largo de las sucesivas reformas del régimen peruano de APP demuestra que continúa desempeñando una función relevante dentro de los mecanismos de prevención y solución de controversias. Sin embargo, las limitaciones identificadas sugieren que, en determinados tipos de controversias, la negociación directa podría requerir herramientas complementarias que permitan incorporar criterios técnicos objetivos y generar incentivos adicionales para la resolución temprana de conflictos.

En este contexto, resulta pertinente analizar el papel que puede desempeñar la Junta de Resolución de Disputas dentro de los contratos de infraestructura. A diferencia de los mecanismos consensuales examinados, la JRD incorpora una instancia técnica independiente con capacidad para emitir decisiones vinculantes durante la ejecución contractual, característica que podría contribuir a fortalecer la prevención temprana de controversias y reducir su escalamiento hacia el arbitraje.

III. LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS COMO MECANISMO DE FORTALECIMIENTO DEL TRATO DIRECTO EN LAS CONCESIONES PORTUARIAS PERUANAS

3.1 Evolución normativa de la Junta de Resolución de Disputas en el régimen peruano de APP

La Junta de Resolución de Disputas no constituye una institución reciente dentro del régimen peruano de Asociaciones Público-Privadas. Por el contrario, su incorporación al ordenamiento jurídico nacional responde a un proceso normativo que se inició hace más de una década y que evidencia un progresivo reconocimiento de la importancia de los mecanismos orientados a la prevención temprana de controversias durante la ejecución de contratos de infraestructura.

La primera referencia expresa a esta figura se produjo mediante la Ley No. 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, la cual modificó el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo No. 1012 e incorporó la posibilidad de utilizar Juntas de Resolución de Disputas en los contratos desarrollados bajo esquemas de Asociación Público-Privada.[24] Esta modificación representó un cambio significativo respecto de los mecanismos tradicionales de solución de controversias, al introducir una instancia técnica especializada destinada a intervenir durante la ejecución contractual y no únicamente una vez producida la controversia.

Posteriormente, el Decreto Legislativo No. 1224 recogió expresamente esta institución en su artículo 23.2, reconociendo la posibilidad de que los contratos de APP[25] incorporaran mecanismos de Junta de Resolución de Disputas para la gestión de controversias surgidas durante la ejecución del proyecto. A su vez, el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No. 410-2015-EF desarrolló aspectos procedimentales vinculados a su constitución, funcionamiento y efectos jurídicos.[26]

La figura fue posteriormente mantenida por el Decreto Legislativo No. 1362 y su Reglamento, consolidando su presencia dentro del régimen peruano de APP[27]. Ello demuestra que, desde una perspectiva normativa, el legislador peruano ha reconocido de manera sostenida la utilidad de incorporar mecanismos especializados capaces de intervenir tempranamente en la gestión de controversias derivadas de contratos de infraestructura de larga duración.

Más recientemente, la Ley No. 32441 ha reforzado la importancia de la JRD dentro del sistema de prevención y solución de controversias aplicable a las APP. En particular, el principio de enfoque de resultados establece que, durante la ejecución contractual, cuando existan elementos suficientes que permitan identificar una solución más eficiente desde una perspectiva de costo-beneficio, debe privilegiarse el empleo del trato directo o de la Junta de Resolución de Disputas antes que recurrir al arbitraje[28]. Esta disposición resulta especialmente relevante porque sitúa a la JRD dentro de una política pública orientada a reducir la escalada de controversias y a promover soluciones tempranas durante la ejecución contractual.

---

[24] Perú, Ley No. 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, Quinta Disposición Complementaria Modificatoria.
[25] Perú, Decreto Legislativo No. 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, art. 23.2.
[26] Perú, Decreto Supremo No. 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo No. 1224.
[27] Perú, Decreto Legislativo No.1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos; Perú, Decreto Supremo No. 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo No.1362.
[28] Perú, Ley No. 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, art. 4.1.c.

Sin embargo, la evolución normativa descrita contrasta con la realidad observada en los contratos de concesión portuaria analizados. Como se ha señalado en el capítulo anterior, ninguno de ellos incorporó mecanismos de Junta de Resolución de Disputas, pese a que dicha figura ya formaba parte del régimen jurídico de las APP al momento de celebrarse varios de estos contratos. Esta situación evidencia que la existencia de una habilitación normativa no garantiza necesariamente su incorporación en los instrumentos contractuales ni su utilización efectiva como herramienta de prevención de controversias.

La constatación de esta brecha entre la evolución normativa y el diseño contractual resulta particularmente relevante para el sector portuario. En efecto, mientras los contratos vigentes continúan descansando fundamentalmente sobre mecanismos consensuales como el trato directo y, excepcionalmente, la amigable composición, la JRD incorpora una lógica distinta basada en la intervención de expertos independientes capaces de emitir decisiones vinculantes durante la ejecución contractual. Por ello, resulta pertinente examinar las diferencias estructurales existentes entre estos mecanismos y analizar de qué manera la JRD podría contribuir a fortalecer la prevención temprana de controversias en las concesiones portuarias peruanas.

3.2 Diferencias estructurales entre el trato directo, el amigable componedor y la Junta de Resolución de Disputas

La revisión de los contratos de concesión portuaria analizados permite advertir que los mecanismos preventivos tradicionalmente utilizados en este sector han sido el trato directo y, de manera excepcional, la amigable composición. Ambos mecanismos comparten una característica esencial: la solución de la controversia depende, en última instancia, de la voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo. La Junta de Resolución de Disputas, por el contrario, incorpora una lógica distinta, al introducir la participación de expertos independientes con capacidad para emitir decisiones vinculantes durante la ejecución contractual.

Desde una perspectiva funcional, los tres mecanismos persiguen un objetivo común: evitar que las controversias escalen prematuramente hacia el arbitraje. Sin embargo, presentan diferencias relevantes en cuanto a su estructura, forma de intervención y efectos jurídicos.

Tabla 2. Comparación entre el trato directo, el amigable componedor y la Junta de Resolución de Disputas

Aspecto	Trato directo	Amigable componedor	Junta de Resolución de Disputas (JRD)
Participación de un tercero independiente	NO	Sí	Sí
Naturaleza de la intervención	Negociación directa entre las partes	Propuesta de solución formulada por un tercero	Evaluación técnica y decisión emitida por expertos independientes
Carácter vinculante	No	No	Sí
Requiere aceptación de ambas partes para producir efectos	Sí	Sí	No
Participación durante la ejecución contractual	Sí	Sí	Sí
Dependencia del consenso para resolver la controversia	Alta	Alta	Baja
Efecto frente a la	Busca	Propone	Emite una decisión

controversia	consenso	fórmula de arreglo	vinculante y ejecutable
Relación con el arbitraje	Etapa previa	Alternativa consensual	Sus decisiones pueden ser posteriormente sometidas a arbitraje

Nota: Se comparan las principales características funcionales y jurídicas de los mecanismos de prevención y solución de controversias previstos en el régimen peruano de APP, considerando su estructura, efectos jurídicos y grado de dependencia del consenso entre las partes.
Fuente: Elaboración propia sobre la base de la normativa APP y los contratos de concesión portuaria analizados.

Como se aprecia en el cuadro anterior, la principal diferencia entre los mecanismos analizados radica en la existencia de una instancia técnica independiente con capacidad para emitir decisiones vinculantes. Mientras el trato directo y la amigable composición descansan fundamentalmente en la construcción de consensos, la Junta de Resolución de Disputas incorpora un componente decisorio que permite gestionar determinadas controversias sin depender exclusivamente de la voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo.

Esta diferencia resulta particularmente relevante si se considera que la amigable composición, pese a contemplar la intervención de un tercero imparcial, mantiene una naturaleza esencialmente consensual. Como se observó en el caso del Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry, el amigable componedor únicamente propone una fórmula de solución, cuya eficacia depende de la aceptación posterior de las partes. La JRD, en cambio, se encuentra facultada para emitir decisiones vinculantes y ejecutables durante la ejecución contractual, sin perjuicio del derecho de las partes de someter posteriormente la controversia a arbitraje.

Asimismo, la regulación vigente permite que la Junta de Resolución de Disputas desarrolle funciones preventivas más amplias que las asociadas a los mecanismos tradicionalmente utilizados en los contratos portuarios. En efecto, el Reglamento de la Ley No. 32441 prevé que la JRD pueda constituirse desde el inicio de la ejecución contractual y absolver consultas o emitir recomendaciones respecto de cuestiones sometidas a su consideración por las partes. Esta característica evidencia que la institución no se limita a resolver controversias ya existentes, sino que también puede contribuir a prevenir su aparición o escalamiento.

Las diferencias descritas permiten concluir que la Junta de Resolución de Disputas incorpora elementos que no se encuentran presentes en el diseño contractual actualmente predominante en las concesiones portuarias peruanas. En particular, la combinación de especialización técnica, independencia y capacidad para emitir decisiones vinculantes la distingue de los mecanismos consensuales previstos en los contratos vigentes. Corresponde entonces analizar de qué manera estas características pueden contribuir a fortalecer la eficacia preventiva del trato directo y reducir la necesidad de recurrir tempranamente al arbitraje en las concesiones portuarias.

3.3 La Junta de Resolución de Disputas como mecanismo de fortalecimiento del trato directo en las concesiones portuarias peruanas

El análisis efectuado en los capítulos precedentes permite advertir que la principal limitación del modelo actualmente vigente en las concesiones portuarias peruanas no radica en la ausencia de mecanismos preventivos, sino en la dependencia casi exclusiva del consenso como condición para la solución de controversias. Como se ha observado, los contratos portuarios analizados contemplan el trato directo como mecanismo previo al arbitraje y, excepcionalmente, la amigable composición. Sin

embargo, ambos mecanismos descansan en la voluntad de las partes para aceptar una determinada propuesta o alcanzar un acuerdo, incluso cuando las controversias involucran materias de elevada complejidad técnica o significativo impacto económico.

Desde esta perspectiva, la relevancia de la Junta de Resolución de Disputas no reside únicamente en su capacidad para resolver controversias, sino en su potencial para fortalecer la eficacia preventiva del trato directo. En efecto, el artículo 129.1.2 del Reglamento de la Ley No. 32441 permite que, durante la propia etapa de trato directo, las partes acuerden someter una controversia a una Junta de Resolución de Disputas para que esta emita una decisión vinculante y ejecutable.[29]

Esta regulación introduce un elemento que no se encuentra presente en los contratos portuarios actualmente vigentes: la posibilidad de incorporar una instancia técnica independiente con capacidad decisoria dentro de la etapa de negociación. Mientras el trato directo tradicional exige que las partes alcancen por sí mismas una solución consensuada, la intervención de una JRD permite que determinadas discrepancias sean evaluadas por expertos independientes capaces de emitir un pronunciamiento vinculante durante la ejecución contractual, sin perjuicio del posterior acceso al arbitraje.

La importancia de esta característica resulta particularmente visible en aquellas controversias en las que las partes enfrentan mayores dificultades para construir acuerdos. En el caso de las concesiones portuarias, ello puede ocurrir cuando las discrepancias involucran aspectos especializados de infraestructura, inversiones, niveles de servicio, interpretación contractual o asignación de riesgos. En estos supuestos, la existencia de una instancia técnica independiente puede contribuir a reducir la incertidumbre asociada a la controversia y facilitar su tratamiento antes de que escale hacia un arbitraje.

Asimismo, la incorporación de una decisión técnica vinculante dentro de la etapa de trato directo podría contribuir a reducir algunos de los incentivos institucionales que actualmente limitan la efectividad de la negociación directa en contratos celebrados con entidades públicas. Ello no implica eliminar la necesidad de negociación entre las partes, sino complementar dicho espacio mediante una herramienta que permita introducir criterios técnicos objetivos cuando el consenso resulte difícil de alcanzar.

La utilidad práctica de esta propuesta adquiere especial relevancia en el contexto actual del sistema portuario peruano. Diversas concesiones portuarias vienen ejecutando nuevas inversiones o podrían evaluar, en los próximos años, procesos de modificación contractual vinculados a nuevas inversiones o eventuales extensiones del plazo concesional. Estos procesos suelen involucrar negociaciones complejas respecto de obligaciones de inversión, niveles de servicio, asignación de riesgos y condiciones económicas del contrato, materias que presentan un elevado potencial de generar controversias entre el concedente y el concesionario.

Precisamente, dichos procesos de modificación contractual constituyen una oportunidad para evaluar la incorporación de cláusulas de Junta de Resolución de Disputas en contratos que originalmente fueron estructurados únicamente sobre la base del trato directo. De esta manera, las futuras controversias derivadas de la ejecución contractual podrían contar con una instancia técnica especializada capaz de intervenir dentro del propio procedimiento de trato directo, fortaleciendo su

[29] Perú, Reglamento de la Ley No. 32441, Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo No. 316-2025-EF, art. 129.1.2.

función preventiva y reduciendo la necesidad de trasladar tempranamente las discrepancias al arbitraje.

En consecuencia, la principal contribución de la Junta de Resolución de Disputas no consiste en sustituir al trato directo, sino en fortalecerlo. Su incorporación permitiría complementar los mecanismos preventivos actualmente existentes mediante una herramienta técnica especializada capaz de intervenir cuando la negociación directa resulte insuficiente, favoreciendo una gestión más eficiente de las controversias y una mayor continuidad en la ejecución de los contratos de concesión portuaria.

IV. CONCLUSIONES

1. El análisis de los contratos de concesión portuaria vigentes en el Perú permite concluir que el trato directo constituye el principal mecanismo preventivo de controversias previsto contractualmente. Los ocho contratos analizados incorporan una etapa obligatoria de negociación previa al arbitraje, lo que evidencia la importancia atribuida a la búsqueda de soluciones consensuadas durante la ejecución contractual.

2. La revisión contractual efectuada demuestra que la incorporación de mecanismos preventivos adicionales ha sido excepcional. Únicamente el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry contempla la figura del amigable componedor, cuya intervención se limita a formular propuestas de solución que únicamente producen efectos jurídicos cuando son aceptadas por las partes. En consecuencia, el modelo contractual portuario continúa descansando fundamentalmente sobre mecanismos cuya eficacia depende del consenso.

3. Las principales limitaciones del trato directo como mecanismo preventivo se encuentran asociadas a la complejidad técnica y económica de las controversias que suelen surgir durante la ejecución de las concesiones portuarias, así como a los incentivos institucionales presentes cuando una de las partes es una entidad pública (concedente) sujeta a mecanismos de control posterior y regímenes de responsabilidad. Estas circunstancias pueden dificultar la construcción de acuerdos y favorecer el escalamiento de controversias hacia el arbitraje.

4. La investigación permitió identificar una brecha entre la evolución normativa del régimen peruano de APP y el diseño contractual de las concesiones portuarias vigentes. Si bien la Junta de Resolución de Disputas fue incorporada al ordenamiento jurídico peruano sobre APP desde el año 2014 y ha sido mantenida en los sucesivos marcos normativos, ninguno de los contratos de concesión portuaria analizados contempla su utilización, incluso aquellos suscritos con posterioridad a su reconocimiento normativo.

5. La regulación vigente permite que la Junta de Resolución de Disputas opere dentro de la propia etapa de trato directo mediante la emisión de decisiones vinculantes y ejecutables. En tal sentido, su principal aporte no consiste en sustituir la negociación directa entre concedente y concesionario, sino en fortalecerla mediante la incorporación de una instancia técnica independiente capaz de intervenir con opinión vinculante cuando el consenso resulte insuficiente. En el contexto actual del sistema portuario peruano, los procesos de modificación contractual vinculados a nuevas inversiones o eventuales ampliaciones del plazo concesional constituyen una oportunidad para evaluar su incorporación como herramienta de fortalecimiento de la prevención temprana de controversias.

BIBLIOGRAFÍA

- Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en la Zona Sur del Terminal Portuario del Callao. Suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Dubai Ports World Callao S.R.L., 21 de junio de 2006.

- Contrato de Concesión del Nuevo Terminal Portuario de Yurimaguas – Nueva Reforma. Suscrito entre la Autoridad Portuaria Nacional y Concesionaria Puerto Amazonas S.A., 31 de mayo de 2011.

- Contrato de Concesión del Terminal de Embarque de Concentrados de Minerales en el Terminal Portuario del Callao. Suscrito entre la Autoridad Portuaria Nacional y Transportadora Callao S.A., 28 de enero de 2011.

- Contrato de Concesión del Terminal Norte Multipropósito en el Terminal Portuario del Callao. Suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y APM Terminals Callao S.A., 11 de mayo de 2011.

- Contrato de Concesión del Terminal Portuario de Paita. Suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., 9 de septiembre de 2009.

- Contrato de Concesión del Terminal Portuario General San Martín – Pisco. Suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Terminal Portuario Paracas S.A., 21 de julio de 2014.

- Contrato de Concesión del Terminal Portuario Multipropósito de Salaverry. Suscrito entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y Salaverry Terminal Internacional S.A., 31 de mayo de 2018.

- Contrato de Concesión del Terminal Portuario San Juan de Marcona. Suscrito entre la Autoridad Portuaria Nacional y Terminal Portuario Jinzhao Perú S.A., 2026.

- Moseley, Mark. "Dispute Resolution and Renegotiation of Public-Private Partnerships: New Approaches with Dispute Resolution Boards." Draft Paper prepared for Istanbul PPP Week 2022, 9 October 2022.

- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). "Puertos." Consultado el 15 de junio de 2026. https://www.ositran.gob.pe/anterior/puertos/

- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN). "Puertos concesionados ejecutaron USD 2,376 millones en inversiones bajo supervisión de OSITRAN." Noticia institucional, 12 de junio de 2026. https://www.gob.pe/institucion/ositran/noticias/1405566-puertos-concesionados-ejecutaron-usd-2376-millones-en-inversiones-bajo-supervision-de-ositran

- Perú. Decreto Legislativo No. 1012. Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. 2008.

- Perú. Ley No. 30114. Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014. 2013.

- Perú. Decreto Legislativo No. 1224. Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. 2015.

- Perú. Decreto Legislativo No. 1362. Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. 2018.

- Perú. Ley No. 32441. Ley que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos. 2025.

- Perú. Decreto Supremo No. 410-2015-EF. Reglamento del Decreto Legislativo No. 1224. 2015.

- Perú. Decreto Supremo No. 240-2018-EF. Reglamento del Decreto Legislativo No. 1362. 2018.

- Perú. Decreto Supremo No. 316-2025-EF. Reglamento de la Ley No. 32441. 2025.

- PROINVERSIÓN. Buenas prácticas en Asociaciones Público-Privadas: cláusulas de solución de controversias en contratos de APP en Perú. Lima: PROINVERSIÓN, 2023.

- Yescombe, E. R. Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance. 2nd ed. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2018.

RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Lara †

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General)
Christian Guzmán Arias (Sub-Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta
Indira Navarro Palacios
Juan Carlos Benavente Teixeira
Carlos Torres Morales
Rafael Torres Morales

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Lourdes Flores Nano
Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio
Prof. Ricardo Beaumont Callirgos
Prof. Ronald Cárdenas Krenz
Prof. Fernando Vidal Ramírez
Prof. Hernando Montoya Alberti
Prof. Mila Guillen Rispa

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres
Angela Cuba Palomino
Giancarlo Benavente Scheelje
Jenifer Lima Taype
Jackeline Vásquez Dávila
Solanch Portales Alburqueque
Yerson Novoa Mendo

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**
Derechos Reservados. 1983.

Editorial: Asesorandina S.R.L. **- RUC:** 20101283071 **- Domicilio Legal:** Av. El Derby 254 Oficina 1404 Santiago de Surco, Lima-Perú
Año: 2026
Edición Digital.
Carátula y Diseño: Solanch Portales Alburqueque
Compilador: Sylvia Torres Morales
ISSN No. 2788-4864
Código de Barras No.: 7758272000015
Año de la primera publicación: 1985
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**
PEDIDOS: Edificio Lima Central Tower, Av. El Derby 254, Piso 14, Oficina 1404 – Surco.
Central Teléf.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: https://rpde.tytl.com

Se terminó de realizar la digitación y composición en ASESORANDINA SRL
Edificio Lima Central Tower,
Av. El Derby N° 254, Oficina 1404 – Surco –
Lima – Perú
Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe

Revista de periodicidad anual
Febrero – Septiembre 2026

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

ISSN 2788-4864

TOMO 2

ASE CONSULTORES Grupo TYTL

MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, JOSÉ IGNACIO
MENA CASTRO, ARMANDO ENRIQUE
La Bifurcación del Procedimiento Arbitral Internacional: Hacia un Estándar de Discrecionalidad

MORALES ACOSTA, ALONSO
ORTIZ JINEZ, ESTEFANY
¿Qué es una Inversión Extranjera en el Arbitraje de Inversión?

NAGATOME ESPINOZA, MANUEL FERNANDO
Los Retos De La Inteligencia Artificial (IA) En El Arbitraje Comercial Internacional

NAKAYA VARGAS MACHUCA, FERNANDO
La Especialización en el Arbitraje Internacional: ¿Fortalecimiento del Sistema o Riesgo de Fragmentación?

OTERO DE LA VEGA, ALMUDENA
El Papel de los Árbitros que conocen Disputas Relativas a las decisiones de Dispute Boards en América Latina

PANZA DE PAULA, THAYSA
FÉLIZ DE JESÚS, ERNESTO J.
De la Ejecución Contractual al Arbitraje Internacional: El Rol Estructural de los Documentos en Proyectos de Infraestructura

PERALTA QUISPE, ELIZABETH ROSA
TORRES MORALES, RAFAEL ANTONIO
Opacidad Algorítmica y Prueba en Arbitraje Internacional

PIMENTEL TELLO, MARÍA ISABEL
Protección del Medio Ambiente y los Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversiones: Un Nuevo Equilibrio en los TBI

PULGAR SOAREZ, ADOLFO
El Árbitro como Gestor de la Eficiencia Procesal en el Arbitraje Comercial Internacional

RINCÓN CUÉLLAR, LUIS FERNANDO
Ética en el Arbitraje: La Promoción de los Árbitros

SÁNCHEZ ROMERO, JOSÉ ANTONIO
BEGAZO GUTIÉRREZ, XIARA YENIFER
Inteligencia Artificial en la Deliberación Arbitral: Límites Éticos y Procesales

SERRANO PÉREZ, MIGUEL ÁNGEL
Recusación de Árbitros, Directrices de la IBA y Arbitraje Internacional

SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO
Las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba

TAFUR SÁNCHEZ, SERGIO ALBERTO
Confirmar o No Confirmar, ¿A qué nos enfrentamos hoy en el Perú?

VILLANUEVA NÚÑEZ, LUDOVINA
¿Los convenios de Estabilidad Jurídica congelan indefinidamente la potestad Reguladora del Estado?

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y DE INVERSIONES

No. 80 Año XL

Índice

1. LA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL: HACIA UN ESTÁNDAR DE DISCRECIONALIDAD — pág.5
Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio
Mena Castro, Armando Enrique

2. ¿QUÉ ES UNA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN? — pág. 18
Morales Acosta, Alonso
Ortiz Jinez, Estefany

3. LOS RETOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL — pág. 35
Nagatome Espinoza, Manuel Fernando

4. LA ESPECIALIZACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ¿FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA O RIESGO DE FRAGMENTACIÓN? — pág. 46
Nakaya Vargas Machuca, Fernando

5. EL PAPEL DE LOS ÁRBITROS QUE CONOCEN DISPUTAS RELATIVAS A LAS DECISIONES DE DISPUTE BOARDS EN AMÉRICA LATINA — pág. 62
Otero De la Vega, Almudena

6. DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL AL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL ROL ESTRUCTURAL DE LOS DOCUMENTOS EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA — pág. 77
Panza de Paula, Thaysa
Féliz de Jesús, Ernesto J.

7. OPACIDAD ALGORÍTMICA Y PRUEBA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL — pág. 93
Peralta Quispe, Elizabeth Rosa
Torres Morales, Rafael Antonio

8. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: UN NUEVO EQUILIBRIO EN LOS TBI — pág. 107
Pimentel Tello, María Isabel

9. EL ÁRBITRO COMO GESTOR DE LA EFICIENCIA PROCESAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL — pág. 121
Pulgar Soarez, Adolfo

10. ÉTICA EN EL ARBITRAJE: LA PROMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS — pág. 143
Rincón Cuéllar, Luis Fernando

11. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DELIBERACIÓN ARBITRAL: LÍMITES ÉTICOS Y PROCESALES — pág. 154
Sánchez Romero, José Antonio
Begazo Gutiérrez, Xiara Yenifer

Índice

12. RECUSACIÓN DE ÁRBITROS, DIRECTRICES DE LA IBA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL
Serrano Pérez, Miguel Ángel **pág. 171**

13. LAS REGLAS DE LA IBA SOBRE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA
Soto Coaguila, Carlos Alberto **pág. 190**

14. CONFIRMAR O NO CONFIRMAR, ¿A QUÉ NOS ENFRENTAMOS HOY EN EL PERÚ?
Tafur Sánchez, Sergio Alberto **pág. 210**

15. ¿LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA CONGELAN INDEFINIDAMENTE LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO?
Villanueva Núñez, Ludovina **pág. 227**

LA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL: HACIA UN ESTÁNDAR DE DISCRECIONALIDAD

Autores:
José Ignacio Monedero Montero de Espinosa
Armando Enrique Mena Castro

LA BIFURCACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL: HACIA UN ESTÁNDAR DE DISCRECIONALIDAD

Bifurcation in international arbitration: Towards a standard of discretion

Dr. José Ignacio Monedero Montero de Espinosa[1]
Dr. Armando Enrique Mena Castro[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Concepto y naturaleza jurídica de la bifurcación.
III. La regulación arbitral: reglas abiertas y finalidad común.
IV. La práctica arbitral y la construcción de un estándar transnacional.
V. Tipología de la bifurcación y escenarios de utilización.
VI. El test de procedencia: cinco criterios para ordenar la discrecionalidad.
VII. Riesgos de una utilización inadecuada.
VIII. Conclusiones.

Resumen

La bifurcación del procedimiento arbitral se ha convertido en una de las decisiones de ordenación procesal más relevantes del arbitraje internacional contemporáneo. Su utilidad es evidente cuando la resolución anticipada de una cuestión preliminar permite evitar una actividad probatoria extensa o incluso poner fin al arbitraje. Sin embargo, su empleo irreflexivo puede producir el efecto contrario: duplicar escritos, generar audiencias sucesivas, retrasar el laudo final y fragmentar artificialmente controversias que solo pueden comprenderse de forma unitaria. Este artículo examina la bifurcación como manifestación de la potestad de dirección procesal del tribunal arbitral y propone una reconstrucción doctrinal del estándar que debe orientar su adopción. La tesis central es que la bifurcación no debe entenderse ni como una medida excepcional ni como una técnica preferente, sino como una decisión discrecional jurídicamente estructurada. Esa discrecionalidad exige valorar, de forma motivada, la autonomía de la cuestión preliminar, su potencial efecto dispositivo, la existencia o no de solapamiento probatorio, el ahorro real de tiempo y costes y la preservación del debido proceso. Desde esta perspectiva, la bifurcación se concibe como una herramienta de gestión del riesgo procesal y no como un simple mecanismo de economía procedimental.

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Bifurcación/ Discrecionalidad Arbitral/ Case Management/ Debido Proceso/ Economía Procesal/ Procedimiento arbitral.

---

[1] Abogado y Árbitro. Presidente de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Miembro del Pleno de CIIAM. Correo de contacto: joseignacio.monedero@icam.es

[2] Doctor en Derecho. Abogado salvadoreño y experto en litigación arbitral. Correo de contacto: enrique.mena@ribon.es

Abstract

Bifurcation has become one of the most relevant procedural decisions in contemporary international arbitration. Its usefulness is clear where the early determination of a preliminary issue may avoid extensive evidentiary activity or even dispose of the arbitration altogether. Yet an uncritical use of bifurcation may produce the opposite result: additional submissions, successive hearings, delays in the final award and the artificial fragmentation of disputes that can only be properly understood as a whole. This article examines bifurcation as an expression of the arbitral tribunal's procedural case-management powers and proposes a doctrinal reconstruction of the standard that should guide its adoption. The central thesis is that bifurcation should be understood neither as an exceptional measure nor as a preferred technique, but as a legally structured discretionary decision. Such discretion requires a reasoned assessment of the autonomy of the preliminary issue, its potential dispositive effect, the existence or absence of evidentiary overlap, the actual saving of time and costs and the preservation of due process. From this perspective, bifurcation is best understood as a tool for managing procedural risk rather than as a mere instrument of procedural economy.

Keywords

International arbitration/ Bifurcation/ Arbitral discretion/ Case management/ Due process/ Procedural economy/ Arbitral proceedings.

I. INTRODUCCIÓN

La expansión del arbitraje internacional ha ido acompañada de un fenómeno menos visible, pero decisivo: la progresiva transformación del tribunal arbitral en un verdadero director del procedimiento. En controversias de alta complejidad técnica, con abundante prueba documental, declaraciones testificales, informes periciales y cuestiones jurídicas de distinta naturaleza, la función del tribunal ya no se agota en dictar un laudo. También debe diseñar un itinerario procesal capaz de conducir el litigio hacia una decisión final de manera razonablemente eficiente, sin sacrificar las garantías de contradicción, igualdad y audiencia.

En ese contexto se sitúa la bifurcación. La posibilidad de dividir el procedimiento en fases sucesivas suele presentarse como una técnica de ahorro de tiempo y costes. La idea es sencilla: si una cuestión previa puede resolver el litigio, o reducirlo de forma sustancial, parece razonable decidirla antes de obligar a las partes a desplegar toda la actividad probatoria propia del fondo o del *quantum*. Esa lógica explica que la bifurcación haya adquirido particular importancia en el arbitraje de inversión, donde las objeciones jurisdiccionales o de admisibilidad pueden condicionar la existencia misma del procedimiento. También explica su progresiva utilización en arbitrajes comerciales complejos, en los que una cuestión contractual, de legitimación, de prescripción o de responsabilidad puede incidir decisivamente en el desarrollo posterior del caso.

La aparente simplicidad de la institución no debe ocultar, sin embargo, sus dificultades. Bifurcar no es únicamente ordenar que una cuestión se decida primero. Supone alterar el ritmo natural del procedimiento, modificar los incentivos estratégicos de las partes, reorganizar la prueba, anticipar determinados debates y, en ocasiones, separar artificialmente cuestiones que se encuentran materialmente entrelazadas. Por ello, una bifurcación mal diseñada puede aumentar los costes, prolongar la duración del arbitraje y generar una innecesaria duplicación de actuaciones. La pregunta relevante no es, por tanto, si existe una cuestión susceptible de ser tratada con carácter previo, sino si su tratamiento separado mejora realmente la administración global del arbitraje.

Dejamos apuntado en esta introducción, pues nos referiremos a ello de forma especial, que los principales reglamentos arbitrales contemporáneos no resuelven esta cuestión mediante reglas cerradas. Antes bien, atribuyen al tribunal amplias facultades de dirección procesal, sujetas a los principios de eficiencia, proporcionalidad y respeto al debido proceso; por tanto, se ha desplazado el centro de gravedad hacia la práctica arbitral, siendo la jurisprudencia arbitral la que ha ido construyendo, caso por caso, un conjunto de criterios relativamente estables para decidir cuándo la bifurcación resulta apropiada. Tales criterios no constituyen un precedente vinculante, pero sí expresan una racionalidad común: el tribunal debe valorar si la separación del procedimiento ofrece una ventaja procesal suficientemente probable y significativa para compensar los riesgos que toda fragmentación comporta.

El propósito de este trabajo es reconstruir esa racionalidad. La tesis que se defiende es que la bifurcación debe entenderse como una decisión de discrecionalidad estructurada. El tribunal dispone de margen para ordenar el procedimiento, pero ese margen no es ilimitado ni puramente intuitivo. Debe ejercerse mediante un juicio motivado que atienda a cinco elementos: la autonomía jurídica y probatoria de la cuestión preliminar, su potencial efecto dispositivo, la ausencia de solapamiento relevante con el fondo, la existencia de un ahorro real de tiempo y costes y el respeto pleno del derecho de defensa.

La originalidad de esta aproximación reside en desplazar la atención desde la pregunta tradicional —si una cuestión puede ser resuelta antes— hacia una pregunta más exigente: si debe ser resuelta antes porque ello mejora de manera objetiva el funcionamiento del procedimiento.

Esta aproximación permite superar dos concepciones insuficientes. La primera es la que entiende a la bifurcación como una medida excepcional que solo cabría acordar restrictivamente. La segunda es la que la considera una técnica natural de eficiencia cuya procedencia se presumiría ante cualquier cuestión preliminar. Ninguna de las dos capta adecuadamente la función de la institución. La bifurcación no es excepcional ni preferente: es instrumental. Su justificación depende de su aptitud concreta para mejorar la conducción del arbitraje.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA BIFURCACIÓN

La bifurcación puede definirse como la decisión por la que el tribunal arbitral divide el procedimiento en dos o más fases sucesivas, asignando a cada una de ellas el examen de determinadas cuestiones cuya resolución separada se considera procesalmente conveniente. Esta definición permite distinguir la bifurcación de otras figuras próximas. No equivale necesariamente a un laudo parcial, aunque pueda desembocar en él; tampoco se identifica con la mera existencia de una cuestión preliminar, pues muchas cuestiones de esa naturaleza pueden resolverse en el laudo final sin alterar la secuencia procesal ordinaria. La bifurcación tiene una dimensión organizativa: afecta al calendario, a los escritos, a la prueba y, en su caso, a las audiencias.

Su fundamento no reside en un derecho de las partes, sino en el poder de dirección del tribunal. La parte que solicita la bifurcación puede aportar razones para justificarla, pero no puede imponerla. Del mismo modo, la parte que se opone no puede exigir el mantenimiento de una tramitación unitaria cuando existan razones objetivas para separar una cuestión determinante. La decisión corresponde al tribunal, previa audiencia de las partes, como parte de su función de ordenar el arbitraje.

Esta caracterización resulta relevante porque evita dos equívocos. En primer lugar, impide concebir la bifurcación como una institución autónoma dotada de presupuestos cerrados. Su régimen deriva de los principios generales de conducción del procedimiento arbitral. En segundo lugar, pone de manifiesto que la bifurcación no debe valorarse de forma aislada, sino en relación con el conjunto del procedimiento. No basta con que una cuestión pueda decidirse antes; es necesario que tenga sentido hacerlo antes.

Se ha señalado con frecuencia que la flexibilidad constituye una de las principales ventajas del arbitraje frente al proceso judicial estatal. Esa flexibilidad, sin embargo, no puede confundirse con improvisación. Precisamente porque el arbitraje permite adaptar el procedimiento a la controversia, el tribunal debe justificar por qué una determinada estructura procesal resulta más adecuada que otra. En materia de bifurcación, esa justificación exige comparar dos riesgos: el riesgo de tramitar inútilmente cuestiones que podrían quedar absorbidas por una decisión previa y el riesgo de fragmentar indebidamente un litigio cuya comprensión exige una valoración conjunta.

Así entendida, la bifurcación opera como una herramienta de gestión del riesgo procesal. Si el tribunal mantiene la unidad del procedimiento, puede ocurrir que una objeción preliminar finalmente estimada haga innecesaria una parte sustancial de la actividad probatoria. Si, por el contrario, acuerda la bifurcación, puede suceder que la cuestión preliminar sea desestimada y que el arbitraje deba continuar después de haber consumido tiempo y recursos adicionales. La decisión consiste, en esencia, en determinar cuál de esos riesgos resulta más aceptable en las circunstancias concretas del caso.

Este enfoque permite formular una primera conclusión: la economía procesal es un elemento esencial, pero no exclusivo. Una bifurcación puede ser económicamente atractiva en abstracto y, sin embargo, inconveniente si exige duplicar prueba, anticipar valoraciones sobre el fondo o generar un calendario fragmentado. Del mismo modo, la tramitación unitaria puede parecer más pesada, pero resultar preferible cuando los hechos relevantes para la cuestión preliminar y para el fondo son sustancialmente los mismos.

III. LA REGULACIÓN ARBITRAL: REGLAS ABIERTAS Y FINALIDAD COMÚN

Los reglamentos arbitrales no ofrecen un modelo uniforme de bifurcación, pero sí comparten una misma orientación. En lugar de definir de manera exhaustiva los supuestos en que procede dividir el procedimiento, atribuyen al tribunal un margen de apreciación para ordenar el arbitraje de forma eficiente y justa. Esa opción normativa responde a una razón evidente: la utilidad de la bifurcación depende de variables que difícilmente pueden anticiparse mediante reglas abstractas.

El Reglamento CCI expresa con claridad esta filosofía. El artículo 22 exige una conducción expedita y eficiente, atendiendo a la complejidad y al valor de la controversia, y habilita al tribunal para adoptar las medidas procesales que considere apropiadas tras consultar a las partes. El Apéndice IV, al enumerar técnicas de *case management*, menciona la posibilidad de bifurcar el procedimiento o de emitir uno o más laudos parciales sobre cuestiones clave cuando ello permita una resolución más eficiente del caso. La Nota de la CCI a las partes y tribunales arbitrales refuerza esta idea al insistir en que la gestión procesal debe orientarse a la proporcionalidad entre los medios utilizados y lo que está en juego en la controversia. Del mismo modo, el Reglamento del CIIAM, en su artículo 27, otorga, dentro de las facultades de los árbitros, la posibilidad de bifurcar el procedimiento.

La Ley Modelo reconoce la igualdad de trato y la plena oportunidad de presentar el caso como garantías básicas, y atribuye a las partes y, en defecto de acuerdo, al tribunal, la determinación del procedimiento. El Reglamento CNUDMI permite al tribunal decidir las objeciones de competencia como cuestión preliminar o en el laudo sobre el fondo. La importancia de esta regla no radica solo en la posibilidad de separación, sino en la alternativa que reconoce: el tribunal puede bifurcar, pero también puede unir la objeción al fondo cuando resulte más adecuado.

El arbitraje de inversión ha desarrollado una regulación más explícita. Las Reglas CIADI de 2022 distinguen entre solicitudes generales de bifurcación y objeciones preliminares con solicitud de bifurcación, introduciendo criterios orientados a valorar si la separación contribuirá a una resolución más eficiente de la controversia[3]. Esta evolución confirma una tendencia relevante: la bifurcación no se trata ya como una simple cuestión de calendario, sino como una decisión que exige ponderar el efecto de la separación sobre el procedimiento en su conjunto.

La LCIA, la SIAC y la HKIAC se sitúan en la misma línea. La LCIA atribuye al tribunal una amplia discrecionalidad para cumplir sus deberes de imparcialidad, eficiencia y conducción expedita del arbitraje[4]. La SIAC exige que el tribunal conduzca el procedimiento de la forma que estime apropiada para asegurar una resolución justa, expedita, económica y final de la disputa[5]. La HKIAC ordena adoptar procedimientos adecuados para evitar demoras o gastos innecesarios, teniendo en cuenta la complejidad de las cuestiones, la cuantía discutida y el uso eficaz de la tecnología, siempre respetando la igualdad de trato y la oportunidad razonable de defensa[6].

De este examen se desprenden cuatro ideas comunes. Primera: la bifurcación no es un derecho automático de la parte solicitante. Segunda: la decisión pertenece al tribunal como manifestación de sus potestades de dirección. Tercera: la finalidad determinante es la buena administración del arbitraje, no la ventaja táctica de una parte. Cuarta: el análisis debe ser contextual, porque una misma cuestión puede justificar la bifurcación en un caso y no hacerlo en otro.

IV. LA PRÁCTICA ARBITRAL Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTÁNDAR TRANSNACIONAL

La falta de reglas cerradas ha hecho que la práctica arbitral desempeñe un papel esencial en la formación del estándar aplicable[7]. Los tribunales han resuelto solicitudes de bifurcación bajo reglamentos distintos y en controversias muy diversas, pero sus razonamientos muestran una convergencia significativa. Esa convergencia no equivale a precedente obligatorio. Se trata más bien de una sedimentación de criterios que, por repetición y utilidad, han adquirido valor orientador.

---

[3] Reglas de Arbitraje del CIADI (2022)arts 43 y 44.

[4] LCIA, *LCIA Arbitration Rules 2020* (Londres: London Court of International Arbitration, 2020), art. 14.

[5] Singapore International Arbitration Centre, *SIAC Arbitration Rules 2016* (Singapur: SIAC, 2016), regla 19.1.

[6] Hong Kong International Arbitration Centre, *2018 HKIAC Administered Arbitration Rules* (Hong Kong: HKIAC, 2018), arts. 13.1 y 35.1.

[7] Véanse Paula Alomía Barberán y Jesús Longo Romero, "La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica," *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 11 (2020): 237-259.

El caso más citado en esta materia es *Glamis Gold v. United States*. En su orden procesal sobre bifurcación, el tribunal identificó tres factores que han influido decisivamente en la práctica posterior: la seriedad de la objeción, la posibilidad de que su estimación reduzca materialmente el procedimiento y la conveniencia de resolverla separadamente cuando no esté entrelazada con el fondo.[8] La relevancia de esta decisión no reside tanto en haber creado un test cerrado, sino en haber formulado con claridad la idea de que la bifurcación solo es útil cuando la cuestión preliminar puede decidirse sin convertir la fase inicial en un adelanto del fondo.

Posteriormente, tribunales como el constituido en *Philip Morris Asia v. Australia* precisaron que la bifurcación puede resultar apropiada cuando la objeción sea seria y sustancial, pueda examinarse sin prejuzgar el fondo y, de prosperar, permita resolver la totalidad o una parte esencial de las reclamaciones[9]. Esta formulación muestra una evolución relevante: el centro del análisis se desplaza desde la mera existencia de una objeción previa hacia la evaluación de su utilidad procesal real.

La práctica más reciente confirma esa orientación. La bifurcación ya no se concede por la sola presencia de cuestiones jurisdiccionales, de admisibilidad o de prescripción. Los tribunales examinan si la cuestión preliminar puede aislarse sin distorsionar el debate; si requiere prueba distinta de la que se practicará sobre el fondo; si su eventual estimación reducirá significativamente el procedimiento; y si el calendario resultante producirá un ahorro razonable. Cuando estos elementos no concurren, la unión al fondo suele aparecer como la opción más prudente.

Esta evolución permite identificar tres etapas. En una primera fase, la bifurcación se asoció principalmente a cuestiones de competencia. La razón era intuitiva: si el tribunal carecía de jurisdicción, el resto del procedimiento resultaba innecesario. En una segunda etapa, la institución se expandió hacia cuestiones de admisibilidad, responsabilidad, legitimación, prescripción o interpretación contractual. En una tercera fase, que es la actualmente dominante, los tribunales se han vuelto más selectivos y exigen una justificación más concreta del beneficio esperado.

La experiencia ha demostrado que la bifurcación no siempre produce eficiencia. Puede evitar un arbitraje innecesario si la cuestión preliminar prospera; pero, si fracasa, puede haber añadido una fase completa al procedimiento. De ahí que la decisión deba adoptarse mediante un cálculo prudente de probabilidad y proporcionalidad. El tribunal no debe preguntarse únicamente si una cuestión es importante, sino si su tratamiento separado es el modo más eficiente y justo de resolverla.

Esta es, probablemente, la principal enseñanza de la práctica arbitral internacional. La bifurcación no es una cuestión de preferencia metodológica, sino de administración racional del procedimiento. Su justificación no depende de la etiqueta de la objeción —jurisdiccional, preliminar, de admisibilidad o de fondo—, sino de su aptitud para generar una ventaja procesal neta.

---

[8] *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Orden Procesal No. 2, 31 de mayo de 2005, párr. 12(c).

[9] *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Orden Procesal No. 8, Decisión sobre Bifurcation, 14 de abril de 2014, párr. 101 y ss.

V. TIPOLOGÍA DE LA BIFURCACIÓN Y ESCENARIOS DE UTILIZACIÓN

El análisis de la bifurcación gana precisión si se distingue entre las distintas formas que puede adoptar. La práctica arbitral demuestra que no todas las bifurcaciones responden a la misma lógica ni plantean los mismos riesgos. Una decisión sobre jurisdicción no presenta los mismos problemas que una separación entre responsabilidad y cuantía; tampoco una objeción de admisibilidad se comporta procesalmente igual que una cuestión de prescripción o de legitimación. Por ello, antes de formular un test general, conviene identificar los principales escenarios en los que la institución se utiliza.

La primera modalidad es la bifurcación jurisdiccional. Es la forma clásica y probablemente la más conocida. Se produce cuando una parte sostiene que el tribunal carece de competencia o jurisdicción para conocer de la controversia, y solicita que esa objeción se decida antes de entrar en el fondo. Su atractivo es evidente: si la objeción prospera, el arbitraje concluye sin necesidad de tramitar el resto del procedimiento. Sin embargo, no toda objeción jurisdiccional justifica automáticamente una fase separada. Algunas objeciones descansan sobre hechos íntimamente conectados con el fondo, de modo que resolverlas anticipadamente obligaría al tribunal a examinar precisamente aquello que se pretende diferir. En tales supuestos, la unión al fondo puede ser no solo admisible, sino procesalmente más coherente.

La segunda modalidad es la bifurcación por admisibilidad. En ella no se discute necesariamente la competencia del tribunal, sino la posibilidad de que una reclamación concreta sea examinada en el estado en que se plantea. Pueden encuadrarse aquí objeciones relativas al agotamiento de requisitos previos, cláusulas escalonadas, períodos de enfriamiento, renuncias, abuso procesal o cumplimiento de condiciones anteriores al arbitraje. La dificultad reside en que la admisibilidad suele ocupar una zona intermedia entre procedimiento y fondo. Por ello, el tribunal debe examinar con especial cuidado si la objeción puede resolverse de forma autónoma o si, por el contrario, exige una reconstrucción completa de la conducta de las partes.

La tercera modalidad es la bifurcación sobre responsabilidad y cuantía. Es frecuente en arbitrajes comerciales complejos, especialmente cuando la cuantificación del daño requiere una actividad pericial extensa. En estos casos, puede resultar eficiente decidir primero si existe responsabilidad y dejar el *quantum* para una fase posterior. Ahora bien, esta forma de bifurcación solo tiene sentido cuando la prueba de la responsabilidad puede separarse de la prueba del daño. En muchos litigios contractuales, la existencia del incumplimiento, la causalidad y la cuantificación se encuentran tan conectadas que separarlas puede generar una exposición fragmentaria del caso.

La cuarta modalidad es la bifurcación por cuestiones jurídicas potencialmente dispositivas. Se produce cuando una cuestión de interpretación contractual, prescripción, legitimación o derecho aplicable puede resolver total o parcialmente el litigio. Esta modalidad es particularmente atractiva porque permite concentrar el debate en un punto de derecho cuya decisión puede simplificar el procedimiento. Sin embargo, su utilidad depende de que la cuestión sea verdaderamente jurídica. Si la respuesta requiere una indagación fáctica amplia, la ventaja inicial desaparece.

Finalmente, cabe hablar de bifurcaciones híbridas o parciales, en las que el tribunal no separa íntegramente jurisdicción y fondo, ni responsabilidad y cuantía, sino únicamente

determinados aspectos del litigio. Esta técnica puede ser especialmente útil cuando existe una cuestión concreta que condiciona una parte significativa de las pretensiones, pero no la totalidad del arbitraje. Su virtud es la flexibilidad; su riesgo, la complejidad. Cuanto más fino sea el corte procesal, mayor será la necesidad de delimitar con precisión qué se decide en la primera fase y qué queda reservado para la siguiente.

De esta clasificación se desprende una conclusión relevante: la bifurcación no es una institución uniforme. Su conveniencia depende de la modalidad concreta de separación y de la relación que exista entre la cuestión preliminar y el resto del litigio. Por ello, el tribunal debe evitar fórmulas automáticas. La pregunta no debe formularse en abstracto —si la jurisdicción se bifurca, si la cuantía se deja para después, si la prescripción se decide primero—, sino en términos funcionales: qué gana el procedimiento con esa separación y qué riesgos introduce.

Esta perspectiva también permite explicar por qué la práctica arbitral contemporánea se ha alejado de soluciones rígidas. En algunos casos, la bifurcación jurisdiccional será indispensable; en otros, la objeción deberá unirse al fondo. En algunos arbitrajes, separar responsabilidad y cuantía será la forma más eficiente de tramitar el caso; en otros, esa separación producirá una duplicidad probatoria inasumible. No existe una respuesta universal porque la bifurcación no opera sobre categorías abstractas, sino sobre controversias concretas.

VI. EL TEST DE PROCEDENCIA: CINCO CRITERIOS PARA ORDENAR LA DISCRECIONALIDAD

A juicio de los autores, la práctica descrita permite formular un test de cinco elementos. No se trata de convertir la bifurcación en una institución rígida, sino de ofrecer una guía racional para el ejercicio de la discrecionalidad arbitral. Cada criterio cumple una función distinta y todos deben valorarse conjuntamente.

6.1. Autonomía jurídica y probatoria de la cuestión preliminar

El primer criterio consiste en determinar si la cuestión que se pretende separar puede examinarse de manera suficientemente autónoma. La autonomía jurídica exige que el tribunal pueda resolverla mediante un razonamiento propio, sin necesidad de decidir anticipadamente las cuestiones sustantivas del fondo. La autonomía probatoria requiere que los hechos relevantes para esa cuestión no coincidan sustancialmente con los hechos que deberán analizarse en la fase principal.

Este criterio es decisivo. Si la cuestión preliminar exige valorar la misma prueba documental, los mismos testigos o informes periciales más que el fondo, la bifurcación pierde buena parte de su sentido. En ese supuesto, la separación no simplifica el procedimiento, sino que lo duplica. La autonomía no requiere una desconexión absoluta, pero sí una separación suficiente para que la primera fase no se convierta en una reproducción parcial del arbitraje completo.

6.2. Potencial efecto dispositivo

El segundo criterio atiende a la capacidad de la cuestión preliminar para resolver total o parcialmente la controversia. Una bifurcación solo se justifica cuando existe una probabilidad razonable de que la decisión inicial elimine o reduzca de manera significativa la necesidad de continuar el procedimiento. Si la cuestión separada, aun siendo relevante, no altera sustancialmente la extensión del debate posterior, la utilidad de la bifurcación se debilita.

El efecto dispositivo puede ser total, cuando la estimación de la objeción pone fin al arbitraje, o parcial, cuando limita determinadas reclamaciones, partes, periodos, conceptos indemnizatorios o cuestiones probatorias. En ambos casos, lo relevante es que el beneficio sea procesalmente significativo. La bifurcación no debe acordarse para resolver cuestiones interesantes, sino cuestiones capaces de modificar de forma real el curso del arbitraje.

6.3. Ausencia de solapamiento probatorio relevante

El tercer criterio se refiere al riesgo de duplicidad. Una de las principales razones para denegar la bifurcación es la existencia de un solapamiento probatorio intenso entre la fase preliminar y la fase posterior. Si los mismos testigos deberán declarar dos veces, si los peritos deberán pronunciarse sucesivamente sobre extremos conectados o si los documentos deberán examinarse en ambas fases, la separación puede generar más costes que los que pretende evitar.

El análisis debe ser práctico. No basta con afirmar que las cuestiones son conceptualmente distintas. El tribunal debe preguntarse qué prueba será necesaria en cada fase, qué hechos deberán acreditarse y qué riesgo existe de que la segunda fase reabra debates ya tratados en la primera. La eficiencia de la bifurcación depende menos de la clasificación jurídica de las cuestiones que de la arquitectura probatoria del caso.

6.4. Ahorro real de tiempo y costes

El cuarto criterio exige que el ahorro sea real, probable y proporcionado. No es suficiente invocar de forma abstracta la economía procesal. La parte solicitante debe explicar por qué la bifurcación reducirá de manera concreta el volumen de escritos, prueba, audiencias o costes. A su vez, el tribunal debe valorar si ese ahorro potencial compensa el tiempo necesario para tramitar la fase preliminar.

Este punto es especialmente importante porque la bifurcación puede generar una ilusión de eficiencia. Dividir el procedimiento puede parecer inicialmente ordenado, pero esa apariencia se desvanece si la primera fase requiere escritos extensos, producción documental, informes periciales y una audiencia compleja. En tales circunstancias, el procedimiento puede terminar siendo más largo y costoso que una tramitación unitaria.

6.5. Respeto del debido proceso y de la igualdad de armas

El quinto criterio opera como límite externo de la discrecionalidad del tribunal. Ninguna consideración de eficiencia puede justificar una bifurcación que prive a una parte de una oportunidad razonable de presentar su caso, que anticipe indebidamente la valoración del fondo o que altere de manera injustificada el equilibrio procesal. La gestión eficiente del arbitraje no es un valor autónomo separado de las garantías, sino una forma de realizarlas adecuadamente.

Por ello, la decisión de bifurcar debe ir acompañada de un calendario claro, una delimitación precisa de las cuestiones que se decidirán en la fase preliminar y reglas que eviten la indefensión. También debe preservarse la posibilidad de que el tribunal reconsidere la estructura del procedimiento si el desarrollo de la fase inicial revela que las cuestiones están más conectadas de lo previsto.

La aplicación de estos cinco criterios exige una motivación suficiente. No basta con afirmar que la bifurcación ahorrará costes o que una cuestión es preliminar. El tribunal debe explicar,

aunque sea de forma sintética, por qué la separación es preferible a la tramitación unitaria. Esa motivación cumple varias funciones: permite a las partes comprender la lógica de la decisión, reduce la percepción de arbitrariedad y facilita que el procedimiento avance sobre una base clara.

La motivación también contribuye a disciplinar la solicitud de bifurcación. La parte que la promueve debería identificar con precisión la cuestión que pretende separar, justificar su autonomía, explicar su efecto potencial sobre el resto del arbitraje y ofrecer una estimación razonable del ahorro esperado. Del mismo modo, la parte que se opone debería mostrar dónde se produce el solapamiento probatorio, qué riesgos de duplicación se generan o por qué la separación afectaría a la igualdad de armas. En este sentido, la bifurcación no debería resolverse como una cuestión meramente táctica, sino como un ejercicio de arquitectura procesal.

Existe, además, una dimensión temporal que no debe subestimarse. Una solicitud formulada demasiado tarde puede desnaturalizar la función de la institución, pues para entonces las partes quizá ya hayan incurrido en una parte sustancial de los costes que la bifurcación pretendía evitar. Por el contrario, una solicitud excesivamente temprana puede plantearse antes de que el tribunal tenga una visión suficiente del caso. El momento adecuado se sitúa, normalmente, cuando las posiciones de las partes han quedado definidas con la claridad necesaria para valorar la utilidad de la separación, pero antes de que la actividad probatoria principal haya quedado plenamente desplegada.

También conviene advertir que el test propuesto no opera como una lista mecánica. Los cinco criterios interactúan entre sí. Una cuestión con fuerte efecto dispositivo puede justificar un mayor esfuerzo preliminar, siempre que no exista un solapamiento probatorio excesivo. Una cuestión claramente autónoma puede no justificar la bifurcación si su eventual decisión solo reduce marginalmente el litigio. Y un ahorro económico significativo no podrá prevalecer si la separación afecta de forma relevante al derecho de defensa. El juicio, por tanto, es necesariamente ponderativo.

La utilidad del test radica en ordenar esa ponderación. Frente a decisiones apoyadas en fórmulas generales, permite identificar los elementos relevantes y someterlos a una valoración transparente. La discrecionalidad arbitral se convierte así en discrecionalidad estructurada: un margen de decisión amplio, pero guiado por criterios reconocibles y racionalmente controlables.

VII. RIESGOS DE UNA UTILIZACIÓN INADECUADA

La bifurcación es atractiva porque promete simplificar. Pero esa promesa puede frustrarse cuando se utiliza sin un análisis suficientemente riguroso. Los principales riesgos son cuatro.

El primero es la fragmentación artificial del litigio. Algunas controversias presentan una unidad fáctica y jurídica que hace desaconsejable separar sus elementos. En esos casos, decidir una cuestión de forma aislada puede empobrecer la comprensión del conflicto y obligar al tribunal a pronunciarse con una visión incompleta.

El segundo riesgo es la duplicación de la prueba. Si la fase preliminar exige practicar parte sustancial de la prueba que luego será necesaria para el fondo, la bifurcación deja de ser una herramienta de eficiencia y se convierte en una fuente de repetición. Este riesgo es

especialmente acusado cuando las objeciones preliminares dependen de hechos controvertidos o de valoraciones técnicas.

El tercer riesgo es el retraso. Una fase preliminar puede suspender o ralentizar el resto del arbitraje durante meses. Si la objeción no prospera, las partes habrán perdido tiempo antes de iniciar el verdadero debate sobre el fondo. Por ello, la bifurcación debe evaluarse no solo en función del ahorro posible si la objeción prospera, sino también del coste temporal si fracasa.

El cuarto riesgo es el prejuzgamiento. Aunque el tribunal no decida el fondo en la fase preliminar, puede verse obligado a aproximarse a cuestiones que después deberá resolver con plenitud. Ello puede generar tensiones con la imparcialidad percibida del procedimiento y con la adecuada secuencia del razonamiento decisorio.

Si bien estos riesgos no conducen a rechazar la bifurcación, conducen a utilizarla con precisión. La institución cumple una función valiosa cuando se aplica a cuestiones verdaderamente separables y potencialmente dispositivas. Pero pierde legitimidad cuando se emplea como estrategia dilatoria, como instrumento de presión procesal o como mecanismo para obtener una decisión anticipada sobre aspectos que pertenecen al fondo.

VIII. CONCLUSIONES

1. La bifurcación no debe concebirse como una excepción al principio de unidad del procedimiento ni como una técnica de aplicación preferente. Es una herramienta de dirección procesal cuya procedencia depende de su utilidad concreta en cada arbitraje.

2. La regulación de los principales reglamentos arbitrales revela una clara preferencia por fórmulas abiertas. Esa apertura no implica ausencia de control, sino atribución al tribunal de una discrecionalidad que debe ejercerse de forma motivada y conforme a los principios de eficiencia, proporcionalidad y debido proceso.

3. La práctica arbitral internacional ha construido progresivamente un estándar transnacional de decisión. Aunque no exista precedente obligatorio, los tribunales recurren de forma reiterada a criterios comunes: autonomía de la cuestión, potencial efecto dispositivo, ausencia de solapamiento probatorio, ahorro real y respeto de las garantías procesales.

4. La bifurcación debe analizarse como una decisión de gestión del riesgo procesal. El tribunal debe comparar los riesgos de mantener una tramitación unitaria con los riesgos derivados de dividir el procedimiento. La decisión correcta será aquella que minimice el coste procesal total sin afectar al derecho de defensa.

5. La mera existencia de una cuestión preliminar no basta para justificar la bifurcación. El elemento determinante es que su resolución separada pueda producir una mejora objetiva en la administración del arbitraje.

6. El criterio del ahorro de tiempo y costes debe manejarse con cautela. La eficiencia no puede presumirse; debe ser razonablemente demostrada. Cuando la primera fase

reproduce una parte sustancial del debate de fondo, la bifurcación deja de cumplir su función.

7. El debido proceso opera como límite infranqueable. La división del procedimiento no puede reducir la oportunidad de las partes de presentar su caso ni provocar un tratamiento desequilibrado de sus posiciones.

8. La aportación más relevante de la evolución reciente no consiste en haber ampliado los supuestos de bifurcación, sino en haber sometido su adopción a un juicio de proporcionalidad procesal. El futuro de la institución no depende de utilizarla más o menos, sino de utilizarla mejor.

BIBLIOGRAFÍA

- Alomía Barberán, Paula, y Jesús Longo Romero. «La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica». *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 11 (2020): 237-259.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- Caron, David D., y Lee M. Caplan. *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Reglas de Arbitraje del CIADI*. Washington D. C.: CIADI, 2022.
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Reglamento de Arbitraje de la CCI*. París: CCI, 2021.
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Informe de la Comisión de la CCI: Control del tiempo y de los costes en el arbitraje*. 2.ª ed. París: CCI, 2018.
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Nota a las Partes y a los Tribunales Arbitrales sobre la conducción del arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI*. París: CCI, 2021.
- Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC). *Reglamento de Arbitraje Administrado del HKIAC 2018*. Hong Kong: HKIAC, 2018.
- Lew, Julian D. M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003.
- London Court of International Arbitration (LCIA). *Reglamento de Arbitraje de la LCIA 2020*. Londres: LCIA, 2020.
- Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2023.
- Singapore International Arbitration Centre (SIAC). *Reglamento de Arbitraje de la SIAC 2016*. Singapur: SIAC, 2016.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), con las modificaciones aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas, 2008.
- Reglamento de Arbitraje (2024) del Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM).

¿QUÉ ES UNA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

Autores:
Alonso Morales Acosta
Estefany Ortiz Jinez

¿QUÉ ES UNA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

What constitutes a foreign investment in investment arbitration?

Alonso Morales Acosta[1]
Estefany Ortiz Jinez[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. ¿Qué es la inversión?
III. ¿Qué es la inversión extranjera?
IV. De la inversión extranjera a la inversión protegida.
V. Conclusión.

Resumen

El presente artículo busca explicar el tránsito entre la inversión, la inversión extranjera y la inversión extranjera protegida en el arbitraje de inversión. Para ello, primero se define qué debe entenderse por inversión y cuándo esta adquiere carácter extranjero. Luego, se examinan los Acuerdos Internacionales de Inversión celebrados por el Perú, con el propósito de determinar cómo delimitan la inversión protegida y si emplean una definición única y universal. La revisión permite identificar definiciones amplias basadas en activos, requisitos de admisión o permanencia, características económicas y condiciones aplicables a préstamos, instrumentos de deuda y otras reclamaciones monetarias. Finalmente, se analiza la práctica arbitral, con especial atención al caso Salini y a su aporte para determinar cuándo hay una inversión por la duración, la asunción de riesgo y la contribución al desarrollo económico. El artículo concluye que la inversión protegida se determina mediante la revisión conjunta del tratado aplicable, las reglas del foro arbitral y las circunstancias concretas de la operación.

Palabras clave

Inversión/ Inversión extranjera/ Inversión protegida/ Arbitraje de inversión/ CIADI.

Abstract

This article seeks to explain the transition from investment to foreign investment and, subsequently, to protected foreign investment in investment arbitration. To that end, it first defines what should be understood as an investment and when it acquires a foreign character. It then examines the International Investment Agreements

[1] Socio del Estudio Torres y Torre Lara, se desempeña en Lima – Perú, Abogado por la Pontificie Universidad Católica del Perú, Magister por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Doctorado por la Universidad de Salamanca. Correo de contacto: alonso.morales@tytl.com.pe
[2] Abogada asociada del Estudio Torres y Torre Lara, se desempeña en Lima – Perú, Abogada por la Universidad de Lima, actualmente cursando la *International Master in International Business and Corporate Law* en la *Rome Business School*. Correo de contacto: eortiz@tytl.com.pe .

concluded by Peru in order to determine how they delimit protected investment and whether they apply a single and universal definition. This review identifies broad asset-based definitions, admission or permanence requirements, economic characteristics, and conditions applicable to loans, debt instruments, and other monetary claims. Finally, the article analyzes arbitral practice, with particular attention to the Salini case and its contribution to determining the existence of an investment through factors such as duration, assumption of risk, and contribution to economic development. The article concludes that protected investment is determined through a joint examination of the applicable treaty, the rules of the arbitral forum, and the specific circumstances of the operation.

Keywords

Investment/ Foreign investment/ Protected investment/ Investment arbitration/ ICSID.

I. INTRODUCCIÓN

En forma coloquial generalmente nos referimos a "la inversión" de manera amplia. Es inversión la compra de un terreno con la expectativa de venderlo posteriormente a un mayor precio, adquirir acciones o aportar capital a una empresa; en general, destinar recursos a un negocio del que se espera obtener una ganancia futura. En todos estos casos aparece una misma idea: sacrificar o comprometer recursos en el presente con la expectativa de recibir un beneficio en el futuro.

Por ello, antes de preguntarnos cuándo una inversión es extranjera o cuándo puede quedar protegida por el arbitraje de inversión, resulta necesario analizar si ese concepto coloquial de inversión tiene asidero en lo que se considera la realidad económica. Lo siguiente por plantearnos es ¿qué exigencia jurídica se genera o produce cuando los recursos se desplazan de un Estado a otro? En ese escenario ya no hablamos de cualquier inversión, sino de una "**inversión extranjera**". El carácter transfronterizo de la operación introduce, por tanto, nuevos riesgos y plantea la necesidad de determinar qué protección puede recibir frente a la actuación del Estado receptor.

Por consiguiente, para saber cuándo una inversión extranjera pasa a ser una inversión protegida, debemos revisar primero los instrumentos jurídicos que le otorgan esa protección. Nos referimos principalmente a los tratados de inversión, pues son estos los que definen qué debe entenderse por inversión, qué condiciones debe cumplir y en qué casos puede quedar sometida al arbitraje de inversión. La pregunta que surge es si todos estos tratados utilizan una definición única y universal o si cada uno delimita la inversión protegida de manera distinta.

Luego de revisar los tratados, corresponde analizar si los tribunales arbitrales han desarrollado algún precedente que ayude a determinar cuándo estamos realmente frente a una inversión protegida. Entre ellos, el **caso "*Salini*"** ocupa un lugar importante, debido a que consideró como elementos de análisis el aporte (la colocación), la duración, el riesgo y la contribución al desarrollo económico. Corresponderá entonces examinar si estos criterios permiten reconocer una inversión protegida o si deben ser valorados junto con la definición contenida en el tratado aplicable.

Sobre esa base, el presente artículo desarrolla este recorrido de manera progresiva: parte del concepto general de inversión, examina cuándo adquiere la condición de

inversión extranjera, revisa cómo los tratados delimitan su protección y, finalmente, analiza los criterios desarrollados por la práctica arbitral para determinar cuándo nos encontramos ante una **inversión protegida**.

II. ¿QUÉ ES LA INVERSIÓN?

En general, cuando uno se refiere a una inversión piensa en una colocación de capital, vale decir, un activo, sea este dinerario o no dinerario, asignándolo a una fuente generadora de beneficios. Esta fuente generalmente es una empresa, pues no hay manera más eficiente de explotar un activo que a través de una organización de capital y trabajo, que produce bienes y servicios para el mercado. En ese orden de ideas, es inversionista tanto el que "controla" la empresa como el que "no la controla". El que la controla tendrá la oportunidad de gestionarla, con la obligación de producir los beneficios para todos los que invirtieron en ella, aunque no la controlen.

Por su lado, el Banco Central de Reserva del Perú define a la inversión en los siguientes términos conforme a su Glosario:

> "*En términos macroeconómicos, es el flujo de producto de un período dado que se destina al* ***mantenimiento o ampliación del stock de capital de la economía****. El gasto en inversión* ***da lugar a un aumento de la capacidad productiva****. En finanzas, es la* ***colocación de fondos en un proyecto*** *—de explotación, financiero, etc.— con la intención de* ***obtener un beneficio en el futuro***".[3] (Énfasis agregado)

Samuelson y Nordhaus definen la inversión real desde la economía de la siguiente forma:

> "*Los economistas definen a la "inversión" (o algunas veces a la inversión real) como la* ***producción de bienes*** *durables de capital.*"[4] (Énfasis agregado)

Así también, las finanzas definen que las actividades de inversión son:

> "*[…] todas aquellas transacciones relacionadas con la utilización de recursos financieros en* ***bienes del activo fijo****, otorgamiento de* ***préstamos, inversiones de largo plazo e inversiones*** *que no hayan sido consideradas como efectivo equivalente.*"[5] (Énfasis agregado)

Por otro lado, Brealey, Myers y Allen, explican que para las empresas, las inversiones se clasifican principalmente en activos reales, los cuales pueden ser tangibles (como plantas, maquinaria e instalaciones) o intangibles (como marcas, patentes, conocimientos técnicos o campañas publicitarias). La selección de estos activos

[3] Banco Central de Reserva del Perú, *Glosario de términos económicos* (Lima: Banco Central de Reserva del Perú, marzo de 2011), 112.
[4] Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19.ª ed., trad. Adolfo Deras Quiñones (México, D. F.: McGraw-Hill Interamericana Editores, 2010), 401.
[5] Oswaldo Stalin Ponce Cedeño et al., *Introducción a las finanzas* (Alcoy, Alicante: Área de Innovación y Desarrollo, S. L., 2019), 31.

constituye una decisión de inversión o de presupuesto de capital y debe articular las necesidades operativas de la empresa con su planeación estratégica. [6]

Como pueden apreciar, todas las definiciones consisten en que se trata de canalizar recursos de capital hacia una organización empresarial. Sea que se trate de una actividad concesionada, de un proyecto o de cualquier explotación, siempre nos estaremos refiriendo a una empresa. Sea que se coloque mucho o poco capital, sea en calidad de aporte o préstamo, siempre se **relaciona** directa o indirectamente con una actividad empresarial y se realiza indudablemente con el fin de obtener beneficios económicos.

III. ¿QUÉ ES LA INVERSIÓN EXTRANJERA?

Definir la inversión extranjera consiste simplemente en referirse a la colocación de capitales en un Estado receptor, por parte de un inversionista originario de otro Estado. Vale decir, se produce el desplazamiento transfronterizo de capitales. Ello supone para el inversionista asumir un riesgo diferente al que tiene en su país, en particular, al sujetarse a las reglas de otro país, esperando un trato equitativo con el inversionista nacional y no, por el contrario, un trato discriminatorio, en las legítimas expectativas de recuperar su inversión y obtener una ganancia y que ello no sea perturbado por cambios abruptos en la regulación o políticas que sustituyan el natural riesgo empresarial por una afectación del Estado receptor.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), cuando se refiere a la inversión de "control", la llama inversión extranjera directa (IED), y cuando se refiere a la inversión que "no controla", la llama inversión extranjera de cartera (IEC). En el estudio sobre inversión extranjera directa, ha procurado identificar cuándo se da una inversión significativa, destacando el carácter transfronterizo y duradero de la inversión en una empresa.

En el Perú, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 662 establece:

> ***Artículo 1.-*** *[…]*
>
> *Para estos efectos, serán consideradas como inversiones extranjeras las inversiones provenientes del exterior que se realicen en actividades económicas generadoras de renta, bajo cualquiera de las siguientes modalidades;*
>
> *a) Aportes de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras, canalizadas a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa nueva o existente en cualquiera de las formas societarias señaladas en la Ley General de Sociedades, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales, máquinas nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, piezas y partes, materias primas y productos intermedios;*

[6] Richard A. Brealey, Stewart C. Myers y Franklin Allen, Principios de finanzas corporativas, 9ª ed. (México: McGraw-Hill/Interamericana, 2010), 4–6, 13 y 269

b) Las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior;
c) La conversión de obligaciones privadas con el exterior en acciones;
d) Las reinversiones que se efectúen de conformidad con la legislación vigente;
e) Las inversiones en bienes ubicados físicamente en el territorio de la República;
f) Las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones;
g) Las inversiones destinadas a la adquisición de títulos, documentos y papeles financieros cotizados en bolsas de valores o certificados de depósito bancario en moneda nacional o extranjera;
h) Los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora;
i) Las inversiones comprendidas en el presente inciso deben sujetarse a la legislación tributaria sobre la materia; y,
j) Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país;"[7]

Claramente, el Estado receptor espera que el inversionista genere la ampliación de la infraestructura, de negocios, servicios esenciales, cumpla con las leyes nacionales y, como lógica consecuencia, se genere el desarrollo. Ello no es ajeno al Estado peruano, pues como puede apreciarse en el encabezado del artículo citado, se señala que: "El Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas y *por efectuarse en el país, en todos los sectores de la actividad económica y en cualesquiera de las formas empresariales o contractuales permitidas por la legislación nacional.*" Es más, la lista de inversiones antes citadas no es un *numerus clausus*, sino que su último literal ("j") declara que está abierto a cualquier inversión que "contribuya al desarrollo del país".

[7] Decreto Legislativo N° 662, "Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías", publicado en *El Peruano* el 2 de septiembre de 1991, art. 1.

Como hemos advertido, el problema para el inversionista es que el gobernante del Estado receptor pueda cambiar de orientación y llegue a tener un gobierno con expectativas desmesuradas respecto de la inversión o hasta unas políticas enemigas de la inversión extranjera.

En conclusión, no es complicado definir lo que es una inversión extranjera, su desplazamiento transfronterizo va a producir una ampliación de la actividad empresarial, al inyectarse en la economía doméstica recursos que no tenía previstos o a su alcance en forma inmediata. Tampoco es difícil identificar la problemática: el largo plazo para su recuperación y la generación de ganancias también genera los riesgos de incumplimiento contractuales propios del tiempo, e incluso, el cambio de las políticas de Estado que podrían afectar la estabilidad de la inversión, llegando incluso a una confiscación o expropiación de la misma.

IV. DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA A LA INVERSIÓN PROTEGIDA

La necesidad de que la inversión sea protegida cae por su propio peso. El inversionista extranjero asume el riesgo-país del Estado en el que quiere invertir, se sujeta a los cambios de perspectiva sobre el rol de la inversión extranjera en el desarrollo económico, queda expuesto a políticas populistas y a la imposición de políticas regulatorias con costos desproporcionados o mal diseñados, producto de la falta de liderazgo de los gobiernos de turno.

Ello tiende a generar mecanismos de entendimiento y conciliación, que si se agotan pueden abrir la puerta a una solución heterocompositiva, pero neutral, independiente e imparcial, ante un fuero jurisdiccional que no sea ni del Estado receptor ni del Estado de origen del inversionista.

La inversión será protegida en base a estándares internacionales que se desarrollan en los tratados de promoción y respeto de inversiones que celebran justamente los Estados que quieren promover el intercambio comercial y las inversiones entre los mismos. ¿Cuáles son esos estándares de derecho público? Encontramos el trato justo y equitativo, el trato nacional, el trato de nación más favorecida, la prohibición de medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre transferencia de capitales y la prohibición de expropiación ilícita.

Una inversión estará protegida en la medida que los Estados se vean obligados a respetar estos principios de derecho público, y a someterse al mecanismo de solución de controversias que garantiza su aplicación, el denominado arbitraje de inversión. El centro más prestigiado, famoso y eficiente en la gestión de estas controversias es el CIADI, sin que ello signifique desconocer que CCI, CIIAM, SIAC, CPA y SCC hacen también eficiente la gestión de este tipo de arbitrajes entre inversionistas y el Estado.

4.1 ¿Cómo determinar cuándo una inversión es protegida?

La inversión protegida se va a determinar a través de dos mecanismos jurídicos: los tratados y de los precedentes de los tribunales arbitrales.

En efecto, los tratados van a aportar una regulación que obliga a los Estados contratantes en materia de la protección de las inversiones. Estos instrumentos se agrupan, en sentido amplio, bajo la denominación de Acuerdos Internacionales de

Inversión (AII), categoría que comprende tanto los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) como los Tratados de Libre Comercio (TLC) o Acuerdos de Libre Comercio (ALC) que incorporan disposiciones específicas sobre inversión[8]. Los tratados van a delimitar cuál es la definición y características de la inversión, desde cuándo y durante cuánto tiempo se sujetan a la protección del tratado, delimitan quién es el inversionista, también contempla cuáles son los principios de derecho público a ser aplicados para proteger la inversión, el mecanismo para la solución de controversia, entre otros.

De otro lado, contribuye a fortalecer la protección de la inversión, aquellos precedentes de los Tribunales Arbitrales que han desarrollado estos conceptos, con ocasión de su observancia en los casos concretos; pues es bien conocido que una cosa es la hipótesis que hay en la norma y otra cosa es la aplicación que se hace de la misma al adecuarla a un supuesto concreto.

A continuación, vamos a referirnos a los tratados que ha celebrado Perú y que aportan justamente una serie de criterios y elementos sobre inversión protegida.

a) Tratados celebrados por el Perú para proteger la inversión extranjera

A continuación, en base a la información obtenida de las fuentes citadas, hemos elaborado los siguientes cuadros sobre los acuerdos celebrados por Perú con más de treinta países, que contienen disposiciones relativas a la protección de las inversiones y que se encuentran actualmente en vigor. Estos comprenden treinta Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y catorce tratados o acuerdos comerciales con capítulos específicos sobre inversión:

Cuadro 1. Países con APPRI o TBI bilateral celebrados por el Perú

País	Entrada en vigor	País	Entrada en vigor
Alemania	01.05.1997	Malasia	25.12.1995
Argentina	24.10.1996	Noruega	05.05.1995
Australia	02.02.1997	Países Bajos	01.02.1996
Canadá	14.11.2006	Paraguay	18.12.1994
Chile	02.02.2000	Portugal	18.10.1995
Colombia	26.04.1996	Reino Unido	21.04.1994
República de Corea	03.06.1993	República Checa	06.03.1995
Cuba	25.11.2001	República Popular China	09.06.1994
Dinamarca	17.02.1995	Rumania	01.01.1995
El Salvador	15.12.1996	Singapur	27.02.2003
España	17.02.1996	Suecia	01.08.1994
Finlandia	14.06.1996	Suiza	23.11.1993
Francia	30.05.1996	Tailandia	15.11.1993
Italia	18.10.1995	Unión Económica	11.09.2008

[8] Los APPRI son tratados específicamente destinados a la promoción y protección recíproca de las inversiones entre los Estados contratantes. En cambio, los TLC o ALC regulan principalmente las relaciones comerciales entre las partes, aunque pueden incluir un capítulo especial sobre inversión en el que se establecen los estándares de protección aplicables y el mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado.

		Belgo-Luxemburguesa	
Japón	10.12.2009	Venezuela	18.09.1997

Fuente: PROINVERSIÓN[9]

Cuadro 2. Tratados comerciales con capítulos de inversión

País o bloque	Instrumento	Capítulo de inversión	Entrada en vigor
Chile	Acuerdo de Libre Comercio Perú–Chile	11	01.03.2009
Estados Unidos	Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos	10	01.02.2009
Canadá	Tratado de Libre Comercio Perú–Canadá	8	01.08.2009
Singapur	Tratado de Libre Comercio Perú–Singapur	10	01.08.2009
República Popular China	Tratado de Libre Comercio Perú–China	10	01.03.2010
República de Corea	Acuerdo de Libre Comercio Perú–Corea	9	01.08.2011
México	Acuerdo de Integración Comercial Perú–México	11	01.02.2012
Panamá	Tratado de Libre Comercio Perú–Panamá	12	01.05.2012
Costa Rica	Tratado de Libre Comercio Perú–Costa Rica	12	01.06.2013
Alianza del Pacífico	Protocolo Adicional al Acuerdo Marco	10	01.05.2016
Honduras	Tratado de Libre Comercio Perú–Honduras	12	01.01.2017
Australia	Acuerdo de Libre Comercio Perú–Australia	8	11.02.2020
CPTPP	Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico	9	19.09.2021 para el Perú
Alianza del Pacífico–Singapur	Tratado de Libre Comercio	8	03.05.2025 para Perú, Chile y Singapur

Fuente: Elaboración propia

b) La delimitación de la inversión protegida en los tratados celebrados por el Perú

Entre los asuntos contemplados en los tratados, están la definición de una inversión y sus características, así como quién es el inversionista, los mecanismos de solución de controversias, entre otros. Cabe advertir que por razones de espacio nos vamos a

[9] Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), "Acuerdos comerciales", consultado el 31 de julio de 2026, https://web.investinperu.pe/print/peru-aliado-economico/acuerdos-comerciales

circunscribir, en este artículo, a analizar la definición de inversión y las características que se requieren para su protección.

En ese contexto, si hacemos un análisis comparado de la definición de inversión a través de los artículos de estos acuerdos se puede advertir que, aunque comparten ciertos elementos (como la inclusión de bienes, acciones, créditos y otros derechos con valor económico), presentan diferencias relevantes en la amplitud de la definición y en los criterios utilizados para delimitarla. Algunos emplean fórmulas abiertas basadas en activos, otros exigen características propias de una inversión, incorporan requisitos de admisión o permanencia, o excluyen expresamente determinadas operaciones, como los créditos comerciales a largo plazo, la deuda pública o ciertos préstamos. A partir de estas semejanzas y diferencias, las definiciones contenidas en los instrumentos revisados pueden agruparse en los siguientes modelos:

Modelo de definición	Técnica empleada	Rasgo distintivo	Instrumentos representativos
A. Definición amplia basada en lo que es un activo	Emplea fórmulas como "toda clase de activo", "todo tipo de bien" o expresiones equivalentes, acompañadas de una lista ejemplificativa.	Comprende bienes, acciones, créditos, derechos contractuales, propiedad intelectual y concesiones. Frecuentemente exige que la inversión se realice conforme a la legislación del Estado receptor.	APPRI con Alemania [10], Francia [11], Países Bajos [12], Reino Unido[13].
B. La definición amplia más requisito administrativo o duración de la inversión	Conserva una lista extensa de activos, pero añade condiciones de aprobación, registro, admisión o vinculación económica duradera.	La delimitación no depende únicamente de la naturaleza del activo, sino también de la manera en que ingresó o se estableció [14] en el Estado receptor.	APPRI con Australia [15], Malasia [16], Tailandia [17], Dinamarca[18].

[10] República del Perú y República Federal de Alemania, *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 1
[11] República del Perú y República Francesa, *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 1
[12] República del Perú y Reino de los Países Bajos, *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 1
[13] República del Perú y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Convenio para la Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1
[14] Extracto del República del Perú y Australia, *Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1: "(4) "Sociedades" designa a todas las personas jurídicas, incluidas las sociedades civiles y comerciales y demás asociaciones con personería jurídica o sin ella, que tengan su sede en el territorio de una de las Partes Contratantes, independientemente que su actividad tenga o no fines lucrativos."
[15] República del Perú y Australia, *Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1
[16] República del Perú y Malasia, *Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1
[17] República del Perú y Reino de Tailandia, *Convenio sobre Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1
[18] República del Perú y Reino de Dinamarca, *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, art. 1

C. Definición que especifica las característicasd e una inversión	Exige que el activo presente elementos como compromiso de capital u otros recursos, expectativa de ganancia y asunción de riesgo.	La lista de activos se acompaña de características económicas que debe reunir la operación[19].	TLC con Estados Unidos[20], Corea[21] y Singapur; CPTPP[22].
D. Definición con condiciones excluyentes	Enumera los activos comprendidos y establece plazos, requisitos de afiliación empresarial o exclusiones expresas.	Delimita especialmente los préstamos [23], los instrumentos de deuda, los créditos comerciales, la deuda pública y otras reclamaciones monetarias.	TLC con México [24], Canadá [25], Panamá, Costa Rica [26], Honduras [27] y Guatemala [28]; APPRI con Japón[29].

A. Una definición amplia: cualquier activo

Al respecto, podemos observar que la referencia a "toda clase de activo" permite comprender diversas formas de participación económica, mientras que la enumeración posterior suele ser ejemplificativa y no cerrada. En estos instrumentos, la definición puede abarcar desde bienes muebles e inmuebles hasta acciones, derechos contractuales, concesiones, propiedad intelectual y derechos sobre dinero. Su amplitud, sin embargo, no es absoluta, pues numerosos acuerdos exigen que el activo haya sido adquirido o establecido conforme a la legislación del Estado receptor, término que será analizado en el siguiente apartado conforme a la valoración que le dan los Tribunales Arbitrales.

[19] Extracto del República del Perú y República de Corea, *Tratado de Libre Comercio*, art. 9.18: "*inversión significa todo activo que un inversionista tiene en propiedad o controla, directa o indirectamente, y que tiene las características de una inversión, incluyendo tales características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo.*"

[20] República del Perú y Estados Unidos de América, *Acuerdo de Promoción Comercial*, art. 10.28

[21] República del Perú y República de Corea, *Tratado de Libre Comercio*, art. 9.18

[22] *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*, art. 9.1.

[23] Extracto de República del Perú y Japón, *Acuerdo para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1: "*[…](c) bonos, obligaciones, préstamos y otros instrumentos de deuda, incluyendo los derivados de los mismos:*

(i) cuando una empresa titular de dicha deuda se encuentra afiliada al inversionista; o

(ii) cuando el vencimiento original de dicha deuda es de al menos 12 meses, pero no incluye una deuda de una Parte Contratante o una empresa estatal, independientemente de su vencimiento original."

[24] República del Perú y Estados Unidos Mexicanos, *Acuerdo de Integración Comercial*, art. 11.1

[25] República del Perú y Canadá, *Tratado de Libre Comercio*, art. 847

[26] República del Perú y República de Costa Rica, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30

[27] República del Perú y República de Honduras, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30

[28] República del Perú y República de Guatemala, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30.

[29] República del Perú y Japón, *Acuerdo para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1

B. Una definición amplia más algún requisito administrativo (aprobación y registro) o duración de la inversión

Los instrumentos a los que nos referimos en este ítem mantienen una definición amplia (cualquier activo), pero incorporan requisitos adicionales. Algunos condicionan la protección a que la inversión haya sido admitida, registrada o aprobada por la autoridad competente; otros exigen que se encuentre vinculada con una relación económica duradera. Estas condiciones no modifican necesariamente la naturaleza del activo, pero sí delimitan las circunstancias en las que los Estados aceptan incluir la inversión dentro del ámbito de aplicación del tratado.

C. La definición que especifica las características de una inversión (compromiso, ganancia y riesgo)

Una técnica diferente aparece en varios capítulos de inversión de tratados comerciales más recientes. En ellos no basta con que el inversionista sea titular de un activo enumerado. El activo debe presentar características propias de una inversión, generalmente identificadas mediante el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener una ganancia y la asunción de riesgo[30]. La definición conserva una lista amplia, pero introduce un elemento funcional: la operación debe comportarse como una inversión y no únicamente representar un derecho patrimonial.

D. Definición con condiciones excluyentes (préstamos, deuda pública, sentencias)

La diferencia más visible entre los instrumentos revisados aparece en el tratamiento de las deudas: préstamos, los instrumentos de deuda y las reclamaciones monetarias. Algunos APPRI incluyen ampliamente los créditos o derechos sobre dinero; otros exigen que estén vinculados directamente con una inversión específica o que tengan establecidos plazos mínimos de vencimiento o requisitos de afiliación entre el prestamista y la empresa receptora. Así, el APPRI con Japón[31] emplea, para ciertas operaciones, un periodo de **doce meses**, mientras que los instrumentos con Canadá[32], México[33], Costa Rica[34], Honduras[35] y Guatemala[36] utilizan un umbral de **tres años** o **exigen una vinculación empresarial**.

Tampoco existe uniformidad respecto de la deuda pública, pues ciertos instrumentos incluyen expresamente títulos estatales o públicos, mientras que otros los excluyen (préstamos otorgados a los Estados, a sus empresas o a determinadas entidades públicas). La misma disparidad aparece en relación con las sentencias, órdenes judiciales y reclamaciones pecuniarias: algunos acuerdos las excluyen expresamente, mientras que otros guardan silencio o permiten su inclusión cuando están vinculadas con una inversión previamente establecida.

La revisión refleja los diferentes contextos en los que se celebraron los tratados. En un primer momento, Perú simplemente quería recibir la inversión (inicios de la década de

[30] Este riesgo se relaciona con la posibilidad de perder el capital, no obtener la rentabilidad esperada o sufrir pérdidas por las eventualidades inherentes a la actividad empresarial.
[31] República del Perú y Japón, *Acuerdo para la Liberalización, Promoción y Protección de Inversiones*, art. 1
[32] República del Perú y Canadá, *Tratado de Libre Comercio*, art. 847
[33] República del Perú y Estados Unidos Mexicanos, *Acuerdo de Integración Comercial*, art. 11.1
[34] República del Perú y República de Costa Rica, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30
[35] República del Perú y República de Honduras, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30
[36] República del Perú y República de Guatemala, *Tratado de Libre Comercio*, art. 12.30.

los 90) y no exigió ni aceptó mayor restricción ni formalidades a la inversión. En los siguientes tratados, se observa mayores requisitos administrativos para caracterizar mejor la inversión, luego para excluir operaciones comerciales o préstamos de corto plazo.

c) ¿Cómo han interpretado los tribunales cuando hay una inversión extranjera?

En el caso peruano, de la revisión de sus tratados, no existe una definición uniforme de inversión. Ciertamente, esta diversidad también se manifiesta en la práctica arbitral, pues los tribunales examinan el tratado, la fuente del consentimiento, el foro elegido y las características concretas de la operación. Por ello, la existencia de un activo con valor económico constituye apenas el inicio del análisis y no demuestra, por sí sola, que exista una inversión protegida.

Esta cuestión adquiere especial relevancia cuando la controversia se somete al CIADI. El artículo 25 de su Convenio limita la jurisdicción del Centro a las controversias jurídicas que surjan directamente de una inversión, pero no define este término. El Informe de los Directores Ejecutivos explica que esa omisión fue deliberada y responde, en buena medida, a la importancia atribuida al consentimiento de las partes para delimitar las controversias que podían someterse al Centro[37]. Sin embargo, el silencio del Convenio dio lugar a una discusión que todavía no tiene una respuesta uniforme: sí basta con que la operación esté comprendida en el APPRI, TLC o ALC o si, adicionalmente, debe reunir ciertas características objetivas para ser considerada inversión bajo el marco del artículo 25 del Convenio de Washington.

APORTES DEL CASO SALINI

El caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos*[38] surgió de un contrato para la construcción de una carretera en Marruecos. Al resolver las objeciones formuladas contra su jurisdicción, el tribunal examinó si la operación constituía una inversión conforme al tratado aplicable y al artículo 25 del Convenio CIADI. Su decisión adquirió especial relevancia por dos razones: distinguió la definición de inversión del **requisito de legalidad** y consideró **el aporte, la duración, la asunción de riesgo y la contribución al desarrollo económico** como características vinculadas con la existencia de una inversión. Estos elementos debían **apreciarse conjuntamente y no como criterios aislados**.

A. La legalidad de la inversión

Cuando el tratado incorpora una cláusula de legalidad, exige que la inversión haya sido constituida, adquirida, admitida o establecida de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor. Esta exigencia no significa que el derecho interno pueda definir, modificar o restringir por sí solo el concepto de inversión contenido en el tratado; significa, más bien, que la operación no debe haberse originado mediante actos contrarios al ordenamiento aplicable. En otras palabras, la cláusula de legalidad busca excluir de la protección internacional a las inversiones establecidas ilegalmente,

[37] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, 18 de marzo de 1965, párr. 27.
[38] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001,

y no permitir que la legislación nacional sustituya la definición convencional de inversión.

Esta distinción fue examinada en *Salini Costruttori v. Marruecos*[39]. El Estado sostuvo que el contrato controvertido no constituía una inversión porque el derecho marroquí lo calificaba como un contrato de servicios. El tribunal rechazó esta interpretación y señaló que la referencia a la legislación nacional se relacionaba con la validez de la inversión, y no con su definición.

La distinción es relevante porque una operación puede encontrarse comprendida en la definición del tratado y, aun así, quedar fuera de su protección si fue establecida mediante corrupción, fraude o una infracción sustancial de las normas aplicables. Ello no significa, sin embargo, que cualquier incumplimiento posterior o infracción administrativa menor convierta automáticamente la inversión en ilegal.

B. Los criterios para identificar una inversión extranjera protegida

Según el caso Salini, los criterios para identificar una inversión extranjera protegida son: i. el aporte y la duración de la operación, ii. la asunción del riesgo y iii. la contribución al desarrollo económico, los cuales procedemos a desarrollar a continuación:

i. El aporte y la duración de la operación

El aporte no se limita a una transferencia de dinero. Puede consistir en capital, bienes, tecnología, conocimientos, servicios, derechos u otros recursos económicamente valorables.

La duración, por su parte, permite distinguir una inversión con "cierta permanencia" de una operación instantánea. Sin embargo, no existe un plazo mínimo aplicable a todos los casos. En el propio Salini, el tribunal tomó en consideración la ejecución del contrato durante aproximadamente tres años[40]. Esta disquisición sobre el periodo que corresponde a la duración de la operación, naturalmente, no sería necesaria si el tratado hubiese establecido un plazo determinado.

ii. La asunción del riesgo

El riesgo no debe confundirse con la mera posibilidad de que una contraparte incumpla una obligación de pago. Toda compraventa a crédito presenta algún riesgo comercial, pero ello no la convierte necesariamente en inversión. El riesgo característico de una inversión se relaciona con la incertidumbre sobre el rendimiento, la recuperación de los recursos comprometidos o el resultado de la actividad económica, incluso cuando las demás partes cumplan sus obligaciones.

Esta diferencia fue especialmente visible en *Romak v. Uzbekistán*. El tribunal concluyó que un contrato para la entrega de trigo, acompañado de una garantía de pago, constituía una operación comercial única y no una inversión, pues su duración era limitada y el riesgo asumido no excedía el propio de una compraventa internacional[41].

---

[39] *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, párr. 46. Ibid., párrs. 52–57.
[40] Aunque en pronunciamientos posteriores han empleado periodos y métodos de cálculos diferentes.
[41] *Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CPA N° AA280, Laudo, 26 de noviembre de 2009, párrs. 207–232.

iii. La contribución al desarrollo económico

La contribución al desarrollo económico es el elemento más discutido. Su aplicación como requisito independiente puede obligar al tribunal a evaluar retrospectivamente si la operación **produjo crecimiento, empleo o beneficios cuantificables**. Tal enfoque presenta una dificultad evidente: una inversión puede fracasar económicamente y seguir siendo una inversión. Por esta razón, algunos tribunales han tratado la "contribución al desarrollo" como una característica contextual o como una consecuencia lógica del aporte, la duración y el riesgo, y no como una exigencia autónoma que deba demostrarse mediante resultados positivos.

4.2 El método para determinar la existencia de una inversión protegida

Entonces, si bien no se desprende una definición jurídica única y universal de inversión protegida, sí puede rescatarse un método de análisis. En primer lugar, debe verificarse que el activo o la operación se encuentre comprendido en el tratado y no esté sujeto a una exclusión. Luego corresponde comprobar que fue realizado conforme a las condiciones de legalidad previstas en el instrumento. Finalmente, pueden examinarse elementos como el compromiso de recursos, la duración, el riesgo, la expectativa de rendimiento y la vinculación con una actividad económica, siempre de manera conjunta y conforme a las particularidades del caso.

Por tanto, los criterios desarrollados por los tribunales no deben usarse como un test, plantilla o lineamiento rígido, que califique automáticamente una operación como inversión. Su utilidad consiste en distinguir cuándo hay una inversión extranjera jurídicamente protegida. La calificación final surge de la interacción entre el tratado (fuente de consentimiento del Estado), las reglas del foro (v. gr., Convenio CIADI) y las circunstancias concretas de la operación.

V. CONCLUSIÓN

1. La inversión consiste en destinar capital, bienes, derechos, tecnología u otros recursos económicamente valorables a una actividad empresarial, con la expectativa de obtener un beneficio futuro o rendimiento en el tiempo.

2. La inversión se considera extranjera cuando los recursos de una persona natural o jurídica originaria (nacionalidad) de un Estado se destinan a una actividad empresarial desarrollada en el territorio de otro Estado. Este desplazamiento transfronterizo somete al inversionista a las leyes, autoridades y decisiones del Estado receptor, así como a los riesgos propios del entorno en el que se desarrolla la inversión.

3. Una inversión extranjera adquiere la condición de "inversión protegida" cuando aquella coincide con los criterios establecidos en el tratado, los precedentes y las normas del foro. Para ello, los Tribunales revisan características como la duración, la asunción de riesgo y la contribución al desarrollo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, Daron, y James A. Robinson. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. Nueva York: Crown Publishers, 2012.

- Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión), "Acuerdos comerciales", consultado el 31 de julio de 2026, https://web.investinperu.pe/print/peru-aliado-economico/acuerdos-comerciales

- Banco Central de Reserva del Perú. *Glosario de términos económicos*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú, 2011. https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. Abierto a la firma el 18 de marzo de 1965. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966; para el Perú, el 8 de septiembre de 1993.

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. 18 de marzo de 1965.

- Decreto N° Legislativo 662. "Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías". Publicado en El Peruano el 2 de septiembre de 1991.

- Ponce Cedeño, Oswaldo Stalin, Maryury Elizabeth Morejón Santistevan, Ginger Elizabet Salazar Pin y Erick Raúl Baque Sánchez. *Introducción a las finanzas*. Alcoy, Alicante: Área de Innovación y Desarrollo, S. L., 2019. https://doi.org/10.17993/EcoOrgyCso.2019.50

- República del Perú y Australia. *Acuerdo sobre Promoción y Protección de Inversiones*. Entró en vigor el 2 de febrero de 1997. Terminó el 11 de febrero de 2020.

- República del Perú y Canadá. *Tratado de Libre Comercio*. Entró en vigor el 1 de agosto de 2009.

- República del Perú y República de Corea. *Acuerdo de Libre Comercio*. Entró en vigor el 1 de agosto de 2011.

- República del Perú y República de Costa Rica. *Tratado de Libre Comercio*. Entró en vigor el 1 de junio de 2013.

- República del Perú y Reino de Dinamarca. *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Entró en vigor el 17 de febrero de 1995.

- República del Perú y Estados Unidos de América. *Acuerdo de Promoción Comercial*. Entró en vigor el 1 de febrero de 2009.

- República del Perú y República Federal de Alemania. *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Entró en vigor el 1 de mayo de 1997.

- República del Perú y República Francesa. *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Entró en vigor el 30 de mayo de 1996.

- República del Perú y República de Guatemala. *Tratado de Libre Comercio*. Firmado el 6 de diciembre de 2011. Entró en vigor el 1 de julio de 2026, junto con su Protocolo suscrito el 23 de abril de 2025.

- República del Perú y República de Honduras. *Tratado de Libre Comercio*. Entró en vigor el 1 de enero de 2017.

- República del Perú y Japón. *Acuerdo entre la República del Perú y Japón para la Promoción, Protección y Liberalización de la Inversión*. Entró en vigor el 10 de diciembre de 2009.

- República del Perú y Malasia. *Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones*. Entró en vigor el 25 de diciembre de 1995.

- República del Perú y Estados Unidos Mexicanos. *Acuerdo de Integración Comercial*. Entró en vigor el 1 de febrero de 2012.

- República del Perú y Reino de los Países Bajos. *Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*. Entró en vigor el 1 de febrero de 1996.

- República del Perú y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. *Convenio para la Promoción y Protección de Inversiones*. Entró en vigor el 21 de abril de 1994.

- República del Perú y Reino de Tailandia. *Convenio sobre Promoción y Protección de Inversiones*. Entró en vigor el 15 de noviembre de 1991.

- *Romak S.A. v. Republic of Uzbekistan*. Caso CPA Nº AA280. Laudo, 26 de noviembre de 2009.

- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*. Caso CIADI Nº ARB/00/4. Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001.

- Samuelson, Paul A., y William D. Nordhaus. *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*. 19.ª ed. Traducido por Adolfo Deras Quiñones. México, D. F.: McGraw-Hill Interamericana Editores, 2010.

- *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)*. Entró en vigor para el Perú el 19 de septiembre de 2021.

LOS RETOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Autor:
Manuel Fernando Nagatome Espinoza

LOS RETOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA) EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

The Challenges of Artificial Intelligence in International Commercial Arbitration

Manuel Fernando Nagatome Espinoza[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Los usos actuales de la IA en el proceso arbitral.
III. Sesgo algorítmico y opacidad técnica: el problema epistemológico.
IV. Debido proceso, imparcialidad y confidencialidad: tensiones estructurales.
V. Respuestas regulatorias e institucionales: entre la prudencia y el rezago.
VI. Hacia una gobernanza responsable: criterios propuestos.
VII. Conclusiones.

Resumen

La incorporación de herramientas de Inteligencia Artificial (IA) al arbitraje comercial internacional está modificando la manera en que las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales desarrollan el proceso; desde la revisión automatizada de documentos, la investigación jurídica asistida o la elaboración de borradores de escritos, prometen importantes avances en términos de eficiencia. Sin embargo, esos beneficios deben convivir con interrogantes que inciden directamente en la legitimidad del arbitraje.

En este artículo se sostiene que el verdadero desafío no consiste en determinar si la IA puede utilizarse dentro del proceso arbitral, sino en establecer bajo qué condiciones su empleo resulta compatible con los principios que sostienen este mecanismo de solución de controversias.

Para ello, se examinan los usos actuales de estas herramientas, los riesgos asociados al sesgo algorítmico, la opacidad[2] de los modelos de IA, las tensiones que pueden producirse respecto del debido proceso, la imparcialidad del árbitro, la confidencialidad y las propuestas regulatorias emergentes, incluyendo las directrices de instituciones arbitrales y los esfuerzos de soft law[3].

A partir de ese análisis, se propone que la incorporación de la IA debe partir de una premisa básica: estas herramientas pueden asistir la labor del árbitro, pero no reemplazar el juicio humano que constituye el fundamento mismo de la función arbitral.

---

1 Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Jefe del Área Legal de Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú y consultor del área de Derecho Municipal de Torres y Torres Lara Abogados. Lima, Perú. Correo de contacto: mnagatomeespinoza@gmail.com

2 Entendida como la falta de transparencia en el funcionamiento interno de un sistema, algoritmo o proceso. Se refiere a la incapacidad de los usuarios o expertos para comprender, auditar o rastrear cómo un sistema complejo genera un resultado o decisión específica.

3 Se refiere a normas, principios, declaraciones o acuerdos políticos que no son jurídicamente vinculantes.

Palabras clave

IA/ Arbitraje comercial internacional/ Debido proceso/ Sesgo algorítmico/ Motivación del laudo/ Ética arbitral.

Abstract

The increasing integration of Artificial Intelligence (AI) into international commercial arbitration is reshaping the manner in which parties, arbitrators, and arbitral institutions conduct arbitral proceedings. From automated document review and AI-assisted legal research to the preparation of procedural submissions and draft awards, these technologies offer significant opportunities to enhance efficiency, consistency, and procedural economy. However, such benefits must be balanced against concerns that directly affect the legitimacy and integrity of the arbitral process.

This article argues that the principal challenge is not whether AI should be employed in arbitral proceedings, but rather under what conditions its use remains compatible with the fundamental principles governing international commercial arbitration.

To that end, the article examines the current applications of AI in arbitration, the risks arising from algorithmic bias, the opacity of AI models, and the tensions that their use may generate with respect to due process, arbitrator impartiality and independence, confidentiality, and the duty to provide reasoned awards. It further analyses emerging regulatory responses, including institutional guidelines and recent soft law initiatives aimed at promoting the responsible use of AI in arbitration.

The article concludes that the integration of AI into arbitral proceedings must be guided by a fundamental premise: AI should serve as a tool to assist arbitrators in the exercise of their adjudicative functions, but it cannot replace the human judgment, legal reasoning, and independent assessment that lie at the core of the arbitral function.

Keywords

Artificial Intelligence (AI)/ International commercial arbitration/ Due process/ Algorithmic bias/ Reasoned arbitral awards/ Arbitrator independence and impartiality/ Arbitral ethics.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje se sustenta, antes que nada, en una decisión de confianza. Las partes aceptan que un tercero —ya sea un tribunal arbitral, generalmente de tres miembros, o un árbitro único— resuelva sus controversias porque consideran que ese tercero reúne las condiciones técnicas y éticas necesarias para hacerlo.

La autoridad del árbitro no proviene del poder coercitivo del Estado, sino del consentimiento de quienes optan por este mecanismo de solución de controversias. Esa confianza constituye, probablemente, el activo más importante del arbitraje.
Durante décadas, ese presupuesto apenas fue cuestionado. Se asumía que quien resolvía el conflicto era una persona que analizaba los hechos, valoraba las pruebas, interpretaba el derecho y, como cualquier ser humano, podía acertar o equivocarse. La aparición de sistemas de IA capaces de ejecutar parte de esas tareas obliga, sin embargo, a replantear algunas premisas que parecían indiscutibles.

El fenómeno trasciende la mera incorporación de una nueva herramienta tecnológica. La IA ya no se limita a facilitar tareas administrativas o acelerar búsquedas documentales. Hoy puede clasificar miles de documentos en pocos

minutos, identificar criterios jurisprudenciales, asistir en la elaboración de escritos e incluso generar propuestas de decisiones.

Esta evolución explica que el debate haya dejado de centrarse exclusivamente en la eficiencia para trasladarse a una cuestión más profunda: cómo preservar la legitimidad del arbitraje cuando parte del proceso de elaboración de una decisión comienza a depender de sistemas cuyo funcionamiento no siempre resulta transparente.

En esa línea, como advierte Maxi Scherer, la inteligencia artificial no constituye simplemente una nueva herramienta en el arsenal del árbitro; desafía la propia naturaleza de la función adjudicativa, al cuestionar el papel del juicio humano, la discrecionalidad y la responsabilidad en la resolución de controversias. Esa observación resume con precisión el problema que este trabajo pretende abordar. La discusión ya no consiste únicamente en determinar si la IA puede utilizarse dentro del arbitraje, sino en establecer cuáles son los límites que impone la propia lógica del proceso arbitral.

Desde esa perspectiva, el artículo examina, en primer término, las principales aplicaciones que actualmente tiene la IA en el arbitraje comercial internacional. Posteriormente, analiza los riesgos que estas herramientas generan para principios como el debido proceso, la imparcialidad, la confidencialidad y la motivación del laudo.

Finalmente, revisa las respuestas regulatorias que distintas instituciones arbitrales y diversos instrumentos de *soft law* han comenzado a desarrollar con el propósito de compatibilizar la innovación tecnológica con las garantías que históricamente han sustentado la legitimidad del arbitraje.

II. LOS USOS ACTUALES DE LA IA EN EL PROCESO ARBITRAL

Hablar de IA en el arbitraje comercial internacional exige, en primer lugar, delimitar el alcance del concepto. En términos generales, la inteligencia artificial (IA) comprende sistemas informáticos capaces de ejecutar tareas que normalmente requieren capacidades cognitivas humanas, como reconocer patrones, procesar lenguaje natural, aprender a partir de grandes volúmenes de datos y generar respuestas a partir de la información previamente procesada[4].

De esta manera, el fenómeno derivado del uso de la IA —en el arbitraje, puntualmente— supone el empleo de estas herramientas como apoyo en distintas etapas del proceso arbitral.

En ese sentido, lejos de tratarse de una tecnología de aplicación futura, la IA ya forma parte de la práctica arbitral de nuestros días. Su utilización no responde a un único propósito ni presenta el mismo grado de desarrollo en todos los ámbitos del proceso. Algunas aplicaciones buscan optimizar tareas esencialmente operativas, mientras que otras comienzan a incidir en actividades que tradicionalmente se consideraban reservadas al juicio profesional de abogados y árbitros.

Esa diferencia resulta relevante, porque los desafíos jurídicos no son los mismos cuando la IA organiza información que cuando interviene, directa o indirectamente, en la elaboración del razonamiento que sustentará una decisión arbitral.

4 Stuart Russell and Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, 4th ed. (Harlow: Pearson, 2021), cap. 1

Uno de los usos más extendidos se encuentra en la revisión documental. En arbitraje comercial internacional es frecuente que las partes deban gestionar cientos de miles de documentos, físicos, electrónicos, correos, contratos, reportes financieros y comunicaciones internas. En ese contexto, las plataformas de *e-discovery* emplean algoritmos capaces de clasificar documentos, identificar información privilegiada, detectar duplicidades y priorizar evidencia potencialmente relevante. El resultado es una reducción considerable del tiempo y de los costos asociados a la fase probatoria, sin que ello implique sustituir el análisis jurídico que corresponde realizar a los equipos legales.

Otro ámbito donde la IA ha ganado presencia es la investigación jurídica. Los modelos de lenguaje y las bases de datos con capacidades analíticas avanzadas permiten localizar precedentes, identificar doctrina y organizar grandes cantidades de información en cuestión de segundos. Estas herramientas también han favorecido el desarrollo de sistemas de *arbitrator intelligence*, orientados a recopilar, organizar y sistematizar información sobre la experiencia profesional, las designaciones previas y determinados aspectos del desempeño de los árbitros, con el propósito de proporcionar a las partes información más completa para su selección y designación[5].

Más controvertido resulta el empleo de modelos predictivos, mediante los cuales se ha intentado desarrollar algoritmos capaces de estimar la probabilidad de éxito de determinadas reclamaciones a partir del análisis de decisiones anteriores y de variables como las normas aplicables, el tipo de controversia o el perfil de las partes involucradas. Aunque estas herramientas pueden servir como apoyo para la evaluación estratégica de un caso o para la negociación de acuerdos de financiación por terceros (third-party funding), su capacidad predictiva se encuentra en debate.

A diferencia de otros ámbitos en los que existen grandes bases de datos homogéneas, el arbitraje comercial internacional presenta un universo limitado de decisiones disponibles, caracterizado además por un elevado grado de heterogeneidad y por las restricciones derivadas de la confidencialidad de muchos procesos. Esas circunstancias reducen significativamente la confiabilidad estadística de cualquier modelo predictivo.

Finalmente, la aparición de sistemas de IA generativa ha trasladado el debate a un plano distinto. Hoy resulta técnicamente posible utilizar estas herramientas para elaborar borradores de escritos, resumir pruebas, proponer estructuras argumentativas e incluso asistir en la redacción preliminar de laudos arbitrales.

Es precisamente en este punto donde se cruza una línea muy delgada: la IA deja de asistir la redacción para influir en el proceso mismo de decisión, vaciando —de esta manera— el deber del árbitro de ejercer personalmente la función decisoria que las partes le encomendaron. Esa distinción entre asistencia tecnológica y sustitución del razonamiento humano constituye, a mi juicio, uno de los ejes centrales del debate contemporáneo sobre IA y arbitraje.

III. SESGO ALGORÍTMICO Y OPACIDAD TÉCNICA: EL PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO

Los desafíos que la IA plantea al arbitraje comercial internacional trascienden el ámbito tecnológico; la cuestión verdaderamente relevante no radica en determinar si los algoritmos son más rápidos o eficientes que quienes intervienen en el proceso arbitral, sino en comprender cómo producen los resultados sobre los que luego

5 Catherine A. Rogers, "The Key to Unlocking the Arbitrator Selection Process: Arbitrator Intelligence," en *The Evolution and Future of International Arbitration*, ed. Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew y Loukas A. Mistelis (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016), 311–329.

descansan decisiones jurídicas de enorme trascendencia. El problema, por tanto, es esencialmente epistemológico: obliga a preguntarse de dónde proviene el conocimiento generado por estos sistemas, cuáles son sus límites y hasta qué punto ese conocimiento puede ser sometido a control y contradicción dentro de un proceso arbitral.

A diferencia de un árbitro, un sistema de IA no razona en términos jurídicos. Los modelos contemporáneos de aprendizaje automático identifican regularidades estadísticas en grandes cantidades de datos y, sobre esa base, generan predicciones o respuestas que reproducen patrones previamente observados. En consecuencia, la calidad de los resultados depende, en buena medida, de la calidad, diversidad y representatividad de la información con la que fueron entrenados. Cuando esos datos incorporan sesgos históricos o incluso subjetividades de quien entrena dicha IA, el algoritmo no solo puede reproducirlos, sino también reforzarlos mediante una apariencia de neutralidad técnica que dificulta advertir su existencia.

Esta preocupación no es nueva. Barocas y Selbst han advertido que los sistemas algorítmicos pueden reproducir y amplificar sesgos preexistentes bajo una apariencia de neutralidad técnica, lo que dificulta su identificación y cuestionamiento.

Trasladado al arbitraje internacional, ese fenómeno adquiere características propias. Los modelos de IA que pretendan operar sobre información arbitral necesariamente se alimentarán, en gran medida, de laudos publicados, resoluciones judiciales relacionadas y doctrina especializada. Sin embargo, ese universo de información dista de ser representativo. La confidencialidad, que constituye uno de los rasgos característicos del arbitraje comercial internacional, hace que una parte considerable de los laudos nunca llegue a conocimiento público. En consecuencia, cualquier sistema entrenado exclusivamente con decisiones disponibles tenderá a reproducir una muestra incompleta del funcionamiento del arbitraje comercial internacional.

El problema no termina allí. La información públicamente accesible suele concentrarse en determinadas instituciones arbitrales, en ciertos sectores económicos y, sobre todo, en árbitros con una producción decisoria significativamente mayor que la del resto de la comunidad arbitral. Si las herramientas predictivas utilizan esos patrones históricos para asistir la selección de árbitros, existe el riesgo de consolidar las mismas dinámicas de concentración que, desde hace varios años, las iniciativas orientadas a promover una mayor diversidad de género, nacionalidad y tradición jurídica buscaban precisamente corregir. En otras palabras, un algoritmo entrenado con datos históricamente sesgados puede terminar reforzando las mismas desigualdades que las instituciones arbitrales han intentado superar.

A esta dificultad se añade un segundo problema, estrechamente relacionado con el anterior: la opacidad de los modelos de IA. Como advierte Jenna Burrell, muchos sistemas contemporáneos de aprendizaje automático presentan una opacidad inherente ("black box"), de modo que, aunque generan resultados plausibles, el proceso mediante el cual alcanzan una determinada respuesta no siempre puede ser reconstruido ni explicado plenamente, incluso por sus propios desarrolladores.

Esa falta de claridad resulta particularmente problemática en el arbitraje, donde la legitimidad de la decisión depende no solo del resultado alcanzado, sino también de la posibilidad de comprender las razones que lo sustentan.

En ese sentido, no puede obviarse que la exigencia de motivación constituye uno de los pilares del arbitraje internacional. El artículo 31(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que el laudo debe expresar las razones en las que se funda, salvo pacto distinto de las partes, exigencia que ha sido reproducida por la mayoría de los reglamentos arbitrales. La motivación cumple una función que trasciende el

cumplimiento de una formalidad procesal: permite a las partes comprender por qué su controversia fue resuelta de determinada manera y hace posible el control posterior de la decisión por parte de los tribunales competentes.

Si el árbitro no puede explicar de manera autónoma cómo se construyó el razonamiento incorporado en la decisión, resulta legítimo preguntarse si la obligación de motivar ha sido realmente cumplida. Desde esa perspectiva, la opacidad algorítmica deja de ser un problema meramente tecnológico para convertirse en una cuestión que afecta directamente la legitimidad misma de la función arbitral.

IV. DEBIDO PROCESO, IMPARCIALIDAD Y CONFIDENCIALIDAD: TENSIONES ESTRUCTURALES

La incorporación de herramientas de IA al arbitraje comercial internacional no solo modifica la forma en que se desarrolla el proceso, sino que también obliga a reconsiderar algunas de las garantías procesales que tradicionalmente han sustentado la legitimidad del arbitraje. Entre ellas destacan el derecho de defensa, la imparcialidad del árbitro y la confidencialidad del proceso, principios cuya preservación resulta determinante tanto para la validez del laudo como para su posterior reconocimiento y ejecución.

Esta preocupación adquiere especial relevancia a la luz de la Convención de Nueva York de 1958. El artículo V(1)(b) faculta a los tribunales nacionales a denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo cuando la parte contra la cual se invoca no haya podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Aunque esta disposición fue concebida para supuestos clásicos —como la falta de notificación o la imposibilidad material de participar en el proceso—, su contenido permite replantear el análisis frente a nuevas formas de afectación derivadas del uso de IA durante el proceso arbitral.

Piénsese, por ejemplo, en un tribunal arbitral que utiliza un modelo de IA para resumir los argumentos de las partes, identificar precedentes o elaborar borradores preliminares del razonamiento del laudo sin informar previamente sobre el empleo de esa herramienta. En un escenario de esa naturaleza, las partes carecerían de la posibilidad de conocer la metodología utilizada, cuestionar la confiabilidad del sistema o discutir la pertinencia de las fuentes seleccionadas por el algoritmo. El problema no reside únicamente en la eventual existencia de errores técnicos, sino en la imposibilidad de ejercer un control efectivo sobre un elemento que puede haber influido en el proceso de formación de la decisión arbitral.

Desde esta perspectiva, el derecho a ser oído adquiere una dimensión distinta. No basta con que las partes tengan la oportunidad formal de presentar sus alegaciones y ofrecer prueba; también resulta indispensable que puedan confiar razonablemente en que sus argumentos serán examinados mediante un proceso decisorio transparente y atribuible al tribunal arbitral.

Naturalmente, ello no significa que el árbitro deba prescindir de cualquier herramienta tecnológica. Del mismo modo que puede apoyarse en secretarios arbitrales, asistentes de investigación o programas especializados para organizar la información del expediente, también puede recurrir a sistemas de IA para facilitar determinadas tareas operativas. El problema aparece cuando esa asistencia deja de recaer sobre actividades auxiliares y comienza a extenderse al núcleo mismo de la función decisoria: la valoración de la prueba, la construcción del razonamiento jurídico o la motivación del laudo. En ese punto deja de discutirse la utilización de una herramienta y comienza a cuestionarse si la decisión sigue siendo verdaderamente atribuible al árbitro designado por las partes.

La confidencialidad constituye un tercer ámbito particularmente sensible. A diferencia del arbitraje de inversión, donde las exigencias de transparencia han adquirido un protagonismo creciente, el arbitraje comercial internacional continúa considerando la reserva del proceso como uno de sus principales atributos. La utilización de plataformas comerciales de IA introduce riesgos que hace pocos años simplemente no existían. Muchas de estas herramientas procesan la información en servidores externos y prevén, en sus propios términos de uso, la posibilidad de utilizar los datos ingresados para mejorar o reentrenar sus modelos. En esas circunstancias, la incorporación de documentos confidenciales, estrategias procesales o borradores de laudos puede implicar una pérdida parcial del control sobre información cuya reserva constituye precisamente una de las bases del arbitraje comercial internacional.

La preocupación no es meramente teórica. En la práctica, basta con que un abogado, un árbitro o un secretario arbitral introduzca información confidencial en una plataforma de uso general para que surjan interrogantes acerca del cumplimiento de los deberes de confidencialidad asumidos frente a las partes.

El problema, por tanto, no radica exclusivamente en la seguridad informática de la herramienta utilizada, sino también en el grado de conocimiento que quienes participan en el proceso tienen sobre las condiciones contractuales, las políticas de tratamiento de datos y los mecanismos de almacenamiento de la información empleados por estos sistemas. La expansión acelerada de la IA hace que ese riesgo deje de ser excepcional para convertirse en una cuestión cotidiana que el arbitraje comercial internacional deberá afrontar mediante reglas claras de utilización y de revelación.

V. RESPUESTAS REGULATORIAS E INSTITUCIONALES: ENTRE LA PRUDENCIA Y EL REZAGO

La creciente utilización de herramientas de IA en el arbitraje ha obligado a las instituciones arbitrales a pronunciarse sobre un fenómeno para el cual los reglamentos vigentes no fueron pensados. Sin embargo, la respuesta normativa ha sido, hasta ahora, cautelosa. A diferencia de otros sectores, donde la regulación de la IA avanza mediante normas de carácter obligatorio, el arbitraje comercial internacional ha recurrido principalmente a instrumentos de *soft law*, recomendaciones institucionales y buenas prácticas. Esta evolución es coherente con la naturaleza flexible y predominantemente consensual del arbitraje, pero también revela la dificultad de establecer reglas uniformes frente a una tecnología que evoluciona con mayor rapidez que los propios marcos regulatorios.

Dentro de ese proceso, uno de los desarrollos más relevantes ha sido la publicación, en 2024, de las Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC). Más que imponer prohibiciones, estas directrices parten de una idea sencilla: el uso de IA no es, por sí mismo, incompatible con el arbitraje, siempre que quienes intervienen en el proceso mantengan el control sobre las decisiones que les corresponden y asuman responsabilidad por ellas. Desde esa lógica, las directrices insisten en deberes de verificación independiente, protección de la confidencialidad y revelación cuando la utilización de herramientas de IA pueda influir materialmente en el desarrollo del proceso o en la formación de la decisión arbitral.

Este último aspecto merece especial atención. Las directrices del SVAMC no proponen que todo uso de IA deba ser revelado a las partes. Una solución de esa naturaleza sería difícilmente compatible con la práctica profesional contemporánea, en la que numerosas herramientas tecnológicas intervienen cotidianamente en tareas de organización documental, búsqueda de información o revisión lingüística. El criterio adoptado es distinto: la obligación de revelar surge únicamente cuando el empleo de la IA puede afectar de manera significativa el razonamiento jurídico, la valoración de

la prueba o cualquier otro aspecto capaz de incidir en la decisión del tribunal. Se trata, en definitiva, de preservar la transparencia sin convertir cualquier utilización de tecnología en una carga procesal innecesaria.

A nuestro juicio, este enfoque representa, por ahora, la respuesta regulatoria más equilibrada. Una prohibición absoluta del uso de IA ignoraría los beneficios que estas herramientas ofrecen en términos de eficiencia y gestión de procedimientos cada vez más complejos. En el extremo opuesto, permitir su utilización sin límites ni obligaciones de transparencia comprometería la confianza de las partes en la integridad del proceso arbitral.

A pesar de estos avances, el marco regulatorio continúa mostrando importantes zonas de incertidumbre. Ninguno de los principales reglamentos arbitrales contiene todavía disposiciones específicas que delimiten con precisión cuándo el uso de IA debe ser revelado, cuáles son los estándares mínimos de verificación exigibles o qué consecuencias jurídicas podrían derivarse de una utilización negligente de estas herramientas. Esa ausencia de reglas expresas no significa, sin embargo, que el problema carezca de relevancia jurídica. Por el contrario, aumenta el margen de interpretación que deberán asumir tanto los tribunales arbitrales como los jueces llamados a conocer eventuales recursos de anulación o procesos de reconocimiento y ejecución de laudos.

Desde esa perspectiva, no resulta difícil imaginar que las primeras controversias relacionadas con IA lleguen a los tribunales nacionales en los próximos años. Si un laudo hubiera sido elaborado con una intervención significativa de sistemas de IA no revelada a las partes, o si pudiera demostrarse que la utilización de esas herramientas afectó el derecho de defensa, la motivación del laudo o el ejercicio personal de la función arbitral, es razonable prever que esos hechos sean invocados como fundamento de solicitudes de anulación o de oposición al reconocimiento del laudo. Hoy esa discusión pertenece todavía al plano especulativo.

VI. HACIA UNA GOBERNANZA RESPONSABLE: CRITERIOS PROPUESTOS

Las consideraciones desarrolladas hasta este punto permiten afirmar que el debate ya no gira en torno a si la IA debe tener cabida en el arbitraje comercial internacional; esa discusión ha sido, en buena cuenta, superada por la práctica.

La verdadera cuestión consiste en definir cuáles son los límites dentro de los cuales estas herramientas pueden utilizarse sin comprometer la legitimidad del proceso arbitral. Desde esa perspectiva, más que proponer reglas cerradas, conviene identificar algunos criterios que puedan orientar una gobernanza responsable de la IA en este ámbito.

El primero de ellos es la **centralidad del juicio humano**. La decisión arbitral constituye un acto de valoración jurídica que las partes han confiado a personas determinadas, elegidas precisamente por su independencia, experiencia y capacidad de juicio. Ninguna herramienta de IA debería sustituir ese ejercicio intelectual. Ello no significa excluir su utilización para tareas instrumentales —como la organización documental, la transcripción de audiencias, la elaboración de cronologías o la revisión preliminar de información—, sino reconocer que la deliberación, la valoración de la prueba, la interpretación del derecho y la motivación del laudo deben seguir siendo el resultado de una decisión adoptada personalmente por el tribunal arbitral. En otras palabras, la IA puede asistir el proceso decisorio, pero no asumir la responsabilidad de decidir.

Un segundo criterio es el de la **transparencia proporcional**. No toda utilización de IA justifica una obligación de revelación frente a las partes. Exigir la divulgación de cualquier herramienta tecnológica utilizada durante el proceso sería tan irrazonable

como exigir que se informe sobre el uso de un motor de búsqueda jurídica o de un programa de gestión documental. La obligación de transparencia debe responder a un criterio de incidencia: cuanto mayor sea la influencia que la IA pueda ejercer sobre la formación de la decisión arbitral, mayor será el deber de informar su utilización y permitir que las partes ejerzan un control efectivo sobre sus eventuales implicancias procesales.

Este enfoque, además de resultar compatible con las Directrices del SVAMC, evita convertir la transparencia en una carga meramente formal.

El tercer criterio es el de la **verificación independiente**. Uno de los rasgos mejor documentados de los modelos generativos contemporáneos es su capacidad para producir información jurídicamente creíble que, sin embargo, puede contener errores fácticos, referencias inexistentes o interpretaciones incorrectas.

Esa circunstancia impide considerar los resultados generados por la IA como una fuente de autoridad. Todo contenido producido por estos sistemas —ya sea incorporado en un escrito de parte, un informe pericial o un proyecto de laudo— debe ser objeto de una comprobación independiente por parte del profesional que finalmente asume la responsabilidad por el documento. La diligencia exigible a abogados y árbitros ya no consiste únicamente en conocer el derecho aplicable, sino también en comprender los límites de las herramientas tecnológicas que deciden utilizar.

Estos tres criterios comparten una misma premisa: la IA no desplaza la responsabilidad humana, sino que hace todavía más exigente su ejercicio. Cuanto mayor sea la capacidad tecnológica disponible, mayor deberá ser también el deber de quienes participan en el arbitraje de justificar, controlar y asumir personalmente las decisiones adoptadas durante el proceso.

VII. CONCLUSIONES

La IA no representa, al menos en el estado actual de su desarrollo, una amenaza para la supervivencia del arbitraje internacional. Lo que sí pone en cuestión son algunos de los presupuestos sobre los que históricamente ha reposado su legitimidad. El arbitraje no descansa únicamente sobre la corrección jurídica de sus decisiones, sino también sobre la confianza de las partes en que esas decisiones son adoptadas por personas independientes que ejercen personalmente el juicio que les ha sido confiado. Ese elemento humano continúa siendo el fundamento de la función arbitral y constituye, al mismo tiempo, el principal límite para la incorporación de sistemas de IA en el proceso.

A lo largo de este trabajo se ha sostenido que los riesgos más relevantes no provienen de un escenario —todavía remoto— en el que un algoritmo sustituya íntegramente al árbitro. Las tensiones verdaderamente significativas aparecen mucho antes: cuando los sistemas de IA introducen sesgos difíciles de detectar, cuando la opacidad de su funcionamiento dificulta explicar las razones de una decisión, cuando el uso de estas herramientas compromete la confidencialidad del proceso o cuando la intervención tecnológica reduce la posibilidad de atribuir el razonamiento contenido en el laudo al ejercicio intelectual del tribunal arbitral.

Las iniciativas regulatorias desarrolladas en los últimos años muestran que la comunidad arbitral ha comenzado a reconocer estos desafíos. Sin embargo, la respuesta continúa siendo predominantemente preventiva y apoyada en instrumentos de *soft law*. Esa situación no debe interpretarse como una debilidad, sino como una manifestación de la propia naturaleza del arbitraje comercial internacional, cuya evolución normativa históricamente ha dependido más de la práctica institucional y del consenso de la comunidad arbitral que de reformas legislativas. Es razonable

prever que ese proceso continúe conforme los primeros conflictos relacionados con el uso de IA lleguen a los tribunales nacionales y a las instituciones arbitrales.

En definitiva, el desafío que plantea la IA no consiste en decidir entre innovación o tradición. La cuestión es más compleja: consiste en aprovechar las ventajas que ofrecen estas herramientas sin erosionar los principios que justifican la confianza de las partes en el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. La eficiencia tecnológica constituye un objetivo legítimo y necesario, pero no puede alcanzarse a costa de diluir la responsabilidad personal del árbitro, la transparencia del proceso o la posibilidad de comprender las razones que sustentan un laudo. En el arbitraje internacional, como en toda forma de adjudicación, la tecnología puede asistir la decisión; la responsabilidad de decidir sigue siendo, y debe seguir siendo, irrenunciablemente humana.

BIBLIOGRAFÍA

- Barocas, Solon, and Andrew D. Selbst. "Big Data's Disparate Impact." California Law Review 104, no. 3 (2016): 671–732.

- Burrell, Jenna. "How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms." Big Data & Society 3, no. 1 (2016).

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, 10 June 1958.

- Rogers, Catherine A. "The Key to Unlocking the Arbitrator Selection Process: Arbitrator Intelligence." In The Evolution and Future of International Arbitration, edited by Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew, and Loukas A. Mistelis, 311–329. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

- Russell, Stuart, and Peter Norvig. Artificial Intelligence: A Modern Approach. 4th ed. Harlow: Pearson, 2021.

- Scherer, Maxi. "Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?" Journal of International Arbitration 36, no. 5 (2019): 539–574.

- Silicon Valley Arbitration & Mediation Center. Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration. Palo Alto, CA: Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024.

- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with Amendments as Adopted in 2006.

LA ESPECIALIZACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ¿FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA O RIESGO DE FRAGMENTACIÓN?

Autor:
Fernando Nakaya Vargas Machuca

LA ESPECIALIZACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: ¿FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA O RIESGO DE FRAGMENTACIÓN?

Specialization in International Arbitration: Strengthening the System or Risk of Fragmentation?

Fernando Nakaya Vargas Machuca[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La especialización como característica del arbitraje.
III. Ventajas y riesgos de la especialización.
IV. Instituciones arbitrales especializadas en el ámbito internacional.
V. Análisis del contexto peruano.
VI. Conclusiones.

Resumen

El arbitraje ha demostrado su eficacia y eficiencia como alternativa para la solución de disputas frente a la jurisdicción ordinaria y las problemáticas que esta afronta. Más allá de los problemas internos que cada jurisdicción pueda presentar, es importante advertir que la demora en la solución de las disputas no solo afecta la economía, la planificación y el tiempo que las partes deben dedicar a la resolución de sus conflictos, y ser conscientes de que esa demora escapa del ámbito que involucra a las partes para extender sus efectos más allá de los intereses particulares. En efecto, la permanencia de conflictos sin resolverse oportunamente constituye un obstáculo para el crecimiento económico, el fortalecimiento de las relaciones comerciales y, en definitiva, para el desarrollo de una sociedad.

Es sabido que el arbitraje, como mecanismo de solución de disputas se caracteriza, entre otros aspectos, por brindar una resolución rápida y especializada de lo que es objeto de la controversia. Es precisamente sobre este segundo aspecto que versa el presente artículo, en el que se analizan los principales tipos de arbitraje especializado a nivel internacional, en un contexto marcado por la globalización, la evolución de las relaciones contractuales y el creciente empleo de la tecnología. Estos fenómenos han incorporado nuevos elementos que deben ser considerados en la resolución de controversias, tales como el idioma, la coexistencia de distintos marcos normativos y la diversidad de usos y costumbres aplicables a las relaciones comerciales internacionales.

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Arbitraje especializado/ Especialización arbitral/ Fragmentación del arbitraje/ Instituciones arbitrales sectoriales.

---

[1] Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Arbitral y Contrataciones con el Estado. Jefe del Área Arbitral de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto: fnakaya@tytl.com.pe.
En el presente artículo se contó con la colaboración del Bachiller en Derecho de la PUCP, Gustavo Orellana Romani, asistente legal del área de Arbitraje de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto: gorellana@tytl.com.pe

Abstract

Arbitration has proven to be an effective and efficient mechanism for the resolution of disputes, particularly in the context of increasingly complex international commercial relations. Beyond its well-known advantages in terms of speed and party autonomy, the growing specialization of arbitration has led to the emergence of sector-specific rules, institutions and procedures designed to address disputes requiring technical expertise. This article examines the principal models of specialized arbitration developed at the international level, including commodities, maritime, technological, aviation and energy arbitration, as well as the Peruvian experience.

It further analyzes whether this trend strengthens the arbitral system by improving the quality and efficiency of decision-making or, conversely, creates risks of fragmentation and interpretative inconsistency capable of undermining the coherence of international arbitration.

Key words

International arbitration/ Specialized arbitration/ Arbitral specialization/ Fragmentation of arbitration/ Sector-specific arbitral institutions.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta innegable el importante rol que ha venido adquiriendo el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias dentro de las relaciones comerciales, lo cual ha permitido su consolidación como una herramienta eficiente frente a las limitaciones que presenta el sistema judicial, caracterizado por la sobrecarga procesal y la demora en la resolución de conflictos.

En este contexto, el arbitraje no solo se ha posicionado como una alternativa válida, sino que ha evolucionado incorporando características propias que lo distinguen, tales como la flexibilidad, rapidez y la especialización, siendo esta última la razón por la que determinadas controversias pueden ser resueltas por profesionales con conocimientos técnicos específicos, contribuyendo a una mayor calidad en las decisiones adoptadas y reforzando la confianza de las partes en este mecanismo.

Sin embargo, esta tendencia, que en principio podría considerarse positiva, plantea una serie de interrogantes respecto a sus implicancias en el desarrollo del sistema arbitral. En efecto, si bien la especialización contribuye a mejorar la calidad de las decisiones, también podría generar riesgos vinculados a la fragmentación del arbitraje y la eventual pérdida de uniformidad en la aplicación de principios arbitrales fundamentales.

En ese sentido, el presente artículo tiene por objeto examinar esta problemática a partir del análisis de los principales modelos de arbitraje especializado a nivel internacional, evaluando sus ventajas, riesgos y posibles implicancias para el desarrollo del arbitraje, con especial énfasis en el contexto peruano.

II. LA ESPECIALIZACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DEL ARBITRAJE

La consolidación del arbitraje en el comercio moderno se debe a su capacidad para adaptarse a las necesidades particulares de las partes y de las controversias sometidas a su conocimiento.

A diferencia del proceso judicial tradicional, caracterizado por estructuras rígidas y por la imposibilidad de que las partes intervengan en la designación de aquel que resolverá la controversia, el arbitraje permite posicionarse como un mecanismo especialmente atractivo dentro de las relaciones comerciales complejas.

En efecto, una de las ventajas estructurales más relevantes del arbitraje consiste en la posibilidad de que las partes puedan elegir a quienes resolverán sus controversias, tomando en consideración la experiencia profesional o especialidad en determinada materia; lo que ha permitido que controversias complejas puedan ser resueltas por profesionales familiarizados con las particularidades propias de los sectores o materias involucrados.

Sobre este punto, Flors Matíes señala que, entre las ventajas teóricas del arbitraje se encuentran precisamente la confianza en la persona que ha de resolver el conflicto, especialización del árbitro, mayor discreción y sencillez procedimental, rapidez, etc.[2], aspectos que han contribuido históricamente al fortalecimiento de esta institución como alternativa frente al foro judicial.

Sin embargo, la especialización no constituye una característica surgida de manera aislada o reciente, por el contrario, encuentra sustento en la propia naturaleza y fundamento histórico del arbitraje. Desde sus primeras manifestaciones, el arbitraje surge como un mecanismo mediante el cual las partes sustraen voluntariamente determinadas controversias del conocimiento de la jurisdicción estatal, encargando su resolución a un tercero independiente que goce de legitimidad frente a ellas.

En esa línea, Castillo Freyre y Vásquez Kunze sostienen que el arbitraje constituye "una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal"[3], permitiendo que las partes resuelvan sus controversias mediante una justicia distinta a la impartida por el Estado, pero igualmente reconocida por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, los referidos autores explican que el arbitraje representa una forma eficiente de administración de justicia, en donde las partes recurren a un tercero ajeno al conflicto para que decida cuál de ellas tiene razón respecto de una controversia determinada.

De esta forma, la especialización aparece como una consecuencia natural de la autonomía de la voluntad que constituye el arbitraje, y es que, si las partes poseen la facultad de escoger quién resolverá sus controversias, resulta lógico que dicha elección se oriente hacia personas con conocimientos específicos sobre la materia discutida, lo que adquiere especial relevancia en controversias comerciales complejas, en las cuales no basta únicamente el conocimiento jurídico tradicional, sino que muchas veces resulta indispensable comprender aspectos técnicos o propios de determinada industria.

En este contexto, el arbitraje moderno ha evolucionado significativamente, por cuanto, ya no se trata únicamente de un mecanismo alternativo frente al Poder Judicial, sino de un sistema que busca ofrecer soluciones más eficientes, técnicas y adaptadas a las exigencias del comercio contemporáneo.

Precisamente por ello, Caivano sostiene que el arbitraje moderno responde a la necesidad de dotar a las relaciones comerciales de mecanismos especializados y

[2] José Flors Matíes, "El arbitraje," *Procesal Civil II*, tema 54, 54/1.
[3] Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, "Arbitraje: naturaleza y definición," *Derecho PUCP*, n.º 59 (2006): 275.

autosuficientes capaces de resolver controversias con mayor eficacia y autonomía respecto de los esquemas tradicionales[4].

De igual manera, la doctrina arbitral contemporánea ha reconocido que la especialización no solo se manifiesta en la figura del árbitro, sino también en las reglas aplicables, en las instituciones arbitrales y en los propios procedimientos diseñados para determinados sectores económicos. Así, el arbitraje ha ido desarrollando progresivamente espacios especializados capaces de responder a las necesidades particulares de industrias específicas, permitiendo así una mayor eficiencia en la conducción del proceso.

Incluso, esta evolución guarda estrecha relación con otra de las características fundamentales del arbitraje: la flexibilidad. Cabe precisar que, la flexibilidad constituye una cualidad esencial del arbitraje, pues le permite adecuarse a situaciones particulares y superar imprevistos que la rigidez procesal no permitiría afrontar adecuadamente. Precisamente, dicha flexibilidad ha permitido que el arbitraje evolucione hacia modelos cada vez más especializados, adaptando reglas y mecanismos a sectores específicos de la contratación moderna.

No obstante, debe precisarse que, si bien la especialización constituye actualmente una de las características más distintivas del arbitraje moderno, su consolidación obliga también a reflexionar sobre los desafíos que esta tendencia puede generar dentro del desarrollo del arbitraje contemporáneo.

III. VENTAJAS Y RIESGOS DE LA ESPECIALIZACIÓN

Uno de los factores que explica la expansión del arbitraje internacional durante las últimas décadas es, precisamente, su capacidad para ofrecer mecanismos de resolución de controversias cada vez más especializados, característica que ha contribuido significativamente a posicionarlo como el mecanismo preferido para la resolución de controversias complejas de carácter internacional.

En ese sentido, Flors Matíes sostiene que las ventajas teóricas del arbitraje radican, entre otros aspectos, en la confianza que las partes depositan en quien resolverá la controversia, en la especialización del árbitro, en la mayor discreción del procedimiento y en la posibilidad de obtener soluciones más rápidas y eficientes que las ofrecidas por la jurisdicción estatal[5]. Según el autor, estos atributos explican que el arbitraje haya sido promovido históricamente como una alternativa accesible y eficaz para la solución de conflictos. La especialización, por tanto, no constituye una característica accesoria del arbitraje moderno, sino uno de los elementos más importantes que justifican su creciente utilización en sectores altamente técnicos y regulados.

A ello se suma que la autonomía de la voluntad permite a las partes diseñar mecanismos de solución de controversias acordes con las particularidades de su relación jurídica. Como explica Caivano, el arbitraje encuentra su sustento en la libertad de las partes para apartarse de la jurisdicción estatal y someter sus controversias a un sistema cuya existencia y validez responden a una lógica propia y autónoma. Esta facultad adquiere especial relevancia cuando las controversias requieren conocimientos especializados que difícilmente podrían encontrarse de manera uniforme en los sistemas judiciales nacionales[6].

---

[4] Roque J. Caivano, "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene," *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 13 (2015): 18.
[5] Flors Matíes, "El arbitraje," 54/1.
[6] Caivano, "El contrato de arbitraje," 18.

Desde esta perspectiva, el surgimiento de centros arbitrales especializados y de listas de árbitros con experiencia sectorial constituye una manifestación natural de la evolución del arbitraje internacional.

Del mismo modo, la especialización contribuye a mejorar la calidad de las decisiones arbitrales, por cuanto, la posibilidad de seleccionar árbitros familiarizados con determinadas áreas del derecho permite reducir los costos asociados al aprendizaje del caso, facilita la comprensión de controversias técnicamente complejas y fortalece la percepción de legitimidad de las decisiones adoptadas. En consecuencia, la especialización aparece como una herramienta capaz de incrementar la eficiencia del sistema arbitral.

Sin embargo, las mismas características que explican las ventajas de la especialización también pueden generar importantes desafíos para la coherencia del arbitraje internacional, y es que, a medida que surgen tribunales especializados y centros arbitrales sectoriales, aparece el riesgo de que determinadas materias evolucionen bajo lógicas interpretativas propias, generando soluciones divergentes frente a problemas jurídicos similares.

Dicha preocupación resulta especialmente relevante si se considera que el arbitraje internacional no opera como una suma de procedimientos aislados, sino como un fenómeno jurídico global cuya legitimidad depende, en gran medida, de la coherencia de sus resultados.

Precisamente, Gaillard sostiene que el arbitraje internacional debe entenderse como un verdadero sistema transnacional de justicia y no simplemente como una colección de procedimientos independientes. Desde esta perspectiva, la excesiva especialización podría favorecer la aparición de criterios interpretativos autónomos dentro de determinados sectores, debilitando la consistencia general del sistema. Es decir, si cada ámbito especializado desarrolla estándares propios desvinculados de una visión común del arbitraje internacional, la predictibilidad y la seguridad jurídica podrían verse afectadas[7].

Una preocupación similar puede advertirse en los recientes estudios sobre arbitraje de inversiones. Diego García señala que la proliferación de foros, títulos jurisdiccionales y mecanismos de solución de controversias ha incrementado el riesgo de decisiones contradictorias y de respuestas divergentes frente a problemas sustancialmente similares[8].

En la misma línea, Lorenzoni y Toro advierten que la denominada "fragmentación interpretativa" continúa siendo uno de los principales desafíos contemporáneos del arbitraje internacional, especialmente cuando tribunales distintos interpretan de manera disímil estándares equivalentes a partir de hechos sustancialmente similares[9]. Aunque estas reflexiones se desarrollan principalmente en el ámbito del arbitraje de inversiones, sus conclusiones resultan plenamente trasladables al debate sobre la especialización arbitral.

Por ello, el verdadero desafío consiste en preservar la coherencia del sistema arbitral internacional, toda vez que, la legitimidad del arbitraje depende no solo de la calidad

[7] Emmanuel Gaillard, "El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia," *Forseti*, n.º 1 (2014): 13–14.

[8] Diego Fernando García Vizcarra, "Entre la finalidad y la fragmentación: problemas contemporáneos de la 'res judicata' en el arbitraje internacional de inversiones," *Derecho & Sociedad*, n.º 65 (2025): 2–3.

[9] Lina Lorenzoni-Escobar y José Alberto Toro-Valencia, "Arbitraje inversionista-Estado y fragmentación interpretativa de estándares de protección: los casos América Móvil y Telefónica contra Colombia," *Derecho & Sociedad*, n.º 65 (2025): 19.

técnica de las decisiones individuales, sino también de la percepción de que dichas decisiones forman parte de un marco jurídico razonablemente consistente.

En consecuencia, la especialización debe ser entendida como un fenómeno que presenta una doble dimensión dentro del arbitraje internacional. Por un lado, constituye una herramienta capaz de fortalecer la calidad técnica de las decisiones y adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de determinados sectores económicos; mientras que, por el otro lado, plantea interrogantes respecto de los riesgos de fragmentación y de la necesidad de preservar ciertos criterios comunes que aseguren la coherencia del sistema arbitral en su conjunto.

IV. INSTITUCIONES ARBITRALES ESPECIALIZADAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

La especialización no constituye únicamente una característica derivada de la posibilidad de que las partes designen árbitros con conocimientos específicos sobre determinada materia. Por el contrario, durante las últimas décadas, dicha especialización ha evolucionado hasta generar verdaderos sistemas arbitrales sectoriales, dotados de reglas propias, procedimientos adaptados e incluso instituciones especializadas encargadas de administrar controversias vinculadas a determinadas industrias.

En este contexto, la especialización no se manifiesta únicamente en la figura del árbitro, sino también en las instituciones arbitrales, en los procedimientos y en las reglas diseñadas para determinados sectores. Así pues, frente a las instituciones arbitrales de carácter general surgen instituciones arbitrales especializadas para la solución de controversias en mercados específicos, que no excluyen a las generales, pero que brindan a las partes sobre todo reglas y procesos adecuados especialmente al sector e industria en el cual se constituyen.

4.1. El arbitraje de commodities

Uno de los ejemplos más representativos del arbitraje especializado puede encontrarse en el comercio internacional de materias primas o *commodities*, por cuanto se trata de uno de los sectores más antiguos del arbitraje comercial internacional, cuya evolución se encuentra estrechamente vinculada al crecimiento de los mercados internacionales de productos agrícolas.

Como se ha señalado, el arbitraje de materias primas constituye uno de los segmentos históricos del arbitraje comercial internacional y presenta diferencias sustanciales respecto de modelos más generalistas como los administrados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Entre sus particularidades, destacan la participación de operadores comerciales como árbitros[10].

Precisamente, las organizaciones que históricamente han liderado este modelo son la *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) y la *Federation of Oils, Seeds and Fats Associations* (FOSFA), ambas con sede en Londres y con una larga tradición en la resolución de controversias vinculadas al comercio internacional de granos, aceites y otros productos agrícolas.

Siendo ello así, las Reglas de Arbitraje GAFTA constituyen un claro ejemplo de especialización institucional, al establecer procedimientos diseñados específicamente para controversias derivadas del comercio de granos y alimentos balanceados,

[10] Aceris Law LLC, "Arbitrajes de materias primas," 1 de marzo de 2021.

incorporando reglas particulares sobre plazos de reclamación, nombramiento de árbitros, arbitrajes en cadena (*string arbitrations*) y mecanismos de apelación interna.[11]

Incluso, las reglas prevén expresamente la existencia de un sistema de segunda instancia mediante *Boards of Appeal*, característica poco frecuente en el arbitraje comercial tradicional.[12]

Otro aspecto a resaltar está en que la GAFTA no solo se limita al arbitraje, sino que también contempla disposiciones sobre calidad, condiciones comerciales, garantías, seguros, entre otros, lo cual ha dado lugar a que el mayor porcentaje del comercio mundial en cereales se rija bajo estas disposiciones.

De manera similar, el sistema FOSFA ha desarrollado un procedimiento adaptado a las dinámicas propias del comercio internacional de aceites y oleaginosas. Entre sus particularidades destacan la existencia de diversos comités como de Semillas Oleaginosas, de Aceites y Grasas, de Contratos, así como, de tribunales conformados principalmente por profesionales vinculados al sector, estrictos plazos de caducidad para determinadas reclamaciones y un sistema de apelación que permite una nueva audiencia completa ante un Tribunal de Apelación integrado por cinco miembros.[13]

Todo ello evidencia que, en el ámbito de los *commodities*, la especialización ha alcanzado un nivel que trasciende la mera selección de árbitros expertos, configurando verdaderos subsistemas dotados de particularidades propias.

4.2. El arbitraje marítimo

Otro de los modelos paradigmáticos de arbitraje especializado es el arbitraje marítimo, históricamente vinculado a la ciudad de Londres y al desarrollo del comercio marítimo internacional.

La principal referencia en este ámbito es la *London Maritime Arbitrators Association* (LMAA), institución cuyas raíces se remontan a las prácticas arbitrales desarrolladas por miembros de la comunidad naviera y del Baltic Exchange.[14] La propia LMAA destaca que sus orígenes se encuentran en arbitrajes conducidos por profesionales directamente vinculados al sector marítimo, circunstancia que explica el marcado énfasis que esta organización otorga a la experiencia técnica de sus árbitros.

En efecto, uno de los aspectos más relevantes del modelo marítimo radica precisamente en la importancia atribuida a la experiencia práctica y al conocimiento especializado de quienes integran el tribunal arbitral. Así, las reglas de la LMAA establecen expresamente que la finalidad del arbitraje consiste en obtener "*the fair resolution of maritime and other disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense*", destacando de esta manera la búsqueda de soluciones técnicamente eficientes y compatibles con las necesidades propias del comercio marítimo internacional.[15]

Siendo ello así, la especialización se refleja en el propio diseño procedimental, por cuanto la LMAA ha desarrollado procedimientos diferenciados para controversias de distinta complejidad económica, incluyendo mecanismos específicos para

[11] Grain and Feed Trade Association (GAFTA), *Arbitration Rules No. 125* (Londres: GAFTA, 2024), reglas 2, 3, 7, 10 y 11.
[12] Ibíd., reglas 10–15.
[13] Danil Hristich, *FOSFA Arbitraje y Apelación 2026: Guía práctica para abogados*, briefing n.º 2, edición de 1 de abril de 2026, 3 y 17.
[14] London Maritime Arbitrators Association, *The LMAA Terms and Procedures 2021* (Londres: London Maritime Arbitrators Association, 2021), 4.
[15] London Maritime Arbitrators Association, *The LMAA Terms 2021*, regla 3.

reclamaciones de menor cuantía (*Small Claims Procedure*) y procedimientos intermedios adaptados a disputas marítimas recurrentes.[16] También conocidos como Procedimiento de Reclamaciones de Menor Cuantía (SCP), Arbitraje Rápido y de Bajo Costo (FALCA) y Términos de Mediación.

Asimismo, la creciente importancia del comercio marítimo en Asia también ha impulsado el desarrollo de instituciones especializadas distintas de los tradicionales centros europeos. Entre ellas destaca la Singapore Chamber of Maritime Arbitration (SCMA), creada en 2009 con el propósito de proporcionar un marco arbitral específicamente adaptado a las necesidades de la comunidad marítima internacional.[17]

La SCMA se ha consolidado como uno de los principales referentes del arbitraje marítimo en la región Asia-Pacífico, ofreciendo procedimientos diseñados para controversias vinculadas a fletamentos (charterparties), suministro de combustible marítimo (bunker disputes), construcción, reparación naval y seguros marítimos. Asimismo, la institución pone especial énfasis en la flexibilidad procedimental, la eficiencia en costos y la disponibilidad de árbitros con amplia experiencia práctica en los distintos segmentos de la industria marítima.

Si bien la LMAA continúa siendo el principal referente histórico del arbitraje marítimo internacional, el desarrollo de la SCMA evidencia cómo la creciente relevancia económica de Asia ha favorecido la aparición de nuevas instituciones especializadas capaces de ofrecer mecanismos de resolución de controversias adaptados a las necesidades de los operadores internacionales.

De este modo, la experiencia de Singapur demuestra que la especialización arbitral no se limita a la selección de árbitros expertos, sino que puede extenderse al diseño institucional completo de mecanismos específicamente orientados a las características de una determinada actividad económica.

Por otro lado, la experiencia chilena constituye otro ejemplo relevante de especialización arbitral en materia marítima en nuestra región. A diferencia de los modelos desarrollados por instituciones privadas como la LMAA o la SCMA, Chile optó por incorporar la especialización directamente en su legislación comercial mediante la reforma introducida al Libro III del Código de Comercio en 1988.

Actualmente, el artículo 1203 del Código de Comercio chileno dispone que toda controversia derivada de hechos, actos o contratos vinculados al comercio marítimo o a la navegación será sometida a arbitraje, incluidos los seguros marítimos, salvo las excepciones expresamente previstas por la propia norma. Dicha regulación convirtió al arbitraje marítimo en el mecanismo preferente para la resolución de controversias, invirtiendo la lógica tradicional según la cual el arbitraje opera únicamente cuando existe un acuerdo previo entre las partes.[18]

De este modo, la incorporación de este régimen respondió a la necesidad de proporcionar soluciones más rápidas y especializadas para controversias que suelen involucrar conocimientos técnicos vinculados a la navegación y otras actividades propias del comercio marítimo. Asimismo, la reforma buscó aproximar la legislación chilena a las mejores prácticas internacionales en materia de resolución de disputas marítimas.[19]

---

[16] London Maritime Arbitrators Association, *The LMAA Terms and Procedures 2021*, 3–4.

[17] Singapore Chamber of Maritime Arbitration, "An Arbitration Platform for the Maritime Ecosystem," consultado el 30 de julio de 2026.

[18] Chile, Código de Comercio, art. 1203.

[19] Pedro Zelaya Etchegaray, "El arbitraje marítimo en Chile: una propuesta para el debate," *Revista de Derecho Privado: Debates y Tendencias*, n.º 2 (2025): 211–15.

Desde una perspectiva comparada, el caso chileno resulta particularmente interesante porque demuestra que la especialización arbitral no necesariamente debe surgir únicamente de la práctica institucional, sino que también puede ser promovida por el propio legislador mediante la atribución de competencias específicas a la jurisdicción arbitral.

4.3. El arbitraje tecnológico

Más recientemente, la especialización arbitral ha comenzado a extenderse hacia sectores asociados a las nuevas tecnologías.

El crecimiento de controversias vinculadas al desarrollo de software, inteligencia artificial y plataformas digitales ha generado la necesidad de contar con procedimientos capaces de comprender fenómenos técnicos cada vez más complejos.

Como consecuencia de ello, han surgido iniciativas especializadas como las impulsadas por el *Silicon Valley Arbitration & Mediation Center* (SVAMC), institución que se ha consolidado como uno de los principales referentes internacionales en materia de resolución de disputas tecnológicas. Una muestra de esta evolución puede apreciarse en las *SVAMC Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, publicadas en 2024.[20]

Dichas directrices abordan cuestiones vinculadas al uso de inteligencia artificial dentro de los procedimientos arbitrales, incluyendo aspectos relacionados con confidencialidad e independencia.[21]

Siendo ello así, la sola existencia de este tipo de instrumentos evidencia que determinadas áreas del arbitraje han comenzado a enfrentar problemáticas que difícilmente habrían sido imaginables hace apenas algunos años. En consecuencia, la especialización ya no responde únicamente a sectores tradicionales del comercio internacional, sino también a industrias emergentes cuyos conflictos requieren conocimientos técnicos altamente específicos.

4.4. El arbitraje aeronáutico

La especialización arbitral también se ha extendido al sector de la aviación, una industria caracterizada por operaciones transnacionales complejas, elevados niveles de regulación técnica y una creciente interacción entre fabricantes, operadores, arrendadores, aseguradoras, aeropuertos y entidades financieras, particularidades que han impulsado el desarrollo de mecanismos especializados de resolución de controversias capaces de atender las necesidades específicas de los operadores aeronáuticos.

En este contexto, resulta especialmente relevante la experiencia de Shanghái. La Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de Shanghái (Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission – SHIAC), una de las principales instituciones arbitrales de China, creó la Shanghai International Aviation

[20] Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1.ª ed. (Palo Alto, CA: Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024).
[21] Ibíd., directrices 2, 3 y 5–7.

Arbitration Court como una plataforma especializada para la resolución de controversias vinculadas a la industria aeronáutica.[22]

Asimismo, desde 2024 cuenta con un Reglamento de Arbitraje Aeronáutico propio, cuyo ámbito de aplicación comprende disputas derivadas, entre otras materias, del diseño, fabricación, compraventa, arrendamiento, mantenimiento y financiamiento de aeronaves, el transporte aéreo de pasajeros y mercancías, la construcción y operación de aeropuertos, los servicios aeronáuticos, los seguros de aviación y las inversiones vinculadas al sector.[23]

Al respecto, la relevancia de esta experiencia radica en que la especialización no se limita a la existencia de una institución dedicada al sector, sino que se proyecta sobre el propio diseño procedimental, y es que, las reglas prevén listas especializadas de árbitros, la participación de comités de expertos para cuestiones técnicas, medidas cautelares adaptadas a activos aeronáuticos y procedimientos concebidos para atender controversias que involucran aeronaves, infraestructura aeroportuaria y operaciones internacionales.

Además, la propia práctica profesional en China identifica al arbitraje como uno de los mecanismos preferidos para la resolución de controversias aeronáuticas internacionales, particularmente en contratos de arrendamiento de aeronaves y operaciones transfronterizas.[24]

4.5. El arbitraje en energía

El sector energético constituye uno de los ámbitos en los que la especialización arbitral ha experimentado un desarrollo particularmente significativo durante las últimas décadas. La complejidad técnica de las controversias vinculadas a la explotación de hidrocarburos, distribución eléctrica, energías renovables, infraestructura energética y recursos naturales ha impulsado la necesidad de contar, como en los casos antes mencionados, con mecanismos de resolución de disputas capaces de incorporar conocimientos especializados que trascienden el ámbito estrictamente jurídico.

Un ejemplo representativo de esta tendencia es el *International Centre for Energy Arbitration* (ICEA), creado en Escocia en 2013 como una iniciativa conjunta entre el *Scottish Arbitration Centre* y el *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy* (CEPMLP) de la Universidad de Dundee. Desde su concepción, el ICEA fue diseñado como un espacio orientado específicamente a la resolución de controversias relacionadas con la industria energética, promoviendo el desarrollo de mecanismos arbitrales adaptados a las particularidades del sector.

Según se señaló durante su lanzamiento, uno de sus objetivos consistía en fomentar la elaboración de reglas arbitrales especialmente concebidas para disputas energéticas y consolidar un foro especializado para controversias vinculadas a petróleo, minería y recursos naturales. Asimismo, la propia institución destaca su vinculación con uno de los principales centros académicos internacionales dedicados al estudio del derecho

[22] Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center), *Arbitration Rules 2024* (Shanghái: SHIAC, 2024), art. 2.

[23] Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center), *SHIAC Aviation Arbitration Rules 2024* (Shanghái: SHIAC, 2024), arts. 1–2.

[24] Shu Wang, Dong Liu y Jing Liu, "China," en *Aviation Disputes 2026: Law and Practice*, Chambers Global Practice Guides, actualizado el 20 de mayo de 2026.

energético, lo que evidencia la estrecha relación existente entre especialización técnica y resolución de controversias en esta materia.[25]

La misma tendencia puede observarse en el *Energy Disputes Arbitration Center* (EDAC), institución especializada establecida en Turquía y dedicada a la resolución de controversias relacionadas con energía e infraestructura. Cabe resaltar que el EDAC se presenta expresamente como una institución sectorial, integrada por árbitros especialistas provenientes de diversas jurisdicciones con experiencia significativa en la industria energética.[26]

Sus propias reglas de arbitraje establecen que la institución fue creada para resolver controversias legales vinculadas principalmente al derecho energético y de infraestructura, contemplando mecanismos específicos para la designación de árbitros con experiencia relevante en la materia y la posibilidad de adoptar medidas cautelares de emergencia.[27]

Desde una perspectiva comparada, las experiencias del ICEA y del EDAC evidencian que la especialización arbitral se ha convertido en una respuesta natural frente a la creciente complejidad técnica de determinados sectores económicos, en donde, según el criterio adoptado, la especialización general de los árbitros no sería suficiente. En industrias como la energética, donde las controversias suelen involucrar cuestiones regulatorias y operativas altamente especializadas, la búsqueda de árbitros con experiencia sectorial y de instituciones y procesos diseñados específicamente para atender este tipo de disputas aparece como una evolución lógica del arbitraje comercial contemporáneo.

V. ANÁLISIS DEL CONTEXTO PERUANO

La tendencia hacia la especialización arbitral no constituye un fenómeno exclusivo del ámbito internacional. En el Perú, el desarrollo del arbitraje durante las últimas décadas también ha estado marcado por la aparición de regímenes especializados orientados a atender las particularidades de determinados sectores económicos, lo que evidencia que la especialización responde a la necesidad de adaptar los mecanismos de resolución de controversias a contextos que presentan exigencias técnicas específicas.

Una de las manifestaciones más representativas de esta tendencia puede encontrarse en el arbitraje derivado de las contrataciones con el Estado bajo el régimen general de contratación pública. Como explica García Vizcarra, la incorporación del arbitraje al régimen general de contratación estatal constituyó una de las innovaciones más relevantes introducidas por la Ley N° 26850, antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1998, al establecer por primera vez el arbitraje como mecanismo obligatorio para la solución de controversias derivadas de la ejecución contractual. Según el citado autor, antes de dicha reforma los regímenes existentes contemplaban únicamente procedimientos administrativos y mecanismos de impugnación judicial, sin reconocer al arbitraje como vía de resolución de conflictos en este ámbito[28].

[25] International Centre for Energy Arbitration (ICEA), "About ICEA," consultado el 30 de julio de 2026; Herbert Smith Freehills, "Scotland Launches International Centre for Energy Arbitration," 9 de octubre de 2013.
[26] Erdem & Erdem, "Energy Disputes Arbitration Center (EDAC) Established," 27 de octubre de 2020.
[27] Energy Disputes Arbitration Center (EDAC), *Energy Disputes Arbitration Center Arbitration Rules* (Ankara: EDAC, 2020), arts. 1, 3, 11 y 24.
[28] Diego Fernando García Vizcarra, "Panorama actual del arbitraje en contrataciones con el Estado: algunas reflexiones a propósito de las últimas modificaciones a la Ley N.° 30225 y su reglamento," *YachaQ: Revista de Derecho*, n.° 10 (2019): 49–50.

Sobre este punto, cabe destacar que esta opción legislativa no tenía precedentes comparables en el derecho latinoamericano, al configurar un verdadero arbitraje forzoso aplicable a las controversias derivadas de la contratación estatal.

A partir de entonces, el arbitraje en contratación pública ha experimentado un proceso continuo de especialización normativa. En palabras del citado autor, los sucesivos regímenes legales fueron dotando a esta modalidad arbitral de características propias, diferenciándola progresivamente del arbitraje comercial tradicional y configurando una disciplina especializada que incorpora instituciones, reglas procesales y exigencias particulares vinculadas al Derecho Público[29].

Esta evolución encuentra actualmente su expresión más reciente en la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley N° 32069, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2025-EF, los cuales mantienen al arbitraje como mecanismo principal para la solución de controversias surgidas durante la ejecución contractual, reafirmando así la consolidación de un subsistema arbitral especializado dentro del ordenamiento peruano.

Pero es respecto al arbitraje con el Estado antes mencionado, donde cabe preguntarse ¿si estamos realmente ante una clase de arbitraje especial que surge a partir de las necesidades propias de la complejidad técnica de las relaciones y materias controvertidas, o es que, se viene creando a través de una exagerada regulación normativa un tipo de arbitraje que no se justifica en sí mismo?

Responder la interrogante antes planteada no resulta un tema sencillo, pues existen en el debate teórico posiciones que defienden dicha regulación particular y quienes la cuestionan abiertamente, señalando que se está creando por parte del Estado un "leviatán" que afecta y pone en riesgo el sistema arbitral en el Perú, haciéndolo perder una de sus principales y naturales características, como es la flexibilidad.

Es innegable que el fortalecimiento, especialización y desarrollo del arbitraje en el Perú tiene como uno de sus pilares el haberse establecido legislativamente que toda controversia con el Estado proveniente de un contrato celebrado bajo el régimen general sea resuelta mediante el arbitraje, ya que, siendo el Estado el principal adquirente de bienes y servicios y el mayor ejecutor de obras, resulta lógico que se vaya desarrollando naturalmente un sistema que atienda dicha necesidad, y es ahí donde encontramos el otro pilar que ha permitido que tengamos un sistema arbitral local reconocido internacionalmente; ese pilar está dado por la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) del año 2008, la cual brindó el marco legal moderno para dicho desarrollo.

Veamos si, como en los casos de especialización mencionados anteriormente, el arbitraje en contrataciones con el Estado responde a las mismas necesidades. Para ello, mencionaré brevemente dos aspectos generales fáciles de identificar: en primer lugar, se puede apreciar que una de las razones por las cuales se regula este arbitraje está dada por la condición de una de las partes, en este caso el Estado, y lo que ello puede implicar, como la transparencia en el uso de los fondos públicos y la garantía de neutralidad en la solución de las controversias; y el otro aspecto se centra en determinar si estamos realmente ante relaciones, materias y controversias altamente complejas o especializadas, lo cual no necesariamente se presenta como característica general, pues en el ámbito de necesidades del Estado se pueden adquirir bienes simples o celebrar contratos cuyo objeto sea altamente técnico.

Entonces, retomando la pregunta planteada, no creo que estemos ante una clase de arbitraje especializado por su propia naturaleza; es más, considero que es la normativa

[29] Ibíd., 50

la que lo viene haciendo complejo al querer regular una serie de situaciones, restringiendo esa flexibilidad tan característica del arbitraje y haciendo peligrosamente que cada día se parezca más a un proceso judicial. Es cierto y válido que se requieran ciertos requisitos para arbitrar en esta materia, como lo son la especialización en arbitraje, contratación pública y derecho administrativo, pero de ahí a pasar a un escenario de excesiva regulación o establecimiento de barreras innecesarias y antitécnicas para este tipo de arbitrajes resulta alarmante y preocupante.

Otro ejemplo de especialización puede observarse en el arbitraje de consumo, por cuanto, si bien presenta características distintas a las del arbitraje comercial o estatal, constituye una manifestación de adaptación del mecanismo arbitral a una categoría específica de relaciones jurídicas. En este ámbito, la especialización responde a la necesidad de brindar soluciones ágiles, accesibles y técnicamente adecuadas para controversias surgidas entre proveedores y consumidores, incorporando procedimientos simplificados, de bajo costo y con criterios de protección propios del derecho del consumo.

Estos dos ejemplos de arbitraje nacional permiten advertir que la especialización arbitral en el Perú se ha desarrollado básicamente mediante la creación de marcos normativos diferenciados destinados a atender las particularidades de determinadas materias, en un caso regulándolo de manera general, de manera tal que brinda la alternativa a las partes, como en el caso del arbitraje de consumo, y en el otro, cayendo en una excesiva regulación, lo cual viene desnaturalizando el arbitraje en contratación pública, poniendo en riesgo su eficacia.

Llegados a este punto, cabe destacar que la especialización puede constituir una herramienta útil para mejorar la eficiencia y adecuación técnica de los mecanismos de resolución de controversias cuando ésta responde a necesidades reales de los sectores involucrados.

Resulta importante mencionar, como una señal más de la importancia de la especialización en el arbitraje y siguiendo la corriente internacional, que en el Perú se viene trabajando un proyecto de modificación normativa, el cual, sustentado en las Reglas de Hamburgo de 1978, busca implementar el arbitraje preferente en la solución de conflictos de naturaleza patrimonial en materia marítima y portuaria, ello en razón de la importancia de atender en condición de igualdad a todos los operadores de este sistema y brindar una alternativa de solución real y técnica a las controversias que se presentan continuamente en este rubro. No es la primera vez que se trabaja en una propuesta de esta naturaleza; sin embargo, el contexto sí es diferente y la especialización como tal se viene consolidando, por lo que se espera que pronto dicha propuesta sea una realidad.

VI. CONCLUSIONES

La especialización es una de las principales características y ventajas del arbitraje como medio de solución de controversias, por ello, ante relaciones comerciales y jurídicas cada día más complejas en el ámbito internacional, resulta positivo que se potencie dicha particularidad del arbitraje, lo cual, permitirá, en principio, no sólo poner a disposición de las partes procesos idóneos para la naturaleza del conflicto que se presenta entre ellas, sino, que además, que las soluciones que se emitan cuenten con el debido conocimiento y sustento que las respalden.

La presencia cada vez mayor de centros especializados en arbitrajes constituidos para materias específicas, por lo general, es el resultado natural del mercado, que se orienta hacia soluciones técnicas e integrales que respondan a la necesidad y características que involucra una actividad en particular; sin embargo, también es

posible que dicha especialización sea promovida e impulsada normativamente por los Estados.

La especialización estructurada dentro del ámbito y cauces del arbitraje es, sin lugar a dudas, un factor destacado para la consolidación de este mecanismo de solución de controversias, siempre que se observen y respeten los principios que rigen el arbitraje y no se cree un subsistema que se aleje de ellos, ya que ello nos podría llevar innecesariamente a una fragmentación que, como tal, podría representar un riesgo para el sistema; recordemos, además, que la flexibilidad del arbitraje permite precisamente que las actuaciones se adecuen a dichas necesidades particulares conservando los principios transversales que rigen todo arbitraje, sea cual sea su materia.

Finalmente, si queremos enfocarlo desde una perspectiva estructural, se debe tener presente que las diversas modalidades de arbitrajes especializados surgen bajo la cobertura del arbitraje general, lo cual nos permite afirmar que el arbitraje es el género dentro del cual, recogiendo dos características esenciales del mismo, como son la especialización y la flexibilidad, surgen naturalmente los diferentes arbitrajes especializados, por lo que estos arbitrajes especializados deben orientarse siempre a mantener esta coherencia con el sistema general.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceris Law LLC. "Arbitrajes de materias primas." 1 de marzo de 2021. https://www.acerislaw.com/commodity-arbitrations/.

- Caivano, Roque J. "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene." *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 13 (2015): 13–39. https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2357.

- Castillo Freyre, Mario, y Ricardo Vásquez Kunze. "Arbitraje: naturaleza y definición." *Derecho PUCP*, n.º 59 (2006): 273–284. https://doi.org/10.18800/derechopucp.200601.012.

- Chile. *Código de Comercio*. Artículo 1203, texto vigente.

- Energy Disputes Arbitration Center. *Arbitration Rules*. Ankara: Energy Disputes Arbitration Center, 2020. https://arbitrationcenter.org/en/enerji-tahkim-kurallari/.
- Erdem & Erdem. "Energy Disputes Arbitration Center (EDAC) Established." 27 de octubre de 2020. https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/energy-disputes-arbitration-center-edac-established.

- Flors Matíes, José. "El arbitraje." *Procesal Civil II*, tema 54. Tirant lo Blanch, s. f. https://editorial.tirant.com/es/actualizaciones/ProcesalCivilIITema%2054Completo.pdf.

- Gaillard, Emmanuel. "El arbitraje internacional como un sistema transnacional de justicia." *Forseti. Revista de Derecho* 2, n.º 2 (2014): 9–18. https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1198.

- García Vizcarra, Diego Fernando. "Entre la finalidad y la fragmentación: problemas contemporáneos de la 'res judicata' en el arbitraje internacional de inversiones." *Derecho & Sociedad*, n.º 65 (2025): 1–10. https://doi.org/10.18800/dys.202502.021.

- García Vizcarra, Diego Fernando. "Panorama actual del arbitraje en contrataciones con el Estado: algunas reflexiones a propósito de las últimas

modificaciones a la Ley N.° 30225 y su reglamento." *YachaQ. Revista de Derecho*, n.° 10 (2019): 47–62. https://doi.org/10.51343/yq.vi10.635.

- Grain and Feed Trade Association. *Arbitration Rules No. 125*. Londres: GAFTA, 2024. https://www.gafta.com/media/i0xcltyr/125_july_2024.pdf.

- Herbert Smith Freehills. "Scotland Launches International Centre for Energy Arbitration." 9 de octubre de 2013. https://www.hsfkramer.com/notes/arbitration/2013-10/scotland-launches-international-centre-for-energy-arbitration.

- Hristich, Danil. *FOSFA Arbitraje y Apelación 2026: Guía práctica para abogados*. Briefing n.° 2. Edición de 1 de abril de 2026. https://danil-hristich.com/wp-content/uploads/2026/05/Briefing-No02-FOSFA-Arbitration-Guia-Practica-2026.pdf.

- International Centre for Energy Arbitration. "About ICEA." Consultado el 30 de julio de 2026. http://energyarbitration.org/.

- London Maritime Arbitrators Association. *The LMAA Terms and Procedures 2021*. Londres: London Maritime Arbitrators Association, 2021. https://lmaa.london/wp-content/uploads/2021/04/LMAA-Terms-Procedures-2021-FINAL.pdf.

- Lorenzoni-Escobar, Lina, y José Alberto Toro-Valencia. "Arbitraje inversionista-Estado y fragmentación interpretativa de estándares de protección: los casos América Móvil y Telefónica contra Colombia." *Derecho & Sociedad*, n.° 65 (2025): 1–19. https://doi.org/10.18800/dys.202502.020.

- Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center). *Arbitration Rules 2024*. Shanghái: SHIAC, 2024. https://www.shiac.org/pc/SHIAC?moduleCode=arbitrate_rules&securityId=E6vaUKiYEKhVojqg6VGPNA.

- Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission (Shanghai International Arbitration Center). *Aviation Arbitration Rules 2024*. Shanghái: SHIAC, 2024. https://www.shiac.org/pc/SHIAC?moduleCode=arbitrate_rules&securityId=agolZcGMITcmxlhCUmOVMA.

- Silicon Valley Arbitration & Mediation Center. *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*. 1.ª ed. Palo Alto, California: Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, 2024. https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf.

- Singapore Chamber of Maritime Arbitration. "About Us." Consultado el 30 de julio de 2026. https://www.scma.org.sg/about-us.

- Wang, Shu, Dong Liu y Jing Liu. "China." En *Aviation Disputes 2026: Law and Practice*. Chambers and Partners Practice Guides. Han Kun Law Offices, 2026. https://practiceguides.chambers.com/practice-guides/aviation-disputes-2026/china.

- Zelaya Etchegaray, Pedro. "El arbitraje marítimo en Chile: una propuesta para el debate." *Revista de Derecho Privado: Debates y Tendencias*, n.° 2 (2025): 206–231. https://doi.org/10.5354/3087-2332.2025.80933.

EL PAPEL DE LOS ÁRBITROS QUE CONOCEN DISPUTAS RELATIVAS A LAS DECISIONES DE DISPUTE BOARDS EN AMÉRICA LATINA

Autora:
Almudena Otero De la Vega

EL PAPEL DE LOS ÁRBITROS QUE CONOCEN DISPUTAS RELATIVAS A LAS DECISIONES DE DISPUTE BOARDS EN AMÉRICA LATINA

The role of arbitrators that rule over Dispute Board decisions in Latin America

Almudena Otero De La Vega[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Introducción a los Dispute Boards y su implementación en América Latina.
III. La revisión de la decisión de los Dispute Boards a través del arbitraje.
IV. El papel de los árbitros que conocen de las disputas relativas a las decisiones de los Dispute Boards.
V. Conclusión.

Resumen

El artículo brinda un panorama general sobre los Dispute Boards, sus características y ejemplos de su implementación en América Latina a raíz de ejemplos en Honduras, Perú, El Salvador, Ecuador y Panamá; introduce al arbitraje como instancia revisora de las decisiones que emergen de los Dispute Boards en contratos modelo para analizar propiamente el papel que desempeñan los árbitros que revisan las decisiones de los Dispute Boards ante la clara tendencia de los Tribunales Arbitrales de confirmar las decisiones de los mismos, para concluir que, lejos de adoptar un rol pasivo, los Tribunales Arbitrales se constituyen en los garantes de derechos procesales cuyo pronunciamiento es indispensable para lograr la ejecutabilidad de los fallos.

Palabras clave

Dispute Board/ Tribunal Arbitral/ Decisión/ Laudo/ América Latina/ Final y vinculante/ Ejecutable.

Abstract

The article provides an overview of Dispute Boards, their characteristics, and examples of their implementation in Latin America, drawing on experiences from Honduras, Peru, El

---

[1] Almudena Otero De La Vega es fundadora y directora de Arbitration Training Center S.C (ATC), una institución académica especializada en arbitraje comercial internacional que ofrece programas de capacitación y publicaciones especializadas en solución de controversias; su práctica profesional se centra en asesorar y representar empresas en arbitrajes comerciales y fungir como árbitro; se encuentra admitida para fungir como árbitro en diversas institucionales nacionales e internacionales como el Centro de Arbitraje de México (CAM), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (Cecap) así como el Centro de Arbitraje IBT y se encuentra admitida como mediadora en el Centro Internacional de Mediación de Singapur (SIMC). Reside en la Ciudad de México, México; cuenta con una licenciatura en Derecho y una especialidad en Comercio Exterior por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) así como una maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual por Queen Mary University of London (QMUL), Reino Unido. Se puede contactar a la autora al siguiente correo electrónico: a.otero@arbitrationtrainingcenter.global

Salvador, Ecuador, and Panama. It introduces arbitration as a reviewing body for Dispute Board decisions in model contracts to properly analyze the role of arbitrators reviewing Dispute Board decisions, given the clear tendency of Arbitral Tribunals to uphold them. The article concludes that, far from adopting a passive role, Arbitral Tribunals become guarantors of procedural rights, whose pronouncements are essential for the enforceability of the rulings.

Key Words

Dispute Board/ Arbitral Tribunal/ Decision/ Award/ Latin America/ Final and binding/ Enforceable.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del mundo de la resolución de controversias, existen diversos mecanismos, los cuales sirven a lógicas y propósitos distintos. Si quisiéramos sintetizar lo más posible, diríamos que el arbitraje mira hacia el pasado, los Dispute Boards miran al presente y la mediación mira hacia el futuro. En ocasiones, sin embargo, los diversos mecanismos pueden combinarse para optimizar los resultados. El presente artículo explora los Dispute Boards, en particular cuando se combinan con el arbitraje, y hace énfasis en el papel que desempeñan los árbitros a quienes se les solicita la revisión de una decisión emitida por un Dispute Board.

En primera instancia, el artículo brinda un panorama general sobre los Dispute Boards, las características y ejemplos de su implementación en América Latina. En segunda instancia, se introduce al arbitraje, contextualizado como instancia revisora de las decisiones que emergen de los Dispute Boards. En tercer lugar, se analiza propiamente el papel que desempeñan los árbitros que revisan las decisiones de los Dispute Boards, para analizar la tendencia que existe de confirmar las decisiones de los Dispute Boards y brindar explicaciones o nuevas aristas para reinterpretar el papel de los árbitros que deben resolver sobre las decisiones de los Dispute Boards.

II. INTRODUCCIÓN A LOS DISPUTE BOARDS Y SU IMPLEMENTACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Los Dispute Boards, también conocidos en América Latina como "Mesas de Resolución de Conflictos", "Paneles de Solución de Disputas" o "Juntas de Resolución de Disputas", son mecanismos alternativos de resolución de controversias (MASC) de origen contractual que se encuentran diseñados para la resolución eficaz de una controversia en tiempo real. Generalmente se utilizan en la industria de la construcción y los megaproyectos de infraestructura por la complejidad y diversidad de diferencias que surgen continuamente en el desarrollo de los mismos.[2]

Las características esenciales de los Dispute Boards son las siguientes:

a) **Composición experta:** típicamente se conforman por uno o tres profesionales independientes e imparciales denominados miembros o panelistas que pueden ser ingenieros o expertos en una determinada materia sin ser necesariamente abogados.

[2] Roberto Hernández (2014) *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, (Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L., 27, 28, 70-73; Peter Chapman (1999) "Dispute Boards" FIDIC, 1, 2.

b) **Presencia continua:** el Dispute Board se establece desde el inicio del proyecto y se mantiene activo durante todo el tiempo de su ejecución, manteniendo una vigilancia en tiempo real y de primera mano de lo que sucede en la ejecución del proyecto.

c) **Enfoque preventivo**: su principal misión es fomentar la comunicación entre las partes y evitar que los problemas técnicos o comerciales se conviertan en disputas formales, por lo que brindan asistencia o emiten recomendaciones o decisiones respecto a las problemáticas que enfrenta el proyecto.

d) **Continuidad del proyecto:** su objetivo final es optimizar la resolución de conflictos y emitir decisiones o recomendaciones que resuelvan de manera rápida y económica las problemáticas sin que se obstaculice o paralice el desarrollo del proyecto.[3]

Existen diversos tipos de Dispute Boards. Se pueden clasificar dependiendo de la naturaleza de sus pronunciamientos en los siguientes tres tipos:

(1) **Dispute Review Board (DRB)** (también conocidas como Juntas de Revisión de Disputas o Mesas Recomendatorias): Este tipo de panel evalúa el conflicto y emite recomendaciones que no son vinculantes para las partes. Sin embargo, si ninguna de las partes expresa su rechazo o insatisfacción dentro del plazo establecido en el contrato, las partes pueden acordar cumplir la recomendación y esta puede volverse obligatoria.

(2) **Dispute Adjudication Board (DAB)** (conocidas como Juntas Decisorias de Disputas o Mesas de Adjudicación): Estas juntas emiten decisiones que son vinculantes y de cumplimiento obligatorio e inmediato. Incluso si una parte rechaza la decisión o emite una notificación de insatisfacción, debe cumplirla provisionalmente mientras el conflicto se resuelve de manera definitiva en un arbitraje o litigio posterior.

(3) **Combined Dispute Board (CDB)** (o Mesas Combinadas): Es un modelo híbrido, introducido por instituciones como la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que combina ambos procesos. Por defecto, los CDB emiten recomendaciones, pero pueden emitir decisiones vinculantes si una de las partes lo solicita y la otra no se opone, o si el panel determina que emitir una decisión es lo más adecuado.[4]

En Latinoamérica, diversos países han implementado los Dispute Boards como mecanismos eficientes para solucionar controversias en grandes proyectos de infraestructura. Ejemplos destacados incluyen a Honduras, reconocido como el país pionero en la región, que desde la década de 1980 empleó el Dispute Board para el proyecto hidroeléctrico "El Cajón"; así como la autopista Tegucigalpa-San Pedro; Panamá, cuya ampliación del Canal de Panamá empleó Dispute Boards, pero ha tenido otros proyectos destacados, como los proyectos hidroeléctricos, Changuinola y Dos Mares; El Salvador, que ha tenido una experiencia exitosa con los paneles en proyectos financiados por el Fondo del Milenio (Fomilenio), aplicándose específicamente en el diseño y construcción de la Carretera Longitudinal del Norte; Chile, que destaca por implementar

[3] Roberto Hernández (2014) 27, 28. Peter Chapman (1999) "Dispute Boards" 3, 4, 5. Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2014) *Dispute Board Rules*. Londres: Practice and Standards Committee.

[4] Roberto Hernández (2014) , *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, (Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L.) 89, 168. Dosal Gómez, F. J. (2025). Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones "vinculantes y definitivas" y "vinculantes pero no definitivas" del dispute board conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC. Arbitraje. 89, 90.

esta figura de forma obligatoria en diversos contratos de construcción de galerías subterráneas para la gran minería del cobre impulsados por la empresa estatal Codelco; Perú, que incorpora Dispute Boards en contratos de construcción estatales, como en el caso de la planta de tratamiento de aguas residuales del Proyecto Huachipa; o Ecuador, que ha implementado este mecanismo en la construcción de la Central Hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair.

Las estadísticas sobre el uso de Dispute Boards en América Latina registran su uso principalmente en megaproyectos que requieren un volumen considerable de inversión. Por mencionar algunos, en El Salvador, las estadísticas más claras provienen de los proyectos financiados por Fomilenio para la Carretera Longitudinal del Norte, con una inversión total de 460 millones de dólares. En Chile, la empresa estatal minera Codelco utiliza de forma obligatoria los Dispute Review Boards (DRB), lo que ocasiona que el sistema de concesiones de obras públicas chileno haya desarrollado 61 proyectos con inversiones de inmensa cuantía. La ampliación del Canal de Panamá, por su parte, abarcó contratos valorados en cerca de 3,300 millones de dólares. La Central Hidroeléctrica Coca Codo-Sinclair en Ecuador requirió una inversión superior a 1,5 billones de dólares. La autopista Tegucigalpa-San Pedro en Honduras implicó una inversión de aproximadamente 150 millones de dólares.

La región latinoamericana se encuentra en constante crecimiento respecto al uso de los Dispute Boards. El 50% de los financiadores entrevistados por una reciente encuesta desarrollada por el Centro de Derecho de la Construcción y Resolución de Disputas de King´s College London, incluye a la región de América Latina y el Caribe dentro de sus áreas principales de actividad y el 28.6% de las instituciones que administran listas o intervienen en los procesos de Dispute Boards tienen sus operaciones enfocadas en esta región. Destaca un fuerte desarrollo jurisprudencial en Brasil que analiza las "decisiones judiciales en los tribunales superiores brasileños que abordan los Dispute Boards en contratos de infraestructura" en Brasil. La práctica en la región hace uso de normativas locales e instituciones especializadas propias. Entre los contratos modelo empleados en la región destacan los modelos EPC de Chile y las reglas estándar de la Ley Peruana N. 30255 para las Contrataciones del Estado. Adicionalmente, múltiples instituciones latinoamericanas figuran activamente en la administración y designación de estos procesos, tales como el CAM-CCBC (Brasil) y la Cámara de Comercio de Lima.[5]

Del 14.8% de las entidades encuestadas en la región y los 6.6 expertos e individuos encuestados que desarrollan su práctica principal en esta región, se advirtieron como desafíos a) el fracaso de las "recomendaciones" de los Dispute Boards con carácter no vinculante - a pesar del caso chileno de la Ley Nº 20.410, publicada en el Diario Oficial de Chile, con fecha 20 de Enero de 2010, que consagra la figura del "Panel Técnico", que en la realidad es un Dispute Board cuya función es absolver las consultas y resolver las discrepancias entre las partes de carácter técnico o económico que se produzcan durante la ejecución del contrato de concesión cuyas decisiones no tendrán el carácter de obligatorias para las partes - así como b) el problema de la "mentalidad arbitral". A este respecto, una entidad latinoamericana señaló que, "si bien el número de miembros de Dispute Boards está aumentando en la región, su inclusión a menudo se basa de forma exclusiva en su experiencia previa al arbitraje, desnaturalizando su propósito".[6]

[5] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024.

[6] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024. Roberto Hernández, (2014) *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*,) 135.

Las experiencias de los Dispute Boards han tenido en general una alta tasa de éxito. Por ejemplo, en El Salvador, de un proyecto que consistió en 13 contratos de Construcción, de 11 surgieron reclamos que llevaron a la conformación de 12 Mesas de Resolución de Disputas. En 8 de estas mesas las decisiones fueron aceptadas sin recurrir a un arbitraje posterior. Únicamente 4 de las decisiones fueron llevadas a arbitraje, lo que confirma la efectividad del mecanismo.[7]

III. LA REVISIÓN DE LOS DISPUTES BOARDS A TRAVÉS DEL ARBITRAJE

El principio que ha permitido equilibrar el carácter final y vinculante de una decisión de un Dispute Board y la continuidad del proyecto se denomina "Pague ahora – alegue después" (conocido en inglés como *pay now, argue later)*. Sin lugar a dudas, funciona como el pilar fundamental del régimen de garantía contractual de pago en los proyectos de construcción, especialmente bajo los modelos de contrato FIDIC. Si este principio no existiera, los proyectos se paralizarían y sufrirían de un retraso significativo en el flujo de efectivo; por lo que de esta manera se asegura que el proyecto de construcción pueda continuar avanzando sin verse asfixiado económicamente o paralizado por disputas jurídicas prolongadas.[8]

Este principio se aplica en la práctica de la siguiente manera: Primero existe un cumplimiento inmediato (El "Pague ahora") desde el momento en el que un Dispute Board emite una decisión que impone una obligación de pago. Dicho pago debe realizarse independientemente de si la parte está o no de acuerdo con la decisión tomada por el panel. En segunda instancia, existe una reserva de derechos (El "Alegue después"), ya que el hecho de haber realizado el pago no elimina el derecho de la parte inconforme a discutir el fondo de la decisión más adelante.[9]

Generalmente, en los contratos de construcción estándares reconocidos a nivel internacional, como los de la serie FIDIC, las impugnaciones a una decisión de un Dispute Board se dirigen mayoritariamente al arbitraje internacional en lugar de a los tribunales locales.[10]

El arbitraje "ofrece una alternativa a los tribunales, permitiendo que las disputas se resuelvan de forma privada mediante uno o más árbitros elegidos por las partes. Suele preferirse por su confidencialidad, rapidez y la posibilidad de designar expertos en asuntos complejos o técnicos. También se utiliza ampliamente para resolver disputas transfronterizas entre partes de diferentes jurisdicciones y con distintas leyes aplicables."[11]

El impulso creciente por el arbitraje comercial en la mayoría de las jurisdicciones de Latinoamérica surgió a partir de la década de los años 80 por la suscripción de la Convención de Panamá en 1975, un Tratado Internacional que buscaba homologar las razones para ejecutar los laudos arbitrales en la región.[12]

---

[7] Roberto Hernández, (2014) *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*,) 88, 96.
[8] Dosal Gómez, F. J. (2025)106, Nicholas Gould (2012). "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". *The International Construction Law Review*, 470, 477. Nichols Gould (2011) "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations", 10.
[9] *Idem.*
[10] Ver Franco Mastrandrea"DAABs: Dos and Don'ts". HKA Global Ltd., 8 de abril de 2024. Howard Kennedy (2006) "FIDIC 2017: Clause 21 - Disputes and Arbitration". Nota informativa legal. J. Jenkins and S. Stebbings. Internacional Construction Arbitration Law. 66.
[11] Aceris Law LLC (2025) "*Before Commencing Arbitration: Six Critical Questions to Ask*".
[12] Roberto Hernández (2014) 26. Ver también Convención de Panamá.

Las razones que motivaron la adopción de leyes locales respecto al arbitraje comercial en el contexto latinoamericano fueron la crisis de la jurisdicción estatal, en particular por el gran cúmulo de asuntos que los tribunales locales tenían que resolver; la necesidad de que los asuntos se resolvieran con celeridad, pues dicha saturación de los tribunales locales provocaba una falta de rapidez y de oportunidad para emitir resoluciones que fueran compatibles con los tiempos y las exigencias de los proyectos de construcción o infraestructura así como la búsqueda de un foro especializado que pudiera resolver los asuntos con *expertise* en materias técnicas frecuentemente complejas.[13]

Las decisiones emitidas por los Tribunales Arbitrales se denominan laudos y cuentan con la misma fuerza legal que una sentencia judicial. Los laudos se pueden incluso ejecutar internacionalmente de manera bastante efectiva empleando como fundamento la Convención de Panamá[14] o la Convención de Nueva York.[15]

La relación que existe entre los Dispute Boards y el arbitraje comercial es de coadyuvancia. En la mayoría de los contratos modelos se establece que, si una parte emite una Notificación de Disconformidad (NOD) para impugnar el fondo de una decisión de un Dispute Board, el contrato estipula que la disputa debe ser resuelta definitivamente por un Tribunal Arbitral. Por ejemplo, las cláusulas contractuales estándar proporcionadas por el *Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)* establecen que, si una parte rechaza una recomendación de DRB o una decisión de DAB, puede someter la controversia a arbitraje si las partes así lo han acordado.[16]

Si una parte intenta eludir este acuerdo contractual e impugnar la decisión del Dispute Board directamente ante un tribunal local, los jueces de muchas jurisdicciones, como las que siguen la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), normalmente concederán una suspensión del litigio y remitirán a las partes al arbitraje para honrar el compromiso de las partes de resolver la disputa a través de arbitraje.[17]

En algunos países se aceptan varias opciones; la legislación local proporciona vías judiciales específicas para impugnar mecanismos similares a los de Dispute Boards. Por ejemplo, bajo el sistema chileno de concesiones de obras públicas, las controversias revisadas por un "Panel Técnico" legal (que funciona de manera similar a una Junta de Revisión de Controversias) pueden posteriormente someterse a una Comisión Arbitral o directamente a la Corte de Apelaciones de Santiago.[18]

Durante el procedimiento arbitral para revisar la decisión de un Dispute Board, el Tribunal Arbitral tendrá la facultad de "abrir, revisar y modificar" las conclusiones del Dispute Board, toda vez que las decisiones del Dispute Board son determinaciones estrictamente contractuales y carecen de fuerza ejecutiva independiente. En todo caso, mientras el Tribunal Arbitral o el tribunal judicial emiten su fallo, las Partes deberán cumplir con la decisión del Dispute Board.[19]

---

[13] *Idem.*
[14] Ver Convención de Panamá de 1975, artículo, artículo 5.
[15] Ver Convención de Nueva York de 1958, artículo V.
[16] Mastrandrea, Franco (2024) "DAABs: Dos and Don'ts". Howard Kennedy (2006). "FIDIC 2017: Clause 21 - Disputes and Arbitration"., Aceris Law LLC. (2025) "Before Commencing Arbitration: Six Critical Questions to Ask".
[17] Ver remisión al arbitraje, Ley Modelo CNUDMI artículo 8 1).
[18] Roberto Hernández (2014) 135.
[19] Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2014) *Dispute Board Rules. Londres: Practice and Standards Committee*.

Si la decisión de un Dispute Board es revocada por un Tribunal Arbitral, cualquier pago concedido previamente por el Dispute Board puede ser revisado, ajustado o anulado y la parte que resultó desfavorecida inicialmente y que cumplió con el mandato del Dispute Board tiene el derecho a demandar el reembolso de todos los costos y gastos en los que incurrió al acatar dicha decisión pues el carácter primigenio de la decisión del Dispute Board era ""vinculante pero no definitiva"; siendo finalmente definitivo el laudo en los términos emitidos por el Tribunal Arbitral.[20]

Esta definitividad también impacta cuando una parte quiere hacer valer la decisión de un Dispute Board que le favorece. Por la naturaleza contractual y meramente privada de la decisión del Dispute Board, para ejecutarla en un caso de incumplimiento de la contraparte, normalmente se debe obtener primero un laudo arbitral que confirme la del Dispute Board antes de que un tribunal judicial pueda ejecutarla. Esto se resuelve bastante adoptando el principio de pague ahora, alegue después que dota a la parte ganadora de un derecho independiente a "ser pagada ahora", sin tener que esperar a que se resuelva la disputa de forma definitiva.[21]

Las estadísticas sobre los arbitrajes provenientes de Dispute Boards en América Latina destacan la alta efectividad de estos paneles para evitar que los conflictos escalen a la vía arbitral, buscando resolver los problemas "en tiempo real" en la obra antes de tener que llegar a la instancia arbitral, la cual, por más efectiva y rápida que sea, suele ser costosa.

Estadísticas de la Dispute Resolution Board Foundation, establecen que aproximadamente el 98% de los asuntos que son sometidos al conocimiento y resolución de un Dispute Board en el mundo son aceptados por las partes y se resuelven exitosamente sin necesidad de recurrir a un arbitraje o litigio posterior. En la región latinoamericana destaca el caso del Proyecto Fomilenio en El Salvador, en virtud del cual de las 12 Mesas de Resolución de Disputas para atender los reclamos de los contratistas, sólo en 4 se acudió a un arbitraje posterior; Si bien, en el caso de Perú, las estadísticas revelan que un 69,5% de las controversias de construcción terminaban llegando al arbitraje, precisamente por la falta de un filtro previo que permitiera prevenirlas o resolverlas de manera temprana durante la ejecución del contrato. Por tanto, aunque típicamente solo entre el 0% y el 10% de las decisiones de un Dispute Board llegan a ser referidas a un arbitraje o litigio posterior, la posibilidad de acudir al arbitraje se encuentra latente en el contexto de un Dispute Board que contemple el procedimiento arbitral en su contrato.[22]

IV. EL PAPEL DE LOS ÁRBITROS QUE CONOCEN DE LAS DISPUTAS RELATIVAS A LAS DECISIONES DE LOS DISPUTE BOARDS

Aunque en el procedimiento arbitral, el Tribunal Arbitral tiene la capacidad para abrir, examinar y revisar cualquier decisión de un Dispute Board, las decisiones de los Dispute Boards rara vez son revocadas, lo cual, si bien subraya la autoridad técnica y el respeto

[20] Nicholas Gould (2012). "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". *The International Construction Law Review*, 449, 450.

[21] Ver saga Persero II caso CCI núm. 18272/CYK mencionado en Dosal Gómez, F. J. (2025) 106, 116, 102 y 107 (notas al pie).

[22] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024. Ver DRBF (2010), ''Database of Projects'', http://www.drb.org/manual/Database_2005.xls, 22 April 2010. K M J Harman, ''To be or not to be—that is the question: Is a DRB Right for Your Project?'' (2011) Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, 10–16.

que inspiran los Dispute Boards,[23] considerándose incluso una "firmeza de facto", puede generar escepticismo sobre el pragmatismo o la necesidad real de acudir a un arbitraje para discutir el fondo de la decisión.[24]

Se vislumbra, por tanto, una tendencia general de los Tribunales Arbitrales en América Latina de confirmar en su mayoría las decisiones de los Dispute Boards. En la experiencia de los individuos encuestados por King´s College, el 44% señala que la decisión final alcanzada en un arbitraje o litigio "nunca" es sustancialmente diferente a la decisión original del panel. Adicionalmente, un 35% indica que "rara vez" existe una diferencia sustancial. Por parte de las entidades encuestadas, el 50% afirma que el fallo final "nunca" es sustancialmente diferente al emitido por el Dispute Board. Asimismo, un 18% de las entidades reporta que "rara vez" difieren de forma sustancial.[25]

Esta tendencia nos hace cuestionar cuál es el papel que juegan los árbitros al momento de revisar las decisiones de un Dispute Board, pues si bien se interpreta que la tendencia refleja un resultado muy favorable y un alto nivel de credibilidad para la figura de los Dispute Boards en la región, puede a su vez cuestionar la credibilidad del Tribunal Arbitral.[26]

La tendencia de los Tribunales Arbitrales a mantener o confirmar las decisiones de los Dispute Boards se explica fundamentalmente por la ventaja probatoria, temporal y técnica que poseen estos paneles frente a un Tribunal Arbitral. Prácticamente las principales razones que explican este fenómeno son: [27]

a) **La Inmediatez y el conocimiento "en tiempo real" que poseyeron los miembros del Dispute Board,** particularmente porque ellos se encontraron al interior, monitoreando los hechos de manera coetánea a los hechos, "viviendo" el desarrollo de la obra de inicio a fin. Al intervenir de manera temprana en el conflicto, resolvieron las disputas *on time* y *on site*.

   En contraste, los árbitros conocen la controversia mucho tiempo después, cuando la prueba documental o testimonial puede ser la única evidencia, pues la obra ya superó algún hito constructivo que vuelve ociosa una prueba de inspección. Las pruebas que se tenían a la mano para presentar a un Dispute Board pueden ya no estar disponibles, lo que obliga a abogados y peritos a recrear los hechos o plantear modelos que puedan simular las condiciones pretéritas. En todo caso, la dinámica de la obra generalmente ya se ha modificado cuando llega al conocimiento del Tribunal Arbitral.[28]

b) **Influencia del *expertise* técnico.** Los árbitros o jueces suelen verse enormemente influenciados por las decisiones fácticas que ya fueron evaluadas por un panel de

[23] Dosal Gómez, F. J. (2025). Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones "vinculantes y definitivas" y "vinculantes pero no definitivas" del dispute board conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC. Arbitraje, 85-121.
[24] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024
[25] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024.
[26] Peter Kamminga (2024) "Six Tips to Successfully Implement Dispute Resolution Boards Nationally and Internationally".
[27] Roberto Hernández (2014)91, 92, 97, 128, 146, 147, 154 Peter Kamminga (2024), Peter Chapman (1999) 5, 6
[28] *Idem.*

> expertos en construcción, independientes e imparciales, que estuvieron familiarizados con el proyecto durante su ejecución. Usualmente, la conformación del Dispute Board se realiza al inicio del proyecto. Bajo algunas reglas como las del CIArb, la elección y establecimiento del panel debe completarse en la fecha estipulada en el contrato o, en su defecto, dentro de los 28 días posteriores a la entrada en vigor del mismo.[29]
>
> Los miembros del Dispute Board suelen ser tres personajes versados en la materia que no necesariamente son abogados. La práctica estándar es que cada parte (por ejemplo, el propietario de la obra y el contratista) nomine a un miembro, el cual debe ser aprobado por la otra parte. Una vez aprobados, estos dos miembros seleccionan conjuntamente a un tercer integrante, quien actuará como presidente del Dispute Board, requiriendo también la aprobación final de ambas partes.
>
> Para paneles de un miembro único, ambas partes deben elegir y nombrar conjuntamente a ese único profesional.
>
> Lo más importante es que los miembros del Dispute Board se eligen cuidadosamente por su experiencia técnica en el tipo de proyecto, su capacidad para comprender e interpretar disposiciones contractuales, sus habilidades de comunicación y su disponibilidad para visitar la obra regularmente.[30]

Por tanto, la intervención directa del Dispute Board eleva la certeza técnica y legal sobre lo que realmente ocurrió en la obra, dotando a la decisión del Dispute Board de una gran solidez y credibilidad frente al Tribunal Arbitral. Si bien la decisión no vincula al Tribunal Arbitral, el cual debe decidir de acuerdo con su propia convicción, cierto es que se ha notado que "teniendo en cuenta los hechos y las técnicas de evaluación, no hay razón para que el tribunal no adopte como propia la conclusión del perito, a menos que su argumentación sea contraria a los hechos del expediente, a las disposiciones legales de las normas o a la lógica."[31]

¿Cuál es entonces el papel del Tribunal Arbitral acerca de este aspecto? La respuesta quizá se encuentre en los casos en los que no se ha seguido esta tendencia de confirmar las decisiones del Dispute Board.

Sí hay casos documentados que contravienen la tendencia. Una parte de los encuestados por el estudio de King´s College indicó que el fallo arbitral o judicial difiere de manera sustancial del dictamen original del Dispute Board "a veces" en el 16% o "la mayoría de las veces" en un 4%. De manera interesante, 1% contestó que siempre diferían. Las entidades reportaron una tasa de modificación ligeramente mayor. Indicaron que la decisión en instancias posteriores es sustancialmente diferente "a veces" en un 23%, "la mayoría de las veces" a razón de 5% o "siempre" en un 5%. En dicha encuesta, no

[29] Peter Chapman (1999)"Dispute Boards" 5. Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2014) *Dispute Board Rules*. Londres: Practice and Standards Committee, artículos 3, 4, 6. Peter Kamminga (2024) "Six Tips to Successfully Implement Dispute Resolution Boards Nationally and Internationally".

[30] Peter Chapman (1999) "Dispute Boards" 5. Chartered Institute of Arbitrators (CIArb) (2014) *Dispute Board Rules*. Londres: Practice and Standards Committee, artículos 3, 4, 6, 7 ,8. Peter Kamminga (2024) "Six Tips to Successfully Implement Dispute Resolution Boards Nationally and Internationally".

[31] Nathan O'Malley (2012) *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Lloyd's Commercial Law Library. Abingdon: Informa Law from Routledge.

obstante, no se desglosan la naturaleza, el contexto ni los fundamentos legales de dichas excepciones.[32]

Algunos casos específicos ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en los que los Tribunales Arbitrales se han negado a confirmar o ejecutar decisiones de los Dispute Boards o determinaciones pre-arbitrales equivalentes versan, a menudo, sobre razones procesales, vencimiento de plazos o por el carácter "no definitivo" de la decisión.

Por ejemplo, en el caso CCI 18320, el árbitro único rechazó la reclamación para ejecutar una decisión no definitiva del Dispute Board, fundando su negativa en que, dado que la decisión había sido impugnada por una de las partes y el tribunal aún no había entrado a examinar el fondo de la disputa subyacente, no correspondía ordenar la ejecución provisional de dicha decisión.[33]

En el caso CCI 10619, en una disputa sobre un contrato bajo el modelo FIDIC de 1987, el Tribunal Arbitral analizó unas determinaciones emitidas por el Ingeniero (cuya función para resolver disputas era la precursora de los actuales Dispute Boards). El Tribunal Arbitral determinó que dos de las decisiones fueron emitidas fuera del plazo contractual de 84 días, por lo que concluyó que eran nulas, no vinculantes para las partes y carecían de efecto.[34]

En el caso CCI 16119/GZ, el árbitro único consideró que las decisiones del Dispute Board no eran definitivas y que cualquier pago concedido en virtud de ellas podía ser posteriormente revisado y anulado. En consecuencia, dictaminó que no podía emitir un laudo final que ordenara el pago de las sumas fijadas por el Dispute Board, limitando su capacidad únicamente a dictar órdenes interinas o provisionales.[35]

En la experiencia latinoamericana, conviene recordar el proyecto Fomilenio de El Salvador, en el cual las fuentes documentan que los árbitros confirmaron las decisiones de las mesas "mayoritariamente", lo que implica estadísticamente que en una minoría de esos arbitrajes los árbitros decidieron no confirmar lo que el Dispute Board había resuelto previamente.[36]

De las experiencias narradas, se puede advertir un alto grado jurídico y procesal para que un Tribunal Arbitral se niegue a reconocer una decisión de un Dispute Board. En la práctica, entonces, conviene señalar que el papel de los árbitros frente a las decisiones de un Dispute Board se centra en las siguientes áreas clave:

a) **Ejercer la revisión de fondo.** Cuando una parte no está de acuerdo con la decisión del Dispute Board y emite una Notificación de Insatisfacción (NOD), la decisión del Dispute Board es vinculante, pero no definitiva. En dicho escenario, el deber del árbitro no es ser un simple trámite que aprueba automáticamente lo que dijo el Dispute Board. El Tribunal Arbitral tiene la obligación y la plena jurisdicción para

[32] Renato Nazzini y Raquel Macedo Moreira. (2024) *Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years*. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024.
[33] Dosal Gómez, F. J. (2025). Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones "vinculantes y definitivas" y "vinculantes pero no definitivas" del dispute board conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC. Arbitraje, 94, 101, 110, 121.
[34] Dosal Gómez, F. J. (2025) 90 105, 112, 121. Nicholas Gould (2012). "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". *The International Construction Law Review*, 451-454, 477. Nichols Gould (2011) "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations", 17.
[35] Dosal Gómez, F. J. (2025) 109.
[36] *Idem.*

"abrir, examinar y revisar" la decisión y evaluar la controversia subyacente en su totalidad, lo cual garantiza el derecho al debido proceso de las partes, asegurando que un Tribunal independiente haya escuchado sus argumentos jurídicos y fácticos antes de emitir un fallo final que resuelva el caso de manera definitiva.[37]

b) **Actuar como la instancia adecuada para resolver disputas de alta complejidad:** La presencia del Dispute Board habrá servido como un filtro extraordinario para el arbitraje. Al resolver los reclamos técnicos y operativos del "día a día" en el sitio de la obra, el Dispute Board evita que el arbitraje se sature con micro-conflictos, lo cual permite que el papel de los árbitros se reserve y se enfoque únicamente en las controversias más relevantes. En este caso, en lugar de ser un umbral de sello de calidad, se eleva la calidad del arbitraje, permitiendo a las partes designar a los árbitros más especializados para resolver los problemas verdaderamente complejos.[38]

c) **Salvaguardar el cumplimiento del fallo en caso de rebeldía:** Si una decisión del Dispute Board se vuelve "final y vinculante" porque nadie la impugnó a tiempo, pero la parte perdedora simplemente se niega a cumplirla, el árbitro entra a desempeñar un papel coercitivo. En este caso, el árbitro se limita a constatar el incumplimiento de la obligación contractual de acatar la decisión del Dispute Board y emite un laudo sancionando dicho incumplimiento, sin necesidad de reabrir los méritos de la disputa original.[39]

d) **Otorgar fuerza ejecutiva internacional:** La limitación más grande de una decisión de un Dispute Board es que tiene una naturaleza estrictamente contractual y carece de eficacia ejecutiva propia. A diferencia de los laudos arbitrales, las decisiones de los Dispute Boards no pueden ser ejecutadas directamente de forma coercitiva ni se benefician de tratados internacionales como la Convención de Nueva York de 1958. Si bien se vislumbra la creación de una Convención Internacional que dote a las decisiones de los Dispute Boards de una ejecutabilidad internacional, mientras dicho Tratado Internacional no se concrete, será necesario acudir a un procedimiento arbitral que resulte en un laudo provisional, parcial o final con fuerza de cosa juzgada para que pueda ser reconocido y ejecutado ante los tribunales de casi cualquier país del mundo.[40]

En suma, la participación de los árbitros al conocer de las decisiones de los Dispute Boards salvaguarda derechos procesales, atiende al debido proceso, protege el cumplimiento y asegura que la decisión sea ejecutable, pudiendo en todo momento dar marcha atrás a la decisión del Dispute Board cuando se aparte de los hechos, los méritos del caso o los principios procesales esenciales de justicia.

---

[37] Dosal Gómez, F. J. (2025) 95, 99, 101, 104, 105. Nicholas Gould (2012). "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". *The International Construction Law Review*, 432, 433, 469.
[38] Roberto Hernández (2014) 156, Aceris Law LLC. (2025) "Before Commencing Arbitration: Six Critical Questions to Ask".

[39] Mastrandrea, Franco (2024) "DAABs: Dos and Don'ts". Nota al pie 4.
[40] Dosal Gómez, F. J. (2025) 92, 111, 114, 117, Mastrandrea, Franco (2024) nota al pie 4. Ver Convención de Panamá artículo 5, Convención de Nueva York artículo V.

V. CONCLUSIÓN

1. Los Dispute Boards son MASC que se encuentran diseñados para la resolución eficaz de una controversia en tiempo real, generalmente utilizados en la industria de la construcción y los megaproyectos que requieren de personas con perfiles técnicos altamente especializados que resuelvan "momento a momento", con imparcialidad e independencia, las controversias que surjan, cuyas decisiones pudieran ser revisadas posteriormente por un Tribunal Arbitral.

2. Mientras el Dispute Board actúa "en tiempo real" para proteger el flujo de caja y evitar que la obra se paralice, el papel del árbitro es garantizar la tutela jurídica definitiva, la revisión exhaustiva de los derechos de las partes y la ejecutoriedad legal a nivel internacional de las decisiones tomadas, por lo que, lejos de competir, los miembros de los Dispute Boards y los árbitros se complementan (como un "Yin y Yang") en la gestión de conflictos de la industria de la construcción.

3. Aunque existe una clara tendencia de los Tribunales Arbitrales a confirmar las decisiones de los Dispute Boards, el papel de los árbitros no es pasivo y no se limita a ratificar la decisión de los Dispute Boards. Si bien los Dispute Boards tienen una ventaja probatoria, temporal y técnica frente a un Tribunal Arbitral, los árbitros tienen la facultad para revisar con una óptica procesal mucho más aguda, blindada frente a deficiencias de debido proceso, lo resuelto por el Dispute Board, teniendo la última palabra para brindar definitividad y ejecutabilidad a las decisiones, pudiendo abrir los méritos del caso y revisar el caso en aquello en lo que las partes no estuvieren de acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceris Law LLC. "Before Commencing Arbitration: Six Critical Questions to Ask". Aceris Law International Arbitration Law Firm. 11 de mayo de 2025, disponible en https://www.acerislaw.com/before-commencing-arbitration-six-critical-questions-to-ask/

- Chapman, Peter H.J. "Dispute Boards". Documento publicado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), 1999, recuperado de https://www.fidic.org/sites/default/files/25%20Dispute%20Boards.pdf el 25 de mayo de 2026.

- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). *Dispute Board Rules*. Londres: Practice and Standards Committee, agosto de 2014, disponible en https://www.ciarb.org/media/31vfc1x0/ciarb-dispute-board-rules-practice-standards-committee-august-2014.pdf

- Convención de Panamá: Organización de los Estados Americanos. *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.* 30 de enero de 1975. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-35_arbitraje_comercial_internacional.asp

- Convención de Nueva York: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 10 de junio de 1958) https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards

- Dosal Gómez, F. J. (2025). Ejecución en arbitraje internacional de las decisiones "vinculantes y definitivas" y "vinculantes pero no definitivas" del dispute board conforme a los modelos que integran la Rainbow Suite FIDIC. Arbitraje, 16(1). https://doi.org/10.31921/ArbitrajeRACI.n16.1a3001

- DRBF ''Database of Projects'', http://www.drb.org/manual/Database_2005.xls, 22 April 2010. K M J Harman, ''To be or not to be—that is the question: Is a DRB Right for Your Project?'', 2010.

- DRBF Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, Feb, 10–16, 2011.

- Gould, Nicholas. "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". *The International Construction Law Review* (2012), disponible en https://www.dbchambers.ch/wp-content/uploads/2024/12/ICLR-Enforcing-DB-Decisions-Issues.pdf

- Gould, Nicholas. "Enforcing a Dispute Board's Decision: Issues and Considerations". Documento basado en una presentación realizada en la King's College London annual conference 'Introduction to International Adjudication', Londres, 29-30 de junio de 2011 disponible en https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/paper_-_nick_gould_-_july_2011.pdf

- Hernández García, Roberto, coord. *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Vol. 23 de Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L., 2014.

- Howard Kennedy. "FIDIC 2017: Clause 21 - Disputes and Arbitration". Nota informativa legal.
- J. Jenkins and S. Stebbings. Internacional Construction Arbitration Law. Kluwer Law, 2006, p. 66.

- Kamminga, Peter. "Six Tips to Successfully Implement Dispute Resolution Boards Nationally and Internationally". JAMS ADR Insights. 9 de mayo de 2024 disponible en https://www.jamsadr.com/insight/2024/six-tips-to-successfully-implement-dispute-resolution-boards-nationally-and

- Ley Modelo de Arbitraje: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1985) *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006* disponible en https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

- Mastrandrea, Franco. "DAABs: Dos and Don'ts". HKA Global Ltd., 8 de abril de 2024.

- Nazzini, Renato, and Raquel Macedo Moreira. 2024 Dispute Boards International Survey: A Study on the Worldwide Use of Dispute Boards over the Past Six Years. London: Centre of Construction Law & Dispute Resolution, King's College London, 2024.

- O'Malley, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Lloyd's Commercial Law Library. Abingdon: Informa Law from Routledge, 2012.

DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL AL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL ROL ESTRUCTURAL DE LOS DOCUMENTOS EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

Autores:
Thaysa Panza de Paula
Ernesto J. Féliz de Jesús

DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL AL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL ROL ESTRUCTURAL DE LOS DOCUMENTOS EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

From Contract Execution to International Arbitration: The Structural Role of Documents in Infrastructure Projects

Thaysa Panza de Paula[1] y Ernesto J. Féliz De Jesús[2]

SUMARIO:

I. Introducción: Proyectos complejos y centralidad de los documentos.
II. Escala y relevancia de la documentación en el arbitraje internacional.
III. Desafíos documentales antes del arbitraje: Ejecución contractual y memoria del proyecto.
IV. Durante el arbitraje: Exhibición de documentos, testigos, peritos y coherencia probatoria.
V. Guía práctica: Gestión documental orientada al arbitraje.
VI. Conclusión: La prevención documental como gestión de riesgo.

Resumen

Los proyectos de infraestructura generan acervos documentales de escala industrial y, con frecuencia creciente, controversias que se resuelven mediante arbitraje internacional. Este artículo sostiene que la suerte probatoria de una parte en esos arbitrajes se decide, en medida significativa, durante la ejecución del proyecto: las tensiones probatorias que se manifiestan ante el tribunal no se originan solo en las reglas procesales aplicables, sino en el modo en que la documentación fue generada, organizada y preservada a lo largo de la vida del contrato. Sobre esa hipótesis, el artículo examina primero por qué el documento contemporáneo ocupa un lugar privilegiado en la valoración probatoria arbitral; analiza luego los desafíos documentales previos al arbitraje (informalidad en la comunicación, pérdida de memoria institucional e incumplimiento de obligaciones de notificación) y los que surgen durante el procedimiento (exhibición de documentos, privilegio, *e-discovery* y protección de datos, prueba testimonial y pericial, coherencia probatoria); y concluye con una guía práctica de gestión documental orientada al arbitraje, dirigida a abogados internos, gerentes del contrato y equipos de proyecto. El artículo concluye que la gestión documental sistemática no es un mero costo administrativo, sino una herramienta de gestión del riesgo litigioso en proyectos complejos.

---

[1] Abogada asociada en la oficina de Londres de Baker Botts UK LLP. Es Licenciada en Derecho por la Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, así como Máster en Derecho (LL.M.) por la Fundação Getúlio Vargas de São Paulo y LL.M. por Queen Mary University of London. Correo de contacto: thaysa.panza@bakerbotts.com

[2] Abogado asociado senior en la oficina de Londres de Baker Botts UK LLP. Es Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) de Santiago, República Dominicana, y Doctor en Derecho Internacional Público por la Universidad de Oxford (D.Phil), universidad donde recibió también grados de maestría (M.Phil y M.Jur). Este artículo tiene fines únicamente informativos generales y no constituye asesoramiento legal. Las opiniones vertidas pertenecen a los autores y no representan a su despacho. Correo de contacto: ernesto.feliz@bakerbotts.com

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Arbitraje de construcción/ Infraestructura/ Energía/ Gestión documental/ Prueba documental/ Exhibición de documentos/ Gestión de reclamaciones.

Abstract

Infrastructure and energy projects generate document repositories of industrial scale and, with increasing frequency, disputes that are resolved through international arbitration. This article argues that a party's evidentiary fortunes in such arbitrations are determined, to a significant extent, during the performance of the project rather than during the arbitral proceedings: the evidentiary tensions that surface before the tribunal originate not only in the applicable procedural rules, but in the manner in which documentation was generated, organized, and preserved throughout the life of the contract. Building on that premise, the article first examines why contemporaneous documents occupy a privileged place in the assessment of evidence by arbitral tribunals; it then analyzes the documentary challenges that precede arbitration (informal communication, loss of institutional memory, non-compliance with notice requirements) and those that arise during the proceedings (document production, privilege, e-discovery and data protection, witness and expert evidence, evidentiary coherence); and it concludes with a practical, arbitration-oriented guide to document management addressed to in-house counsel, contract managers, and project teams. The article concludes that systematic document management, far from being a mere administrative cost, constitutes a central tool for managing litigation risk in complex projects.

Keywords

International arbitration/ Construction arbitration/ Infrastructure/ Energy/ document management/ documentary evidence/ document production/ claim management

I. INTRODUCCIÓN: PROYECTOS COMPLEJOS Y LA CENTRALIDAD DE LOS DOCUMENTOS

Los proyectos complejos de infraestructura se caracterizan por su escala, su duración prolongada, la pluralidad de partes involucradas y la constante interacción entre consideraciones técnicas, económicas y jurídicas.[3] No es casual que los usuarios del arbitraje identifiquen la complejidad fáctica y técnica, y el volumen de la prueba, como rasgos distintivos de controversias en materia de construcción.[4] En este contexto, la documentación adquiere un rol fundamental, porque representa el registro primario de la vida del proyecto y el aspecto más significativo del arbitraje. [5]

Este artículo sostiene que la gestión documental constituye un factor que incide directamente en la eficiencia y en el desenlace de un eventual arbitraje internacional acerca de proyectos de infraestructura. Las dificultades probatorias que eventualmente se manifiestan en el arbitraje internacional tienen su origen en la forma de generar, organizar y preservar la documentación durante la vida del proyecto. Esa hipótesis tiene a su vez un corolario económico: el costo del arbitraje no es solo una consecuencia inevitable del litigio, sino también una consecuencia

---

3 Véase Joseph A. Huse et al, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 4.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2020), pp. 1–2.

4 Queen Mary University of London y Pinsent Masons, *2019 International Arbitration Survey: Driving Efficiency in International Construction Disputes* (Londres: QMUL, 2019), 10, donde el 73 % de los encuestados identificó la complejidad fáctica y técnica, y el 66 % el gran volumen de prueba, como rasgos definitorios del arbitraje de construcción,disponible en: https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2019/.

5 Joseph A. Huse et al, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 4.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2020), pp. 59–61.

de la mejor o peor calidad de la gestión documental. La documentación organizada de forma deficiente tiende a generar una mayor carga de trabajo para los abogados internos y externos de las partes y, en esa medida, hace que el arbitraje sea más costoso y menos predecible.

Conviene precisar el alcance de este trabajo. El artículo se ocupa de las controversias derivadas de la *construcción* de proyectos complejos de infraestructura, sin adentrarse en aspectos análogos, tales como la gestión documental de la *operación* de dichos proyectos, una vez construidos.

El punto de partida de la organización de proyectos es conocido. Las modalidades predominantes de los proyectos complejos son los contratos EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), los contratos EPCM (*Engineering, Procurement and Construction Management*), los esquemas *semi-turnkey* y los contratos *cost-plus*.[6] Cada modelo distribuye de manera distinta las obligaciones de documentación entre las partes. A manera de ejemplo, un contratista EPC a suma alzada asume un riesgo documental mayor: para demostrar que cualquier cambio a los trabajos no estaba comprendido en el alcance original, debe llevar un registro contemporáneo preciso de cada instrucción, cambio o evento imprevisto.[7]

Dentro de estas estructuras, los factores que generan controversias arbitrales son similares en los sectores industriales de mayor incidencia (generación eléctrica, transmisión, minería, petróleo y gas, obras viales y portuarias): cambios al alcance de los trabajos (*scope changes*), condiciones imprevistas del sitio (*differing site conditions*), retrasos (*schedule delays*), riesgos de coordinación entre contratistas, incumplimientos de o retrasos en los pagos y terminación anticipada del contrato. Las estadísticas confirman la magnitud del fenómeno: los informes sectoriales muestran montos en disputa crecientes a nivel global y señalan, entre las causas principales, la administración deficiente de los cambios contractuales y la documentación insuficiente de las reclamaciones.[8] Las estadísticas institucionales apuntan en la misma dirección: en la CCI, los sectores de construcción/ingeniería (23,2 %) y energía (20,5 %) fueron los dos con mayor número de casos nuevos en 2024 —en conjunto, cerca del 44 %—, y en el CIADI los sectores de petróleo, gas y minería, construcción y energía eléctrica concentran una proporción muy significativa de los casos registrados.[9]

La preferencia por el arbitraje internacional en estos sectores responde a factores conocidos: la neutralidad del proceso arbitral, la posibilidad de ejecutar laudos

---

6 FIDIC, Conditions *of Contract for EPC/Turnkey Projects* (Silver Book), 2.ª ed. (Ginebra: FIDIC, 2017). Para una clasificación detallada de las modalidades contractuales, véase Huse et al, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, pp. 1–13.

7 Joseph A. Huse et al, *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 4.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2020), pp. 15–27.

8 Véase Arcadis, *Construction Disputes in Motion: 15th Annual Global Construction Disputes Report* (Ámsterdam: Arcadis, 2025), disponible en: https://www.arcadis.com/en/knowledge-hub/perspectives/global/construction-disputes-report. En el mismo sentido, HKA, *CRUX Insight, Seventh Annual Report: Changing the Narrative* (Londres: HKA, 2024), que analizó 2.002 proyectos en 107 países con montos en disputa por USD 84.440 millones (un promedio de USD 83,1 millones por proyecto), disponible en: https://www.hka.com/crux-insight/crux-reports/.

9 ICC, *ICC Dispute Resolution Statistics: 2025* (París: ICC, 2025), donde construcción/ingeniería (246 casos, 28%) y energía (128 casos, 15%) encabezaron los casos nuevos registrados en 2025, disponible en: https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-dispute-resolution-statistics-2025/.. ICSID, *The ICSID Caseload — Statistics* (Issue 2026-1), donde los sectores de petróleo, gas y minería (45 %), construcción (16 %) y energía eléctrica y otras fuentes (6 %) concentraron la mayoría de los casos registrados en 2025, disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2026-1_ENG_TheICSIDCaseloadStatistics.pdf.

conforme a la Convención de Nueva York de 1958,[10] la confidencialidad, la posibilidad de designar árbitros con experiencia técnica y la flexibilidad procesal.[11] Las instituciones más utilizadas incluyen la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el CIADI, la LCIA y el SIAC, junto con centros regionales de creciente relevancia en América Latina, como la Cámara de Comercio de Lima (CAM-CCL) y la Cámara de Comercio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).[12]

Lo que distingue al arbitraje de construcción, sin embargo, no es el marco institucional sino su naturaleza probatoria. Los hechos se extienden a lo largo de años, involucran decisiones técnicas de múltiples actores y exigen una reconstrucción detallada de eventos secuenciales.[13] En los hechos, el arbitraje de construcción es un ejercicio de reconstrucción histórica: el tribunal recibe una narración del pasado, construida por cada parte, que debe verificar, cuestionar y ponderar. Los documentos contemporáneos son el instrumento principal de esa verificación.

El artículo se organiza en función del ciclo de vida del proyecto. La sección II explica por qué la prueba documental reviste especial relevancia en el arbitraje de construcción y energía. La sección III examina los desafíos documentales que preceden al arbitraje, durante la ejecución contractual. La sección IV analiza los desafíos que se presentan durante el procedimiento: exhibición de documentos, testigos, peritos y coherencia probatoria. La sección V ofrece una guía práctica de gestión documental orientada al arbitraje. La sección VI expone nuestras conclusiones.

II. ESCALA Y RELEVANCIA DE LA DOCUMENTACIÓN EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1 El universo documental de un proyecto complejo

En proyectos de infraestructura, el acervo documental puede comprender decenas o cientos de miles de documentos, incluyendo: contratos y *adendas*, especificaciones técnicas, planos de ingeniería, órdenes de cambio, solicitudes de información, actas de reunión, reportes de avance, cronogramas (de línea base, actualizaciones periódicas, *as-built*), registros de calidad e inspección, estados de cuenta, valoraciones de obra ejecutada e informes de consultores y correspondencia voluminosa. La diversidad de formatos complica la gestión: documentos en papel, correos electrónicos, mensajes en aplicaciones de chat (WhatsApp, Microsoft Teams, Slack), modelos en sistemas BIM (*Building Information Modeling*), información almacenada en plataformas de gestión documental, archivos de diseño y cronogramas en software especializado (Primavera P6, MS Project).[14]

---

10 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York el 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

11 Gary B. Born, International Commercial Arbitration (3.ª ed.), (Kluwer Law International, Updated August 2022), §1.02[B][1] a §1.02[B][10].

12 Sobre la preferencia de los usuarios y la distribución institucional de los casos, véase Queen Mary University of London y White & Case, *2025 International Arbitration Survey: The Path Forward — Realities and Opportunities in Arbitration* (Londres: QMUL, 2025), disponible en: https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2025-international-arbitration-survey/.

13 Véase, en general, Stavros Brekoulakis y David Brynmor Thomas (eds.), *The Guide to Construction Arbitration*, 6.ª ed. (Londres: Law Business Research / Global Arbitration Review, 2025), disponible en: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/sixth-edition.

14 Chuck Eastman et al., BIM Handbook: A Guide to Building Information Modeling for Owners, Designers, Engineers, Contractors, and Facility Managers, 3.ª ed. (Hoboken: Wiley, 2018), 1–25, disponible en: https://www.benardmakaa.com/wp-content/uploads/2021/11/BIM-Handbook_-A-Guide-to-Building-Information-Modeling-for-Owners-Designers-Engineers-Contractors-and-Facility-Managers-Wiley-2018.pdf

Esta diversidad plantea desafíos concretos para el arbitraje. La búsqueda, revisión y producción de documentos relevantes puede convertirse en una tarea de escala industrial, cuya complejidad y costo reconocen los propios usuarios del arbitraje. Según una encuesta de la Universidad Queen Mary de Londres de 2021, una parte significativa de los usuarios del arbitraje internacional estaría dispuesta a limitar o excluir la fase de exhibición de documentos para reducir costos y tiempos.[15] Esta actitud es un reflejo de la complejidad de análisis de la prueba documental y la carga que representa para las partes su presentación ordenada en el arbitraje.

2.2 El principio de contemporaneidad

Los documentos "contemporáneos" (es decir, generados en el momento de los hechos, particularmente aquellos que no anticipaban controversias) persuaden con frecuencia a los tribunales arbitrales. La razón es intuitiva: reflejan la percepción de la parte en el momento relevante, sin la contaminación que produce el conocimiento posterior del conflicto. Por consiguiente, los tribunales arbitrales tienden a asignar un valor probatorio mayor a los documentos producidos durante la ejecución del proyecto, que a documentos o declaraciones testimoniales retrospectivos. Las opiniones periciales que ignoran estos documentos contemporáneos relevantes son vulnerables al escrutinio de otros peritos, del tribunal arbitral, y del contrainterrogatorio en la audiencia.

De ahí la importancia de una gestión documental que permita a las partes y a sus abogados acceder de forma oportuna a los documentos clave. La disciplina necesaria para lograr esta gestión adecuada es considerable, pero también lo son las ventajas de presentar una reconstrucción del proyecto fiable. Actas de reunión, correspondencia formal, reportes de avance y registros de instrucciones constituyen los puntos de anclaje de esa reconstrucción. Por tanto, la ausencia de soporte documental contemporáneo o el descubrimiento sobre la marcha de documentos desconocidos hasta entonces resta credibilidad a los argumentos de las partes, especialmente si exige cambios bruscos de estrategia.

2.3 Documento, testigo y perito: jerarquía y complementariedad

Lo anterior no significa que las declaraciones testimoniales o los informes periciales carezcan de valor. La relación entre documentos contemporáneos, testimonio y peritaje es de jerarquía y complementariedad: el documento contemporáneo establece la base fáctica; el testimonio proporciona contexto y explicación; el peritaje ofrece análisis técnico especializado. Pero cuando el testimonio o los peritajes contradicen la documentación contemporánea, el tribunal tiende a privilegiar esta última.[16] Como se ha observado en la doctrina, la mejor prueba suele encontrarse en los documentos que nacieron con los hechos.[17]

Esta jerarquía tiene una consecuencia práctica inmediata para empresas y asesores: todo lo que ocurra en el proyecto y que no quede registrado contemporáneamente deberá demostrarse, varios años después, mediante los medios probatorios más susceptibles a cuestionamientos. La observación vale por

---

15 Queen Mary University of London y White & Case, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World* (Londres: QMUL, 2021), 13, donde la exhibición de documentos figuró entre las tres fases del procedimiento que los encuestados estarían más dispuestos a eliminar o limitar para reducir tiempos y costos, disponible en :https://www.qmul.ac.uk/arbitration/research/2021-international-arbitration-survey/

16 Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 791–795. *Véase también* Gary B. Born, International Commercial Arbitration ((3.ª ed.), (Kluwer Law International, Updated August 2022), §15.08[Z][10].

17 Nigel Blackaby, Constantine Partasides y Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2022), cap. 6, donde se observa que la mejor prueba suele estar contenida en los documentos generados en la época de los hechos.

igual para ambas partes: tanto quien reclama como quien se defiende o reconviene, depende del registro contemporáneo para sustentar su posición. Las secciones siguientes examinan dónde y cómo se generan los vacíos documentales usuales.

III. DESAFÍOS DOCUMENTALES ANTES DEL ARBITRAJE: EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y MEMORIA DEL PROYECTO

3.1 Generación documental durante la ejecución: los vacíos que crea la obra

La primera fuente de dificultad probatoria en el arbitraje se encuentra en la ejecución del proyecto. Los problemas en la generación documental son frecuentes y tienen consecuencias directas sobre la capacidad de una parte para sustentar sus posiciones en un eventual arbitraje.

La informalidad en la comunicación cotidiana es un problema extendido. Una proporción significativa de las decisiones relevantes en la ejecución de obras se comunica verbalmente, por correos electrónicos que no se archivan adecuadamente o mediante aplicaciones de mensajería instantánea.[18] El resultado es un vacío documental considerable: decisiones que se tomaron pero que las partes (o una de las partes) no hacen constar en registros recuperables.

La transformación digital ha multiplicado tanto las oportunidades de documentación de decisiones como los riesgos en la comunicación informal. Los sistemas BIM, las plataformas colaborativas y el correo electrónico generan un volumen sustancial de información. Sin embargo, sin protocolos de archivo, la información se dispersa.[19]

La ausencia de trazabilidad es otro problema recurrente. Documentos sin numeración correlativa, versiones sin control, archivos duplicados con modificaciones no identificadas. En el arbitraje, esto dificulta la reconstrucción cronológica y socava la credibilidad del acervo documental de la parte.

Finalmente, existe el problema de documentos que nunca se emiten, a pesar de que el contrato relevante los exige. Las obligaciones de notificación y reserva contractual (*notice requirements*) son frecuentes en los contratos de construcción e infraestructura. Cuando una parte omite la notificación requerida (sea por desconocimiento de la cláusula, por urgencia operativa o por simple negligencia), esa omisión puede comprometer el derecho que se pretendía preservar.

3.2 Preservación y organización: el problema de la memoria institucional

La rotación del personal es inevitable en proyectos de larga duración. Ingenieros, directores y administradores de contrato cambian de posición o de empresa durante la ejecución. Con ellos se va un conocimiento clave: la memoria de por qué se tomaron ciertas decisiones, qué documentos respaldan esos acuerdos y dónde están almacenados.

La pérdida de información puede mitigarse mediante almacenamiento en una nube digital segura de copias de seguridad de los correos electrónicos, de los archivos y demás información de los ordenadores y teléfonos móviles del personal que deja de laborar en el proyecto y protocolos de creación de copias de seguridad de archivos guardados localmente. Sin esos controles, intercambios y

---

18 Charlie Caher et al, "Documents and Other Types of Evidence in Construction Disputes" en *GAR: The Guide to Construction Arbitration*, 6.ª ed. (Londres: Global Arbitration Review, 2024), disponible en: https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-construction-arbitration/sixth-edition/article/documents-and-other-types-of-evidence-in-construction-disputes.

19 ICC Commission, *Managing E-Document Production* (París: ICC, 2016).

documentos completos pueden quedar en cuentas personales, discos locales, carpetas sin estructura o buzones de la contraparte.

A ello se suman sistemas inadecuados de gestión documental (carpetas compartidas sin taxonomía, correos en cuentas personales sin respaldo institucional, ausencia de copias de seguridad) y la destrucción o pérdida de documentos por eliminación errónea, políticas de retención inadecuadas, que destruyen documentos antes de tener la oportunidad de identificar su relevancia para cualquier litigio, o cambios de soporte tecnológico que vuelven inaccesibles archivos en formatos obsoletos.[20] Cuando surge la controversia, frecuentemente años después de los hechos, la reconstrucción del acervo documental se convierte en un ejercicio forense costoso y a menudo incompleto.

3.3 El contrato como marco documental: obligaciones de forma y registro

Los contratos de infraestructura suelen contener disposiciones específicas sobre documentación: obligaciones de notificación, procedimientos para el manejo de órdenes de cambio, requisitos de aprobación escrita y plazos para la presentación de reclamaciones.[21] Estas disposiciones no son meramente administrativas; pueden determinar si una parte ha preservado adecuadamente sus derechos. El incumplimiento de las formalidades documentales puede tener consecuencias severas: pérdida de derechos contractuales, preclusión de reclamaciones o inversión de la carga probatoria.[22]

Los contratos FIDIC, por ejemplo, establecen requisitos específicos de notificación como condición para la procedencia de reclamaciones. La Subcláusula 20.2.1 del Red Book (2017) exige que el contratista notifique al ingeniero dentro de un plazo determinado desde que tuvo o debió haber tenido conocimiento del evento. El incumplimiento de este plazo puede extinguir el derecho a la reclamación.[23]

La relación entre gestión documental y gestión de reclamaciones (*claims management*) es, por tanto, directa. Un sistema de gestión documental efectivo permite identificar oportunamente los eventos con potencial impacto contractual y generar la documentación requerida dentro de los plazos establecidos. Un sistema deficiente produce omisiones que solo se detectan cuando la controversia ya ha escalado.

3.4 La fase previa a la controversia: identificación temprana y preservación

Las controversias rara vez surgen de manera abrupta o inesperada. Señales de alerta generalmente preceden a la controversia, tales como: el incremento de correspondencia sobre incumplimientos, la emisión de reservas contractuales, la activación de mecanismos escalonados de resolución de disputas y las solicitudes de extensión de plazo no atendidas.

La identificación temprana de estas señales tiene implicaciones directas para la gestión documental. Cuando una controversia es previsible, surge la necesidad de preservar los documentos relevantes, suspendiendo así las políticas ordinarias de

---

20 Véase The Sedona Conference, "Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process", *The Sedona Conference Journal* 20 (2019), disponible en: https://thesedonaconference.org/publication/Commentary_on_Legal_Holds.

21 Vivian Ramsey y Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts*, 12ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2025), paras. 17-022 a 17-047.

22 Vivian Ramsey y Stephen Furst, *Keating on Construction Contracts*, 12ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2025), paras. 17-022 a 17-047 y 20-006 a 20-009.

23 FIDIC, *Conditions of Contract for Construction* (Red Book, 2017), Subcláusula 20.2.1, 97 Véase también FIDIC, *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* (Silver Book), 2.ª ed. (Ginebra: FIDIC, 2017), Subcláusula 20.2

retención y activando la adopción de medidas activas para asegurar que ningún documento potencialmente relevante sea destruido o modificado.[24]

Adquiere especial relevancia durante esta fase de la ejecución del proyecto el rol del asesor jurídico interno (*in house*), así como de los asesores jurídicos externos. La intervención temprana de dichos asesores permite establecer protocolos de documentación de hechos clave (por ejemplo, cómo y cuándo redactar minutas de reunión y con quién compartirlas), de preservación documental, de identificación de los documentos clave y de orientar a los miembros técnicos del equipo de proyecto sobre las implicaciones jurídicas de la documentación (o la falta de ella). También podrían designar a una persona (o a pocas personas) para coordinar la correspondencia con las otras partes del proyecto.

IV. DURANTE EL ARBITRAJE: EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS, TESTIGOS, PERITOS Y COHERENCIA PROBATORIA

4.1 El procedimiento de exhibición de documentos

Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional disponen que una parte puede solicitar documentos relevantes para su caso o sustanciales para su resolución. A diferencia de algunos sistemas de common law que favorecen una divulgación amplia (disclosure), y de los sistemas de tradición "civilista", que adoptan un enfoque más restrictivo, el arbitraje internacional ha desarrollado un régimen intermedio, adaptable al caso concreto.

Los principales reglamentos institucionales abordan la cuestión con fórmulas amplias: el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2026) otorga al tribunal una discrecionalidad extensa para establecer los hechos y ordenar la producción de prueba adicional, y los reglamentos de arbitraje de CNUDMI y del CIADI contemplan disposiciones análogas.[25] El instrumento de *soft law* más influyente son las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (revisión de 2020), cuyo Artículo 3 regula detalladamente la solicitud de documentos, los requisitos de especificidad, las causales de objeción y la decisión del tribunal.[26]

En la práctica, las solicitudes se gestionan usualmente mediante Tablas *Redfern* o sus modificaciones, un cuadro organizado en columnas que permite a cada parte formular sus solicitudes, a la contraparte presentar sus objeciones y al tribunal resolverlas de manera ordenada; su utilización es generalizada en el arbitraje de construcción.[27] Cada solicitud debe identificar con razonable especificidad los documentos requeridos (o una categoría suficientemente acotada), y explicar su relevancia para el caso y su materialidad para el resultado. La parte requerida puede objetar por irrelevancia, falta de especificidad, privilegio legal, confidencialidad comercial o carga desproporcionada. Los poderes del tribunal son amplios, pero no ilimitados: en la práctica se aplica un estándar de razonabilidad y proporcionalidad.[28]

---

24 The Sedona Conference, *Commentary on Legal Holds*, 5–18.

25 CCI, Reglamento *de Arbitraje* (2026), Arts. 26(1); 26(4) y 28 (último párrafo); CNUDMI, Reglamento de Arbitraje (2021), Art. 27(3); CIADI, Reglas de Arbitraje (2022), Regla 36.

26 IBA, *Rules on the Taking of Evidence* (2020), Arts. 3.2-3.7.

27 El nombre proviene de Alan Redfern, quien propuso esta metodología. Véase Blackaby, Partasides y Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 386–390.

28 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3.ª ed.), (Kluwer Law International, actualizado en agosto de 2022), §16.02 [E][4][a].

4.2 Privilegio, e-Discovery, protección de datos

Las jurisdicciones del *common law*, que en sentido general requieren divulgaciones más amplias que las familias "civilistas" o romano-germánicas, eximen de divulgación a una subcategoría de documentos confidenciales. Entre otras razones, dichas jurisdicciones extienden este "privilegio" (*privilege*) a documentos que solicitan, proporcionan o responden a asesoría legal (*legal advice privilege*) o a documentos preparados por y para los abogados de una parte a fin de permitirles analizar y entender las reclamaciones de su cliente (*litigation privilege* o *work product doctrine*).

Las partes que provienen de tradiciones "civilistas" (como las de Perú) que pactan arbitraje internacional podrían verse obligadas a divulgar documentos en situaciones en que el derecho nacional no lo requeriría, lo que exige capacitación para las personas que laboran en los proyectos. En el arbitraje internacional, tanto la divulgación como la preservación del privilegio suelen ser requeridas, incluso en arbitrajes con partes civilistas. Sin embargo, mucho depende de los acuerdos de las partes, que podrían favorecer la no divulgación; la formación legal y las preferencias de los(as) árbitros(as), que deben considerarse en la etapa de selección; y la ley aplicable al privilegio. Los estándares varían entre jurisdicciones, incluso dentro del propio *common law*. No existe un concepto unificado de privilegio en el arbitraje internacional; los tribunales aplican con frecuencia el principio de la ley más favorable al privilegio, o bien las reglas de la sede.[29]

Esto cobra mayor relevancia si se considera que las nuevas tecnologías multiplican la cantidad de información que puede divulgarse y analizarse. El *e-discovery* y la exhibición de documentos electrónicos plantean retos específicos: la búsqueda en volúmenes masivos de documentos, la revisión de metadatos, la utilización de herramientas de revisión asistida por tecnología (*Technology Assisted Review* o *TAR*) y los problemas de formato y accesibilidad.[30] A ello se suma la dimensión de protección de datos: la producción transfronteriza de documentos electrónicos puede activar regímenes como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (RGPD) y normas análogas, lo que exige conciliar los deberes de exhibición con las obligaciones de tratamiento de datos personales.[31]

4.3 Los testigos de hecho y los documentos

Los testigos de hecho cumplen una función específica en el arbitraje de construcción: proporcionar una reconstrucción de los hechos desde la perspectiva de quienes participaron directamente en el proyecto y que pueden aportar contexto que los documentos no siempre reflejan. Su función es distinta de la del perito: en principio el testigo narra, sin evaluaciones técnicas.[32] Sin embargo, la línea no siempre es rígida, dada la complejidad de los proyectos, la formación

---

29 Tobias Zuberbühler, Dieter Hofmann, Christian Oetiker y Thomas Rohner, *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in* International *Arbitration*, 2.ª ed. (Zúrich: Schulthess, 2022), comentario al Art. 9.

30 CIArb, Managing Arbitrations and Procedural Orders date CIArb, 2015 y *Protocol for E-Disclosure in Arbitration* (Londres: Chartered Institute of Arbitrators, (Appendix I).

31 Véase guías de referencia ICCA-IBA Joint Task Force on Data Protection in International Arbitration, *ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration*, ICCA Reports No. 7 (Alphen aan den Rijn: Kluwer / ICCA, 2022), disponible en: https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-7-icca-iba-roadmap-data-protection-international-arbitration. Véase también ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production - ICC - International Chamber of Commerce (París: ICC, 2016).

32 Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7.ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2022), 390–410.

académica de sus participantes (por ejemplo: ingenieros) y la consiguiente naturaleza técnica de los hechos que narrarían los testigos.

La preparación del testigo está vinculada a la documentación del proyecto. En la práctica, la declaración testimonial se construye a partir de documentos contemporáneos: la correspondencia, actas de reunión y reportes de avance que refrescan los hechos ocurridos años atrás. Reglas aplicables, como las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte (2013), permiten la preparación del testigo, pero imponen límites a la influencia sobre el contenido del testimonio. Dentro de los marcos éticos, esa preparación debe evitar preguntas tendenciosas o sugerencias que distorsionen el recuerdo de los hechos.

Como explicamos anteriormente, parte de la importancia de los testigos radica en que algunos de los hechos narrados por ellos no se encontrarán en dichos documentos. Sin embargo, cuando los documentos contemporáneos contradicen al testimonio rendido, el testigo pierde credibilidad. Los tribunales arbitrales otorgan escaso peso a testimonios contradichos por la documentación contemporánea.[33]

El contrainterrogatorio en la audiencia es el momento en que la relación entre documentos y testimonio se somete a prueba. El documento contemporáneo funciona como herramienta de contrainterrogatorio: se confronta al testigo con lo que consta en el registro documental para verificar la consistencia de su declaración.[34] Conviene que las partes procuren que las órdenes procesales del tribunal regulen el contrainterrogatorio y permitan (o prohíban, según la preferencia) formular preguntas sobre hechos que el testigo conoce pero que no necesariamente se encuentran narrados en su declaración.

4.4 Los peritos y la dependencia de los registros del proyecto

El arbitraje de proyectos de infraestructura involucra con frecuencia múltiples categorías de peritos: ingenieros de construcción, especialistas sectoriales, analistas financieros (cuantificadores de daños), analistas de plazo (*delay analysts*) y, según el caso, contables u otros expertos.[35]

La documentación influye muy particularmente en el análisis de retrasos (delay analysis). La selección y aplicación de metodologías como as-planned versus as-built, impacted as-planned, time impact analysis y windows analysis exigen registros de cronograma completos: la línea base aprobada, las actualizaciones periódicas y el cronograma final *as-built*, además de la correspondencia del proyecto y el conocimiento del contrato. Cuando estos registros son incompletos o inexistentes, el perito trabaja con supuestos en lugar de datos, lo que reduce la fuerza persuasiva de sus conclusiones.

La cuantificación de daños presenta una dependencia análoga. El cálculo de perjuicios requiere registros financieros y operativos del proyecto: costos reales incurridos, presupuestos aprobados, facturación, registros de mano de obra, equipos y soportes del impacto reclamado. Su ausencia obliga al perito financiero a recurrir a estimaciones más vulnerables a cuestionamiento.[36] En ambos casos rige, además, un requisito de credibilidad: un informe pericial que se sustenta en

---

33 Jeffery Waincymer, *Procedure and Evidence* in International Arbitration (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012), 1320-1321.

34 Redfern y Hunter, *On International Arbitration*, 405–408.

35 Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2.ª ed. (Hinckley: SCL, 2017), disponible en: https://www.scl.org.uk/resources/delay-disruption-protocol.

36 Mark Kantor, Valuation *for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008), 279-280, 285-288.

documentos no producidos en el procedimiento, o que ignora documentos contradictorios, pierde peso ante el tribunal.

4.5 La coherencia probatoria como requisito de credibilidad

Las hipótesis o teorías del caso (*case theory*) conforman la columna vertebral de la presentación de cada parte en el arbitraje y requieren sustento documental coherente. Las contradicciones internas entre documentos (o entre documentos y testimonio, o entre documentos y peritaje) erosionan la credibilidad no solo del testigo o del perito, sino también de la parte que los presenta.[37]

El concepto de coherencia probatoria opera en múltiples niveles. Los documentos de una parte deberían idealmente ser consistentes entre sí: la correspondencia, las actas de reunión; los reportes de avance, los cronogramas no deberían apuntar en direcciones incompatibles. Algunas contradicciones no son necesariamente fatales y pueden corregirse, por ejemplo, mediante testimonio. Además, los testimonios y peritajes deben ser consistentes, en principio, con los documentos contemporáneos o explicar la contradicción de forma deliberada y creíble.

El documento funciona como corroboración del testimonio o peritaje. Cuando existe convergencia entre lo que declara el testigo, lo que concluye el perito y lo que consta en los documentos contemporáneos, la teoría del caso deviene más persuasiva. Cuando existen divergencias, el tribunal debe resolver cuál fuente merece mayor peso.

El rol del tribunal en la valoración de la prueba documental es discrecional pero no arbitrario. En el arbitraje internacional conviven distintos estándares de convicción, desde la "balanza de probabilidades" (*balance of probabilities*) propia de la tradición anglosajona hasta la "íntima convicción" de tradición continental, cuya aplicación depende de la composición del tribunal y del marco procesal aplicable.[38] Cualquiera que sea el estándar, la documentación contemporánea consistente suele ser uno de los medios más directos para satisfacerlo.

V. GUÍA PRÁCTICA: GESTIÓN DOCUMENTAL ORIENTADA AL ARBITRAJE[39]

5.1 Plan de gestión documental como instrumento contractual

La gestión documental efectiva no es un ejercicio retrospectivo. Debe implementarse desde el inicio del proyecto, como administración contractual. El plan de gestión documental debe fijar, de forma acordada, o interna según corresponda, los protocolos aplicables: sistemas, formatos aceptados, procedimientos de archivo, responsabilidades y criterios de retención,[40] especialmente respecto de los registros contemporáneos necesarios para analizar retrasos, disrupciones y sus costos. Las políticas internas de cada parte pueden cubrir materiales que no se comuniquen a la contraparte, como asesoría legal, consultorías o minutas internas.

Al seleccionar los sistemas de gestión de información del proyecto, conviene considerar no solo la operación cotidiana, sino también la recuperación de

---

37 Jeffery Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012), 774–778.

38 Jean-François Poudret y Sébastien Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2007), 631–645.

39 Las prácticas que se describen a continuación tienen carácter general e ilustrativo y reflejan criterios habitualmente recomendados en la literatura y la práctica del sector; no constituyen asesoría jurídica de ningún tipo.

40 Véase ISO 19650:2018, *Organization and Digitization of Information about Buildings and Civil Engineering Works — Information Management Using BIM*, Partes 1 y 2.

documentos en caso de controversia. El control de versiones, la trazabilidad de accesos, la estabilidad de los registros y la capacidad de exportación son funcionalidades especialmente útiles.

5.2 Disciplina documental en la operación diaria

El uso del correo electrónico es aceptable cuando se integra al sistema de gestión documental. Las comunicaciones por mensajería instantánea deben tratarse con cautela: si contienen decisiones o acuerdos relevantes, deben registrarse y comunicarse de manera adecuada. Cuando no existan minutas o acuerdos de campo, una comunicación de seguimiento debería reflejar las discusiones relevantes. El acuse de recibo y la clasificación temática facilitan la recuperación futura.

La gestión de órdenes de cambio y de solicitudes de información requiere flujos de aprobación documentada. Cada solicitud de orden de cambio, cada respuesta del propietario y cada decisión del ingeniero deben quedar registradas con fecha, firmante y contenido. La oralidad en la gestión de cambios es una fuente directa de controversia futura.

Las actas de reunión deben redactarse de manera completa, distribuirse oportunamente y contar con un mecanismo de aprobación o de objeción dentro de un plazo definido. Un acta no objetada dentro del plazo se convierte en un documento de alto valor probatorio.

5.3 Gestión de reclamaciones y reservas contractuales

La gestión de reclamaciones efectiva requiere un registro contemporáneo de los eventos con potencial impacto en plazo o costo. Este registro debe ser sistemático y no depender de la memoria individual del personal de proyecto.

Una cadena documental mínima para sustentar una reclamación comprende cinco elementos: (i) el documento que acredita el evento generador (orden de cambio, instrucción verbal documentada, informe de condiciones del sitio); (ii) la notificación oportuna dentro del plazo contractual; (iii) el registro contemporáneo del impacto en plazo y costo; (iv) la cuantificación sustentada en registros financieros propios; y (v) la documentación de las gestiones de resolución previas al arbitraje.[41]

La coordinación entre el equipo de proyecto y el equipo jurídico (interno o externo) debe ser estrecha. La gestión de reclamaciones requiere una colaboración continua entre quienes conocen los hechos técnicos y quienes comprenden las implicaciones contractuales. Esta coordinación debe sistematizarse mediante reuniones periódicas de revisión del estado de reclamaciones.[42]

5.4 Preservación documental ante señales de controversia

La identificación de los hitos de riesgo jurídico durante el proyecto es una tarea que debe ejercerse de manera continua. Estos hitos incluyen: la terminación anticipada del contrato, la recepción provisional con reservas, la emisión de reclamaciones formales, la activación de mecanismos escalonados de resolución de disputas y

---

41 Al respecto, la Society of Construction Law (SCL) a través de su Protocolo de Retraso y Disrupción, sugiere una estructura metodológica similar al recomendar que las reclamaciones se aborden de manera transparente y oportuna, Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2.ª ed. (Hinckley: SCL, 2017) "*Core Principles 1, 4, 10*"), disponible en: https://www.scl.org.uk/resources/delay-disruption-protocol.

42 Society of Construction Law, *Delay and Disruption Protocol*, 2.ª ed. (Hinckley: SCL, 2017), 10, 11, 30, 43 & 44, disponible en: https://www.scl.org.uk/resources/delay-disruption-protocol, en lo relativo a la colaboración entre los equipos técnico y jurídico en la gestión de reclamaciones.

cualquier comunicación que evidencie una ruptura material en la relación entre las partes.[43]

Ante la identificación de un hito de riesgo, conviene evaluar medidas proporcionadas de preservación documental, según el contrato, la ley aplicable, las órdenes procesales previsibles y la materialidad de los documentos. Estas medidas pueden incluir la suspensión selectiva de eliminaciones automáticas, respaldos de sistemas relevantes, preservación de dispositivos de personal clave y controles para evitar modificaciones de registros pertinentes.[44]

Las medidas de preservación deben ser tanto técnicas (copias de seguridad, *imaging* de dispositivos, exportación de bases de datos) como organizacionales (comunicación al personal sobre la obligación de conservar documentos, designación de un responsable de la custodia, establecimiento de un procedimiento de consulta antes de cualquier eliminación).

VI. CONCLUSIÓN: LA PREVENCIÓN DOCUMENTAL COMO GESTIÓN DEL RIESGO

El arbitraje internacional de construcción e infraestructura es, en última instancia, un ejercicio de reconstrucción documental del proyecto. El tribunal arbitral no fue testigo de los hechos. Depende de las pruebas que las partes le presentan. Y entre esas pruebas, los documentos contemporáneos ocupan un lugar privilegiado.

La tesis de este artículo puede resumirse en una proposición: la suerte probatoria de una parte en el arbitraje se decide con frecuencia durante la ejecución del proyecto, no durante el procedimiento arbitral. Una parte que generó, organizó y preservó su documentación de manera sistemática durante la ejecución del contrato llegará al arbitraje en una posición probatoria más fuerte que aquella que no lo hizo.

Las implicaciones prácticas son directas. La gestión documental no es un costo administrativo: es una inversión en la posición jurídica futura. Los protocolos de documentación deben diseñarse no solo para la operación del proyecto, sino anticipando las exigencias probatorias de un eventual arbitraje. La intervención temprana del asesor jurídico en la definición de estos protocolos es una medida de gestión de riesgo.

El costo de un arbitraje prolongado, complejo y de resultado incierto puede superar con creces el de implementar sistemas adecuados de gestión documental desde el inicio del proyecto. La prevención documental es, en definitiva, una de las formas más eficientes de gestión del riesgo litigioso en proyectos de infraestructura y energía.

BIBLIOGRAFÍA

- Arcadis. *Construction Disputes in Motion: 15th Annual Global Construction Disputes Report*. Ámsterdam: Arcadis, 2025.
- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides y Alan Redfern. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 7.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2022.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* (3.ª ed.), Kluwer Law International, actualizado en agosto de 2022.

43 Por ejemplo en Nicholas Dennys y Robert Clay (eds.), *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 14.ª ed. (Londres: Sweet & Maxwell, 2020), 8-027–8-030, 11-005–11-007.

44 ICC Commission, *Managing E-Document Production* (París: ICC, 2016), sección G; véase también CIArb, Protocol for E-Disclosure in Arbitration (Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 2008), Art. 3(iii) y Appendix I.

- Brekoulakis, Stavros y David Brynmor Thomas (eds.). *The Guide to Construction Arbitration*. 6.ª ed. Londres: Law Business Research / Global Arbitration Review, 2025.
- Caher, Charlie et al. "Documents and Other Types of Evidence in Construction Disputes". En *GAR: The Guide to Construction Arbitration*, 6.ª ed. Londres: Global Arbitration Review, 2024.
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). *ICC Dispute Resolution Statistics: 2025*. París: CCI, 2025.
- Cámara de Comercio Internacional (CCI). *Reglamento de Arbitraje* (2026).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Reglas de Arbitraje* (2022).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *The ICSID Caseload — Statistics* (Issue 2026-1).
- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). *Managing Arbitrations and Procedural Orders*. Londres: CIArb, 2015.
- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). *Protocol for E-Disclosure in Arbitration*. Londres: CIArb, 2008.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Reglamento de Arbitraje* (2021).
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.
- Dennys, Nicholas y Robert Clay (eds.). *Hudson's Building and Engineering Contracts*. 14.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2020.
- Eastman, Chuck et al. *BIM Handbook: A Guide to Building Information Modeling for Owners, Designers, Engineers, Contractors, and Facility Managers*. 3.ª ed. Hoboken: Wiley, 2018.
- FIDIC. *Conditions of Contract for Construction* (Red Book). 2.ª ed. Ginebra: FIDIC, 2017.
- FIDIC. *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* (Silver Book). 2.ª ed. Ginebra: FIDIC, 2017.
- HKA. *CRUX Insight, Seventh Annual Report: Changing the Narrative*. Londres: HKA, 2024.
- Huse, Joseph A. et al. *Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*. 4.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2020.
- ICC Commission. *Managing E-Document Production*. París: ICC, 2016.
- ICCA-IBA Joint Task Force on Data Protection in International Arbitration. *ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration*, ICCA Reports No. 7. Alphen aan den Rijn: Kluwer / ICCA, 2022.
- International Bar Association (IBA). *Guidelines on Party Representation in International Arbitration* (2013).
- International Bar Association (IBA). *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2020).
- International Organization for Standardization (ISO). *ISO 19650:2018, Organization and Digitization of Information about Buildings and Civil Engineering Works — Information Management Using BIM*, Partes 1 y 2.

- Kantor, Mark. *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- Khodykin, Roman y Carol Mulcahy. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Nicholas Fletcher (ed. consultor). Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Poudret, Jean-François y Sébastien Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. 2.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007.
- Queen Mary University of London y Pinsent Masons. *2019 International Arbitration Survey: Driving Efficiency in International Construction Disputes*. Londres: QMUL, 2019.
- Queen Mary University of London y White & Case. *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World*. Londres: QMUL, 2021.
- Queen Mary University of London y White & Case. *2025 International Arbitration Survey: The Path Forward — Realities and Opportunities in Arbitration*. Londres: QMUL, 2025.
- Ramsey, Vivian y Stephen Furst. *Keating on Construction Contracts*. 12.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2025.
- Sedona Conference, The. "Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & The Process". *The Sedona Conference Journal* 20 (2019).
- Society of Construction Law (SCL). *Delay and Disruption Protocol*. 2.ª ed. Hinckley: SCL, 2017.
- Waincymer, Jeffery. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.
- Zuberbühler, Tobias, Dieter Hofmann, Christian Oetiker y Thomas Rohner. *IBA Rules of Evidence: Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. 2.ª ed. Zúrich: Schulthess, 2022.

OPACIDAD ALGORÍTMICA Y PRUEBA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Autores:
Elizabeth Rosa Peralta Quispe
Rafael Antonio Torres Morales

OPACIDAD ALGORÍTMICA Y PRUEBA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Algorithmic Opacity and Evidence in International Arbitration

Elizabeth Rosa Peralta Quispe[1] y Rafael Antonio Torres Morales[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La opacidad algorítmica como problema probatorio.
III. La inteligencia artificial en la formación de la prueba arbitral.
IV. De la evidencia digital a la prueba algorítmica.
V. Impactos procesales: debido proceso, contradicción, igualdad de armas y valoración probatoria.
VI. Estándares emergentes: transparencia, trazabilidad y gestión de riesgos.
VII. Propuesta: un estándar de transparencia para la prueba algorítmica.
VIII. Conclusiones.

Resumen

El debate sobre inteligencia artificial y arbitraje internacional se ha centrado principalmente en el riesgo de que estas herramientas influyan sobre la deliberación, la motivación o la redacción del laudo. Sin embargo, existe una dimensión anterior y menos visible: la intervención de sistemas algorítmicos en la formación, selección, organización, análisis y presentación de la prueba.

Este artículo sostiene que, cuando la inteligencia artificial incide materialmente en la construcción probatoria, la opacidad algorítmica deja de ser un problema técnico y adquiere relevancia procesal. En particular, puede comprometer la contradicción,

[1] Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Máster en Mediación, Arbitraje y Resolución de Conflictos Privados por la Universidad de Valencia – España. Especialista en Compliance Penal certificada por AENOR. Actualmente cursando el Máster de Formación Permanente en LegalTech & Compliance Office en la Universidad de Valencia – España. Oficial de Cumplimiento autorizada por INDECOPI. Miembro del Comité de Compliance de la Cámara de Comercio Brasil – Perú. Con experiencia en Compliance, temas de Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones con el Estado. Árbitro Nacional integrante de las Nóminas Arbitrales: CARC PUCP, Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, CEAR–CAL, CIAR–USMP, RESOLUTIO SNCI, Cámara de Comercio e Industria de Arequipa y Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Ica, Centro de Junta de Resolución de Disputas y Arbitraje de la Asociación Zambrano; y, CARD ANKAWA INTL. Asociada Senior de las áreas de Arbitraje, Contratación Pública y Compliance de TYTL Abogados. Correo de contacto: eperalta@tytl.com.pe

[2] Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Estudios en The London School of Economics and Political Science. Con estudios de Postgrado en Derecho de las Telecomunicaciones y Nuevas Tecnologías por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola y de la Universidad de Lima. Miembro del Directorio de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Ha sido vicepresidente del Consejo Directivo de la Cámara de Comercio Peruano China. Actual Director de Capechi, y Representante en la Asociación de Cámaras Binacionales del Perú. Presidente de la Cámara de Comercio Brasil – Perú. Director de Global Chamber Lima. CEO de la Red Internacional de Negocios. Presidente de la Federación de Cámaras Binacionales de Perú en el exterior. Socio principal de TYTL Abogados y Miembro del Área Corporativa de TYTL Abogados. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – CCL, Árbitro de Centro Internacional de Arbitraje de Amcham Perú, Árbitro del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Árbitro del Centro de Arbitraje de la Universidad San Martín, Árbitro del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Ica, Árbitro en CARD ANKAWA y en el Centro de Arbitraje. Ha sido rankeado por más de cinco veces consecutivas por la prestigiosa publicación francesa, Leaders League, reconociéndolo a él y a su área de Protección de Datos Personales y de Compliance como una de las más importantes del Perú. Correo de contacto: rtorresm@tytl.com.pe

igualdad de armas, derecho de defensa y valoración racional de la evidencia, especialmente cuando la contraparte o el tribunal carecen de información suficiente para verificar o cuestionar el resultado presentado. A partir de estándares emergentes sobre transparencia, trazabilidad, evaluación de riesgos y gobernanza tecnológica, se propone un estándar de transparencia para la prueba algorítmica en arbitraje internacional. Dicho estándar no exige revelar todo uso de inteligencia artificial ni sacrificar la confidencialidad, el secreto profesional o la estrategia de defensa; sino que exige, en cambio, un control proporcional cuando la herramienta haya tenido incidencia relevante en la prueba sometida a decisión.

Palabras clave

Arbitraje internacional/ Inteligencia artificial/ Opacidad algorítmica/ Prueba/ Debido proceso/ Igualdad de armas/ Trazabilidad/ Pericia.

Abstract

The debate surrounding artificial intelligence in international arbitration has focused primarily on the risk that such tools may influence arbitrators' deliberations, reasoning, or the drafting of arbitral awards. However, there is an earlier and less visible dimension: the involvement of algorithmic systems in the collection, selection, organisation, analysis, and presentation of evidence.

This article argues that, when artificial intelligence plays a material role in the development of the evidentiary record, algorithmic opacity ceases to be merely a technical concern and becomes a matter of procedural significance. In particular, it may impair the effective exercise of the right to challenge evidence, equality of arms, the rights of defence, and the rational assessment of evidence, especially where the opposing party or the arbitral tribunal lacks sufficient information to understand, verify, or challenge the result submitted.

Drawing on emerging standards concerning transparency, traceability, risk assessment, and technological governance, this article proposes a transparency standard for algorithmically assisted evidence in international arbitration. This standard would neither require the disclosure of every use of artificial intelligence nor disregard confidentiality, legal professional privilege, or defence strategy. Rather, it would require proportionate scrutiny where an AI system has materially influenced the evidence submitted for determination.

Keywords

International Arbitration/ Artificial intelligence/ Algorithmic opacity/ Evidence/ Due process/ Equality of arms/ Traceability/ Expert evidence.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de herramientas tecnológicas de inteligencia artificial en el arbitraje internacional forma parte de la evolución natural que la práctica jurídica ya viene experimentando en los últimos 05 años. La revisión documental asistida por algoritmos, la traducción automatizada, la generación de resúmenes, la elaboración de cronologías, el análisis de grandes volúmenes de datos, la preparación de matrices de daños y la asistencia en informes periciales son usos que ya no pertenecen a un horizonte especulativo. En controversias internacionales complejas, caracterizadas por expedientes voluminosos, pluralidad de idiomas, equipos jurídicos transnacionales y prueba técnica sofisticada, estas herramientas cumplen una función instrumental relevante.[3]

Consideramos que el debate sobre si el problema jurídico reside o no en el uso de la inteligencia artificial, ya se viene superando, hemos atravesado esta primera capa fina y estamos encontrándonos en un siguiente nivel en el cual se identifica como problema: la falta de trazabilidad sobre todo, cuando su intervención resulta material para la prueba que

[3] Silicon Valley Arbitration and Mediation Center, Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration, First Edition (Silicon Valley: SVAMC, 2024).

el tribunal debe valorar. Queda claro entonces que la pregunta ha dejado de ser si la IA debe admitirse o rechazarse en abstracto, sino bajo qué condiciones su uso es compatible con el debido proceso cuando interviene en la construcción probatoria.

En este punto debemos destacar que, de una revisión de la normativa que viene emergiendo, se aprecia que el debate se ha concentrado en una preocupación comprensible: si los árbitros pueden utilizar estas herramientas para investigar, resumir argumentos, revisar documentos o asistir en la redacción del laudo. Esa preocupación es legítima, pues se vincula con la independencia decisoria, el deber de motivación y la integridad del proceso; sin embargo, concentrar el debate exclusivamente en el tribunal deja fuera una zona igualmente sensible: el uso de inteligencia artificial por las partes, sus abogados, peritos y expertos en la presentación de la prueba. Prueba de lo descrito es precisamente el Reglamento Europeo el cual, en su AI Act, cataloga a determinados sistemas de IA como riesgo alto en la administración de justicia, mas no en las actividades vinculadas a la administración de justicia como lo es el patrocinio legal.

La prueba no llega al arbitraje como un dato neutro. Antes de ser valorada, ha sido buscada y ordenada dentro de una determinada teoría del caso que han preparado uno o más abogados y consultores. Si en cualquiera de esas fases interviene una herramienta algorítmica, la pregunta procesal ya no se limita a si el documento final es verídico o pertinente, sino también a si el proceso que permitió identificarlo, excluir otros documentos, priorizar determinadas correlaciones o construir una inferencia técnica puede ser comprendido y, cuando corresponda, controvertido. En este punto, la opacidad algorítmica adquiere relevancia jurídica: no solo como dificultad técnica para explicar un sistema, sino como posible obstáculo para el contradictorio.[4]

El arbitraje internacional se caracteriza por su flexibilidad, pero esa flexibilidad no es compatible, en ningún extremo, con la ausencia de garantías. El marco regulatorio europeo reciente ofrece referencias metodológicas útiles, aunque no resuelve directamente el problema arbitral: el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial adopta un enfoque basado en riesgos; la Directiva (UE) 2024/2853 reconoce dificultades probatorias derivadas de tecnologías complejas; y el Reglamento de Servicios Digitales desplaza parte del análisis hacia el diseño y funcionamiento de los sistemas que producen o amplifican resultados.[5] Sin embargo, como mencionamos anteriormente, el enfoque actual se centra en la impartición de justicia mas no en los otros actores del proceso.

A partir de estas premisas, este artículo presenta como propuesta que el arbitraje internacional pueda evaluar desarrollar un estándar de transparencia frente al uso de inteligencia artificial en materia probatoria. Dicho estándar no supondría exigir la revelación de todo uso de IA, ni desconocer la confidencialidad del arbitraje, el secreto profesional, la protección de información sensible o la estrategia de defensa. Su alcance es más limitado: cuando la IA haya tenido incidencia material en la generación, selección, análisis, explicación o presentación de la prueba, el tribunal debería contar con herramientas para exigir información mínima suficiente que permita a la contraparte ejercer contradicción efectiva y al tribunal valorar la evidencia con conocimiento de sus alcances y limitaciones.

El artículo se estructura en ocho apartados. Luego de esta introducción, se examina la noción de opacidad algorítmica y su traslado al ámbito probatorio. Posteriormente, se analiza cómo la inteligencia artificial puede intervenir en la formación de la prueba arbitral y por qué es necesario distinguir entre evidencia digital y prueba algorítmica. A continuación, se estudian los impactos procesales sobre el debido proceso, derecho de defensa y valoración probatoria. Luego se revisan estándares emergentes de transparencia, trazabilidad y gestión de riesgos. Finalmente, se formula la propuesta de transparencia y se presentan las conclusiones.

[4] Jenna Burrell, "How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms," *Big Data & Society* 3, no. 1 (2016): 1–12

[5] Regulation (EU) 2024/1689, arts. 9, 11–15 and 27; Directive (EU) 2024/2853, considerandos 42 y 48 y artículos 9 y 10 Regulation (EU) 2022/2065, arts. 34–35.

II. LA OPACIDAD ALGORÍTMICA COMO PROBLEMA PROBATORIO

En primer lugar, debemos entender qué se entiende por "opacidad algorítmica". Esta expresión describe la dificultad de comprender cómo un sistema tecnológico produce un determinado resultado, es decir, cómo se arribó a un determinado resultado. En el contexto de la inteligencia artificial, esa dificultad puede intensificarse por la intervención de modelos complejos, entrenados sobre grandes volúmenes de datos, que generan contenidos sin que el usuario pueda reconstruir fácilmente el razonamiento interno que condujo al resultado; sin embargo, para efectos jurídicos, la opacidad no debe entenderse de manera uniforme ni absoluta.[6]

El arbitraje no necesita resolver todos los problemas de explicabilidad de la inteligencia artificial. Un tribunal arbitral no está llamado, ordinariamente, a auditar el funcionamiento interno de una herramienta tecnológica ni a convertir cada uso de IA en un incidente técnico autónomo. La cuestión procesal es más precisa: determinar cuándo la opacidad impide a la contraparte comprender o cuestionar adecuadamente una prueba, y cuándo priva al tribunal de elementos suficientes para valorarla de manera racional.

Desde esa perspectiva, la opacidad algorítmica, a criterio nuestro, se convierte en un problema probatorio cuando concurren dos elementos. El primero es la incidencia material de la herramienta: la IA no se limita a una función auxiliar, por ejemplo, la corrección de estilo, traducción preliminar, apoyo organizativo interno, sino que interviene en la generación, clasificación, análisis o explicación de la evidencia que será presentada al tribunal. El segundo es la insuficiencia de control contradictorio: la contraparte carece de información mínima para verificar los datos de entrada, la metodología empleada, la intervención humana, las limitaciones conocidas o el grado de confiabilidad del resultado.

El umbral no se activa por el simple hecho de que una parte haya utilizado inteligencia artificial. Un abogado puede emplear herramientas tecnológicas para ordenar carpetas, buscar información, resumir documentos internamente o preparar borradores de trabajo sin que ello genere, por sí mismo, una obligación de revelación. El umbral cambia cuando el resultado algorítmico se incorpora al procedimiento como soporte de una afirmación probatoria relevante: una matriz de daños dependiente de un modelo automatizado, un informe pericial apoyado en detección algorítmica de patrones, una revisión documental asistida por IA que justifica exclusiones relevantes, o una visualización derivada de un procesamiento no explicado. ¿Por qué varía? Pues porque se pierde la capacidad de entender y contradecir lo que, finalmente, es una afectación esencial al debido proceso, es por ello que la transparencia algorítmica supone el estándar a seguir.

La parte contraria no necesita conocer el código fuente ni acceder irrestrictamente a información confidencial del proveedor tecnológico de la IA. Pero puede necesitar conocer, según el caso, qué tipo de herramienta se utilizó, con qué finalidad, sobre qué universo de datos operó, qué criterios de clasificación fueron relevantes, qué validación humana se realizó y cuáles fueron las limitaciones identificadas.

Esta aproximación evita dos extremos igualmente problemáticos: una prohibición general frente a toda prueba asistida por inteligencia artificial, y la aceptación acrítica de cualquier resultado presentado como técnicamente sofisticado. El punto intermedio (que siempre es el más complejo de lograr) consiste en reconocer la utilidad de la inteligencia artificial y exigir trazabilidad suficiente cuando su intervención sea material para la prueba a fin de obtenerse una transparencia algorítmica.

III. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA ARBITRAL

La prueba arbitral no se forma únicamente en el momento en que es ofrecida al tribunal. Antes de su incorporación al expediente, suele atravesar un proceso de búsqueda, revisión,

[6] Cynthia Rudin, "Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead," *Nature Machine Intelligence* 1 (2019): 206–15; Finale Doshi-Velez and Been Kim, "Towards a Rigorous Science of Interpretable Machine Learning," arXiv, 2017.

depuración y presentación estratégica. En controversias internacionales complejas, ese proceso puede comprender miles o, nos atreveríamos a decir, millones de documentos, comunicaciones electrónicas, bases de datos, registros técnicos, reportes financieros e informes periciales producidos en distintos idiomas. En ese contexto, la inteligencia artificial aparece como una herramienta funcional para gestionar información que, por volumen o complejidad, sería difícilmente procesable mediante métodos exclusivamente manuales.

El uso de inteligencia artificial en la formación de la prueba no debe ser visto, en lo absoluto, como una anomalía; probablemente en los años 90 no se concebía la idea de que la población mayoritaria emplearía Microsoft Office de manera diaria para todo tipo de actividades laborales, pero ello es parte del cambio. Asimismo, en enero de 2020, muchas de las empresas que hoy desarrollan sus actividades, prioritariamente, mediante la modalidad de *home office* tampoco lo hubiesen considerado; sin embargo, nuevamente, es parte de la evolución humana.

Es innegable que las herramientas algorítmicas pueden facilitar la identificación de documentos relevantes, detección de duplicados, reconstrucción de líneas temporales, búsqueda semántica de comunicaciones, elaboración de resúmenes ejecutivos o el análisis de patrones en información financiera o técnica; sin embargo, la utilidad instrumental de estas herramientas no elimina la necesidad de examinar sus efectos procesales.

Podemos identificar cinco ámbitos de incidencia de la IA en la prueba:

- El primero es la revisión documental asistida por tecnología: los sistemas de IA pueden identificar documentos potencialmente relevantes, agrupar comunicaciones por temas, reconocer nombres de personas o entidades, detectar patrones de conversación y sugerir grados de relevancia. Estas funciones pueden reducir costos y tiempos de revisión, pero también introducen un filtro que, cuando se apoya de manera determinante en criterios algorítmicos, puede requerir explicación mínima sobre cómo se definió el universo revisado, qué parámetros fueron empleados, qué controles humanos se aplicaron y qué exclusiones relevantes se produjeron.
- El segundo ámbito comprende la elaboración de líneas de tiempo, narrativas fácticas y mapas de relaciones. Una cronología generada con apoyo algorítmico puede presentarse como reconstrucción objetiva del caso cuando, en realidad, responde a criterios de entrada, exclusión, agrupación y priorización definidos previamente. La cronología no es la realidad; es una representación de la realidad probatoria disponible o desarrollada bajo la teoría del caso que se haya diseñado.
- El tercer ámbito corresponde a la cuantificación de daños. En los arbitrajes de inversión, construcción, energía o infraestructura, la prueba del daño suele apoyarse en modelos financieros, proyecciones y estimaciones. Cuando la IA asiste en el procesamiento de esos datos, la exigencia de trazabilidad se intensifica porque el resultado puede influir directamente en una conclusión económica relevante para la decisión. Este y el siguiente punto, a criterio de los autores, pueden resultar los más complejos a tratar.
- El cuarto ámbito es la prueba pericial. El experto que utiliza inteligencia artificial para procesar datos, detectar patrones o generar resultados técnicos debe estar en condiciones de explicar comprensiblemente el rol de la herramienta: qué hizo, con qué insumos trabajó, qué controles se aplicaron, qué resultados fueron descartados y por qué considera confiable la conclusión presentada. La confiabilidad de una pericia depende, en medida importante, de poder examinar críticamente el método con el que se trabajó la misma. Si ese método se encuentra encapsulado en una herramienta opaca, la contraparte puede ver restringida su capacidad de contrainterrogar, presentar observaciones técnicas o producir una pericia de parte que contraste adecuadamente el resultado.
- El quinto ámbito son las traducciones, resúmenes y tratamiento lingüístico de la evidencia. Las herramientas de traducción automática y resumen asistido por IA son útiles para la revisión preliminar, pero cuando el contenido traducido o resumido se

incorpora al expediente o sirve de base para una conclusión jurídica o fáctica, los resúmenes pueden privilegiar ciertos elementos y omitir otros.

La distinción entre uso interno y uso probatorio es esencial para evitar una aproximación alarmista. No corresponde exigir revelación sobre herramientas empleadas únicamente para preparar la estrategia o realizar revisiones preliminares que no se proyectan sobre la prueba sometida al tribunal. La pregunta procesalmente útil no es si se utilizó IA, sino si su uso tuvo incidencia material en la prueba que el tribunal debe valorar.

IV. DE LA EVIDENCIA DIGITAL A LA PRUEBA ALGORÍTMICA

La creciente digitalización de las controversias ha convertido la evidencia digital en el componente central del expediente arbitral. Correos electrónicos, bases de datos, mensajes instantáneos, metadatos, documentos colaborativos y registros transaccionales forman parte habitual de los arbitrajes internacionales y plantean desafíos propios: autenticidad, integridad, preservación, cadena de custodia, confidencialidad y formato.

El concepto de "prueba algorítmica" ha sido desarrollado para referirse a aquella que ha sido generada a partir del empleo de una inteligencia artificial. Un correo electrónico es evidencia digital; pero una matriz de correos priorizados por un modelo de IA según su supuesta relevancia para la controversia constituye prueba algorítmica. Un registro financiero es evidencia digital; pero una proyección de daños elaborada mediante un modelo automatizado constituye prueba algorítmica. La evidencia digital exige asegurar que el dato no haya sido alterado y que provenga de una fuente identificable. La prueba algorítmica exige, además, comprender el proceso de transformación que convirtió los datos de entrada en un resultado probatorio.

La prueba algorítmica puede ser útil, pertinente y confiable. Lo importante es reconocer que su confiabilidad no depende únicamente del resultado final, sino de la trazabilidad del proceso. En términos probatorios, lo relevante no es que la herramienta sea sofisticada, sino que el resultado pueda ser explicado de manera suficiente dentro del proceso.

La trazabilidad debe entenderse en un sentido funcional. No exige acceso al código fuente ni a la arquitectura completa del modelo, sino un acceso suficiente a los detalles del uso concreto de la herramienta en el caso: finalidad del uso, tipo de sistema empleado, universo de datos procesado, criterios principales de selección o clasificación, controles humanos aplicados, limitaciones conocidas y medidas adoptadas para preservar la integridad de los datos. Esta aproximación es coherente con la tendencia regulatoria contemporánea, que no trata la IA como una tecnología que deba rechazarse, sino como una tecnología que debe gobernarse en función de su riesgo y contexto de uso.[7]

La prueba algorítmica también plantea una cuestión de roles. En una prueba documental tradicional, la parte ofrece documentos y el tribunal los valora. En la prueba algorítmica puede aparecer un tercer actor menos visible: el proveedor tecnológico o el sistema utilizado. La parte puede no conocer completamente la herramienta; el perito puede apoyarse en software propietario; y la contraparte puede carecer de acceso a la metodología. Esa intermediación tecnológica no libera a la parte de su carga de explicación: si decide apoyarse en un resultado algorítmico para sustentar su posición, debe asumir la responsabilidad procesal de hacerlo comprensible.

La prueba debe ser inteligible. No basta con que sea formalmente incorporada al expediente; debe ser comprensible para el tribunal y susceptible de contradicción por la contraparte. Cuando la complejidad tecnológica impide esa comprensión mínima, el problema deja de ser técnico y se convierte en procesal. El derecho de defensa no se satisface únicamente con acceder al resultado final; requiere una oportunidad razonable de cuestionar su origen, método, alcance y limitaciones.

[7] Autoridad Catalana de Protección de Datos, *Modelo para la EIDF: guía y casos de uso. Metodología aplicada a la evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales en el diseño y desarrollo de la IA* (Barcelona: APDCAT, 2025); Regulation (EU) 2024/1689, art. 27.

V. IMPACTOS PROCESALES: DEBIDO PROCESO, CONTRADICCIÓN, IGUALDAD DE ARMAS Y VALORACIÓN PROBATORIA

Como ya hemos ido adelantando, la relevancia jurídica de la opacidad algorítmica aparece cuando compromete garantías procesales básicas. En el arbitraje internacional, esas garantías suelen expresarse a través de categorías como igualdad de trato, derecho a ser oído, oportunidad razonable de presentar el caso, contradicción, derecho de defensa y posibilidad de cuestionar la prueba de la contraparte. Todas son manifestaciones de un mismo núcleo: el debido proceso como presupuesto mínimo de legitimidad de la decisión arbitral. Aunque el arbitraje se funda en la autonomía de la voluntad y se caracteriza por su flexibilidad procedimental, esa flexibilidad no autoriza a sacrificar garantías esenciales. La Ley Modelo CNUDMI exige igualdad de trato y plena oportunidad de presentar el caso; la Convención de Nueva York permite denegar el reconocimiento y ejecución del laudo si una parte no pudo presentar su caso; y el Convenio CIADI contempla como causal de anulación la desviación grave de una norma fundamental de procedimiento.[8]

En materia de prueba algorítmica, el límite del debido proceso se traduce en una exigencia concreta: ninguna parte debería verse obligada a enfrentar una conclusión probatoria materialmente relevante sin contar con una oportunidad razonable de comprenderla y controvertirla.

La garantía máxima que se debe proteger es el derecho de defensa en sus distintas aristas: entre las cuales destaca la contradicción. En su dimensión probatoria, exige que una parte pueda conocer la prueba adversa, formular objeciones, discutir su pertinencia, cuestionar su autenticidad y presentar prueba en contrario. Este derecho se vacía de contenido si la parte solo accede al resultado final sin poder conocer mínimamente cómo se produjo ese resultado. En una prueba algorítmica, la contradicción exige poder interrogar el proceso que convirtió determinados datos de entrada en una afirmación probatoria.

Otra arista importante trata sobre la igualdad de armas. Esta no exige, en lo absoluto, que las partes tengan idénticos recursos económicos, técnicos o humanos, sino que ninguna obtenga una ventaja procesal indebida por la imposibilidad de la otra de conocer o discutir adecuadamente la prueba presentada. La IA puede intensificar esa asimetría cuando una parte utiliza herramientas avanzadas para seleccionar, ordenar o interpretar grandes volúmenes de evidencia, mientras la otra carece de información suficiente para replicar o cuestionar el método empleado.

Ahora bien, naturalmente, estas reflexiones no pueden excluir a quienes analizan y resuelven los casos. El tribunal arbitral goza de amplio margen para valorar la evidencia, pero esa discrecionalidad no equivale a arbitrariedad. Cuando una conclusión depende de un procesamiento algorítmico no explicado, el tribunal corre el riesgo de atribuirle un peso probatorio superior al que merece, ya sea por deferencia hacia la sofisticación técnica de la herramienta o por la dificultad para identificar sus limitaciones. En este sentido, la opacidad puede producir un sesgo de autoridad tecnológica.

Las IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration ofrecen un marco útil para esta reflexión, aunque no regulen específicamente la prueba algorítmica. Sus reglas reconocen la utilidad de una consulta temprana sobre cuestiones probatorias, incluida la preparación y presentación de informes periciales, la producción de documentos, la confidencialidad, la ciberseguridad y la protección de datos. Esta flexibilidad permite que el tribunal incorpore, desde la orden procesal inicial o desde una orden específica, reglas sobre el uso material de IA en prueba pericial, documental o técnica.[9]

[8] UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, arts. 18, 19, 24 and 26; United Nations, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, art. V(1)(b); ICSID, ICSID Convention, Regulations and Rules, art. 52(1)(d).

[9] International Bar Association, *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (London: IBA, 2020), arts. 2–5, 8 and 9.

En suma, el debido proceso no exige una transparencia absoluta, sino una transparencia suficiente para la defensa. Revelar todo uso de IA podría ser desproporcionado, innecesario e incluso contrario a la confidencialidad del arbitraje o al secreto profesional. Pero ocultar todo uso material de IA bajo la etiqueta de "herramienta interna" también sería problemático. El punto de equilibrio está en distinguir entre usos auxiliares y usos probatorios, y en graduar la respuesta conforme a la relevancia de la prueba, el grado de incidencia de la IA, la sensibilidad de la información y la necesidad real de contradicción.

VI. ESTÁNDARES EMERGENTES: TRANSPARENCIA, TRAZABILIDAD Y GESTIÓN DE RIESGOS

En los últimos años, distintos marcos normativos, instrumentos de soft law y metodologías de evaluación de impacto han respondido a una preocupación común: cuando un sistema tecnológico influye de manera relevante en decisiones, derechos o posiciones jurídicas, no basta con atender al resultado final sino que es necesario contar con información mínima sobre el sistema y sus limitaciones.

El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial construye un modelo basado en riesgos, en el cual ciertas obligaciones se intensifican según la finalidad del sistema y el nivel de impacto que pueda producir. No regula específicamente la prueba arbitral, pero ofrece categorías relevantes: documentación técnica, conservación de registros, transparencia frente a los usuarios, supervisión humana, precisión, robustez y ciberseguridad.[10]

La Directiva (UE) 2024/2853 sobre responsabilidad por productos defectuosos resulta valiosa porque reconoce que las nuevas tecnologías, incluida la IA, pueden generar dificultades probatorias por su complejidad técnica o científica. Esa intuición es trasladable con cautela al arbitraje: en sistemas tecnológicamente complejos, exigir a la parte afectada que reconstruya por completo el funcionamiento interno de una herramienta puede convertir la contradicción en una carga irreal. En arbitraje, ello no conduce a invertir cargas probatorias, pero sí justifica medidas de transparencia mínima cuando una parte introduce prueba algorítmica y la contraparte no puede controvertirla sin información adicional.[11]

En el campo estrictamente arbitral, las IBA Rules aportan principios compatibles con esta tesis: gestión temprana de cuestiones probatorias, buena fe, organización de la prueba documental y pericial, y posibilidad de prever medidas de confidencialidad, ciberseguridad y protección de datos. A ello se suman instrumentos recientes específicamente orientados a IA y arbitraje.

Las SVAMC Guidelines ofrecen una guía flexible para participantes en arbitrajes nacionales e internacionales.[12] El SCC Arbitration Institute reconoce que la IA puede contribuir a enfrentar críticas sobre tiempo y costo, siempre que su uso se gestione de manera compatible con la confiabilidad del procedimiento.[13] El Chartered Institute of Arbitrators destaca el rol activo del tribunal arbitral para impartir instrucciones o resolver cuestiones relativas al uso de IA por las partes y por los propios árbitros.[14] Asimismo, las *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* están diseñadas como una herramienta para apoyar decisiones procesales del tribunal durante el arbitraje, incluidas aquellas relativas a la organización de audiencias, la presentación de prueba y otros aspectos procedimentales que pueden incorporar herramientas tecnológicas.[15]

La utilidad de estos estándares no está en construir un régimen de cumplimiento tecnológico paralelo al arbitraje. Su utilidad está en ofrecer criterios para responder a una

[10] Regulation (EU) 2024/1689, art. 9, 11–15 y 27.

[11] Directive (EU) 2024/2853, considerandos 42 y 48 y artículos 9 y 10.

[12] Silicon Valley Arbitration and Mediation Center, Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration, First Edition (Silicon Valley: SVAMC, 2024).

[13] Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute, Guide to the Use of Artificial Intelligence in Cases Administered under the SCC Rules (Stockholm: SCC, 2024).

[14] Chartered Institute of Arbitrators, Guideline on the Use of AI in Arbitration (London: CIArb, 2025).

[15] UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings (Vienna: UNCITRAL, 2016).

pregunta concreta: ¿Qué información debe exigirse cuando la IA incide materialmente en la prueba? La respuesta no puede ser universal, pero sí pueden identificarse criterios comunes tales como: a) finalidad del uso, b) relevancia de la prueba, c) grado de incidencia de la herramienta, d) posibilidad de contradicción, e) sensibilidad de la información, f) existencia de validación humana, g) riesgos de confidencialidad y h) proporcionalidad de la carga.

VII. PROPUESTA: UN ESTÁNDAR DE TRANSPARENCIA PARA LA PRUEBA ALGORÍTMICA

Las directrices de SVAMC y CIArb constituyen antecedentes especialmente relevantes para esta discusión. En particular, la Guideline on the Use of AI in Arbitration de CIArb reconoce que la revelación del uso de una herramienta de inteligencia artificial puede resultar necesaria cuando dicho uso incida sobre la prueba o el resultado del arbitraje; asimismo, contempla que el tribunal pueda examinar los datos que sustentan el resultado, solicitar explicaciones sobre la relación entre los insumos probatorios y la salida generada, considerar las obligaciones de confidencialidad y adoptar medidas frente a la falta de revelación.

Partiendo de esos antecedentes, el presente artículo propone sistematizar y desarrollar dichos criterios desde una perspectiva específicamente probatoria. Su aporte consiste en articular un estándar que permita determinar cuándo la intervención algorítmica activa deberes de preservación y explicación partiendo de seis componentes: 1) el umbral de activación, 2) el registro de trazabilidad, 3) el contenido mínimo de revelación, 4) la graduación proporcional de la medida, 5) el resguardo de confidencialidad y 6) las consecuencias procesales de la falta de explicación suficiente.

1. Umbral de activación: test de incidencia material

La activación del estándar no depende de la mera utilización de inteligencia artificial, sino de los efectos concretos que dicha herramienta haya producido sobre la prueba. Existirá entonces incidencia material cuando la herramienta haya determinado o condicionado el universo de información examinado; transformado datos primarios en una clasificación, inferencia, proyección o representación probatoria; contribuido sustancialmente a una conclusión pericial, económica o fáctica; o generado un resultado cuya comprensión o contradicción razonable requiera conocer el proceso algorítmico empleado. La concurrencia de uno de estos factores no produce automáticamente una obligación de revelación integral, pero habilita al tribunal para determinar qué información resulta necesaria y proporcional para asegurar la contradicción.

En cambio, el umbral no debería activarse cuando la IA se usa de forma auxiliar: la organización documental, la corrección de estilo, la traducción inicial para comprensión del equipo legal, los resúmenes internos no presentados al tribunal o la preparación de borradores de trabajo.

2. Registro de trazabilidad probatoria algorítmica y deber de preservación

La activación del estándar de transparencia no debe producir únicamente una obligación eventual de revelar información. Cuando una herramienta de inteligencia artificial tenga incidencia material en la prueba, quien pretenda incorporar o beneficiarse del resultado deberá adoptar medidas razonables para preservar un registro suficiente de la intervención algorítmica. Esta obligación puede alcanzar tanto a la parte que presente la prueba como al experto o perito que utilice materialmente la herramienta para sustentar las conclusiones de su informe.

Este registro debería permitir identificar, según corresponda, la herramienta utilizada, la finalidad del procesamiento, los datos considerados, las instrucciones o parámetros relevantes, la intervención humana y las limitaciones conocidas.

El deber de preservación (que no supone una revelación automática) surgirá desde que la parte o el experto decida utilizar materialmente el resultado algorítmico como fundamento de una afirmación fáctica, técnica, económica o pericial sometida al tribunal. No será

necesario conservar todo uso exploratorio, preliminar o puramente interno que no se proyecte sobre la prueba presentada.

3. Contenido mínimo de revelación: explicación funcional

Una vez constatado que la IA tuvo incidencia material, corresponde definir qué debe revelarse. El estándar propuesto no exige acceso irrestricto al código fuente, a la arquitectura del modelo, a secretos empresariales del proveedor ni a todos los intercambios internos del equipo legal. Exige una explicación funcional: información suficiente para que la contraparte pueda ejercer contradicción efectiva y el tribunal pueda valorar racionalmente la prueba.

Ese contenido mínimo comprende cinco aspectos: 1) la finalidad del uso, como la revisión documental, clasificación, cuantificación de daños, apoyo pericial, visualización; 2) el universo de datos procesados, como documentos, bases de datos, registros utilizados; 3) los criterios principales de procesamiento, como parámetros, filtros o variables que orientaron el análisis; 4) la intervención humana; y 5) las limitaciones conocidas, como datos incompletos, baja calidad de insumos, márgenes de error o falta de reproducibilidad.

4. Graduación proporcional según el impacto probatorio

Una vez activado el estándar, la intensidad de la revelación y del control deberá graduarse según la relevancia de la prueba, el grado de intervención de la IA, la sensibilidad de la información, la carga que supone la medida y la disponibilidad de medios menos restrictivos. Puede, por ejemplo, plantearse una escala de tres niveles: usos de baja incidencia probatoria, en los que bastaría una declaración general o explicación breve; usos de incidencia media, cuando la IA contribuye a seleccionar, clasificar o estructurar la evidencia, donde puede exigirse explicación metodológica sobre el universo de datos, los criterios generales, la validación humana y las limitaciones; y usos de alta incidencia probatoria, cuando la IA produce o condiciona conclusiones técnicas, económicas o periciales relevantes, donde la trazabilidad debe ser más intensa y puede justificar preguntas específicas, contrapericia o acceso restringido a información técnica bajo medidas de protección.

5. Resguardo de confidencialidad

La transparencia debe convivir con valores propios del arbitraje internacional. La confidencialidad protege información comercial sensible, secretos empresariales, datos personales, información técnica, know-how y estrategias de mercado. El secreto profesional protege el trabajo interno del abogado, la formulación de hipótesis, la revisión estratégica y la organización del caso. Estas preocupaciones pueden atenderse mediante medidas flexibles: revelaciones limitadas, acceso restringido a expertos, versiones confidenciales y no confidenciales de informes, compromisos de no divulgación, salas de datos o revisión técnica bajo protocolo especial. Transparencia no significa exposición indiscriminada, sino salvaguardar el debido proceso y permitir un control contradictorio.

6. Consecuencias procesales de la falta de explicación suficiente

El estándar requiere consecuencias procesales proporcionales. La primera es la solicitud de aclaración: si una parte presenta prueba algorítmica sin información suficiente, el tribunal puede requerir explicación sobre herramienta, datos y limitaciones. La segunda es permitir contradicción adicional, concediendo plazo para observaciones, contrainforme, preguntas o prueba complementaria. La tercera es limitar el peso probatorio cuando la prueba sea útil pero su confiabilidad se encuentre afectada por falta de trazabilidad. La cuarta es la exclusión parcial o total, reservada para supuestos graves en los que la opacidad impida sustancialmente la contradicción.

7. Aplicación práctica

La transparencia puede implementarse desde la primera orden procesal en la que se establezcan las reglas aplicables al proceso. El tribunal podría establecer que las

declaraciones sobre uso de IA, por ejemplo, puedan presentarse como parte de los memoriales de demanda o contestación de demanda y pueden verse reguladas en las reglas iniciales del proceso evitando así que este estándar eleve los costos de transacción de un proceso arbitral.

En materia pericial, el experto que utilice IA de manera material debería identificar la herramienta o tipo de herramienta, la finalidad de uso, los datos procesados, la metodología general, los controles humanos y las limitaciones conocidas y precisarlos en la emisión de su informe.

Lo relevante es su impacto sobre la prueba y sobre la posibilidad de defensa. La transparencia permite conciliar innovación tecnológica y garantías procesales: reconoce que la IA puede mejorar la eficiencia y calidad de la gestión probatoria, pero exige que su uso material no sacrifique la contradicción, la igualdad de armas ni la valoración racional de la prueba.

VIII. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial se ha incorporado progresivamente a la práctica del arbitraje internacional y su presencia no debe entenderse, por sí misma, como una amenaza para la integridad del procedimiento. Bien utilizada, puede contribuir a una gestión más eficiente de las controversias complejas, especialmente cuando existen grandes volúmenes documentales, pluralidad de idiomas, información técnica sofisticada o modelos económicos de difícil procesamiento manual.

El problema jurídico aparece cuando esa utilidad tecnológica se proyecta materialmente sobre la prueba y queda acompañada de opacidad. En tal escenario, la cuestión no es si la inteligencia artificial debe admitirse o rechazarse en abstracto, sino bajo qué condiciones su uso resulta compatible con el debido proceso. Si la contraparte o el tribunal carecen de información suficiente para comprender, verificar o cuestionar el resultado presentado, la eficiencia tecnológica puede convertirse en una restricción práctica de la contradicción, la igualdad de armas, el derecho de defensa y la valoración racional de la prueba.

La distinción entre evidencia digital y prueba algorítmica permite ordenar el análisis. La evidencia digital plantea problemas de autenticidad, integridad, preservación, cadena de custodia, confidencialidad y formato. La prueba algorítmica añade una dificultad adicional: la necesidad de comprender el proceso mediante el cual determinados datos fueron transformados en una conclusión, inferencia, clasificación, visualización o resultado probatorio. Por ello, en la prueba algorítmica no basta con examinar el dato final; puede ser necesario conocer, al menos funcionalmente, el método que permitió producirlo.

A partir de estándares emergentes sobre transparencia, trazabilidad y gobernanza tecnológica, el artículo sistematiza y desarrolla un estándar de transparencia específicamente orientado a la prueba algorítmica en el arbitraje internacional.

En efecto, no se propone exigir la revelación de todo uso de IA, abrir íntegramente la caja negra ni imponer auditorías tecnológicas generales dentro del arbitraje. Su alcance es más limitado: cuando la IA haya tenido incidencia material en la prueba, la parte que pretenda beneficiarse del resultado debe proporcionar información suficiente sobre la finalidad del uso, el universo de datos procesados, los criterios principales de procesamiento y las limitaciones conocidas, siempre bajo criterios de proporcionalidad, confidencialidad y protección del secreto profesional.

La propuesta es compatible con la flexibilidad propia del arbitraje internacional y puede implementarse mediante órdenes procesales, protocolos de prueba documental, reglas para informes periciales, medidas de confidencialidad, parámetros de contrainterrogatorio y criterios de valoración probatoria. La verdadera pregunta no es si la IA tiene lugar en el arbitraje, sino cómo asegurar que su incorporación preserve aquello que sostiene la legitimidad de toda decisión arbitral: un procedimiento justo, contradictorio y racionalmente fundado.

BIBLIOGRAFÍA

- Autoridad Catalana de Protección de Datos. Modelo para la EIDF: guía y casos de uso. Metodología aplicada a la evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales en *el diseño y desarrollo de la IA*. Barcelona: APDCAT, 2025.

- Burrell, Jenna. "How the Machine 'Thinks': Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms." *Big Data & Society* 3, no. 1 (2016): 1–12. https://doi.org/10.1177/2053951715622512.

- Chartered Institute of Arbitrators. Guideline on the Use of AI in Arbitration. London: CIArb, 2025. https://www.ciarb.org/media/bpndtcgu/guideline-on-the-use-of-ai-in-arbitration_updated-sept-2025.pdf.

- Doshi-Velez, Finale, and Been Kim. "Towards a Rigorous Science of Interpretable Machine Learning." *arXiv*, 2017. https://arxiv.org/abs/1702.08608.

- European Union. *Directive (EU) 2024/2853 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC*. Official Journal of the European Union, 2024. https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2853/oj/eng.

- European Union. *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC*. Official Journal of the European Union, 2022. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj/eng.

- European Union. *Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence*. Official Journal of the European Union, 2024. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng.

- International Bar Association. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. London: IBA, 2020. https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b.

- International Centre for Settlement of Investment Disputes. *ICSID Convention, Regulations and Rules*. Washington, DC: ICSID, 2022. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf.

- Rudin, Cynthia. "Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead." *Nature Machine Intelligence* 1 (2019): 206–15. https://doi.org/10.1038/s42256-019-0048-x.

- Silicon Valley Arbitration and Mediation Center. *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*. First Edition. Silicon Valley: SVAMC, 2024. https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf.

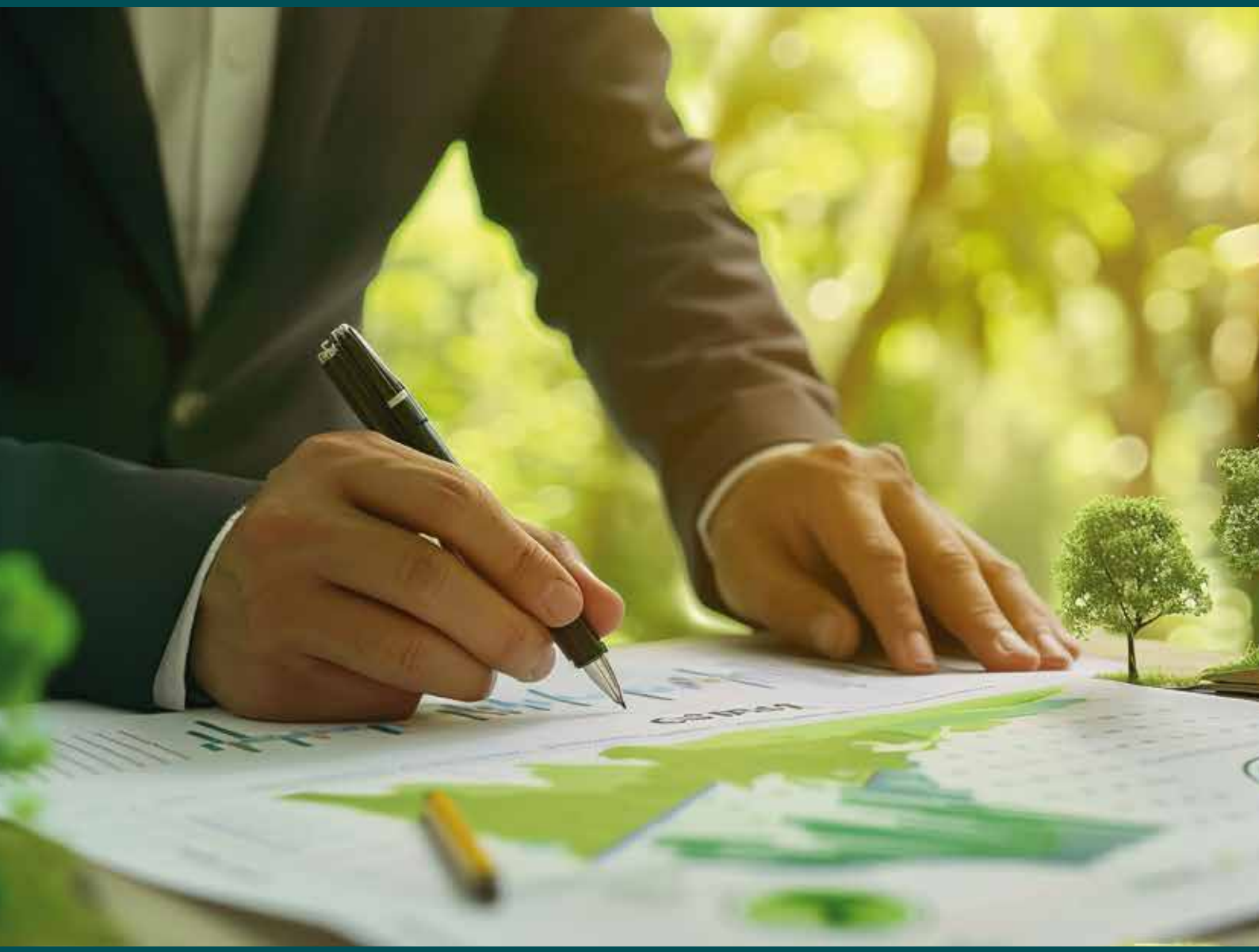
- Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute. *Guide to the Use of Artificial Intelligence in Cases Administered under the SCC Rules*. Stockholm: SCC, 2024. https://sccarbitrationinstitute.se/wp-content/uploads/2024/12/scc_guide_to_the_use_of_artificial_intelligence_in_cases_administered_under_the_scc_rules-1.pdf.

- United Nations. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. New York: United Nations, 1958. https://www.newyorkconvention.org/english.

- United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*.

Vienna: UNCITRAL, 2008. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration.

- United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. Vienna: UNCITRAL, 2016. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/explanatorytexts/organizing_arbitral_proceedings.



PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: UN NUEVO EQUILIBRIO EN LOS TBI

Autora:
María Isabel Pimentel Tello

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: UN NUEVO EQUILIBRIO EN LOS TBI

Environmental protection and human rights in investment arbitration: towards a new balance in BITs

Maria Isabel Pimentel Tello[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Fragmentación del Derecho Internacional – Régimen de inversiones vs. Derecho ambiental.
III. Evolución de los TBI: De la protección absoluta del inversor a las cláusulas de salvaguarda ambiental.
IV. Reconvención como herramienta de justicia ambiental.
V. Análisis de casos emblemáticos.
VI. Ponderación de Derechos.
VII. Conclusiones.

Resumen

La evolución del arbitraje de inversiones frente a las crecientes demandas estatales por proteger el medio ambiente y los derechos humanos es la materia del presente trabajo. Históricamente, los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI) fueron diseñados para una protección casi absoluta y rígida del inversor; sin embargo, la actual crisis climática y los compromisos internacionales adquiridos por el Acuerdo de París han forzado a una relectura de cláusulas clásicas como la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo (en adelante TJE), todo lo que nos llevó a desarrollar este trabajo que tiene como colofón que existe una tendencia hacia un nuevo equilibrio donde el derecho a regular del Estado se consolida como un límite legítimo a la protección arbitral; para lo cual se examina cómo los nuevos laudos arbitrales buscan equilibrar la seguridad jurídica de la inversión con el derecho soberano a proteger el ecosistema y los derechos humanos.

Palabras clave

Arbitraje de inversiones/ Medio ambiente/ Derechos humanos/ TBI/ Derecho a regular/ Expropiación indirecta.

Abstract

The evolution of investment arbitration in the face of increasing state demands to protect the environment and human rights is the topic of this work. Historically, Bilateral Investment Treaties (BITs) were designed to provide almost absolute investor protection; however, the current climate crisis and international commitments (Paris Agreement)

[1] Vicepresidente del Consejo de Arbitraje y JPRD de la Cámara de Comercio y Producción de Cajamarca, Directora de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, docente de pre y posgrado de la misma Universidad, Cajamarca, Perú; doctora en ciencias con mención en Derecho, abogada. Correo de contacto: mpimentel@unc.edu.pe

have forced a reinterpretation of classic clauses such as Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment (FET). The paper concludes that there is a trend toward a "new equilibrium" where the state's right to regulate is consolidated as a legitimate limit to arbitral protection.

Keywords

Investment arbitration/ Environment/ Human rights, BITs, right to regulate, Indirect expropriation.

I. INTRODUCCIÓN

Los tribunales arbitrales en el arbitraje de inversiones durante mucho tiempo han sido criticados por darle prioridad a las expectativas de lucro del inversor, lucro que es por demás legítimo; sin embargo, este, presuntamente, era superpuesto sobre las políticas públicas ambientales de los Estados. Esta situación sumió a este tipo de arbitraje en una crisis, la cual, ante la corriente del constitucionalismo que se presenta de manera transversal en todas las áreas del Derecho, exige que en el arbitraje internacional se tenga a la mano los tratados de nueva generación, que han incluido expresamente la posibilidad de que el Estado adopte las medidas necesarias para proteger la salud pública y el medio ambiente.

II. FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL – RÉGIMEN DE INVERSIONES VS. DERECHO AMBIENTAL

La innegable propagación de regímenes jurídicos especializados y autónomos, ha transformado la construcción del derecho internacional contemporáneo, transitando de un modelo supuestamente unitario, decimonónico, basado en principios generales; hacia un escenario de marcada fragmentación estructural caracterizada por subsistemas normativos independientes, altamente especializados. Como advirtió en su momento la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, existe una emergencia de estas esferas de derecho especializadas o *self-contained regimes*[2] en el que se presenta una afrenta hermenéutica cuando las prioridades axiológicas entre dos o más subsistemas generan un riesgo inminente de colisión normativa, donde reglas de las distintas ramas imponen obligaciones contradictorias a un mismo Estado, y en donde tribunales sectoriales apliquen lógicas interpretativas diversas a un mismo supuesto de hecho, con la consecuente afectación del ordenamiento jurídico global.

Cuando el Régimen Internacional de Inversiones, que tiene como esencia teleológica la despolitización de las controversias y la protección de capitales transnacionales, y el binomio del Derecho Internacional Ambiental y el Derecho Internacional de los Derechos humanos se enfrentan, es que se presenta esta temida fragmentación; los imperativos categóricos multilaterales de protección de la dignidad humana y los bienes comunes de la biosfera de estos últimos derechos y el RII que opera en un plano predominante para los tribunales arbitrales, que se orientan por lo general a posturas contractualistas, desligadas de los ideales globales que deben defender los Estados.

Entonces, el punto más crítico de esta tensión se ubica en la confluencia entre el régimen internacional de protección de inversiones, que cuenta con más de tres mil tratados bilaterales de inversión, el arbitraje ante el CIADI y el Derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) junto al Derecho internacional ambiental (en adelante DIA).

[2] Martti Koskenniemi, The Politics of International Law (Oxford: Hart Publishing, 2011), 312.

Graficando, en un escenario en el que el Derecho Internacional, compuesto entre otros por el Régimen de inversiones del DIDH (Tratados de Inversiones) y los TBI[3] que son la base de aplicación en CIADI, y generalmente contienen la cláusula de MFN[4]; el Derecho Ambiental Internacional (Convenios ambientales), que se expresa en el Acuerdo de París y los Derechos Humanos (Tratados del DIDH) o pactos de Naciones Unidas aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; generan una zona de colisión normativa que precisa de la intervención de cláusulas de estabilización.

Por lo tanto, esta pugna representa un conflicto ideológico y de valores fundamentales dentro del orden internacional, ya que, mientras que el DII fue diseñado bajo una lógica de protección del capital transnacional, la mitigación de riesgos y la intangibilidad de los contratos, el DIA y el DIDH se sustentan en la salvaguarda de bienes públicos globales, intereses difusos, la dignidad humana y la soberanía regulatoria de los Estados para atender crisis sistémicas como el cambio climático o las emergencias sanitarias.

2.1. Cláusulas de Estabilización (Regulatory Chill)

Uno de los principales factores de fragmentación se manifiesta con las cláusulas de estabilización insertas en los contratos de Estado o en los propios TBI; estas disposiciones garantizan al inversor extranjero que el marco legal y regulatorio vigente al momento de realizar la inversión permanecerá inalterable, es decir que, el Estado receptor se obliga a congelar el marco regulatorio vigente al momento de la inversión, o que, en caso de modificarse, deberá compensarlo económicamente por los costos de cumplimiento, si se altera la rentabilidad calculada para el negocio[5].

Pero, lo que sucede en la práctica, es que estas cláusulas generan un efecto congelador u obsolescencia regulatoria (*regulatory chill*), ya que los Estados, ante la amenaza de demandas millonarias ante tribunales de arbitraje de inversiones que escapan a sus regulaciones nacionales, optan por abstenerse de dictar normativas ambientales estrictas o políticas de protección social necesarias[6].

En el caso *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*[7], el Tribunal Arbitral falló evidenciando cómo las medidas estatales legítimas de soberanía fiscal y redistribución de recursos pueden ser interpretadas por el arbitraje de inversiones como violaciones contractuales, colisionando de manera directa con las expectativas de intangibilidad patrimonial del inversor, y desconociendo que los Estados tienen obligaciones en materia de derechos económicos y sociales, que son concurrentes e inderogables, de proteger los intereses de su pueblo bajo los tratados de derechos humanos; poniendo en claro que bajo un prisma particular se puede favorecer los intereses particulares sobre los de un Estado.

---

[3] **TBI**: Tratado Bilateral de Inversiones, que es un acuerdo internacional que firman dos Estados para proteger y promover las inversiones de los ciudadanos y empresas de uno de los países en el territorio del otro y son base del arbitraje de inversiones.

[4] **MFN:** Nación más favorecida, equiparable a un principio de no discriminación, son cláusulas incluidas en los TBI, implica el compromiso del Estado a no dar al inversor extranjero un trato menos favorable que ningún otro Estado.

[5] Jorge E. Viñuales, Foreign Investment and the Environment in International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 145.

[6] Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en International Investment Law and Human Rights, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 34.

[7] Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Laudo sobre Decisión de Responsabilidad (14 de diciembre de 2012), párr. 210.

2.2. Trato Justo y Equitativo (TJE) y Expropiación Indirecta

De otro lado, las herramientas hermenéuticas más usadas por los tribunales de inversión para fiscalizar la actividad regulatoria de los Estados han sido el estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE) y el concepto de expropiación indirecta; a diferencia de la expropiación clásica o directa (nacionalización o desposesión física del bien), este tipo de expropiación indirecta se configura cuando medidas estatales de carácter general, legítimas en su propósito normativo, anulan o socavan significativamente el valor económico o la explotación de la inversión extranjera.

Este estándar de TJE, presente en la casi totalidad de los TBI, ha sido el instrumento predilecto por los inversores extranjeros para impugnar las políticas públicas de los Estados anfitriones; estuvo originalmente concebido como una garantía mínima contra la denegación de justicia o la arbitrariedad manifiesta, la interpretación maximalista de los tribunales arbitrales expandió el TJE para abarcar la protección de las expectativas legítimas del inversor, llegando en ocasiones a exigir la inmutabilidad del ordenamiento jurídico nacional.[8]

Cuando un Estado revoca una licencia minera o detiene un proyecto de infraestructura debido a evaluaciones de impacto ambiental, los tribunales arbitrales suelen evaluar la medida basándose en las expectativas legítimas del inversor. Igualmente, cuando a falta de consulta previa a comunidades indígenas o tribales[9], un Estado revoca una concesión o licencia, o luego de identificar graves riesgos ecológicos en una evaluación de impacto ambiental; los tribunales arbitrales, por lo general, resuelven la controversia basándose primordialmente en la frustración de las legítimas expectativas del inversor, un subcomponente derivado del TJE.[10]

Ante este recorte de las facultades estatales, la doctrina contemporánea ha impulsado la revitalización del Derecho de regular (*Right to regulate),* que consagra que los Estados no cedan su soberanía normativa al firmar un TBI; sino que retengan su potestad de modificar sus marcos regulatorios para responder a demandas sociales emergentes, avances científicos o crisis climáticas.

Se trata de la aplicación del Principio de Proporcionalidad buscando un equilibrio entre el Poder de Policía que representa el interés público en el DIA y las expectativas legítimas que es la buena fe del inversor. Establecidos los límites al TJE a través del citado principio y para que no se considere una reforma ambiental o sanitaria como una vulneración al TJE, se establecieron las siguientes condiciones:

a) La aplicación general y no discriminada.
b) La adopción de buena fe con la finalidad de tutelar un interés público urgente.
c) La proporcionalidad respecto al riesgo que se pretende paliar, de forma que el inversor, realizando un análisis de riesgo diligente, debió prever la evolución normativa.[11]

Un hito histórico de esta confrontación se identificó en la demanda arbitral corporativa *Vattenfall AB vs. República de Alemania*, donde la decisión del Parlamento alemán de acelerar el apagón nuclear y la transición hacia energías renovables, luego de la catástrofe de Fukushima fue duramente impugnada por una multinacional energética

[8] Jorge E. Viñuales, Foreign Investment and the Environment in International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 172.
[9] Denominación que se encuentra en el Convenio 169 de la OIT.
[10] Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, International Environmental Law, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 412.
[11] Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en International Investment Law and Human Rights, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 45.

bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía; demandando compensaciones de carácter expropiatorio e interfiriendo directamente en las agendas de cumplimiento del Acuerdo de París por parte del Estado Alemán.[12] Este caso demostró cómo el régimen de inversiones puede penalizar la transición ecológica y el cumplimiento de las metas del Acuerdo de París.

Antes del laudo referido, la doctrina tradicional sostenía sobre la cláusula de TJE que cualquier cambio regulatorio imprevisto que afectara la rentabilidad de la inversión, violentaba el trato justo, siendo materia de una extensa discusión.

Sin embargo, Sotomayor y Ancí, proponen los empates ponderativos entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, los cuales consisten en que el árbitro no se aísle del Derecho Internacional General[13] y que laude interpretando y explicando que cuando un Estado prohíbe la minería en ecosistemas frágiles no está expropiando, sino cumpliendo con sus obligaciones de *jus cogens* ambiental.

2.3. Expectativas legítimas y cambio normativo

Pero, para que el TJE sea considerado afectado por una medida estatal bajo el régimen de un TBI, no basta con que se produzca una reducción en los beneficios del inversor; sino que, es necesario que la medida sea manifiestamente arbitraria o que vulnere compromisos específicos asumidos por el Estado. La aplicación del derecho requiere considerar la complejidad de los conflictos modernos, donde el acceso a la justicia y la cultura jurídica deben integrarse para evitar soluciones aisladas de la realidad social en las que la razón de ser del Derecho se pierde de cara al interés de unos pocos.[14]

En este sentido, un inversor no puede pretender que el marco legal vigente para un TBI permanezca intacto luego del descubrimiento de riesgos ambientales, porque la soberanía regulatoria prioriza que el Estado adecúe las normas para cumplir con tratados internacionales de derechos humanos o acuerdos climáticos, siempre que estos no sean utilizadas como un medio de expropiación.

2.4. Asimetría procesal y mecanismos de integración sistémica

Ya se había expuesto el fenómeno de la fragmentación internacional, a lo que debemos añadir que esta se agudiza por la asimetría procesal propia del sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados (SCIE); mientras los TBI operan de forma unidireccional porque confieren derechos sustantivos exigibles, acciones y legitimación activa directa a las corporaciones extranjeras para demandar a los Estados, no consagran obligaciones directas vinculantes para el inversor en materia de preservación del medio ambiente o derechos humanos[15]. Así pues, los Estados comparecen invariable e irremediablemente como demandados y se ven impedidos de formular reconvenciones de forma autónoma ante el Tribunal de Inversiones por daños socioambientales causados por la empresa, salvo contadas y recientes decisiones jurisprudenciales. De tal manera que, con la finalidad de atenuar el aislamiento interpretativo, la doctrina y la jurisprudencia han recurrido de forma creciente al principio de integración sistémica positivado en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), el cual prescribe que,

[12] Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany, Caso CIADI N. ° ARB/12/12, Registro del procedimiento (concluido por acuerdo de partes en 2021).

[13] Sotomayor, José Enrique y Ancí, Noemí, El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy (México: Ubijus, CEAD, 2017), 112.

[14] Osna, Gustavo. "Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution". Derecho PUCP, N.º 83 (2019): 9-27.

[15] Lowe, "International Investment Law", 39.

al interpretar un tratado, deberá tenerse en cuenta "toda forma relevante de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".[16] En el caso *Urbaser S.A. vs. República Argentina*, donde el tribunal arbitral admitió formalmente que los derechos humanos —específicamente el derecho humano al agua— forman parte del bloque normativo aplicable al inversor y que las corporaciones transnacionales no gozan de una inmunidad absoluta frente al Derecho Internacional General, se marcó un importante hito al respecto;[17] pero, la inexistencia del principio de precedente obligatorio *(stare decisis)* en el arbitraje de inversiones mantiene la contradicción jurisprudencial y la incertidumbre del orden internacional.

III. EVOLUCIÓN DE LOS TBI: DE LA PROTECCIÓN ABSOLUTA DEL INVERSOR A LAS CLÁUSULAS DE SALVAGUARDA AMBIENTAL

Como lo decíamos, el Derecho Internacional de Inversiones ha experimentado un cambio en su estructura como respuesta a las crecientes crisis de legitimidad del sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados, habiendo para ello reconocido la doctrina, generaciones en la evolución de los TBI, mismas que evidencian los cambios en el equilibrio entre la protección del capital privado y el cuidado del margen regulatorio estatal.[18]

Describiendo esta evolución, a los TBI de primera y segunda generación caracterizados por tener un enfoque asimétrico absoluto, con cláusulas TJE laxas y sin excepciones ambientales, les siguen los de tercera generación que contemplan la inclusión de cláusulas de no atracción de capitales laxas; y finalmente, los modelos recientes aplicados por CIADI que incluyen el Poder de Policía, excluyen los subsidios verdes y fijan obligaciones directas a los inversores por daño ambiental.

Los TBI de primera y segunda generación fueron propios de las décadas de 1980 y 1990 y tenían por objetivo unívoco blindar al inversor extranjero frente al riesgo político en los países en desarrollo, siendo concebidos bajo el Consenso de Washington.[19] Bajo este modelo originario, los estándares de Trato Justo y Equitativo, la Cláusula de la Nación más Favorecida y las disposiciones sobre expropiación indirecta se configuraron con cláusulas abiertas, que no contaban con ninguna precisión semántica; esta distensión textual dotó a los tribunales arbitrales de un poder discrecional amplio, que se tradujo en una interpretación que subsumía cualquier medida regulatoria general aplicada por el Estado, fuera fiscal, sanitaria o ambiental, y que afectara la rentabilidad de la inversión, dentro de la categoría de expropiación o violación al TJE.[20]

Fue entonces que, ante las crecientes demandas que afectaban las políticas públicas nacionales, emergió una tercera generación de Tratados a partir de la década del 2000, que estuvo fuertemente influenciada por los capítulos de inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los modelos de TBI de Estados Unidos y Canadá[21] que introdujeron las llamadas cláusulas de salvaguarda ambiental, así como disposiciones de no atracción de capitales mediante la flexibilización de estándares

[16] Organización de las Naciones Unidas, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 31.3.c.

[17] Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas de Bilbao vs. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo del 8 de diciembre de 2016, párr. 1190 a 1195.

[18] Jorge E. Viñuales, Foreign Investment and the Environment in International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 34-41.

[19] Martti Koskenniemi, The Politics of International Law (Oxford: Hart Publishing, 2011), 325.

[20] Vaughan Lowe, "International Investment Law and the Individual", en International Investment Law and Human Rights, ed. Filippo Fontanelli (Londres: Routledge, 2020), 28.

[21] Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, International Environmental Law, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 415.

ecológicos, que constituyeron el compromiso de no relajar las leyes ambientales para atraer inversión.[22]
Posteriormente, en las reformas más contemporáneas, se ha avanzado redefiniendo el llamado *poder de policía* (*police power*) del Estado dentro del propio Tratado, los modelos recientes de TBI y los capítulos de inversión de megatratados regionales que establecen taxativamente que las medidas estatales de carácter general, no discriminatorias, adoptadas de buena fe y dirigidas a la protección de la salud pública, la seguridad o el medio ambiente no constituyen una expropiación indirecta, como lo habíamos explicado y, por ende, no generan el derecho a una compensación económica. Este giro radical pretende aplicar normativamente un límite a la interpretación de los árbitros con tendencia proteccionista de los inversores, tratando de armonizar sistemáticamente las inversiones con los propósitos climáticos del Acuerdo de París y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de aplicación global.

3.1. Poder de policía del Estado

Consideramos pertinente aclarar este término que, en el arbitraje de inversiones se viene empleando como ya lo hemos visto, como un estándar que implica la facultad soberana de los Estados para regular asuntos de interés público como la salud, el medio ambiente, la moral o la seguridad; cuando un Estado ejerce este poder de buena fe, de manera no discriminatoria y proporcional, las medidas regulatorias no constituyen expropiación indirecta y, por tanto, el Estado no está obligado a pagar compensación económica al inversor afectado.[23]

Se constituye como uno de los mecanismos de defensa más importantes de los Estados frente a reclamaciones de inversores en tribunales internacionales ante el CIADI o la Corte Permanente de Arbitraje y funciona bajo los siguientes criterios y características:

3.1.1. Exención de pago por expropiación

Como ya se advirtió, los Tratados Bilaterales de Inversión protegen a los inversores extranjeros frente a la expropiación ilegal o al perjuicio sobre sus inversiones sin la indemnización adecuada. Sin embargo, si el daño económico surge como resultado del ejercicio legítimo del poder de policía; la medida se considera un acto regulatorio válido y no una expropiación compensable.

3.1.2. Condiciones para su aplicación

El Estado afectado debe demostrar que sus medidas cumplen con tres requisitos fundamentales para que un tribunal arbitral acepte esta defensa:

A. **Buena fe:** Debe identificarse plenamente que estén orientadas a proteger el interés público y no a perjudicar intencionalmente la inversión extranjera.
B. **No discriminación:** La aplicación normativa debe serlo por igual tanto a inversores nacionales como extranjeros en situaciones similares.
C. **Proporcionalidad:** El perjuicio causado al inversor no debe ser excesivo o desproporcionado en relación con el objetivo público que se busca alcanzar.

[22] Philippe Sands y Jacqueline Peel, Principles of International Environmental Law, 4a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 845.
[23] Cantillo, Alejandro Linares. El derecho aplicable en el arbitraje de inversión: la tensión con el derecho interno. Vol. 13. Universidad Externado, 2019.

3.1.3. Derecho a regular

En la doctrina académica y los laudos arbitrales, el poder de policía suele utilizarse como sinónimo del derecho a regular del Estado, el cual ya ha sido desarrollado extensamente por instituciones como *Jus Mundi*.[24]

IV. RECONVENCIÓN COMO HERRAMIENTA DE JUSTICIA AMBIENTAL

Habiendo ya identificado la asimetría procesal que se ha presentado históricamente en el sistema de SCIE, señalamos que esta ha dado origen a una suerte de canal de mitigación que se presenta por medio de demandas reconvencionales o contrademandas (*counterclaims*). Como ya advertimos, generalmente los TBI tenían como única posibilidad de que sea el inversor extranjero quien tuviera el derecho de accionar contra el Estado anfitrión, y este sólo podía jugar el rol de defensa de su posición, no pudiendo exigir el cumplimiento de responsabilidades patrimoniales directas por daños socioambientales y violaciones de derechos humanos que se hubieran cometido en su territorio por la transnacional.[25]

Entonces, las demandas reconvencionales o contrademandas se presentan como la vía más apropiada para superar el sistema de resolución de disputas unidireccional y asimétrico en aras de uno bidireccional y recíproco. Como se ha referido, se impedía históricamente, en los arbitrajes de inversiones, que los Estados dedujeran pretensiones indemnizatorias de forma autónoma por los pasivos ambientales dejados por las corporaciones; sin embargo, hay una tendencia de subvertir esta postura permitiendo que los Estados planteen demandas frente a la violación de derechos humanos o normas ambientales por parte de los inversores.

Esa situación de desventaja de los Estados, se purga con la siguiente dinámica; ante la pretensión de un inversor extranjero que demanda el cumplimiento del TJE o presunta expropiación encubierta al Estado anfitrión, este a su vez puede reconvenir o contrademandar por daño ambiental o vulneración de Derechos Humanos; dependiendo la procedencia del requisito de la presencia del nexo causal y el consentimiento conexo.

En la práctica se tiene como principal obstáculo jurídico para la procedencia de las reconvenciones la determinación del consentimiento y el alcance de la jurisdicción del tribunal; dado que el TBI es un acuerdo entre Estados, el argumento más recurrente es que el inversor privado no es parte firmante del Tratado, por lo que no ha manifestado su consentimiento para asumir obligaciones internacionales. Sin embargo, la doctrina seguida por algunos tribunales arbitrales ha fijado la postura de que cuando se activa el mecanismo arbitral del Tratado, el inversor extranjero se somete a los beneficios y cargas procesales derivadas del mismo, salvo que exista una prohibición expresa de las contrademandas en el texto convencional.

Cabe mencionar que actualmente se considera que, el éxito de una reconvención estatal ante el CIADI requiere superar dos rigurosos test jurídicos:

4.1. Consentimiento Conexo

[24] Delgado Mondragón, M. A. (2022). El arbitraje internacional de inversiones y la «defensa» de los Estados en nuestros tiempos,¿ necesidad de reforma del sistema?.

[25] Viñuales, Foreign Investment, 210-215.

La condición es que el TBI aplicable o el acuerdo de inversión debe ser lo suficientemente amplio como para permitir que los conflictos comprendan cualquier controversia relativa a la inversión, abriendo la posibilidad a las contrademandas estatales.

4.2. La Relación de Causalidad e Interconexión

Debe existir un nexo jurídico y fáctico directo entre la demanda principal del inversor y la reconvención del Estado, ya que esta última no puede ser una demanda nueva o aislada; por ejemplo, por la revocación de una licencia y por el daño ambiental que motivó la revocación de dicha licencia.[26]

Comentamos antes también que en el caso *Urbaser S.A. vs. Argentina* se reconoció que los inversores extranjeros tienen derechos y obligaciones en materia de derechos humanos; entonces se discutía el derecho al agua, que había sido recientemente reconocido como tal, marcándose un nuevo punto de partida que, aunque disruptivo, pretende que el inversor no desconozca el impacto socioambiental de su inversión amparándose en el TBI.

En este caso, Argentina formuló una reconvención exigiendo una indemnización a la concesionaria debido a que la deficiente prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico que prestaba la empresa, afectaba gravemente el derecho al agua de la población; trazándose, dicho sea de paso, y a partir de ello también el camino para desarrollar el contenido protegido de este derecho humano.[27] En su laudo el tribunal arbitral dictaminó que las corporaciones transnacionales ya no operan en un vacío legal ajeno al DIDH y que, en consecuencia, son sujetos capaces de contraer obligaciones internacionales directas en contextos donde sus operaciones afecten derechos fundamentales.[28] Cabe indicar que, aunque la contrademanda fue desestimada por el tribunal al no haberse especificado el nexo causal contractual, con este laudo se destruyó el aislamiento procesal del régimen de inversiones, dogmatizado hasta entonces.[29]

Esta tendencia fue posteriormente adoptada en otros casos que presentaremos más adelante, quedando fijada la postura de que se pueden establecer obligaciones ambientales a inversores extranjeros permitiendo que los Estados invoquen en DAI y el DIDH, no solo como justificación o escudo argumentativo, sino también, como arma procesal legítima para obtener la reparación de los daños socioambientales.

V. ANÁLISIS DE CASOS EMBLEMÁTICOS

Como correlato, los cambios producidos en los Tratados Bilaterales de Inversión y los textos convencionales, así como la nueva postura de los tribunales han permitido en la jurisprudencia del arbitraje de inversión, un viraje a favor de la equidad ambiental, y si bien el SCIE no contempla un régimen de precedentes vinculantes, algunos laudos recientemente emitidos avizoran un cambio de paradigma hacia una tendencia hermenéutica en que se contempla al interés público y la protección del medio ambiente como elementos determinantes para rechazar pretensiones económicas

[26] Philippe Sands y Jacqueline Peel, Principles of International Environmental Law, 4a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 850.

[27] Pierre-Marie Dupuy y Jorge E. Viñuales, International Environmental Law, 2a ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 422.

[28] Martti Koskenniemi, The Politics of International Law (Oxford: Hart Publishing, 2011), 338.

[29] David R. Aven and others v. Republic of Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3, Laudo Definitivo (7 de agosto de 2018), párr. 735-742.

presentadas por transnacionales. En adelante, algunos de estos casos ordenados cronológicamente:

5.1. Philip Morris Brands Sàrl vs. República Oriental del Uruguay (2016)

Se centra en el ámbito de la salud pública; este laudo sentó las bases contemporáneas para el reconocimiento del poder de policía del Estado frente a las expectativas legítimas del inversor; la tabacalera transnacional, en este caso, alegó que las regulaciones de etiquetado plano impuestas por Uruguay destruían el valor de sus marcas registradas, constituyendo una violación del TJE y una expropiación indirecta, pero el laudo desestimó la demanda estableciendo que las exigencias del estándar de TJE no obstan que un Estado modifique su marco legal de forma razonable y proporcional ante una emergencia de salud pública; señaló además que las medidas fueron adoptadas de buena fe y para proteger el interés público, ratificándolas y declarándolas no compensables.

5.2. Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú (2017)

Lo particular de este caso es que se incorporan a la discusión los derechos de los pueblos indígenas y la conflictividad socioambiental como variables de responsabilidad corporativa. Se origina por la revocatoria por parte del Estado Peruano de la autorización del proyecto minero Santa Ana, luego de una asolada de protestas contra una posible contaminación hídrica y el no haber llevado adelante la consulta previa efectiva.[30] Si bien, la mayoría del tribunal arbitral halló una violación al Tratado por la forma en que el Estado gestionó la revocación, el árbitro Philippe Sands sustentó un voto disidente argumentando que la empresa minera carecía de un "título limpio" al no haber obtenido válida y eficazmente la licencia social requerida para operar de manera viable, remarcando el deber de cumplimiento de los estándares del convenio 169 de la OIT que se extiende a las corporaciones internacionales y que tal negligencia rompe el nexo de causalidad para exigir las reparaciones estatales íntegras que pretendía con su demanda.[31]

5.3. Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia (2021)

En este proceso arbitral, el conflicto versó sobre las restricciones que el Estado colombiano impuso a la explotación minera en el Páramo de Santurbán, que resulta ser un ecosistema estratégico de alta montaña, que resulta imprescindible para preservar las fuentes de agua dulce y la captura de carbono.[32] La minera de capitales canadienses demandó al Estado invocando el TLA canadiense-colombiano, señalando que la delimitación ambiental del páramo vulneraba el TJE; fue entonces que el tribunal, admitiendo que la protección del espectro del páramo era una medida legítimamente aplicada defendiendo el bien público y una finalidad ecológica, en una decisión controversial, falló en mayoría que el TBI no eximía al Estado de indemnizar a la transnacional bajo el estándar del TJE; evidenciando de esta manera que, a pesar de los avances interpretativos que buscan proteger el ecosistema de los Estados, aún persiste la postura, felizmente bastante aislada, de que reconociendo el derecho del Estado de proteger el ecosistema, no lo exime de la penalidad económica en favor de los inversores.[33]

---

[30] Bear Creek Mining Corporation v. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/14/21, Laudo Definitivo (30 de noviembre de 2017), párr. 132.
[31] Ibid., párr. 10-18.
[32] Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Direccionamiento de Daños (9 de septiembre de 2021), párr. 220.
[33] Ibíd., párr. 490-502.

Estos tres casos son pues, una muestra de cómo se han venido desarrollando los procesos arbitrales de inversiones, con las decisiones de los tribunales polarizadas y una interpretación que, si bien, se orienta al reconocimiento de los Derechos Humanos y el DAI, aún no se consolida en la aceptación de las facultades de los Estados de proteger los mismos derechos y eximirlos de responsabilidades económicas ante inversores extranjeros por un cambio de reglas para tutelar sus ecosistemas.

VI. PONDERACIÓN DE DERECHOS

Los tribunales arbitrales entonces, tienen en sus manos la posibilidad de aplicar la ponderación entre la seguridad jurídica y los derechos que inciden colectivamente; deben asumir que la primera no resulta ser absoluta frente a los segundos, el árbitro tiene que establecer entre los derechos fundamentales y las libertades económicas cuál es el peso de la protección ambiental en el caso concreto, superando la idea de que los TBI son camisas de fuerza de las cuales no se puede salir; mucho menos cuando se trata de la protección del ecosistema de un Estado.[34]

Por último, se puede afirmar entonces que, la evidenciada colisión del DAI y el régimen de inversiones obedece a la presencia de los modelos de TBI de primera y segunda generación, los cuales resultan anacrónicos; siendo necesario establecer un equilibrio entre la soberanía de los Estados en cuanto a la defensa socioambiental y la seguridad jurídica que ampara a la inversión extranjera, como partes en los contratos de inversión producto de los convenios comerciales interestatales.

VI. CONCLUSIONES

1. El tránsito del orden jurídico internacional de un modelo unitario hacia una fragmentación estructural, genera una colisión entre la protección de capitales transnacionales por parte del Régimen internacional de inversiones y el Derecho Internacional Ambiental y los Derechos humanos, puntualmente en cuanto a la preservación de la dignidad humana y la biosfera, provocando fallos arbitrales contradictorios para los Estados.

2. Las cláusulas de estabilización tradicionales actúan como un freno para el desarrollo normativo de los Estados anfitriones, quienes para evitar demandas millonarias en tribunales arbitrales como el CIADI, optan por la abstención legislativa, evitando la adopción de normativas ambientales estrictas o políticas de protección social necesarias.

3. El tránsito de diseño de los TBI de los modelos de primera y segunda generación hacia los modelos de tercera y cuarta generación garantiza medianamente la incorporación de salvaguardas ambientales y pauta la interpretación de la expropiación indirecta de manera restrictiva. Los Estados pueden realizar reformas ambientales para paliar crisis climáticas o demandas sociales, siempre que no violen el TJE, para lo cual se debe cumplir con a) aplicarlas de forma general, b) adoptarse de buena fe para un interés público urgente y c) respetar el principio de proporcionalidad; con lo cual no tienen la obligación de indemnizar al inversor.

4. A partir del caso *Urbaser S.A. vs. Argentina* y otros casos emblemáticos, se han ido fijando criterios jurisprudenciales a favor de la admisión de reconvenciones por parte de los Estados, rompiendo así con la histórica unidireccionalidad en las demandas dentro del sistema de solución de controversias de inversión, pudiendo resultar las mismas en obligaciones por daños socioambientales.

[34] Sotomayor y Ancí, ibid.

5. La jurisprudencia arbitral actual se encuentra en una etapa de polarización y cambio de paradigma, como lo demuestran los casos expuestos, por lo que es imperativo que los tribunales arbitrales internacionales apliquen la ponderación para superar el anacronismo de los TBI integrando sistemáticamente el Derecho Internacional para evitar que los intereses económicos de los inversores sigan prevaleciendo ante la protección de ecosistemas globales.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, Fernando. *La creación de derecho y la aplicación del derecho*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2005.
- *Burlington Resources Inc. vs. República del Ecuador*. Caso CIADI No. ARB/08/5. Laudo sobre Decisión de Responsabilidad (14 de diciembre de 2012).
- Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). *La fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/L.682. Ginebra: Naciones Unidas, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-23/17: Medio Ambiente y Derechos Humanos*. 15 de noviembre de 2017.
- Dupuy, Pierre-Marie y Jorge E. Viñuales. *International Environmental Law*. 2a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- José Enrique Sotomayor y Noemí Ancí, *El problema de los empates ponderativos de derechos fundamentales en la teoría de Robert Alexy* (México: Ubijus, CEAD, 2017), 112.
- Koskenniemi, Martti. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- Lowe, Vaughan. "International Investment Law and the Individual". En *International Investment Law and Human Rights*, editado por Filippo Fontanelli, 23-45. Londres: Routledge, 2020.
- Moya, Carlos. *El libre albedrío: Un estudio filosófico*. Madrid: Cátedra, 2017.
- Organización de las Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969.
- Osna, Gustavo. "Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution". *Derecho PUCP*, No. 83 (2019): 9-27.
- Sands, Philippe y Jacqueline Peel. *Principles of International Environmental Law*. 4a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- UNCTAD. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Ginebra: Naciones Unidas, 2015.
- Viñuales, Jorge E. *Foreign Investment and the Environment in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Jurisprudencia

- *Bear Creek Mining Corporation vs. República del Perú*. Caso CIADI No. ARB/14/21. Decisión sobre irregularidad en la adquisición de tierras por estar en zona de frontera (Noviembre de 2017).
- *Eco Oro Minerals Corp. vs. República de Colombia*. Caso CIADI No. ARB/16/41. Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Direccionamiento de Daños (9 de septiembre de 2021).
- *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia, Publicam vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/07/26. Laudo Definitivo (8 de diciembre de 2016).
- *Vattenfall AB and others vs. Federal Republic of Germany*. Caso CIADI No. ARB/12/12 (Procedimiento concluido por acuerdo de las partes en 2021).

EL ÁRBITRO COMO GESTOR DE LA EFICIENCIA PROCESAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Autor:
Adolfo Pulgar Soarez

EL ÁRBITRO COMO GESTOR DE LA EFICIENCIA PROCESAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

The arbitrator as manager of procedural efficiency in international commercial arbitration

Adolfo Pulgar Soarez [1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La promesa doctrinal de la eficiencia del arbitraje.
III. La percepción de los usuarios: qué nos dice la encuesta QMUL 2025.
IV. La verdadera tensión: inadecuados incentivos procesales e interpretación expansiva de la noción de debido proceso.
V. Hacia una concepción funcional del debido proceso arbitral.
VI. El árbitro como gestor de la eficiencia procesal.
VII. Conclusiones.

Resumen

La eficiencia ha sido tradicionalmente uno de los atributos distintivos del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la evidencia empírica reciente revela insatisfacción de los usuarios debido al incremento de los costos, la duración y la complejidad de los procedimientos. Este artículo sostiene que dicha brecha entre la promesa de eficiencia y la práctica arbitral contemporánea no obedece principalmente a deficiencias del marco normativo, sino a una interpretación expansiva del debido proceso y a una gestión inadecuada del procedimiento arbitral. A partir del análisis de legislación comparada, reglamentos arbitrales, instrumentos de *soft law* y la práctica arbitral internacional, se desarrolla una concepción funcional del debido proceso arbitral y se propone la categoría del árbitro como gestor de la eficiencia procesal. Desde esta perspectiva, la función del tribunal arbitral trasciende la mera resolución de la controversia e incorpora el diseño, la organización y la adaptación continua del procedimiento conforme a criterios de necesidad, proporcionalidad y economía procesal. Finalmente, el trabajo sistematiza las principales técnicas contemporáneas de *case management* y examina el papel de las tecnologías digitales y de la inteligencia artificial como herramientas destinadas a fortalecer la gestión eficiente del procedimiento, sin sustituir la función jurisdiccional del árbitro.

[1] Abogado. Magíster en Administración (MBA). Máster en Derecho de Empresa. Árbitro integrante de nóminas de árbitros de instituciones arbitrales peruanas e internacionales. Especialista en arbitraje comercial internacional, construcción, contratación pública y proyectos de infraestructura. Correo de contacto: adolfo@pulgarabogados.com

Palabras clave

Arbitraje comercial internacional/ Eficiencia procesal/ Gestión del procedimiento arbitral/ Case management; debido proceso arbitral/ Técnicas del procedimiento arbitral/ Inteligencia artificial; soft law.

Abstract

Efficiency has traditionally been regarded as one of the defining features of international commercial arbitration. Recent empirical evidence, however, reveals users' dissatisfaction resulting from increasing costs, longer proceedings, and greater procedural complexity. This article argues that the gap between arbitration's promise of efficiency and contemporary practice stems not primarily from deficiencies in the applicable legal framework, but from an expansive understanding of due process and inadequate procedural management. Drawing upon comparative arbitration legislation, institutional arbitration rules, soft law instruments, and international arbitral practice, the article develops a functional conception of arbitral due process and advances a new analytical framework: the arbitrator as manager of procedural efficiency. From this perspective, the arbitral tribunal's role extends beyond dispute resolution to encompass the design, planning, and continuous adaptation of the proceedings according to the principles of necessity, proportionality, and procedural economy. Finally, the article systematizes the principal contemporary case management techniques and examines the role of digital technologies and artificial intelligence as tools for enhancing procedural efficiency while preserving the arbitrator's decision-making function.

Keywords

International commercial arbitration/ Procedural efficiency/ Arbitral case management/ Arbitral due process/ Procedural proportionality/ Procedural management/ Artificial intelligence/ Soft law.

I. INTRODUCCIÓN

La eficiencia constituye una de las ventajas competitivas del arbitraje comercial internacional y una de las razones que explican su consolidación como mecanismo preferido para la resolución de controversias transfronterizas. La posibilidad de obtener decisiones especializadas y susceptibles de ejecución internacional en un procedimiento flexible diferencia al arbitraje de la jurisdicción estatal y ha sustentado gran parte de su legitimidad en el mundo de los negocios.

Sin embargo, la encuesta de la Queen Mary University of London International Arbitration Survey 2025, desarrollada en colaboración con White & Case LLP[2] (en adelante, la encuesta QMUL 2025) revela una aparente paradoja. Aunque el arbitraje internacional continúa siendo el mecanismo de resolución de controversias transfronterizas preferido por sus usuarios, estos perciben de manera creciente que los procedimientos arbitrales se han vuelto más largos, más costosos y complejos. La promesa de eficiencia parece, así, entrar en tensión con su práctica. La percepción de ineficiencia no responde a una insuficiencia normativa, ni a un déficit de garantías procesales. Por el contrario, el arbitraje internacional mantiene sus pilares en la autonomía de la voluntad, la flexibilidad procedimental, la mínima intervención judicial y la ejecutabilidad global de los laudos.

[2] Queen Mary University of London y White & Case LLP, 2025 International Arbitration Survey: The Path Forward – Realities and Opportunities in Arbitration (Londres: Queen Mary University of London, School of International Arbitration, 2025)

Este trabajo sostiene que una de las principales amenazas para la eficiencia del arbitraje parece encontrarse en la manera en que determinadas dinámicas procesales e incentivos han favorecido la expansión progresiva del entendimiento del debido proceso más allá de lo razonablemente necesario, que ha contribuido a incrementar la complejidad, los costos y la duración de los arbitrajes. Se propone, en consecuencia, una concepción funcional del debido proceso arbitral y la consolidación del árbitro como gestor de la eficiencia, de manera que la eficiencia sea comprendida no como una restricción de las garantías fundamentales, sino como una condición necesaria para su efectividad. Se sostiene que el debido proceso arbitral no garantiza la máxima intensidad procedimental posible, sino una oportunidad efectiva y razonable para que las partes presenten sus posiciones. Desde esta perspectiva, la eficiencia no limita el debido proceso, sino que constituye una condición para su efectividad.

La propuesta desarrollada en este trabajo no desconoce que las facultades de dirección del tribunal arbitral encuentran un límite en las disposiciones imperativas y en el orden público del Estado de la sede. Como señalan Blackaby et al., las partes no pueden conferir al tribunal arbitral poderes que permitan conducir el arbitraje de manera contraria a dichas normas. Sin embargo, y dentro de ese marco, el tribunal arbitral dispone de amplias facultades para conducir el procedimiento. El ejercicio de esas facultades por los árbitros que respeten la autonomía de la voluntad, el trato igualitario de las partes, los principios de audiencia y contradicción, así como el orden público y normas imperativas, no solo resulta compatible con el debido proceso, sino que constituye una garantía de este. En consecuencia, las decisiones procesales adoptadas con criterios de necesidad, proporcionalidad y eficiencia que gestionen y limiten tácticas de guerrilla o conductas dilatorias no deberían ser objeto de cuestionamiento judicial.

II. LA PROMESA DOCTRINAL DE LA EFICIENCIA DEL ARBITRAJE

La autonomía de la voluntad constituye el fundamento del arbitraje comercial y se materializa en el convenio arbitral. Fernández Rozas et al.[3] sostienen que este constituye una institución jurídica de naturaleza compleja, pues, aunque se configura como un acuerdo contractual, produce esencialmente efectos procesales. Mientras que las normas materiales regulan su existencia y validez, las normas procesales determinan sus principales efectos, entre ellos, la atribución de competencia a los árbitros y la exclusión de la jurisdicción estatal.

Como manifestación de la autonomía privada, el convenio arbitral no solo explica la decisión de las partes de someter sus controversias al arbitraje, sino que constituye también el fundamento de la flexibilidad procedimental que caracteriza a este mecanismo. En efecto, las partes pueden acordar las reglas aplicables al proceso y/o someterse a reglamentos institucionales que confieren amplias facultades al tribunal arbitral para dirigir el arbitraje, complementar las reglas procesales y adoptar las medidas necesarias para una conducción eficiente del proceso. Sobre esta característica, Born[4] señala que ello responde a la flexibilidad inherente del proceso arbitral, que deja a las partes y a los árbitros en libertad para diseñar procedimientos ajustados a la controversia y al contexto jurídico o cultural específico.

Desde una perspectiva de *management*, la eficiencia supone maximizar el aprovechamiento de recursos escasos, ya sea capital, tiempo o trabajo, de manera que

[3] José Carlos Fernández Rozas, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa Casas, Principios generales del arbitraje (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 38.
[4] Gary B. Born, "Overview of International Commercial Arbitration," en International Commercial Arbitration, 3.ª ed. (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 19.

los objetivos sean alcanzados al menor costo posible. Como señala Ramanna[5], la eficiencia constituye la esencia misma de la dinámica competitiva, en la medida en que las organizaciones incapaces de gestionar adecuadamente sus recursos serán superadas por las que sí lo logran.

Trasladada al arbitraje comercial internacional, la eficiencia se traduce en la capacidad de administrar racionalmente recursos ajenos —tiempo y costos en que incurren las partes derivados de las actividades propias del arbitraje— para resolver la controversia de manera especializada en un plazo razonable. La economía procesal, entendida como la optimización de recursos y la reducción de costos y tiempos innecesarios, constituye una de las promesas del arbitraje. En este sentido, Stampa señala que la tramitación del procedimiento arbitral asocia automáticamente dos conceptos: rentabilización y celeridad o, si se prefiere, costes y tiempo.

Por ello, la eficiencia no constituye un atributo accesorio del arbitraje, sino una expectativa central de sus usuarios y una de las razones fundamentales que han justificado su preferencia frente a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como advierte Stampa, el diseño y desarrollo del procedimiento arbitral constituyen una responsabilidad compartida entre las partes y los árbitros; a la que cabe añadir, la participación de las instituciones arbitrales y sus reglamentos. La eficiencia arbitral posee, por consiguiente, una dimensión sistémica, aunque su consecución depende principalmente de la capacidad del árbitro para actuar como un gerente del procedimiento arbitral.

La autonomía de la voluntad, la flexibilidad procedimental y la eficiencia como valores estructurales del arbitraje encuentran reflejo positivizado en legislaciones iberoamericanas.

Brasil. La Ley N.º 9.307/1996, de 23 de septiembre de 1996, modificada por la Ley N.º 13.129/2015, reconoce la autonomía de la voluntad en materia procedimental. El artículo 21 permite que las partes determinen las reglas del arbitraje, remitan el procedimiento a reglamentos institucionales o deleguen su configuración al tribunal arbitral. A falta de acuerdo, corresponde al tribunal fijar el procedimiento, respetando los principios de contradicción, igualdad, imparcialidad y libre valoración de la prueba, como lo comentan Paluma y Cardoso[6].

Ecuador. La Ley de Arbitraje y Mediación fue expedida mediante la Ley N.º 000. RO/145, y posteriormente codificada en el 2026. Jara[7] destaca la flexibilidad procedimental y atribuye al tribunal arbitral facultades para ordenar las actuaciones para el esclarecimiento de los hechos.

España. La Ley 60/2003, de Arbitraje, configura un modelo basado en la autonomía de la voluntad, la flexibilidad procedimental y la dirección del procedimiento por parte del tribunal arbitral. Los artículos 24 y 25 garantizan la igualdad, audiencia y contradicción, facultando a las partes a acordar el procedimiento y, en su defecto, autorizando a los árbitros a dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, incluyendo la admisión, práctica y valoración de la prueba.

---

[5] Karthik Ramanna, "Governments Should Be Effective, Not Efficient," Harvard Business Review, December 3, 2024, https://hbr.org/2024/12/governments-should-be-effective-not-efficient

[6] Thiago Paluma y Tatiana Cardoso Squeff, "La regulación del arbitraje comercial internacional en Brasil," en Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica, ed. Carlos Esplugues (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 209–210.

[7] María Elena Jara Vásquez, "La regulación del arbitraje comercial internacional en Ecuador," en Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica, ed. Carlos Esplugues (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 355.

Perú. El 28 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, y posteriormente complementado por modificaciones, particularmente en materia de arbitrajes en los que interviene el Estado. El artículo 34 reconoce la autonomía de la voluntad en la configuración del procedimiento arbitral. En ausencia de acuerdo o de un reglamento institucional, corresponde al tribunal arbitral establecer las reglas procesales, garantizando la igualdad de las partes y oportunidad para el ejercicio de su derecho de defensa.

Colombia. El artículo 58 de la Ley 1563 de 2012 permite que, en los arbitrajes internacionales en los que el Estado no sea parte, los particulares acuerden las reglas del procedimiento, ya sea directamente o mediante remisión a un reglamento institucional. Madrid señala que la limitante de la voluntad es el debido proceso, derecho a la defensa y la igualdad de partes.

Panamá. La Ley N.º 131 fue aprobada el 31 de diciembre. Selva, al comentar las disposiciones de sustanciación del procedimiento arbitral, destaca tanto el principio de igualdad de las partes como la libertad para determinar el procedimiento arbitral o someterse a las reglas de una institución arbitral, consolidando un modelo de amplia flexibilidad procedimental.

Argentina. La Ley N.º 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional de julio de 2018 contempla el trato igualitario a las partes y de darles oportunidad de hacer valer sus derechos. María All y Pallarés[8] señalan que las partes pueden convenir el procedimiento y, a falta de acuerdo, corresponde al tribunal, con sujeción a las disposiciones de la propia ley, dirigir el arbitraje.

El análisis comparado de las legislaciones iberoamericanas evidencia una clara convergencia hacia un modelo arbitral inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI, la Convención de Nueva York de 1958, la autonomía de la voluntad, la mínima intervención judicial y la ejecutabilidad de los laudos. En todas estas jurisdicciones, el arbitraje ha sido concebido como un mecanismo flexible y potencialmente más eficiente que la jurisdicción estatal.

Este diseño para la eficiencia descansa sobre tres pilares: la autonomía de la voluntad, que permite a las partes configurar el procedimiento; la flexibilidad procedimental, que posibilita adaptar el arbitraje a las particularidades de cada controversia; y la economía procesal, orientada a la utilización racional del tiempo y los costos del procedimiento. La eficiencia en el arbitraje surge, así, de la interacción entre estos elementos y constituye una de las razones que explican la preferencia de los usuarios por el arbitraje comercial internacional.

III. LA PERCEPCIÓN DE LOS USUARIOS: QUÉ NOS DICE LA ENCUESTA QMUL 2025

Sin embargo, la promesa de eficiencia del arbitraje comercial internacional contrasta con una percepción extendida entre sus usuarios acerca del incremento de los costos, la duración de los procedimientos y la complejidad procesal. Esta aparente paradoja puede ser examinada a partir de la evidencia empírica proporcionada por la encuesta QMUL 2025[9]. Sus resultados muestran que el arbitraje mantiene una posición predominante como mecanismo de resolución de controversias transfronterizas. Una amplia mayoría de los encuestados (87 %) elige el arbitraje para resolver controversias transfronterizas, ya sea

[8] María All y Pallarés, "La regulación del arbitraje comercial internacional en Argentina," en Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica, ed. Carlos Esplugues (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 143–144.
[9] QMUL Survey 2025, 2 y 5.

como mecanismo autónomo (39 %) o combinado con mecanismos alternativos de resolución de disputas (ADR) (48 %).

Asimismo, la encuesta revela que los usuarios continúan valorando especialmente algunas de las ventajas estructurales que han distinguido al arbitraje internacional, entre ellas, la flexibilidad del procedimiento, la experiencia y especialización de los árbitros, la relativa eficiencia y rapidez del mecanismo y, sobre todo, la ejecutabilidad global de los laudos arbitrales. Precisamente por ello, resulta particularmente significativa la creciente percepción de pérdida de eficiencia identificada por los propios usuarios. La referida encuesta identifica cinco factores que afectan negativamente la percepción de eficiencia del arbitraje internacional.

En primer lugar, el 24 % de los encuestados señala los enfoques excesivamente adversariales de los abogados. Según los usuarios, determinadas estrategias procesales incrementan innecesariamente la confrontación entre las partes, multiplican los incidentes procesales, amplían la actividad probatoria y elevan los costos y la duración del procedimiento.

En segundo lugar, el 23 % identifica la falta de gestión proactiva del caso por parte de los árbitros. Los usuarios perciben que algunos tribunales arbitrales adoptan una posición excesivamente pasiva, evitan imponer límites procesales, conceden extensiones innecesarias y muestran reticencia a ejercer activamente sus facultades de dirección del procedimiento.

En tercer lugar, el 22 % critica el denominado over-lawyering, manifestado en la presentación de escritos excesivamente extensos, solicitudes desproporcionadas de producción documental, proliferación de alegaciones e incremento artificial de la complejidad del procedimiento.

Asimismo, otro 22 % advierte retrasos en la emisión de los laudos arbitrales, mientras que el 15 % considera que el procedimiento ha desarrollado niveles excesivos de formalismo.

Estos resultados sugieren que la principal preocupación de los usuarios no reside en las normas y reglamentos, sino en la manera en que se gestiona el procedimiento arbitral. Los factores identificados se relacionan con la utilización de las herramientas procesales, la conducción del procedimiento y el ejercicio de las facultades de dirección por parte del tribunal arbitral. La percepción contemporánea de ineficiencia responde a un problema de inadecuada gestión del proceso. La cuestión central consiste, entonces, en explicar cómo un mecanismo concebido como flexible y eficiente ha llegado a ser percibido por sus usuarios como menos eficiente.

3.1 De la percepción de ineficiencia a las respuestas sugeridas en la encuesta QMUL 2025

La preocupación por la pérdida de eficiencia del arbitraje internacional no se limita a la identificación de los problemas. La encuesta QMUL 2025[10] permite advertir un importante consenso de las herramientas que podrían contribuir a mejorar el funcionamiento del procedimiento. En efecto, el 50 % de los encuestados identificó a los procedimientos expeditos (*Expedited Procedures*) para mejorar la eficiencia, mientras que el 49 % señaló la determinación temprana de pretensiones manifiestamente infundadas (*Early Determination*). Ambos resultados revelan la preferencia por mecanismos que permitan decisiones tempranas, una gestión procesal más activa y una racionalización de las actuaciones procesales.

[10] QMUL Survey 2025, p. 3.

3.2 De la percepción de ineficiencia a las respuestas institucionales en el 2026

La encuesta también evidencia una marcada preferencia por reglamentos arbitrales que incorporan herramientas de gestión eficiente del procedimiento[11]. En este contexto, las *ICC Arbitration Rules* se mantienen como el reglamento arbitral más preferido en la mayoría de las regiones del mundo, especialmente en Latinoamérica y el Caribe (74 %), Europa (60 %), Oriente Medio (59 %), África (53 %) y Norteamérica (55 %) y en esta última región seguida de cerca por las reglas de la AAA-ICDR.

Las respuestas propuestas para la encuesta QMUL 2025 encuentran ya reflejo en la evolución reciente de diversos reglamentos arbitrales. Las *ICC Arbitration Rules 2026*, vigentes desde el 1 de junio de 2026[12], incorporan mecanismos dirigidos a racionalizar el procedimiento arbitral, entre ellos la determinación temprana de pretensiones manifiestamente infundadas (*Early Determination*), la ampliación del procedimiento expedito (*Expedited Procedure*) y la creación del *Highly Expedited Arbitration Procedure*.

El artículo 30 de las *ICC Arbitration Rules 2026* incorpora expresamente la *Early Determination*, facultando al tribunal arbitral para resolver anticipadamente pretensiones o defensas manifiestamente infundadas o ajenas a su jurisdicción. El mecanismo prevé una etapa previa de admisibilidad antes del pronunciamiento sobre el fondo, estructura que, según Clifford Chance[13] busca evitar su utilización con fines dilatorios y reducir el riesgo de abuso del proceso arbitral.

Las referidas reglas mantienen el *Expedited Procedure* y amplían su ámbito de aplicación al elevar el umbral de aplicación de USD 3 millones a USD 4 millones para los convenios arbitrales celebrados a partir del 1 de junio de 2026. El procedimiento se caracteriza por un árbitro único, un calendario procesal abreviado, tramitación predominantemente escrita y un laudo que, por regla general, es emitido en los seis meses siguientes a la *Case Management Conference*.

La principal innovación es el *Highly Expedited Arbitration Procedure (HEAP)* [14]. A diferencia del procedimiento expedito, no está sujeto a un umbral económico, aunque requiere acuerdo expreso de las partes (*opt-in*) y exige que estas presenten desde el inicio sus posiciones de manera completa (*front-loaded submissions*). La celeridad es tal que, el laudo debe emitirse dentro de los tres meses siguientes a la *Case Management Conference*, plazo que comprende su redacción, escrutinio y notificación.

Las *ICC Arbitration Rules 2026* reflejan la evolución contemporánea del arbitraje internacional al convertir la eficiencia en un objetivo regulatorio explícito mediante mecanismos de determinación temprana y procedimientos expeditos. En la misma línea, la encuesta QMUL 2025 evidencia una preocupación creciente sobre la necesidad de fortalecer la gestión activa del procedimiento del tribunal arbitral.

---

[11] QMUL Survey 2025, p. 9.

[12] International Chamber of Commerce, 2026 Arbitration Rules (París: ICC International Court of Arbitration, 2026)

[13] Clifford Chance, "Updated 2026 ICC Arbitration Rules Promote Early Determination of Claims, Procedural Efficiency and Dispense with Mandatory Terms of Reference," 27 de mayo de 2026, https://www.cliffordchance.com/briefings/2026/05/updatediccarbitrationrules.html

[14] International Chamber of Commerce, "Unveiling the 2026 ICC Arbitration Rules, Part 4: Highly Expedited Arbitration Provisions," 21 de mayo de 2026, https://iccwbo.org/news-publications/news/unveiling-the-2026-icc-arbitration-rules-part-4-highly-expedited-arbitration-provisions/

IV. LA VERDADERA TENSIÓN: INADECUADOS INCENTIVOS PROCESALES E INTERPRETACIÓN EXPANSIVA DE LA NOCIÓN DE DEBIDO PROCESO

La creciente sofisticación de las controversias y una interpretación cada vez más amplia de las garantías procesales han generado incentivos que incrementan las actuaciones procesales, los costos y la duración de los arbitrajes. En este contexto adquieren especial relevancia la identificación y gestión de las denominadas *arbitration guerrilla* o *guerrilla tactics*. Menezes atribuye a Michael Hwang la introducción de aquella expresión en el arbitraje internacional para describir estrategias que las partes o sus abogados utilizan para explotar las reglas procesales con el propósito de retrasar el procedimiento o disminuir la eficacia del arbitraje. Posteriormente, Horvath y Wilske ampliaron el concepto a *guerrilla tactics* que pueden dar lugar a infracciones éticas, incluyendo conductas ilícitas o prácticas en los límites de lo éticamente aceptable.

Desde esta perspectiva, las tácticas de guerrilla comprenden la utilización instrumental de facultades procesales con el propósito de perturbar el normal desenvolvimiento del arbitraje y obtener ventajas indebidas. Menezes lista las tácticas de guerrilla en prácticas tan diversas como el soborno, el fraude procesal, las solicitudes dilatorias, las impugnaciones y recusaciones manifiestamente infundadas, la utilización abusiva de la producción documental, la intimidación de árbitros, peritos o testigos, y otras estrategias destinadas a retrasar el procedimiento, retrasar la decisión o comprometer la integridad del arbitraje. Todas tienen un denominador común: emplear facultades procesales para fines distintos de aquellos para los cuales fueron concebidas.

La incidencia de las *guerrilla tactics* fue analizada empíricamente por Sussman y Ebere[15] quienes identificaron un conjunto de prácticas orientadas a retrasar el procedimiento, incrementar sus costos o afectar su normal desarrollo. Entre ellas destacan el abuso en la producción documental o la presentación de documentos de última hora y el uso de inspecciones totalmente irrelevantes para el caso; las tácticas dilatorias mediante solicitudes injustificadas de aplazamiento; las recusaciones frívolas; la presentación sorpresiva o extemporánea de pruebas; la obtención sin fundamento de medidas antiarbitraje (*anti-arbitration injunctions*); la intimidación de testigos y peritos; las amenazas de impugnación del laudo por supuestas vulneraciones al debido proceso y las interrupciones reiteradas u obstrucciones en audiencias.

Las prácticas descritas evidencian que la utilización estratégica de facultades procesales constituye una de las principales fuentes de pérdida de eficiencia del procedimiento arbitral. En este contexto, los instrumentos concebidos para asegurar el debido proceso pueden convertirse en mecanismos que incrementan los costos, prolongan la duración del arbitraje y erosionan sus ventajas competitivas.

- ***Over litigation* y aversión al riesgo:** Las tácticas dilatorias encuentran uno de sus principales incentivos en la lógica del *over-litigation*. Bajo la premisa de que «más procedimiento equivale a un mejor procedimiento», las partes multiplican escritos, incidentes y solicitudes probatorias. Esta litigación expansiva resulta difícilmente compatible con la buena fe, la cooperación y la economía procesales, pues la flexibilidad del arbitraje no puede traducirse en una expansión ilimitada de las actuaciones.

- **Producción documental excesiva:** La producción documental excesiva constituye una manifestación paradigmática de las *guerrillas tactics*. Las solicitudes

[15] Edna Sussman y Solomon Ebere, "All's Fair in Love and War—or Is It? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration," American Review of International Arbitration 22, no. 4 (2011): 611–623, disponible en SSRN. https://ssrn.com/abstract=2372346

desproporcionadas de producción de documentos (*fishing expeditions*) y la incorporación tardía de prueba dejan de perseguir fines probatorios para convertirse en instrumentos de presión procesal, incremento de costos y retraso del procedimiento. La actividad probatoria debe responder, por el contrario, a criterios de necesidad, pertinencia y proporcionalidad y no puede convertirse en un fin en sí mismo, ni en un instrumento destinado a incrementar innecesariamente el procedimiento.

- **Recusaciones y bifurcaciones indebidas:** Las recusaciones manifiestamente infundadas y determinadas solicitudes estratégicas de bifurcación ilustran cómo garantías procesales legítimas pueden ser utilizadas para alterar el calendario procesal, generar incertidumbre o diferir la decisión final. En estos supuestos, dejan de cumplir una función de tutela efectiva para convertirse en mecanismos de extensión innecesaria del procedimiento.

Las tácticas de guerrilla no representan episodios aislados, sino la manifestación más visible de un fenómeno más amplio: la progresiva expansión de la noción de debido proceso impulsada por la sobreutilización de instrumentos procesales, la creciente complejidad probatoria, la multiplicación de incidentes y una interpretación expansiva de las garantías procesales.

V. HACIA UNA CONCEPCIÓN FUNCIONAL DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL

5.1. El debido proceso como garantía funcional

Las prácticas descritas en la sección anterior encuentran un terreno propicio para la concepción expansiva del debido proceso arbitral. Con frecuencia se asume que garantizar el derecho de defensa exige admitir toda solicitud probatoria, permitir cualquier incidente o evitar decisiones firmes de conducción del procedimiento por temor a futuras impugnaciones del laudo. Esta lógica, cercana a la *due process paranoia*, termina transformando las garantías procesales en fundamento para la extensión del procedimiento.

Sin embargo, la finalidad del debido proceso arbitral no consiste en expandir el procedimiento, sino en garantizar que la controversia sea resuelta mediante un procedimiento equilibrado y respetuoso de los derechos de las partes. Ello comprende, principalmente, la igualdad de trato, el derecho de audiencia y el principio de contradicción.

La igualdad de las partes supone que cada una disponga de oportunidad para ejercer sus derechos y exponer sus alegaciones, sin recibir un trato preferente o discriminatorio por parte del tribunal arbitral. Como contrapartida, ambas se encuentran con las mismas cargas y limitaciones procesales, de modo que ninguna obtenga ventajas injustificadas sobre la otra.

El principio de audiencia exige que cada parte disponga de oportunidad razonable para ser oída por el tribunal arbitral y presentar su caso en condiciones de igualdad. No obstante, este principio no implica el reconocimiento de un derecho irrestricto a formular alegaciones o actuaciones procesales ilimitadas, sino la garantía de una posibilidad real y suficiente de defensa dentro de un procedimiento conducido de manera ordenada y proporcional.

El principio de contradicción exige que cada parte disponga de una oportunidad efectiva para conocer, responder y controvertir las alegaciones, argumentos y pruebas presentados por su contraparte. Este principio garantiza una posibilidad real de defensa.

5.2. La proporcionalidad como criterio de interpretación

El debido proceso debe interpretarse conjuntamente con el principio de economía procesal. Este último orienta la conducción del arbitraje hacia un procedimiento regular, eficaz y proporcionado, procurando concentrar actuaciones, evitar trámites innecesarios y delimitar con precisión las cuestiones realmente controvertidas. La proporcionalidad exige ponderar permanentemente la intensidad de la actividad procesal con las necesidades de la controversia. En consecuencia, limitar razonablemente la prueba o segmentar determinadas cuestiones no implica restringir garantías procesales, sino gestionar los recursos y el procedimiento de forma compatible con el derecho de defensa.

5.3. El árbitro como garante del equilibrio entre eficiencia y debido proceso

Corresponde al tribunal arbitral asegurar el equilibrio entre eficiencia y debido proceso mediante el ejercicio de sus facultades de conducción del procedimiento. Estas comprenden la organización del calendario procesal, la admisión y práctica de la prueba, la dirección de audiencias, la resolución de incidentes y la adopción de órdenes procedimentales.

El ejercicio de estas facultades debe respetar la autonomía de la voluntad, las disposiciones imperativas aplicables, el orden público y los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Sin embargo, ello no impide que el tribunal adopte medidas destinadas a prevenir dilaciones indebidas, corregir conductas abusivas y preservar la proporcionalidad del procedimiento. La dirección activa del arbitraje constituye no solo una obligación del tribunal arbitral, sino una garantía del debido proceso.

Desde esta perspectiva, el debido proceso arbitral no garantiza la práctica de toda actuación solicitada por las partes ni un derecho a la extensión del procedimiento. Su finalidad consiste en asegurar que cada parte disponga de una oportunidad efectiva y razonable para presentar su caso, ofrecer y controvertir la prueba dentro de un procedimiento equilibrado, contradictorio y proporcional.

La prohibición del abuso del proceso preserva simultáneamente la eficiencia y la credibilidad del arbitraje. Como señalan Blackaby et al.[16], es improbable que un laudo sea anulado cuando el tribunal limita razonable y proporcionalmente la actividad probatoria, lo que confirma que la eficiencia y el debido proceso no son valores contrapuestos, sino complementarios.

La verdadera cuestión, por tanto, no consiste en optar entre eficiencia y debido proceso, sino en comprender las garantías procesales conforme a su función. Desde esta concepción funcional, el debido proceso deja de entenderse como un límite a la eficiencia y pasa a convertirse en el criterio que permite determinar cuándo el procedimiento ha sido suficientemente amplio para garantizar los derechos de las partes. El desafío del arbitraje desde el punto de vista del tribunal no consiste en aceptar más procedimiento, sino en saber gerenciarlo.

[16] Blackaby et al., Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional, 565.

VI. EL ÁRBITRO COMO GESTOR DE LA EFICIENCIA PROCESAL

El arbitraje comercial internacional requiere un cambio en la función del tribunal arbitral. Tradicionalmente, el árbitro es concebido como el tercero neutral encargado de resolver la controversia y hoy más que antes se exige que asuma una función de gerenciar el procedimiento y evitar el desgaste innecesario de tiempo y dinero. Esta transformación es necesaria para preservar la eficiencia arbitral frente al incremento de la complejidad de las controversias, la sofisticación de las estrategias procesales y la expansión de las actuaciones.

El gestor de la eficiencia procesal es el árbitro o tribunal arbitral que, dentro de los límites impuestos por el debido proceso, la autonomía de la voluntad y el orden público, ejerce activamente sus facultades de dirección para diseñar, adaptar y controlar un procedimiento proporcional que permita resolver la controversia mediante la utilización racional del tiempo, los costos y la actividad probatoria.

El gestor de la eficiencia procesal no pretende atribuir al árbitro funciones empresariales, sino destacar su responsabilidad de administrar racionalmente los recursos procesales —tiempo, costos principalmente concentrados en la actividad probatoria y en las audiencias— para conducir un proceso proporcional hacia una decisión dentro de un plazo razonable. En este contexto, la eficiencia deja de depender exclusivamente de la voluntad de las partes o del diseño de los reglamentos institucionales para descansar, en gran medida, sobre la capacidad de gestión del árbitro para ejercer activamente sus facultades. El árbitro contemporáneo administra recursos necesariamente limitados —tiempo y costos— y debe encargarse de que el procedimiento permanezca concentrado en las cuestiones esenciales para la resolución de la controversia. La gerencia del procedimiento constituye así una manifestación práctica del principio de economía procesal y una condición necesaria para la efectividad del debido proceso.

Stampa[17] relaciona la eficiencia con el deber de diligencia del árbitro, que comprende la celebración de reuniones preliminares con las partes para simplificar las cuestiones controvertidas; la organización ordenada del intercambio de escritos según las necesidades; la planificación de la actividad probatoria con procedimientos adecuados para la detección y obtención preliminar de fuentes de prueba, su aportación al procedimiento y su práctica; y la adecuada preparación de las audiencias. Estas actuaciones evidencian que la conducción del arbitraje no constituye una función meramente procesal, sino una verdadera actividad de gestión para preservar la eficiencia.

La adecuada gestión implica saber escoger el texto pararregulatorio o soft law aplicable al caso y a las partes en concreto. Asimismo, el conocimiento y aplicación de herramientas y técnicas de gestión, según la etapa del arbitraje. Las facultades de dirección reconocidas al tribunal arbitral concretan la eficiencia mediante el uso de diversas técnicas de case management. Más que sustituir las reglas institucionales, las herramientas permiten gestionar y adaptar el procedimiento a las características de cada controversia, racionalizar la actividad procesal y concentrar los recursos en las cuestiones verdaderamente determinantes, permitiendo que las partes configuren un procedimiento ajustado a sus necesidades.

Por *case management* se entiende el conjunto de facultades mediante las cuales el tribunal arbitral diseña, organiza, supervisa y también adapta y reconduce el procedimiento a las necesidades específicas de cada controversia y según el momento

[17] Stampa, "La tramitación del procedimiento arbitral," 40.

del litigio. Un buen *case management* comprende la determinación temprana de las cuestiones controvertidas, la planificación de la actividad probatoria, la organización de las audiencias, la utilización proporcionada de herramientas procesales y, en general, todas aquellas decisiones orientadas a obtener un procedimiento que respete los derechos de las partes, atendiendo a la búsqueda de eficiencia y adaptado a las características del litigio. En consecuencia, la eficiencia arbitral depende de la capacidad del tribunal para gestionar, y las técnicas y herramientas examinadas a continuación constituyen manifestaciones de esa función.

6.1. Diseñar un procedimiento proporcional a la controversia

La primera manifestación del árbitro como gestor de la eficiencia consiste en diseñar un procedimiento proporcional a las necesidades de la controversia. En esta etapa, la eficiencia no se identifica con la reducción del procedimiento, sino con su adecuada planificación. La finalidad consiste en estructurar un proceso que permita resolver el litigio mediante las actuaciones estrictamente necesarias para adoptar una decisión fundada, preservando simultáneamente el derecho de las partes a presentar su caso.

Esta concepción encuentra respaldo en las UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings, que parten de la premisa de que el arbitraje es un procedimiento flexible en el que las partes gozan de autonomía para diseñar el procedimiento, mientras que el tribunal arbitral dispone de facultades para organizarlo atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Las Notas aconsejan una Conferencia de Gestión del Caso para organizar el procedimiento y establecer un calendario procesal. Desde esta perspectiva, la planificación inicial se convierte en la primera decisión de gestión del procedimiento.

La práctica arbitral ha desarrollado esta función a través de la denominada *First Organizational Meeting* o *Case Management Conference*, concebida como la primera oportunidad para que el tribunal arbitral y las partes diseñen un procedimiento adaptado a las particularidades de la controversia. El informe del *IMI - International Mediation Institute*, del Grupo de Trabajo 4[18], destaca que esta reunión inicial permite analizar, desde una etapa temprana, la conveniencia de adoptar determinadas herramientas de gestión procesal, como la bifurcación de cuestiones, la resolución anticipada de determinados aspectos del litigio.

El informe del IMI también identifica diversas herramientas que permiten racionalizar el procedimiento antes de llegar a la audiencia principal como la *mid-arbitration review*, consistente en una revisión intermedia del caso que permite identificar, una vez presentados los primeros escritos, las cuestiones que continúan siendo realmente controvertidas y ajustar el desarrollo posterior del procedimiento. El informe también incorpora mecanismos destinados a facilitar una terminación consensuada de la controversia como la *mediation window*, esto es, un espacio previamente previsto en el calendario arbitral para que las partes evalúen la posibilidad de negociar o acudir a mediación sin alterar el curso del arbitraje. Estas herramientas permiten adaptar el procedimiento a las necesidades del caso y, cuando resulte apropiado, favorecer una solución consensuada de la controversia. En este mismo campo, se contempla las *Sealed Offers*, utilizadas en determinadas jurisdicciones como incentivos para promover acuerdos y racionalizar la asignación de costas.

[18] International Mediation Institute (IMI), Arbitrator Techniques and Their (Direct or Potential) Effect on Settlement: Report of Working Group 4 (2021), Appendix I, "The First Organizational Meeting," 14–17; Appendix II, "The Mediation Window," 17–20, https://imimediation.org/wp-content/uploads/2021/11/WG-4-Arbitrators-and-settlement-16-Nov-2021.pdf.

La misma lógica inspiró las *ICC Arbitration Rules 2021*. Su Apéndice IV incorpora un catálogo abierto de técnicas de gestión del caso, entre ellas la bifurcación del procedimiento, la identificación temprana de cuestiones susceptibles de resolverse parcialmente y el fomento de soluciones consensuadas cuando ello resulte apropiado. La Secretariat's Guide to ICC Arbitration[19] destaca que las técnicas de gestión del caso previstas ahí constituyen un catálogo no exhaustivo de herramientas destinadas al control del tiempo y los costos del arbitraje. Asimismo, subraya que dichas técnicas resultan relevantes cuando existe el riesgo de que los costos del procedimiento sean desproporcionados respecto del litigio, precisando que la proporcionalidad no debe valorarse solo en función de la cuantía, sino también de la importancia jurídica, estratégica o institucional de las cuestiones debatidas. En esa misma línea, las ICC Arbitration Rules 2026 mantienen la Conferencia de Gestión del Caso y eliminan la obligatoriedad del Acta de Misión (Terms of Reference) como documento marco de la controversia.

La planificación inicial también exige focalizar tempranamente el objeto del litigio y racionalizar el desarrollo de las audiencias. Con esa finalidad, Neil Kaplan propuso el Kaplan Opening, a desarrollarse después de la primera ronda de alegaciones escritas y declaraciones de testigos, y antes de la audiencia principal, para que las partes presenten sus argumentos ante el tribunal arbitral, que le permita a éste identificar las cuestiones verdaderamente decisivas para la resolución de la controversia. Esta propuesta es útil porque el tribunal revisará el caso con anticipación y le servirá de base para su preparación posterior.

Complementariamente, el denominado *Böckstiegel Method*, comentado por Jan Paulsson[20], en la que, básicamente, cada parte dispone de una bolsa de tiempo para sus presentaciones y réplicas. Cada parte, por tanto, debe determinar el tiempo que dedicará a la presentación de pruebas, incluyendo testigos y peritos, y a la argumentación. El tiempo no utilizado por una parte en su presentación inicial podrá transferirse a su réplica. El tiempo empleado por una parte en el interrogatorio de testigos o peritos presentados por la otra parte se descontará del tiempo asignado a la parte que realiza el interrogatorio. De esta manera, la preparación previa de la audiencia es fundamental para que las partes organicen el uso del tiempo en cuestiones relevantes y se reduzca el riesgo de suspensiones, reiteraciones o actuaciones superfluas.

En conjunto, estas herramientas evidencian dos ideas en común: el diagnóstico temprano del caso y que la eficiencia arbitral comienza mucho antes de la audiencia principal. Esto se logra desde las primeras decisiones de organización del procedimiento. Cuanto mayor sea la capacidad del árbitro para identificar tempranamente las cuestiones controvertidas, estructurar un calendario proporcionado y adaptar el procedimiento a las características de la controversia, menor será la probabilidad de que el arbitraje derive en una extensión innecesaria.

La gestión activa del procedimiento exige igualmente que el tribunal arbitral intervenga para prevenir comportamientos incompatibles con la buena fe procesal. En esa línea, el Reglamento de Arbitraje de la *LCIA - London Court of International Arbitration* atribuye al tribunal facultades para sancionar determinadas conductas de los representantes de las partes cuando infringen las directrices generales de conducta. El artículo 18.6[21] permite

[19] Jason Fry, Simon Greenberg y Francesca Mazza, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration (Paris: International Chamber of Commerce, 2012), paras. 3-921–3-922.

[20] Jan Paulsson, The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method, University of Miami Legal Studies Research Paper No. 2010-28 (SSRN, publicado el 11 de noviembre de 2010), https://ssrn.com/abstract=1707477

[21] London Court of International Arbitration (LCIA), LCIA Arbitration Rules 2020 (Londres: LCIA, 2020), art. 18.6.

imponer amonestaciones, advertencias y otras medidas dirigidas a asegurar una conducción justa, eficiente y expedita del arbitraje. Este mecanismo pone de manifiesto que la eficiencia arbitral depende también de un adecuado sistema de incentivos procesales y confirma que el debido proceso no puede ser invocado para justificar actuaciones abusivas o dilatorias. La regulación de la LCIA evidencia, asimismo, que el uso de garantías procesales no puede ser invocado como justificación para tolerar cualquier conducta procesal de las partes o sus representantes.

Es particularmente interesante la propuesta de Bodenheimer, citado por Aceris Law, de llevar a cabo el TRIVIS - Tribunal Visualized Approach, que consiste en que el propio tribunal arbitral prepare para las partes una presentación visual del caso. No es una presentación de las partes, es del tribunal arbitral usando diagramas, cronologías, mapas de relaciones contractuales y matrices de reclamaciones con el objetivo de presentar cómo entiende el tribunal el caso en ese momento. Según Bodenheimer, muchas ineficiencias del arbitraje no obedecen al procedimiento, sino a un problema de percepción y confianza entre el tribunal y las partes. La utilización de representaciones visuales permite al tribunal demostrar que comprende el litigio desde etapas tempranas, reduciendo la necesidad de escritos reiterativos, prueba excesiva y actuaciones innecesarias. De tal manera que la eficiencia se obtiene también mediante una mejor comunicación y uso de herramientas.

6.2. Gestionar la información y racionalizar la actividad probatoria

El segundo ámbito en el que se manifiesta el rol del árbitro como gestor de la eficiencia es en la administración de la prueba. En el arbitraje internacional, la principal fuente de costos y de dilación suele encontrarse en la actividad probatoria: solicitudes extensas de producción documental, informes periciales de gran complejidad, multiplicidad de testigos y audiencias cada vez más prolongadas. La función del tribunal arbitral consiste, por ello, en asegurar que la actividad probatoria responda a criterios de necesidad, pertinencia y proporcionalidad, de modo que solo se practiquen aquellas actuaciones indispensables para resolver la controversia.

Las *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* reflejan esta concepción al recomendar que la organización de la prueba sea abordada desde las primeras etapas del procedimiento. Entre los aspectos que el tribunal debería discutir con las partes destacan el alcance de la producción documental, la necesidad de prueba pericial, la comparecencia de testigos, la realización de inspecciones, la utilización de medios tecnológicos y la organización de las audiencias probatorias.

a) Racionalizar la producción documental

Una solicitud de documentos excesivamente amplia puede generar importantes costos de búsqueda, revisión y producción de documentos, además de retrasar considerablemente el procedimiento. Por ello, hay herramientas destinadas a racionalizar este proceso sin afectar el derecho de las partes a obtener la información necesaria para sustentar sus posiciones.

La *Redfern Schedule*, ampliamente utilizada para organizar las solicitudes de discovery y promovida por la ICSID - *International Centre for Settlement of Investment Disputes, organiza las solicitudes de producción documental mediante una matriz que recoge los documentos requeridos, la justificación de su relevancia, las objeciones de la contraparte y la decisión del tribunal arbitral. Su estructura obliga a cada parte a justificar la* necesidad, pertinencia y materialidad de los documentos solicitados, permitiendo al tribunal resolver de forma rápida las cuestiones y limitando solicitudes excesivas o

especulativas (*fishing expeditions*). Su utilización resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 3 de las *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, que exige precisamente la identificación específica de los documentos y la justificación de su relevancia y materialidad.

b) Sintetizar controversias técnicamente complejas

Cuando la controversia comprende múltiples reclamaciones técnicas o económicas — como ocurre frecuentemente en arbitrajes de construcción, infraestructura, contratos NEC o FIDIC o arbitrajes con reclamaciones individualizadas — el problema ya no radica únicamente en la cantidad de documentos, sino en la dispersión de la información. En estos casos, la *Scott Schedule* constituye una herramienta que permite comparar, sintetizar y resolver de manera ordenada las posiciones de las partes. El Ministerio de Justicia del Reino Unido[22] señala que tiene como objetivo identificar con precisión las cuestiones a resolver.

Los elementos de cada columna de esta tabla comprenden, por ejemplo: (1) la materia reclamada, (2) la descripción de la reclamación y el importe solicitado, (3) la respuesta de la contraparte con su aceptación o rechazo, (4) las razones que sustentan la posición de la contraparte y su propia estimación económica, (5) las referencias a documentos o pruebas periciales pertinentes, y, cuando así se disponga, (6) la determinación adoptada por el tribunal. Sin perjuicio de ello, se pueden agregar tantas columnas como requiera el caso. De manera que, la utilidad de esta herramienta radica precisamente en transformar controversias complejas en un esquema ordenado que facilite el análisis y la decisión del tribunal.

c) Gestionar la prueba pericial

La racionalización de la actividad probatoria también comprende la adecuada administración de la prueba pericial. El *CIArb - Chartered Institute of Arbitrators* recomienda que el tribunal arbitral determine desde las primeras etapas del procedimiento si la controversia requiere de prueba pericial y, en caso afirmativo, delimite con precisión las cuestiones técnicas que serán objeto del dictamen. Las *Guidelines on Party-appointed and Tribunal-appointed Experts*[23] proponen que el tribunal valore la conveniencia de recurrir a un experto designado por cada parte, designado por el tribunal o incluso en conjunto, según las características de la controversia. Asimismo, recomiendan definir oportunamente el alcance del mandato pericial, coordinar el calendario de presentación de informes y réplicas, así como organizar la comparecencia de los expertos cuando resulte necesaria.

La referida Guía plantea que el tribunal proporcione instrucciones claras, previa consulta con las partes, sobre la asignación del perito. Entre los aspectos a considerar se incluyen: (1) una lista de cuestiones sobre las que se solicita al perito que emita una opinión; (2) un protocolo de comunicación con las partes, con los peritos designados por estas y con los árbitros; (3) instrucciones relativas a los exámenes, pruebas, experimentos y visitas in situ, si las hubiere; (4) el plazo para la elaboración del informe pericial; (5) el método de intercambio de informes periciales; (6) el procedimiento posterior al intercambio del

[22] Ministry of Justice, Scott Schedule Note, Civil Procedure Rules, actualizado el 7 de febrero de 2018, consultado el 26 de junio de 2026, https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/scott-schedule-note

[23] Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Guideline 7: Party-appointed and Tribunal-appointed Experts in International Arbitration (London: Chartered Institute of Arbitrators, 2015), art. 3 y 4. https://www.ciarb.org/media/zvijl3kx/7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf

informe pericial; (7) los procedimientos para la comprobación de la prueba pericial, incluyendo cualquier requisito de asistencia a una reunión o audiencia, así como las disposiciones pertinentes para dichas reuniones o audiencias; (8) y cualquier otro asunto relevante.

d) Graduar la intensidad de la actividad probatoria

La racionalización de la prueba alcanza su máxima expresión cuando el tribunal concluye que determinadas controversias pueden resolverse exclusivamente sobre la base de la documentación aportada por las partes. Las *Guidelines on Documents-Only Proceedings* del *CIArb* reconocen que corresponde al tribunal valorar, una vez recibidas las alegaciones y pruebas, si una audiencia oral resulta realmente necesaria o si la controversia puede resolverse mediante un procedimiento exclusivamente documental. La aportación de esta herramienta no consiste en eliminar audiencias por razones de costo, sino en permitir que el tribunal adapte la intensidad de la actividad probatoria a las características específicas del litigio.

Las herramientas antes señaladas apuntan a que la organización inicial del procedimiento ya no persigue únicamente fijar un calendario de actuaciones, sino diseñar y rediseñar en la marcha un procedimiento proporcional a las necesidades del litigio. La *Case Management Conference* constituye, por ello, el primer ejercicio de administración procesal del tribunal arbitral. En ella se identifican las cuestiones realmente controvertidas, se seleccionan las actuaciones indispensables para resolver la controversia y se descartan aquellas que únicamente incrementarían el tiempo o el costo del procedimiento. Las diversas técnicas desarrolladas por la CNUDMI, la ICC, las identificadas en el IMI y la práctica arbitral —como la Case Management Conference, la bifurcación, la mid-arbitration review, la mediation window o el *TRIVIS - Tribunal Visualized Approach*, entre otros— no constituyen instrumentos aislados, sino manifestaciones de una misma filosofía: organizar y adaptar el procedimiento a la controversia y no la controversia al procedimiento, bajo la filosofía *tailor-made procedure* y gerenciar el proceso y lograr la eficiencia.

La utilización correcta y oportuna de cada herramienta y texto evidencia que el árbitro ya no puede ser concebido como un mero decisor jurídico y que el árbitro deje de concebir el proceso como una sucesión de actuaciones independientes y las gestione como un sistema integrado. Solo así resulta posible optimizar el empleo del tiempo y de los recursos, reducir complejidades innecesarias y preservar, simultáneamente, la eficiencia del procedimiento y las garantías fundamentales del debido proceso.

6.3. Las herramientas digitales y la inteligencia artificial como apoyo a la gestión del proceso

El *Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration* conformado por Latham & Watkins, CMS, Hogan Lovells, Herbert Smith Freehills, DLA PIPER y Ashurst, elaboró el Protocol for Online Case Management in International Arbitration. Ya en el año 2020, destacó la utilización de plataformas digitales que cumplan estándares de ciberseguridad, confidencialidad y uso de datos personales, que transformará la administración del expediente arbitral centralizando la información, reduciendo comunicaciones paralelas, evitando duplicidades y facilitando la organización de escritos, pruebas y actuaciones procesales.

De acuerdo con el protocolo del Grupo de Trabajo, cuanto antes se adopte la plataforma, mayores serán sus beneficios durante todo el arbitraje, lo cual demuestra que la eficiencia empieza en la planificación. De manera que la tecnología constituye una

herramienta para ejercer el case management con mayor eficacia. Adoptando plataformas End-to-end Case management se pueden integrar todas las fases del arbitraje: incluyendo la parte administrativa del caso; la gestión propia del caso; la audiencia integrada o interconectada con otras herramientas para su organización, desarrollo, transcripción o traducción; la deliberación y el laudo. Ello permite obtener información cuantitativa de cada controversia y, por lo tanto, generar datos y con ello, el desarrollo de indicadores de eficiencia, atención, rentabilidad, entre otros. El resultado no solo es generar eficiencia y adaptarse al presente, sino poder medir la eficiencia y mejorarla.

La transformación digital ha incorporado una nueva dimensión a la gestión del arbitraje internacional con la Inteligencia Artificial (IA) como apoyo de tareas tradicionalmente intensivas en tiempo y recursos, como la revisión documental, la investigación jurídica, la organización de expedientes, la traducción, la transcripción de audiencias y la identificación de información relevante en grandes volúmenes de evidencia. Su potencial reside, principalmente, en incrementar la capacidad del tribunal arbitral y de las partes para gestionar procedimientos más complejos sin aumentar proporcionalmente los costos y la duración.

Las *Guidelines on the Use of AI in Arbitration*[24] del CIArb reconocen que estas herramientas pueden mejorar la eficiencia del procedimiento, alentando a las partes y a los árbitros a realizar consultas sobre cualquier ley o reglamento relacionados con la IA. Son enfáticas al señalar que a menos que el tribunal arbitral y las partes acuerden expresamente lo contrario por escrito (con sujeción a cualquier norma obligatoria aplicable), el uso de una herramienta de IA por parte de cualquier participante en el arbitraje no disminuirá su responsabilidad y rendición de cuentas. Recomiendan a los árbitros que registren cualquier decisión sobre el uso de la IA en una orden procesal, pero que no deben ceder sus facultades de decisión a la IA. De manera que, de acuerdo con la Guía, la incorporación de IA al arbitraje no modifica la naturaleza de la función arbitral.

Sin embargo, la inteligencia artificial no solo redacta una cláusula de solución de controversias, resume u organiza información voluminosa; sino que administra el procedimiento, ayuda en el razonamiento, valoración y propone un proyecto de laudo. La *American Arbitration Association* – AAA ha lanzado en el 2026 el *IA Arbitrator* como herramienta de conducción del arbitraje y análisis de pruebas, diseñada para emular el razonamiento humano y entregar una propuesta de laudo, ofreciendo ahorros de tiempo y siendo más costo eficiente. A través de esta plataforma, la parte interesada presenta la solicitud arbitral, incorpora la información del convenio arbitral, identifica a la contraparte y adjunta la documentación pertinente. La contraparte contesta la demanda mediante el mismo sistema. Posteriormente, la plataforma estructura los reclamos y los montos controvertidos, habilita la presentación de alegaciones, pruebas y fundamentos jurídicos, y genera un expediente digital accesible para las partes y el árbitro. Sobre la base de la información y previa validación de las partes, el sistema de inteligencia artificial elabora un proyecto de laudo, que es revisado, aprobado y finalmente emitido por el árbitro humano.

En la medida en que el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, el desarrollo tecnológico les permite el uso de plataformas de Resolución de Disputas Digital de manera conjunta con la Inteligencia Artificial. Con su uso masivo es previsible una revolución del arbitraje y una optimización de la eficiencia del arbitraje a partir de datos.

[24] Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), Guideline on the Use of AI in Arbitration (London: Chartered Institute of Arbitrators, 2025) https://www.ciarb.org/media/bpndtcgu/guideline-on-the-use-of-ai-in-arbitration_updated-sept-2025.pdf

VII. CONCLUSIONES

1. La evidencia de la encuesta *QMUL 2025* muestra como preocupación de los usuarios el incremento de los costos, la duración y la complejidad del arbitraje. Ello revela que la brecha entre la promesa doctrinal de eficiencia y la experiencia práctica tiene su origen, principalmente, en la manera en que se conduce el procedimiento arbitral y el uso de tácticas de las partes para extender el procedimiento.

2. La eficiencia y el debido proceso no constituyen principios contrapuestos, sino dimensiones complementarias. El debido proceso arbitral no garantiza la máxima intensidad procedimental posible ni un derecho a la práctica de toda actuación solicitada por las partes. Su verdadera función consiste en asegurar que cada parte disponga de una oportunidad efectiva y razonable de presentar su caso y sus pruebas en un procedimiento equilibrado, contradictorio y proporcional.

3. La función del árbitro como gestor de la eficiencia procesal permite explicar que la función del tribunal arbitral contemporánea no se limita a resolver controversias y aplicar el derecho, sino que comprende la planificación, el diseño del proceso, la organización, la supervisión y adaptación continua del procedimiento, conforme a criterios de necesidad, proporcionalidad y eficiencia. El futuro del arbitraje comercial internacional depende en gran medida de la capacidad de los tribunales arbitrales para ejercer eficazmente las facultades que el sistema ya les reconoce.

4. El *case management* constituye hoy un instrumento mediante el cual se concreta esa función de gestión del tribunal arbitral. Las conferencias de gestión del caso, la determinación temprana de cuestiones, la racionalización de la actividad probatoria, la planificación de audiencias, la utilización de herramientas tecnológicas y las técnicas de organización documental no constituyen mecanismos aislados, sino manifestaciones de una misma filosofía: adaptar el procedimiento a las necesidades de la controversia y no la controversia a un procedimiento uniforme. La proporcionalidad se convierte así en el criterio rector de la conducción del arbitraje.

5. Las plataformas integrales de gestión del procedimiento y las herramientas de inteligencia artificial incrementan la capacidad del tribunal para organizar información, administrar expedientes y optimizar la conducción del arbitraje. Sin embargo, la responsabilidad por las decisiones procesales y por el contenido del laudo continúa siendo exclusivamente del tribunal arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceris Law, "Effective Case Management in International Arbitration," *Aceris Law*, 5 de octubre de 2025, https://www.acerislaw.com/effective-case-management-in-international-arbitration

- All y Pallarés, María. "La regulación del arbitraje comercial internacional en Argentina." En *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues, 123–149. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- American Arbitration Association (AAA). "AI Arbitrator." Consultado el 27 de junio de 2026. https://www.adr.org/ai-arbitrator

- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern y Hunter sobre arbitraje internacional*. Traducido por Nathalie A. López Novoa. Edición y notas de Renzo E. Saavedra Velazco. Lima: FOGUERAS, Fontana Editores S.A.C., 2020.

- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.

- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). *Guideline 7: Party-appointed and Tribunal-appointed Experts in International Arbitration*. London: Chartered Institute of Arbitrators, 2015. https://www.ciarb.org/media/zvijl3kx/7-party-appointed-and-tribunal-appointed-expert-witnesses-in-international-arbitration-2015.pdf

- Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). *Guideline 8: Documents-Only Arbitration Procedures*. London: Chartered Institute of Arbitrators, 2015 https://www.ciarb.org/media/0ysn0gqi/8-documents-only-arbitration-proceedings-2015.pdf

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

- Clifford Chance. "Updated 2026 ICC Arbitration Rules Promote Early Determination of Claims, Procedural Efficiency and Dispense with Mandatory Terms of Reference." 27 de mayo de 2026. https://www.cliffordchance.com/briefings/2026/05/updatediccarbitrationrules.html

- Fernández Rozas, José Carlos, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa Casas. *Principios generales del arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

- Fry, Jason, Simon Greenberg y Francesca Mazza. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration*. Paris: International Chamber of Commerce, 2012.

- International Bar Association. *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2020*. London: International Bar Association, 2021 https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b

- International Chamber of Commerce. *2026 Arbitration Rules*. París: ICC International Court of Arbitration, 2026. https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/arbitration/rules-procedure/2026-arbitration-rules/

- International Chamber of Commerce. "Unveiling the 2026 ICC Arbitration Rules, Part 4: Highly Expedited Arbitration Provisions." 21 de mayo de 2026. https://iccwbo.org/news-publications/news/unveiling-the-2026-icc-arbitration-rules-part-4-highly-expedited-arbitration-provisions/

- International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Redfern Schedule*. Washington, DC: ICSID. Consultado el 26 de junio de 2026. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Redfern%20Schedule.pdf

- Jara Vásquez, María Elena. "La regulación del arbitraje comercial internacional en Ecuador." En *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues, 337–360. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- London Court of International Arbitration (LCIA). *LCIA Arbitration Rules 2020*. Londres: LCIA, 2020. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx

- Kaplan, Neil. "If It Ain't Broke, Don't Change It." *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 80, no. 2 (2014): 172–175.

- Madrid, Claudia. "La regulación del arbitraje comercial internacional en Colombia." En *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues, 249–273. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- Menezes, Caio Campello de. "Como Barrar as Táticas de Guerrilha em Arbitragens Internacionais." *Revista Brasileira de Arbitragem* 12, no. 45 (2015): 82–107.

- Ministry of Justice. *Scott Schedule Note*. Civil Procedure Rules. Actualizado el 7 de febrero de 2018. Consultado el 26 de junio de 2026, https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/standard-directions/general/scott-schedule-note

- Paluma, Thiago, y Tatiana Cardoso Squeff. "La regulación del arbitraje comercial internacional en Brasil." En *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues, 191–215. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- Paulsson, Jan. *The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method*. University of Miami Legal Studies Research Paper No. 2010-28. SSRN, publicado el 11 de noviembre de 2010. https://ssrn.com/abstract=1707477

- Quintero Marrone, Selva. "La regulación del arbitraje comercial internacional en Panamá." En *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, editado por Carlos Esplugues, 495–517. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

- Ramanna, Karthik. "Governments Should Be Effective, Not Efficient." *Harvard Business Review*. December 3, 2024. https://hbr.org/2024/12/governments-should-be-effective-not-efficient

- Stampa Casas, Gonzalo. "La tramitación del procedimiento arbitral." En *Anuario de Arbitraje 2016*, dirigido por Gonzalo Jiménez-Blanco Carrillo, 39–56. Madrid: Civitas, 2016.

- Sussman, Edna, y Solomon Ebere. "All's Fair in Love and War—or Is It? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration." *American Review of International Arbitration* 22, no. 4 (2011): 611–623. Disponible en SSRN. https://ssrn.com/abstract=2372346

- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. New York: United Nations, 2016. https://uncitral.un.org/sites/default/files/2026-06/arb-notes-2016-ebook-e.pdf.

- Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration. *Protocol for Online Case Management in International Arbitration*. Noviembre de 2020. https://protocol.techinarbitration.com/p/1

ÉTICA EN EL ARBITRAJE: LA PROMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS

Autor:
Luis Fernando Rincón Cuéllar

ÉTICA EN EL ARBITRAJE: LA PROMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS[1]

Ethics in arbitration: the promotion of arbitrators

Luis Fernando Rincón Cuéllar[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El Mercado Arbitral Internacional.
III. Los Principios éticos en el arbitraje internacional.
IV. Mecanismos de promoción de los árbitros.
V. Conclusión: No solo hay que serlo sino también parecerlo.

Resumen

El arbitraje es un efectivo sistema alternativo de resolución de controversias y su legitimidad depende, en gran medida, de la confianza que las partes depositan en la independencia e imparcialidad de quienes ejercen esa función arbitral. Por ello mismo, quienes integran las listas de árbitros o aspiran a ser designados como tales, deben actuar con especial prudencia en las estrategias que utilicen para promover su trayectoria y experiencia profesional. Aun cuando determinadas prácticas de promoción no estén expresamente prohibidas por los principales instrumentos éticos del arbitraje internacional, estas pueden generar dudas razonables, percepciones de cercanía o suspicacias respecto de su independencia. Asimismo, podrían crear sesgos inconscientes derivados de las relaciones establecidas con quienes intervienen en su designación. En consecuencia, la promoción profesional del árbitro debe desarrollarse de manera compatible con la preservación de la confianza en el sistema arbitral, y con los más altos estándares de independencia, imparcialidad, neutralidad y apariencia de neutralidad.

Palabras clave

Arbitraje comercial/ Arbitraje Internacional/ Arbitraje Latinoamericano/ Ética en el arbitraje

Abstract

Arbitration is an effective alternative dispute resolution system, and its legitimacy depends largely on the trust that the parties place in the independence and impartiality of those who perform this arbitral function. Therefore, those on the lists of arbitrators or who aspire to be appointed must exercise caution in the strategies they use to promote their

---

[1] El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno. Agradezco la colaboración de Camilo Atencia Fajardo y Christian Guzmán López en la búsqueda de información para la elaboración de este artículo.

[2] Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, MBL Universidad de Ginebra – Universidad de Lausana (Suiza), Profesor de Contratación Internacional en la Universidad Nacional de Colombia, y en la Universidad Centroamericana José Matías Delgado (El Salvador), Profesor de Gobierno Corporativo y de Propiedad Intelectual en la Universidad de los Andes (Colombia), Socio / Director General Rincón-Cuéllar & Asociados (www.rincon-cuellar.com) y PlayLegal – Sport and Entertainment Law (www.PlayLegal.net), Presidente de la Comisión de Propiedad Intelectual de ICC Colombia, Presidente de la Asociacion Colombiana de Derecho Deportivo, MCIArb, con una experiencia de mas de 15 años como árbitro en diversos Centros de Arbitraje en Latinoamerica, España y Suiza. Correo de contacto rincon@rincon-cuellar.com / www.linkedin.com/in/luis-fernando-rincon-0a520935.

professional career and experience. Even though certain promotional practices are not expressly prohibited by the main ethical instruments of international arbitration, they can generate reasonable doubts, perceptions of favoritism, or suspicions regarding their independence. They could also create unconscious biases stemming from relationships established with those involved in their appointment. Consequently, the professional advancement of arbitrators must be carried out in a manner compatible with preserving trust in the arbitral system and with the highest standards of independence, impartiality, neutrality, and the appearance of neutrality.

Keywords

Commercial Arbitration/ International Arbitration / Arbitration in Latin America/– Arbitration Ethics.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional se ha consolidado como uno de los mecanismos más eficaces para la resolución de conflictos en el ámbito del comercio y la inversión. Su éxito radica, en gran medida, en la confianza que las partes depositan en quienes ejercen la función arbitral. Al momento de seleccionar un árbitro, las partes no solo buscan experiencia y conocimiento especializado, sino también garantías de independencia, imparcialidad y neutralidad, principios esenciales para la preservación y legitimidad del sistema arbitral.

En este contexto, resulta pertinente examinar el proceso de selección de árbitros, caracterizado por la competencia entre profesionales, la importancia de la reputación y la influencia de redes especializadas conformadas por usuarios, firmas de abogados e instituciones arbitrales. La creciente expansión del arbitraje internacional ha venido acompañada de un creciente número de profesionales que aspiran a desempeñarse como árbitros, en donde las oportunidades de designación continúan siendo relativamente limitadas y concentradas. Esta realidad lleva a muchos árbitros a desarrollar estrategias de visibilidad y promoción profesional con el propósito de aumentar sus posibilidades de ser designados.

Si bien la promoción de la trayectoria profesional constituye una práctica legítima, y en muchos casos necesaria, surge una pregunta relevante desde el punto de vista ético y es ¿Hasta qué punto determinadas estrategias de posicionamiento profesional son compatibles con los deberes de independencia, imparcialidad y apariencia de neutralidad que exige la función arbitral? El presente artículo pretende analizar dicha cuestión y reflexionar sobre los límites éticos que deberían orientar la promoción profesional de quienes actúan o aspiran a actuar como árbitros internacionales.

II. EL MERCADO ARBITRAL INTERNACIONAL.

Tomando como referencia la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), una de las instituciones arbitrales más prestigiosas y reconocidas a nivel mundial, y sin que las reflexiones que siguen indiquen una crítica a sus políticas, se pueden advertir ciertas características estructurales del mercado arbitral internacional que merecen atención.

De acuerdo con el informe ICC Dispute Resolution Statistics 2024 (2025), de un total de 1,427 confirmaciones o nombramientos, solo 1,020 árbitros individuales actuaron en los casos de la institución, con lo que el 28% correspondió a designaciones repetidas de árbitros que ya habían sido nombrados alguna vez en el mismo periodo.[3] Asimismo,

[3] International Chamber of Commerce, ICC Dispute Resolution Statistics 2024 (París: ICC International Court of Arbitration, 2025), https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2025/06/2024-Statistics_ICC_Dispute-Resolution.pdf.

aunque los árbitros provinieron de 91 jurisdicciones, la distribución geográfica de los nombramientos revelan una concentración significativa: Reino Unido representa el 12,61% de todos los nombramientos, Estados Unidos el 8,06%, Francia el 6,94%, Suiza el 6,80 y Alemania el 5,68%, representando una concentración de 40% del total de los nombramientos en árbitros de solo 5 países. A ello se suma que las mujeres representaron solo el 28.6% de los nombramientos efectuados durante el año.

En dicho documento se puede apreciar que las partes nominaron directamente al 57% de todos los nombramientos arbitrales (820 de 1,427). Aunque esto constituye una manifestación de la autonomía de las partes, en la práctica la selección suele estar influenciada por factores como la reputación, la experiencia previa, la visibilidad profesional, y las redes de relaciones profesionales construidas dentro de la comunidad arbitral. Sin desconocer los esfuerzos realizados por instituciones como la ICC para ampliar la diversidad y el acceso a la función arbitral, estos datos invitan a reflexionar sobre el funcionamiento real del mercado arbitral internacional, las barreras de entrada existentes para nuevos árbitros y los desafíos que el mismo sistema genera para la construcción de reputación y posicionamiento profesional.

El examen comparado de otros sistemas arbitrales conduce a observaciones similares. En el arbitraje internacional de inversiones, por ejemplo, la experiencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)[4] muestra la coexistencia de una amplia base potencial de árbitros con un número más reducido de nombramientos efectivos. Al 30 de junio de 2025, los Paneles de Árbitros y Conciliadores del CIADI incluían 729 personas, mientras que durante el ejercicio fiscal 2025 se registraron 233 nombramientos en casos administrados por el Centro.

La profesora Catherine Rogers[5] ha destacado que el mercado de árbitros internacionales está marcado por altas barreras de entrada y profundas asimetrías de información[6], en donde el crecimiento de arbitrajes internacionales intensificó la competencia entre centros de arbitraje, firmas de abogados, universidades, etc., pero no respecto a los árbitros internacionales debido a esas barreras de entrada.

Así, debido a la naturaleza confidencial de la mayoría de los arbitrajes, los usuarios suelen carecer de información objetiva y fácilmente accesible sobre el desempeño de los potenciales árbitros, por lo que frecuentemente recurren a referencias personales y redes profesionales para fundamentar sus decisiones de nombramiento. Según la autora, este fenómeno genera un "cuello de botella en la información" que dificulta que nuevos árbitros puedan darse a conocer o mostrar su reputación en el mercado internacional y limita las oportunidades de visibilidad de candidatos pertenecientes a grupos tradicionalmente menos representados. Como consecuencia, la reputación previa y el acceso a redes de información se convierten en factores especialmente relevantes dentro del proceso de selección arbitral.

Estas características estructurales han dado lugar a importantes debates éticos en la doctrina arbitral contemporánea. En particular, diversos autores han estudiado los fenómenos de los "repeat players" y del "affiliation bias"[7] (sesgo de afiliación), que se

[4] International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), "Panels of Arbitrators and of Conciliators," consultado el 5 de agosto de 2026, https://icsid.worldbank.org/es/node/2936.

[5] Catherine A. Rogers, "The Key to Unlocking the Arbitrator Diversity Paradox?: Arbitrator Intelligence," Kluwer Arbitration Blog, 27 de diciembre de 2017, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-key-to-unlocking-the-arbitrator-diversity-paradox-arbitrator-intelligence/.

[6] Catherine A. Rogers, "The Market for Arbitrators and The Market for Lemons" Kluwer Arbitration Blog, 10 de junio de 2020, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-market-for-arbitrators-and-the-market-for-lemons/

[7] Sergio Puig y Anton Strezhnev, "Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach," The Journal of Legal Studies 46, no. 2 (2017): 371-398, https://chicagounbound.uchicago.edu/jls/vol46/iss2/5/.

refieren, respectivamente, a la reiterada designación de determinados árbitros por los mismos usuarios del sistema y a la posible predisposición, consciente o inconsciente, de favorecer a la parte que realiza la designación. Aunque la repetición de nombramientos no implica por si sola una falta de independencia o imparcialidad, diversos estudios han señalado que puede crear incentivos que afecten la percepción de neutralidad del árbitro. Por esta razón, los principales instrumentos de ética arbitral han fortalecido los deberes de revelación, transparencia y recusación.

El análisis realizado por Mark Egan, Gregor Matvos y Amit Seru [8] sobre aproximadamente 9.000 arbitrajes obligatorios en el mercado de valores muestra que los incentivos económicos del sistema arbitral pueden influir de manera significativa en el comportamiento de los árbitros que aún buscan consolidar su posición en el mercado. Debido a que los árbitros solo reciben remuneración cuando son efectivamente designados, existe una intensa competencia por obtener nombramientos y por evitar ser excluidos de futuros procesos de selección. En este contexto, la necesidad de asegurar nuevas designaciones puede llevar a los árbitros a adoptar conductas estratégicas destinadas a resultar más atractivos para quienes ejercen influencia en los nombramientos, especialmente cuando algunas de las partes cuentan con mayores niveles de información sobre el desempeño de los candidatos.

Dichos autores sostienen que esta dinámica puede generar un fenómeno denominado "race to the bottom", mediante el cual los árbitros compiten entre sí para reducir el riesgo de ser descartados por los actores con mayor capacidad de selección. Según el estudio, cuando una de las partes se encuentra relativamente desinformada, algunos árbitros tienen incentivos para alinearse gradualmente con las preferencias del grupo que concentra el poder de nombramiento. Como resultado, cada árbitro busca diferenciarse siendo marginalmente más favorable a dichos intereses que sus competidores, produciendo colectivamente una tendencia sistemática del conjunto de árbitros hacia posiciones más cercanas a los usuarios recurrentes del sistema. Esta investigación constituye una de las evidencias empíricas más relevantes sobre cómo la estructura de incentivos del mercado arbitral puede afectar las decisiones estratégicas de los árbitros y plantea importantes interrogantes sobre los mecanismos necesarios para preservar la independencia y la imparcialidad de la función arbitral.

Los autores no proponen eliminar el arbitraje ni cuestionan la figura del árbitro como tal. Su principal conclusión es que los problemas observados derivan de la asimetría de información en el proceso de selección y de los incentivos creados por la competencia entre árbitros para ser elegidos. Por ello, plantea que una reforma del mecanismo de designación podría producir resultados más equilibrados. En sus simulaciones, los autores concluyen que la selección de árbitros sin intervención directa de las partes mejoraría sustancialmente los resultados para los usuarios menos informados, pues evitaría que quienes cuentan con mayores recursos o experiencia exploten ventajas informativas para escoger árbitros percibidos como más favorables.

Es claro que dicho estudio no se refiere a arbitraje comercial internacional, pero es una evidencia ilustrativa sobre incentivos.

Ahora, la creciente competencia de profesionales interesados en actuar como árbitros internacionales parece superar el número de oportunidades efectivamente disponibles, especialmente en arbitrajes internacionales de alta complejidad, lo que impulsa a muchos profesionales a desarrollar estrategias de promoción personal y de visibilidad en el sistema, y es aquí donde se plantea la cuestión adicional: hasta qué punto las estrategias de promoción profesional de los árbitros, resultan compatibles con los

[8] Mark L. Egan, Gregor Matvos y Amit Seru. "Arbitration with Uninformed Consumers." The Review of Economic Studies 92, no. 6 (2025): 3888-3923. https://doi.org/10.1093/restud/rdaf010.

estándares de independencia, imparcialidad y apariencia de neutralidad que sustentan la legitimidad del arbitraje.

III. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Las directrices de la International Bar Association (IBA) sobre conflictos de intereses establecen que un árbitro debe ser independiente de las partes y permanecer libre de influencias externas durante todo el procedimiento. Asimismo, debe evitar situaciones que puedan generar dudas justificadas sobre su objetividad. Las Directrices complementan estos principios mediante un sistema de listas roja, naranja y verde que permite identificar distintos niveles de riesgo en materia de conflictos de interés en el arbitraje internacional.

De manera similar, el Código de Ética para árbitros en disputas comerciales de la American Arbitration Association (AAA) exige que los árbitros preserven la integridad del arbitraje, eviten conductas que puedan generar apariencias de parcialidad y revelen cualquier circunstancia susceptible de afectar la confianza de las partes.

Las principales instituciones arbitrales internacionales siguen la misma línea. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el Swiss Arbitration Centre, la Cámara de Comercio de Lima, la Corte de Arbitraje de Madrid y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá imponen a los árbitros obligaciones permanentes de independencia, imparcialidad y revelación de circunstancias relevantes.

El denominador común de todos estos instrumentos es que el árbitro no solo debe ser independiente e imparcial, sino que debe evitar circunstancias que generen cualquier tipo de duda justificada sobre esa independencia e imparcialidad. La cuestión ética no solo se limita a determinar si existe una influencia real, sino también a establecer si determinadas conductas pueden generar razonablemente una apariencia de parcialidad. La confianza pública en el arbitraje depende tanto de la ausencia real de sesgos como de la percepción de neutralidad. Ese es el criterio a utilizar para analizar los mecanismos de promoción que se mencionan a continuación.

IV. MECANISMOS DE PROMOCIÓN DE LOS ÁRBITROS

Lo anterior invita a reflexionar sobre el funcionamiento real del mercado arbitral, las barreras de acceso que enfrentan los nuevos árbitros y los incentivos que genera el propio sistema para la construcción de reputación y visibilidad profesional. En un contexto en el que las oportunidades de designación son relativamente escasas frente al número de profesionales que aspiran a desempeñar la función arbitral, la visibilidad dentro de las redes de usuarios recurrentes del arbitraje adquiere una importancia significativa.

Dado que las decisiones de nombramiento suelen estar influenciadas por el conocimiento previo, la reputación y las referencias profesionales, muchos árbitros buscan posicionarse ante quienes intervienen habitualmente en estos procesos, especialmente firmas de abogados, departamentos jurídicos corporativos e instituciones arbitrales, ya sea que tengan listas públicas de arbitraje, o que designen árbitros de manera privada, en donde es usual que las personas que se inscriban en las listas de arbitraje presenten sus credenciales, indicando experiencia y trayectoria profesional.

En la práctica, ello ha llevado a un crecimiento de las estrategias de promoción profesional, networking y desarrollo de relaciones dentro de la comunidad arbitral. Bajo esta lógica, quienes logran consolidar presencia y reconocimiento dentro de determinadas redes profesionales pueden acceder a ventajas competitivas relevantes frente a otros candidatos con similares credenciales académicas o técnicas. Así, esta realidad resulta especialmente compleja para los árbitros emergentes, quienes deben

superar importantes barreras de entrada para obtener sus primeras designaciones y construir la reputación necesaria para competir en un mercado donde la experiencia previa constituye uno de los principales criterios de selección.

4.1 La promoción de árbitros: una zona gris de la regulación arbitral

Curiosamente, los principales códigos éticos y reglamentos arbitrales contienen disposiciones detalladas sobre conflictos de interés, pero dedican escasa atención a la promoción profesional de los árbitros.

Ni las Directrices IBA ni la mayoría de los reglamentos institucionales prohíben expresamente que los árbitros desarrollen actividades de marketing profesional. De hecho, actividades como participar en conferencias, publicar artículos académicos, enseñar en universidades o intervenir en eventos especializados son las prácticas amplia y generalmente aceptadas. Estas actividades contribuyen al debate académico y permiten que el mercado conozca las capacidades y experiencia de los potenciales árbitros. En consecuencia, constituyen formas legítimas de construcción de reputación profesional.

Sin embargo, aparecen dificultades cuando la promoción deja de estar basada en la producción académica o profesional y pasa a fundamentarse en relaciones directas con quienes controlan los nombramientos.

En algunos mercados arbitrales se observa la realización de visitas a firmas de abogados, reuniones privadas, desayunos estratégicos u otras actividades diseñadas específicamente para captar futuras designaciones arbitrales. Aunque estas conductas generalmente no infringen de manera expresa una norma ética vigente, sí generan interrogantes sobre su compatibilidad con los principios de independencia e imparcialidad.

La creciente competencia por acceder a un número limitado de nombramientos arbitrales ha llevado a una mayor interacción entre árbitros y grandes firmas de abogados, actores que desempeñan un papel relevante en los procesos de selección de árbitros. Powerhouse Mediation[9], destaca que la construcción de relaciones profesionales con firmas de abogados y otros participantes del mercado puede contribuir al desarrollo de una práctica arbitral exitosa, ampliar la visibilidad y credibilidad profesionales y generar nuevas oportunidades profesionales en el ámbito del arbitraje.

Sin embargo, desde una perspectiva de ética arbitral, cabe preguntarse si determinadas formas de networking orientadas específicamente a obtener futuras designaciones podrían generar percepciones de cercanía o dependencia respecto de quienes intervienen en los procesos de nombramiento. Esta cuestión, aunque no es abordada expresamente por PowerHouse Mediation, merece una reflexión adicional a la luz de los principios de independencia e imparcialidad que caracterizan la función arbitral. Si bien la interacción profesional con firmas de abogados no es incompatible con la función arbitral, existe el riesgo de que los árbitros desarrollen una dependencia económica o reputacional respecto de quienes tienen capacidad para influir en futuros nombramientos.

En consecuencia, la búsqueda legítima de visibilidad puede generar dudas sobre la independencia o la apariencia de imparcialidad del árbitro, especialmente cuando las relaciones son particularmente estrechas o reiteradas. Por ello, la cuestión ética no radica en la existencia de contactos profesionales, sino en garantizar que estos no

[9] Kristi Paulson, "Building a Successful Arbitration Practice: Marketing and Business Development Skills," PowerHouse Mediation, consultado el 30 de julio de 2026, https://powerhousemediation.com/building-a-successful-arbitration-practice-marketing-and-development-skills/.

comprometan, ni siquiera en apariencia, los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad que constituyen la base de la legitimidad del arbitraje.

4.2 Análisis de las principales estrategias de promoción arbitral

La promoción profesional no es, en sí misma, incompatible con la función arbitral. Como ocurre en cualquier actividad profesional especializada, los árbitros necesitan que el mercado conozca su experiencia, conocimientos y trayectoria para poder ser considerados en futuros nombramientos. Sin embargo, la particularidad del arbitraje radica en que quienes ejercen esta función no prestan un servicio de representación de intereses, sino que desempeñan una función decisoria que exige los más altos estándares de independencia, imparcialidad y neutralidad. Por esta razón, el análisis ético de las actividades de promoción no debe centrarse únicamente en su licitud formal, sino también en los efectos que pueden producir sobre la confianza y la percepción de independencia del árbitro.

Esta exigencia encuentra fundamento en los principales instrumentos de ética arbitral. Las Directrices de la IBA[10] sobre Conflictos de Interés disponen expresamente que todo árbitro debe ser independiente e imparcial al momento de aceptar su nombramiento y permanecer así hasta la terminación definitiva del procedimiento arbitral. Asimismo, se considera que existen dudas justificadas cuando un tercero razonable concluiría que el árbitro podría verse influenciado por factores distintos a los méritos de la controversia. De manera similar, el Código de Ética para Árbitros en Disputas Comerciales de la American Arbitration Association (AAA)[11] y la American Bar Association (ABA) dispone que los árbitros deben preservar la integridad y la equidad del proceso arbitral y evitar conductas que puedan comprometer la confianza de las partes en su neutralidad. Aunque estos instrumentos regulan principalmente conflictos de interés y deberes de revelación, los principios que contienen resultan igualmente relevantes para valorar las actividades de promoción profesional.

Algunas formas de promoción profesional son generalmente consideradas compatibles con dichos principios. Entre ellas se encuentran la publicación de libros y artículos especializados, la participación en actividades académicas, la docencia universitaria, la intervención en congresos y seminarios abiertos al público, así como la participación en asociaciones profesionales relacionadas con el arbitraje. Estas actividades permiten difundir conocimiento, enriquecen el debate jurídico y ofrecen a los usuarios del arbitraje elementos objetivos para valorar las capacidades de un potencial árbitro. Además, al desarrollarse en entornos académicos o institucionales abiertos, no suelen generar relaciones privilegiadas con quienes intervienen directamente en los procesos de designación.

Más compleja resulta la evaluación de actividades orientadas específicamente al fortalecimiento de relaciones con potenciales nominadores. En esta categoría pueden ubicarse reuniones privadas con firmas de abogados, visitas institucionales destinadas a promover la disponibilidad de una persona para actuar como árbitro, eventos cerrados dirigidos exclusivamente a determinados usuarios del arbitraje, patrocinios selectivos o actividades de networking estructuradas con la finalidad principal de obtener futuras designaciones. Aunque estas conductas no suelen estar expresamente prohibidas por los reglamentos arbitrales, sí presentan un riesgo evidente de generar percepciones de

[10] International Bar Association, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Londres: International Bar Association, 2024).

[11] American Arbitration Association y American Bar Association, Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (Nueva York: American Arbitration Association y American Bar Association, 2004), https://icdr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators.pdf.

cercanía o dependencia respecto de quienes poseen capacidad de influir en futuros nombramientos.

La cuestión ética central no radica tanto en la existencia de relaciones profesionales, inevitables en una comunidad arbitral relativamente reducida, sino en la naturaleza y finalidad de dichas relaciones. Cuanto más específica sea la actividad para promover futuros nombramientos y cuanto más reducido sea el grupo de potenciales nominadores al que se dirige, mayor será el riesgo de afectar la apariencia de independencia que debe caracterizar a la función arbitral. Esta preocupación resulta coherente con la doctrina desarrollada alrededor de fenómenos como los repeat players, el affiliation bias y los conflictos de interés derivados de relaciones reiteradas entre árbitros y determinados usuarios del sistema arbitral.

En consecuencia, puede proponerse un criterio general de evaluación ética: las actividades de promoción profesional serán más compatibles con la función arbitral en la medida en que se encuentren orientadas a difundir conocimientos, experiencia y contribuciones intelectuales ante la comunidad jurídica en general, y menos compatibles cuando su finalidad principal sea influir en personas o entidades con capacidad directa para generar futuros nombramientos. Bajo esta lógica, la cuestión no consiste en prohibir toda forma de promoción profesional, sino en establecer límites que permitan preservar la confianza en la independencia, imparcialidad y neutralidad de quienes ejercen la función arbitral. Como ocurre con los conflictos de interés tradicionales, la pregunta relevante no es únicamente si existe una influencia real sobre el árbitro, sino si un observador razonable podría percibir que dicha influencia existe. Esa apariencia de independencia constituye, en última instancia, uno de los pilares esenciales de la legitimidad del arbitraje internacional.

4.3 ¿Es ético que los árbitros visiten firmas para ser nombrados?

A mi juicio, existen razones sólidas para considerar que esta práctica es éticamente cuestionable. En primer lugar, la función arbitral no es equiparable a la prestación ordinaria de servicios jurídicos. Un abogado puede legítimamente promocionar sus servicios porque representa intereses particulares. El árbitro, por el contrario, ejerce una función jurisdiccional basada en la neutralidad frente a las partes.

En segundo lugar, las visitas organizadas a firmas de abogados tienen como objetivo precisamente influir en quienes, en muchos casos, recomendarán o propondrán futuros nombramientos arbitrales. Aunque no exista un acuerdo explícito ni una promesa de designación, la proximidad creada por estas interacciones puede generar percepciones de afinidad o cercanía profesional incompatibles con la imagen de completa neutralidad que debe proyectar un árbitro.

En tercer lugar, estas prácticas pueden profundizar los problemas ya identificados por la literatura sobre repeat arbitrators y dependencia de redes profesionales. En lugar de favorecer procesos de selección basados en mérito, experiencia y diversidad, tienden a reforzar círculos cerrados de relaciones personales.

Finalmente, desde la perspectiva de la apariencia de imparcialidad, resulta difícil explicar por qué una persona llamada a decidir de manera neutral controversias entre partes privadas debería realizar actividades comerciales dirigidas específicamente a abogados encargados de designar árbitros.

Otros autores podrían sostener que estas actividades constituyen formas legítimas de interacción profesional propias de cualquier mercado especializado y que, por sí mismas, no comprometen la independencia arbitral. Desde esta perspectiva, el problema no sería la existencia de contactos profesionales sino la ausencia de mecanismos adecuados de transparencia y revelación.

V. CONCLUSIÓN: NO SOLO HAY QUE SERLO SINO TAMBIÉN PARECERLO

La ética del arbitraje internacional se ha construido históricamente sobre los principios de independencia, imparcialidad y transparencia. Si bien los reglamentos e instrumentos internacionales regulan ampliamente los conflictos de interés tradicionales, aún existe un vacío normativo respecto de las formas contemporáneas de promoción de árbitros.

Ante la dificultad de los árbitros internacionales para darse a conocer, debido a las altas barreras de entrada, y la creciente competencia por los nombramientos, algunos profesionales recurren a estrategias de promoción más directas, incluyendo visitas a firmas de abogados y actividades orientadas específicamente a obtener futuras designaciones. Aunque estas conductas no suelen estar expresamente prohibidas, sí pueden afectar la percepción de independencia e imparcialidad que constituye el principal activo del arbitraje.

Por ello, resulta razonable sostener que los árbitros deberían promoverse principalmente a través de su trabajo académico, experiencia profesional, calidad de sus decisiones y participación en foros públicos abiertos, evitando actividades dirigidas específicamente a quienes controlan los nombramientos. La legitimidad del arbitraje depende no solo de que los árbitros sean imparciales, sino también de que no existan dudas razonables sobre dicha imparcialidad.

En consecuencia, las visitas a oficinas de abogados y conductas similares deberían ser objeto de especial cautela y de estándares más exigentes de transparencia e independencia.

BIBLIOGRAFÍA

- American Arbitration Association y American Bar Association. Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Nueva York: American Arbitration Association y American Bar Association, 2004. https://icdr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators.pdf.

- Egan, Mark L., Gregor Matvos y Amit Seru. "Arbitration with Uninformed Consumers." The Review of Economic Studies 92, no. 6 (2025): 3888-3923. https://doi.org/10.1093/restud/rdaf010.

- International Bar Association. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Londres: International Bar Association, 2024.

- International Chamber of Commerce. ICC Dispute Resolution Statistics 2024. París: ICC International Court of Arbitration, 2025.

- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). "Panels of Arbitrators and of Conciliators." Consultado el 5 de agosto de 2026. https://icsid.worldbank.org/es/node/2936.

- Paulson, Kristi. "Building a Successful Arbitration Practice: Marketing and Business Development Skills." PowerHouse Mediation. Consultado el 30 de julio de 2026. https://powerhousemediation.com/building-a-successful-arbitration-practice-marketing-and-development-skills/.

- Puig, Sergio, y Anton Strezhnev. "Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach." The Journal of Legal Studies 46, no. 2 (2017): 371-398.

- Rogers, Catherine A., "The Key to Unlocking the Arbitrator Diversity Paradox?: Arbitrator Intelligence," Kluwer Arbitration Blog, 27 de diciembre de 2017, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-key-to-unlocking-the-arbitrator-diversity-paradox-arbitrator-intelligence/.

- Rogers, Catherine A., "The Market for Arbitrators and The Market for Lemons" Kluwer Arbitration Blog, 10 de Junio de 2020, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/the-market-for-arbitrators-and-the-market-for-lemons/

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DELIBERACIÓN ARBITRAL: LÍMITES ÉTICOS Y PROCESALES

Autores:
José Antonio Sánchez Romero
Xiara Yenifer Begazo Gutiérrez

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DELIBERACIÓN ARBITRAL: LÍMITES ÉTICOS Y PROCESALES

Artificial Intelligence and Arbitral Deliberation: Ethical and Procedural Limits

José Antonio Sánchez Romero[1] y Xiara Yenifer Begazo Gutiérrez[2]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La deliberación arbitral como función personalísima del árbitro.
III. Inteligencia artificial en el arbitraje internacional.
IV. Estándares internacionales sobre el uso de inteligencia artificial en el arbitraje.
V. Límites éticos y procesales al uso de inteligencia artificial en la deliberación arbitral.
VI. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo analiza el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional, con especial énfasis en sus límites éticos y procesales en la etapa de deliberación arbitral. Partiendo del carácter *intuitu personae* de la función arbitral, se sostiene que la deliberación constituye una actividad esencial, personalísima e indelegable del árbitro. Asimismo, se examinan las principales aplicaciones de la inteligencia artificial en el arbitraje, en el contexto del denominado "Arbitraje 2.0", así como los estándares internacionales relevantes, como las Directrices del SVAMC, la Recomendación de la UNESCO y el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea.

Sobre esta base, se identifican los riesgos asociados a su uso en la deliberación arbitral, incluyendo posibles afectaciones a la independencia del tribunal, la confidencialidad y el debido proceso. En consecuencia, se concluye que la inteligencia artificial puede emplearse como herramienta de apoyo, siempre que su uso esté sujeto a límites estrictos que garanticen que la decisión arbitral permanezca en manos del árbitro, preservando así la legitimidad del laudo.

Palabras clave

Inteligencia artificial, arbitraje internacional, deliberación arbitral, debido proceso, ética, transparencia.

---

[1]Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en la Maestría de Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Federico Villarreal, y de doctorado en la Universidad de San Martin de Porres; Diplomatura en Arbitraje Comercial y de Inversiones por la Universidad Austral. Profesor en la Universidad Continental y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, Perú. Correo electrónico: arbitrajes.sanchez@gmail.com.

[2]Abogada por la Universidad Nacional de San Agustín, con estudios de postgrado en la Diplomatura en Arbitraje Comercial y de Inversiones por la Universidad Austral y el Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Arequipa, Perú. Correo electrónico: xiarabegazogutierrez1@gmail.com.

Abstract

This article examines the use of artificial intelligence in international arbitration, with a particular focus on its ethical and procedural limits in the arbitral deliberation stage. Based on the *intuitu personae* nature of the arbitral function, it argues that deliberation constitutes an essential, personal, and non-delegable activity of the arbitrator. It also analyzes the main applications of artificial intelligence in arbitration within the framework of so-called "Arbitration 2.0", as well as relevant international standards, including the SVAMC Guidelines, the UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, and the European Union Artificial Intelligence Act.

On this basis, the article identifies the risks associated with the use of artificial intelligence in arbitral deliberation, including potential impacts on tribunal independence, confidentiality, and due process. It concludes that artificial intelligence may be used as a supporting tool, provided that its use is subject to strict limitations ensuring that arbitral decision-making remains in the hands of the arbitrator, thereby preserving the legitimacy of the arbitral award.

Key words

Artificial intelligence, international arbitration, arbitral deliberation, due process, ethics, transparency

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el arbitraje ha experimentado un proceso sostenido de transformación impulsado por la digitalización de los procedimientos y la incorporación de nuevas tecnologías en la práctica jurídica. Este fenómeno, intensificado a partir de la globalización y el desarrollo de herramientas digitales, ha permitido optimizar la gestión de los procesos arbitrales, reducir costos y mejorar la eficiencia en la resolución de controversias. En este contexto, el arbitraje ha evolucionado hacia modelos cada vez más dinámicos, en los que la tecnología cumple un rol central en distintas etapas del procedimiento.

Dentro de este proceso de modernización, la inteligencia artificial ha adquirido un protagonismo creciente en el ámbito jurídico. Su utilización se ha extendido a diversas funciones, tales como la revisión documental (e-discovery), la investigación jurídica, la automatización de contratos y el análisis de datos, generando un impacto significativo en la forma en que los operadores jurídicos desarrollan su labor. En el arbitraje internacional, este fenómeno ha dado lugar a lo que parte de la doctrina denomina "Arbitraje 2.0", caracterizado por la integración de herramientas tecnológicas en el desarrollo del procedimiento arbitral.

Sin embargo, la expansión del uso de inteligencia artificial plantea interrogantes relevantes cuando se traslada a la etapa más sensible del arbitraje: la deliberación arbitral. A diferencia de otras fases del proceso, la deliberación constituye una función esencial, personalísima e indelegable del árbitro, directamente vinculada a la confianza que las partes han depositado en su persona. En ese sentido, surge el siguiente problema de investigación: ¿es legítimo utilizar inteligencia artificial en la deliberación arbitral sin afectar la naturaleza *intuitu personae* de la función arbitral y las garantías fundamentales del proceso?

A partir de este cuestionamiento, el presente artículo tiene como objetivo analizar los límites éticos y procesales del uso de la inteligencia artificial en la deliberación arbitral. Para ello, en primer lugar, se examina la naturaleza de la deliberación arbitral como función personalísima del árbitro. En segundo lugar, se analizan los principales usos actuales de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional. En tercer lugar, se revisan los estándares internacionales relevantes sobre el uso de inteligencia artificial en el arbitraje. Finalmente, se identifican los principales riesgos y límites éticos y procesales asociados a su utilización en la etapa de deliberación, a fin de proponer

criterios que permitan compatibilizar la innovación tecnológica con la legitimidad del arbitraje.

II. LA DELIBERACIÓN ARBITRAL COMO FUNCIÓN PERSONALÍSIMA DEL ÁRBITRO

En el arbitraje, la función del árbitro se caracteriza por su naturaleza *intuitu personae*, en la medida en que las partes lo designan en atención a sus cualidades personales, tales como su experiencia, independencia e imparcialidad. En efecto, como señala Yaringaño, la confianza depositada por las partes no recae únicamente en la función arbitral en abstracto, sino en la persona concreta del árbitro, lo que determina que su designación sea esencialmente indelegable[3].

Esta característica tiene consecuencias directas sobre el ejercicio de la función decisoria. En particular, implica que el árbitro es el único llamado a analizar el caso, valorar los medios probatorios y resolver la controversia sometida a su conocimiento, sin que dicha labor pueda ser transferida a terceros sin desnaturalizar el arbitraje.

En ese contexto, la deliberación arbitral constituye la manifestación más relevante de dicha función personalísima. Se trata del proceso mediante el cual el árbitro, o el tribunal arbitral, forma su convicción a partir del análisis de los hechos, las pruebas y el derecho aplicable. Así, Rodríguez la define como un proceso colegiado en el que los árbitros, a partir de valoraciones individuales, construyen una decisión común orientada a la solución de la controversia[4].

La deliberación arbitral constituye una fase esencial del proceso arbitral, en la que el tribunal arbitral analiza, discute y decide la controversia sometida a su conocimiento. No se trata de un acto meramente formal, sino de un proceso intelectual complejo que culmina en la emisión del laudo, expresión máxima de la función jurisdiccional arbitral.

Asimismo, Fernández precisa que:

> "La actividad deliberativa comprende tanto un proceso interno de análisis y reflexión en torno a una cuestión determinada, como la etapa en la que el tribunal arbitral discute y toma una decisión sobre la materia que le fue encomendado resolver. Ello no excluye que, a lo largo de todo el proceso arbitral, se produzcan deliberaciones parciales que permitan construir tomas de posiciones provisionales, de gran utilidad a la hora de la deliberación final[5]".

En esta misma línea, Vásquez advierte que la función de dictar el laudo no se limita a emitir cualquier decisión jurídica, sino que exige arribar a una solución que sea el resultado de un proceso respetuoso de las garantías fundamentales del arbitraje, como la igualdad y el derecho de audiencia. En consecuencia, la deliberación no solo implica decidir, sino hacerlo correctamente, como culminación de un procedimiento válido[6].

---

[3] Sebastián Leonardo Yaringaño Salas, "¿Justicia artificial, decisión anulada? La indebida delegación de la función *intuitu personae* del árbitro a la inteligencia artificial como causal de anulación del laudo arbitral en el Perú", *Revista SAPERE* 29 (2025), https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/SP/article/view/3308/4049.

[4] Ricardo Rodríguez, "La deliberación - Derecho y deber de los árbitros", *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016), https://repositorio.pucp.edu.pe/items/fa23b452-05dc-4048-826a-434c2e727f2a.

[5] José Carlos Fernández Rozas, "El oficio del árbitro en la elaboración del laudo arbitral" (ponencia presentada en el Congreso Internacional "Contratación y Arbitraje Comercial Internacional", Cámara de Comercio de Santiago de Chile, 14 de marzo de 2017), https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2024/04/En-oficio-de-arbitro-en-la-elaboracion-del-laudo-arbitral-Santiago-de-Chile-2017.pdf

[6] María Fernanda Vásquez Palma, *Tratado de arbitraje en Chile* (Santiago: Thomson Reuters, 2018).

De lo expuesto, se desprende que la deliberación arbitral no es una actividad accesoria, sino una función esencial, personalísima e indelegable del árbitro, directamente vinculada a la confianza que las partes han depositado en su persona.

El ejercicio de la deliberación arbitral, en tanto manifestación de la función *intuitu personae* del árbitro, no es irrestricto, sino que se encuentra sujeto al respeto de principios fundamentales que garantizan la legitimidad del laudo: la independencia, la imparcialidad y la confidencialidad.

En primer lugar, la independencia y la imparcialidad constituyen condiciones indispensables para el ejercicio de la función arbitral. De conformidad con el artículo 28 de la Ley General de Contrataciones Publicas, todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial durante todo el arbitraje, debiendo revelar cualquier circunstancia que pueda generar dudas justificadas sobre dichas cualidades. En términos doctrinales, Matheus señala que la independencia tiene un carácter objetivo, referido a la ausencia de vínculos de dependencia respecto de las partes, mientras que la imparcialidad presenta un carácter subjetivo, consistente en la ausencia de prejuicios o predisposiciones frente al litigio[7].

Estos principios adquieren especial relevancia en la etapa de deliberación, pues es en este momento donde el árbitro forma su decisión final. En tal sentido, la deliberación debe realizarse libre de cualquier interferencia externa o influencia indebida que pueda comprometer la objetividad del juicio arbitral.

En segundo lugar, la confidencialidad constituye un elemento estructural del arbitraje y, particularmente, de la deliberación arbitral. Conforme al artículo 51 de la Ley de Arbitraje, todos los intervinientes en el proceso arbitral están obligados a guardar reserva sobre el curso de las actuaciones, incluido el laudo y cualquier información conocida durante el procedimiento.

Aplicado a la deliberación, este principio implica que el proceso interno de análisis, discusión y toma de decisiones del tribunal arbitral debe mantenerse en estricta reserva. Ello garantiza la libertad de criterio de los árbitros, permite un intercambio abierto de ideas y protege la integridad del proceso decisorio.

En consecuencia, la deliberación arbitral debe entenderse como una función inherente a la naturaleza *intuitu personae* del árbitro, que solo puede ser ejercida por este y que debe desarrollarse respetando estrictamente los principios de independencia, imparcialidad y confidencialidad. Estos elementos no solo delimitan su ejercicio, sino que constituyen garantías esenciales para la validez y legitimidad del laudo arbitral.

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El desarrollo de la inteligencia artificial ha generado una transformación progresiva en las distintas etapas del arbitraje internacional, evidenciando que su impacto no se limita a una sola función, sino que se proyecta sobre todo el ciclo del procedimiento arbitral. En este contexto, Gonzalo sostiene que la integración de herramientas digitales, incluida la inteligencia artificial, en el arbitraje ha dado lugar a lo que se denomina "Arbitraje 2.0", entendido como un modelo que incorpora recursos tecnológicos para optimizar la eficiencia del procedimiento y adaptarlo a las nuevas exigencias del entorno jurídico[8].

[7] Carlos Alberto Matheus López, "La independencia e imparcialidad del árbitro", *Foro Jurídico*, n.º 7 (2007): 67–69, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458

[8] Marta Gonzalo Quiroga, "La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15, n.º 2 (2023): 516–550, https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067

Este fenómeno permite comprender que la inteligencia artificial ya no constituye una herramienta accesoria, sino un elemento estructural del arbitraje contemporáneo, lo que justifica analizar sus principales aplicaciones prácticas en las distintas fases del proceso arbitral.

a) Selección y evaluación de árbitros

Uno de los desarrollos más innovadores de la inteligencia artificial se observa en la fase de designación de árbitros, lo cual se viene implementando a nivel internacional.

En efecto, como sostiene Martínez, herramientas como Arbitrator Intelligence[9] permiten acceder a información sistematizada sobre el desempeño de los árbitros, incluyendo aspectos como la gestión del procedimiento o el análisis de cuestiones jurisdiccionales[10].

Asimismo, herramientas como el *Conflict Checker*[11] de Jus Mundi permiten identificar posibles conflictos de interés mediante el análisis de relaciones entre actores relevantes en el arbitraje.

Este tipo de tecnologías contribuye a una mayor transparencia y objetividad en la selección de árbitros, superando la tradicional dependencia de referencias subjetivas. No obstante, desde una perspectiva crítica, también pueden generar riesgos como la homogeneización en la elección de árbitros o la reproducción de sesgos existentes en la práctica arbitral.

b) Revisión documental y *e-discovery*

Uno de los usos más consolidados de la inteligencia artificial se encuentra en la revisión masiva de documentos (*e-discovery*). En efecto, como señalan Jijón y Moncayo, estas herramientas permiten revisar grandes volúmenes de información de manera más eficiente que los métodos tradicionales, identificando, clasificando y extrayendo datos relevantes[12]. A nivel internacional plataformas como Kira Systems[13] o Brainspace Discovery[14] ejemplifican este tipo de aplicaciones.

En el ámbito latinoamericano y peruano, han comenzado a surgir herramientas como LeyIA[15] o LEXIUS[16], que permiten procesar expedientes, analizar documentos y generar síntesis automatizadas del contenido jurídico.

Desde una perspectiva crítica, este tipo de tecnologías no solo incrementa la eficiencia del procedimiento, sino que también transforma el rol del abogado y del árbitro, desplazando su intervención desde tareas mecánicas hacia funciones estratégicas. No obstante, su uso plantea riesgos, como la posible pérdida de contexto o la omisión de información relevante, lo que exige una supervisión constante por parte del operador jurídico.

---

[9] Arbitrator Intelligence, "Arbitrator Intelligence", acceso el 24 de marzo de 2026, https://arbitratorintelligence.vercel.app/

[10] Álvaro Martínez Almeida, "Arbitraje 2.0: El impacto de la inteligencia artificial en el arbitraje" (Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2024), https://www.usfq.edu.ec/sites/default/files/2024-04/arbitraje-2.0-el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje-comp.pdf

[11] Arbitrator Intelligence. "Conflict Checker." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://arbitratorintelligence.vercel.app/Conflict%20Checker

[12] Rodrigo Jijón Letort y Gabriel Moncayo Grijalva, "Inteligencia artificial en el arbitraje: avances, implicaciones y rol en la toma de decisiones", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 15 (2025): 15–75, https://doi.org/10.18272/rea.i15.3787

[13] Litera, "Kira Systems", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.litera.com/products/kira.

[14] Reveal Data, "Brainspace", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.revealdata.com/product/brainspace

[15] LeyIA, "Encuentra, analiza y resume resoluciones del Tribunal Fiscal en segundos", acceso el 24 de marzo de 2026, https://leyia.pe/

[16] LEXIUS, "Plataforma de inteligencia artificial legal", acceso el 24 de marzo de 2026, https://lexius.io/pe/

c) Investigación jurídica y construcción de argumentos

En el ámbito de la investigación jurídica, la inteligencia artificial se ha convertido en una herramienta de apoyo para la elaboración de argumentos y la identificación de precedentes. En este sentido, González de Cossío advierte que el uso de IA puede optimizar la investigación, siempre que exista una revisión final por parte de un humano, quien mantiene la responsabilidad sobre el resultado[17].

Asimismo, en el Perú, herramientas como Magnar[18], Juztina[19] o Legalix[20] permiten analizar jurisprudencia, sistematizar información normativa y generar respuestas estructuradas en el contexto jurídico peruano.

Sin embargo, la IA presenta limitaciones relevantes, tales como sesgos en los datos, opacidad en los algoritmos, generación de respuestas incorrectas o "alucinaciones" y falta de razonamiento autónomo. En consecuencia, su utilización en arbitraje debe ser entendida como un apoyo al razonamiento jurídico, mas no como un sustituto del mismo.

d) Redacción de vistos o borradores

Otro uso relevante de la inteligencia artificial en el arbitraje se encuentra en la redacción de escritos y borradores jurídicos. En efecto, diversas herramientas permiten generar proyectos de demandas, contestaciones, informes o incluso borradores de decisiones a partir del procesamiento de información jurídica y fáctica.

En el ámbito peruano, plataformas como Magnar, Lexius y JusGPT[21] ofrecen soluciones orientadas a la generación asistida de documentos legales, facilitando la estructuración de argumentos y la sistematización de información relevante.

Este tipo de aplicaciones contribuye a optimizar el tiempo de trabajo de los operadores jurídicos, permitiéndoles concentrarse en aspectos estratégicos del caso. Asimismo, favorece la estandarización en la presentación de escritos y la organización lógica de los argumentos, lo cual puede resultar especialmente útil en procedimientos complejos.

No obstante, desde una perspectiva crítica, el uso de inteligencia artificial en la redacción de borradores plantea riesgos significativos, particularmente cuando se extiende a la elaboración de proyectos de decisiones o laudos. En tales supuestos, podría configurarse una indebida delegación de la función decisoria del árbitro, afectando la naturaleza *intuitu personae* del arbitraje.

e) Transcripción de audiencias y procesamiento de audio

Otro uso relevante de la inteligencia artificial en el arbitraje se encuentra en la transcripción automatizada de audiencias y el procesamiento de archivos de audio. En efecto, diversas herramientas basadas en inteligencia artificial permiten convertir en tiempo real las intervenciones orales de las partes, testigos y árbitros en texto estructurado, facilitando el registro y posterior análisis de lo actuado en audiencia.

En el ámbito internacional, la inteligencia artificial ha alcanzado un desarrollo significativo en la transcripción automatizada de audiencias y el procesamiento de

---

[17] Francisco González de Cossío, *IA para AI: Inteligencia artificial para arbitraje internacional. Del ludismo al futurismo* (México: GDCA, 2025), https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/IAparaAI.pdf

[18] Magnar, "Inteligencia artificial para abogados", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.magnar.ai/pe

[19] Juztina, "Asistencia legal con inteligencia artificial", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.juztina.ai/pe/es/

[20] Legalix, "Asesoría legal online con inteligencia artificial en Perú", acceso el 24 de marzo de 2026, https://legalix.pe/

[21] Jusfy, "JusGPT Perú: inteligencia artificial para abogados", acceso el 24 de marzo de 2026, https://jusfy.com/jusgpt-peru/

audio. Herramientas como Otter.ai[22] y Trint[23] permiten convertir en tiempo real las intervenciones orales en texto estructurado, identificando interlocutores y facilitando la organización de la información. Asimismo, modelos avanzados de reconocimiento de voz, como Whisper[24], han demostrado una alta precisión incluso en contextos multilingües y con terminología especializada, lo que resulta particularmente relevante en el arbitraje internacional. Estas tecnologías no solo optimizan el registro de las audiencias, sino que también permiten generar resúmenes automáticos y facilitar el análisis posterior de la prueba oral.

Por su parte, en el contexto peruano, si bien no se advierte el desarrollo de herramientas de inteligencia artificial especializadas exclusivamente en la transcripción de audiencias arbitrales, sí existen plataformas que cumplen un rol complementario en el procesamiento de la información generada. En efecto, herramientas como Juztina, LEXIUS o JusGPT permiten analizar, estructurar y sintetizar grandes volúmenes de información jurídica, incluyendo transcripciones, lo que contribuye a su aprovechamiento en el desarrollo del proceso arbitral.

No obstante, desde una perspectiva crítica, el uso de inteligencia artificial en la transcripción de audiencias también plantea desafíos. Entre ellos, destacan posibles errores en el reconocimiento de voz, especialmente en contextos multilingües o con terminología jurídica especializada, así como riesgos relacionados con la confidencialidad de la información procesal. En consecuencia, resulta indispensable que este tipo de herramientas sea utilizado bajo supervisión humana, asegurando la verificación de la exactitud de las transcripciones y la protección de los datos sensibles del arbitraje.

IV. ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE

El creciente uso de la inteligencia artificial en el arbitraje ha generado la necesidad de establecer marcos normativos y directrices que orienten su utilización, particularmente en aquellas fases del procedimiento que inciden directamente en la toma de decisiones. En este contexto, diversos organismos internacionales, centros de arbitraje e iniciativas regulatorias han desarrollado instrumentos destinados a delimitar los alcances y condiciones de uso de estas tecnologías, con el objetivo de preservar los principios fundamentales del arbitraje.

Estos estándares no buscan prohibir el uso de la inteligencia artificial, sino establecer criterios que garanticen su empleo responsable, asegurando que su incorporación no afecte la independencia del tribunal, el debido proceso ni la naturaleza *intuitu personae* de la función arbitral. En particular, existe un consenso en torno a la necesidad de mantener la supervisión humana en la toma de decisiones, así como de garantizar la transparencia, la explicabilidad y la confiabilidad de los sistemas utilizados.

En este marco, a continuación, se analizarán los principales instrumentos internacionales relevantes, a fin de identificar los lineamientos que rigen el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje, con especial énfasis en su aplicación en la etapa de deliberación arbitral.

[22] Otter.ai, "Otter: AI Meeting Notes & Real-Time Transcription", acceso el 24 de marzo de 2026, https://otter.ai
[23] Trint, "Trint: Automated Transcription Software", acceso el 24 de marzo de 2026, https://trint.com
[24] OpenAI, "Whisper", acceso el 24 de marzo de 2026, https://openai.com/research/whisper

a) Directrices sobre IA y arbitraje del Silicon Valley Arbitration and Mediation Center

Las Directrices sobre Inteligencia artificial (IA) del Silicon Valley Arbitration & Mediation Center (SVAMC) fueron publicadas el 30 de abril de 2024[25], introduciendo principios para el uso de herramientas de inteligencia artificial en el arbitraje.

Dichas Directrices pueden utilizarse en arbitrajes nacionales o internacionales, teniendo como objetivo servir como guía a los participantes en un arbitraje.

Las Directrices se dividen en tres capítulos:

1. Directrices para todos los participantes en arbitrajes.
2. Directrices para las Partes y sus Representantes.
3. Directrices para los árbitros.

En vista de que el presente artículo está referido al uso de la IA en la deliberación arbitral, vamos a analizar las Directrices para los árbitros.

Resulta pacífico que la facultad de laudar reside exclusivamente en los árbitros. En ejercicio de esta potestad, los juzgadores deben evaluar las posiciones de las partes, analizar los medios probatorios y, tras un examen lógico-jurídico, resolver la controversia.

Siendo esto así, la **Directriz 6** señala que un árbitro no debe delegar ninguna parte de su mandato personal a ninguna herramienta de IA, especialmente a la toma de decisiones del árbitro.

En efecto, la IA no debe reemplazar el análisis del caso arbitral que deben efectuar los árbitros. En efecto, los árbitros han sido designados para que decidan un caso *intuitu personae*, por lo que el principio rector es la "No Delegación".

La Directriz 6 no prohíbe el uso de la IA por parte de los árbitros para tareas administrativas o de búsqueda de información, por el contrario, la IA resulta ser una ayuda en búsqueda de información o análisis de determinado tema o hecho, pero de ninguna manera puede reemplazar al árbitro en su decisión final, es decir, si la demanda es fundada, infundada o improcedente.

Como hemos señalado, es cierto que la IA es de ayuda a los árbitros en el tema de búsqueda de información; sin embargo, el resultado de dicha búsqueda que produce la IA, debe ser revisado por los árbitros, pues en algunas ocasiones, la IA "alucina", pudiendo entregar información incorrecta como, por ejemplo, citar jurisprudencia inexistente o inventar autores de libros que no existen. La labor imperativa del árbitro será la de corroborar el resultado de la información de la IA, verificar si la información es o no verdadera, motivo por el cual, el lado humano del arbitraje siempre debe estar presente en el análisis del caso arbitral.

En consecuencia, de acuerdo con la Directriz 6, un árbitro sí puede utilizar la IA para temas administrativos o de búsqueda de información, analizar algún tema jurídico, pero la toma de decisiones, el análisis de los medios probatorios o la interpretación de la ley o los tratados, debe encontrarse en manos de los árbitros.

b) Recomendaciones éticas sobre IA de la UNESCO

La palabra ética viene del griego *ethos* que significa "forma de ser" o "carácter". Entonces, la ética estudia los principios que deben regir la conducta humana al tratar

[25]Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (Palo Alto: SVAMC, 2024), https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf

de explicar las reglas morales de manera racional, fundamentada, científica y teórica[26].

Ahora, la ética se encuentra directamente vinculada con el arbitraje, pues está directamente vinculada con la independencia e imparcialidad de los árbitros, al deber de revelación, a la integridad y transparencia de los árbitros, así como al deber de confidencialidad; motivo por el cual, los Centros de Arbitraje tienen sus Códigos de Ética que establecen normas para asegurar el cumplimiento de dichos principios, como por ejemplo el de la Cámara de Comercio de Lima el cual lo llama Reglas de Ética, señalando en su artículo 1 inciso 4 que, las normas de ética constituyen principios generales con la finalidad de fijar conductas de actuación en el arbitraje[27].

En el contexto de la ética, observamos que la IA ha estado avanzando de manera exponencial en los últimos años, motivo por el cual, en noviembre de 2021, la UNESCO elaboró la primera norma mundial sobre la ética de la IA titulada: "Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial"[28].

Dicha norma protege principalmente los derechos humanos y la dignidad, pero siempre señalando que la inteligencia humana debe supervisar el desarrollo de la IA.

La Recomendación regula tres valores fundamentales a fin de que la IA trabaje por el bienestar de la humanidad: las personas, las sociedades y el medio ambiente. Pero ¿de qué manera se vincula dicha Recomendación general con el arbitraje?

En primer lugar, la vinculación con el arbitraje respecto a la transparencia y explicabilidad, que es base del laudo, lo encontramos en el párrafo 38 y párrafo 70:

> **Párrafo 38:** "*Si bien hay que hacer todo lo posible por aumentar la transparencia y la explicabilidad de los sistemas de IA [...] el grado de transparencia y explicabilidad debería ser siempre adecuado al contexto...*".
>
> **Párrafo 70:** "*Los Estados Miembros deberían establecer requisitos claros de transparencia y explicabilidad de los sistemas de IA para ayudar a garantizar la fiabilidad de dichos sistemas durante todo su ciclo de vida*".

Es decir, en dicho contexto, las partes de un arbitraje deben conocer que el árbitro está utilizando la IA en el ejercicio de sus funciones, a fin de investigar y/o analizar determinado tema, o buscar información jurídica vinculada al caso arbitral.

En segundo lugar, se prevé el principio de supervisión y decisión humana, contenido en los párrafos 43 y 25, los cuales señalan que la IA no debe reemplazar la voluntad humana, en nuestro caso, de los árbitros:

> **Párrafo 43:** Establece que la responsabilidad final debe recaer siempre en seres humanos y que no se debe otorgar "personería jurídica" a los sistemas de IA.
>
> **Párrafo 25:** Refuerza que "*ninguno de los procesos relacionados con el ciclo de vida de los sistemas de IA podrá ir más allá de lo necesario para lograr propósitos u objetivos legítimos*".

---

[26] Significados, "Ética y moral: qué es y diferencia entre ambas", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.significados.com/etica-y-moral/

[27] Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, *Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima* (Lima: Cámara de Comercio de Lima, 2023), https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2023/07/REGLAMENTO-Y-ESTATUTO-ARBITRAJE-MODIFICADO_.pdf

[28] UNESCO, *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial* (París: UNESCO, 2021), https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa

Al respecto, en lo referente al arbitraje, se reitera que el obligado a resolver las controversias mediante un laudo es el árbitro, no es la IA. Y no podía ser de otra manera, pues las partes han confiado en un árbitro, han pagado los gastos arbitrales, a fin de que el conflicto sea resuelto por un ser humano llamado árbitro, no por la IA, que como sabemos no resulta totalmente fiable pues *alucina*, siendo que su producto siempre debe ser revisado o contrastado por el usuario.

c) Iniciativas regulatorias

En la Unión Europea, tenemos que el Reglamento de IA fue aprobado el 13 de junio de 2024. Dicho reglamento es pionero al clasificar, en el párrafo 61, la IA en los procedimientos de resolución alternativa de litigios como de "alto riesgo", debido a que pueden existir posibles sesgos, errores y opacidades; concluyendo que la toma de decisión final debe seguir siendo una actividad humana.

A mayor abundamiento, tenemos que el artículo 14 del mencionado Reglamento indica que los sistemas de IA de alto riesgo deben ser vigilados por personas físicas durante el período que estén en uso.

En efecto, la información que brinde la IA siempre debe ser corroborada, pues puede ser que no sea cierta o sea inexacta, motivo por el cual los árbitros deben cuidar de no introducir datos o información errónea en un laudo arbitral, o de no incorporar dicha información errada en la deliberación.

V. LÍMITES ÉTICOS Y PROCESALES AL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA DELIBERACIÓN ARBITRAL

a) Riesgos para la independencia del tribunal

Estando a lo desarrollado hasta el momento, quien delibera y decide un caso es el Tribunal Arbitral "*intuitu personae*", cuyas labores resultan indelegables. Es decir, un "ser humano" es el que decide el caso.

Así, el artículo 20 de la Ley peruana de arbitraje, indica que puede ser árbitro la persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Sin embargo, la IA ha avanzado exponencialmente, introduciéndose de alguna manera en el arbitraje. Así, Ceballos Ríos indica que sí es factible concebir un "árbitro IA" como el "juez IA" creado por la Fiscalía de Shanghái Pudong, China, o Colombia con el robot Siarelis.

Vemos pues que la IA se está introduciendo en las decisiones que antes eran encomendadas a humanos.

Esto trae riesgos, debido a que la IA no funciona de manera autónoma e independiente. En efecto, para tener un determinado criterio sobre el caso, los árbitros deben "alimentar" a la IA con las piezas procesales más importantes del expediente arbitral; deben ingresar a la IA los escritos postulatorios, los medios probatorios pertinentes y las pericias. Es más, los árbitros deben escribir el prompt, que es la instrucción que se le da a la IA a fin de obtener una respuesta específica.

Siendo esto así, la respuesta que nos da la IA no debe ser creíble en su integridad, por el contrario, debe ser corroborada por los árbitros, pues la IA "*alucina*" respuestas, y puede señalar respuestas equivocadas.

Entonces, no debemos perder de vista que, como lo indica el artículo 3 de la Ley peruana de arbitraje, el tribunal arbitral es independiente, y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. En consecuencia, corresponde a los árbitros verificar y contrastar las respuestas de la IA, asegurando así que el uso de esta tecnología sirva como un soporte efectivo en la investigación de cada caso.

En la hipótesis que los árbitros no corroboren la información que proporcione la IA, se corre el riesgo de cometer serios errores en la deliberación arbitral, lo cual traería como consecuencia que emitan un laudo con motivación errónea, influenciados por la IA.

A mayor abundamiento, el Informe del Grupo de Trabajo de Economía Digital y Propiedad Intelectual sobre Arbitraje e Inteligencia Artificial del CIAM-CIAR señala que el árbitro es el único decisor:

a) Responsabilidad y control de la decisión

El árbitro es responsable de su labor *intuitu personae* y es el único decisor. El uso de sistemas de IA no elimina ni reduce su responsabilidad ni modifica sus deberes como árbitro.

El árbitro, aunque se asista de sistemas de IA, es responsable del análisis de forma personal e independiente de los hechos, la prueba y la ley y de la motivación de la decisión. El árbitro es responsable de que el uso de sistemas de IA en ciertas tareas o para ciertas actividades en el ejercicio de sus funciones no menoscabe su capacidad de analizar de forma independiente los hechos, las pruebas y la ley aplicable.

Vemos que dicho Informe regula la asistencia que pueda dar la IA en un procedimiento arbitral, siempre bajo la responsabilidad de los árbitros. Ellos han sido designados para resolver una controversia y no la IA. Es cierto que la IA puede ser de ayuda en una labor investigativa por parte del árbitro, pero siempre el árbitro será el responsable de controlar dicha información, incluso cuando la IA *alucine* o señale información con sesgos.

En conclusión, los árbitros no deben perder de vista que son independientes, no estando sometidos a los designios de la IA; al contrario, la IA debe estar sometida al escrutinio de los árbitros.

b) Confidencialidad de la deliberación arbitral

Los árbitros son los responsables de mantener la confidencialidad del arbitraje. Como lo señalamos, es cierto que los árbitros suben a la IA escritos postulatorios, medios probatorios, pericias, a fin de investigar sobre determinado tema jurídico, información que es utilizada en la deliberación arbitral.

La deliberación arbitral es un momento esencial en el arbitraje, debido a que los árbitros deciden la controversia. Es el momento del debate, cruce de posiciones, de ideas, a fin de llegar a una conclusión.

Siendo esto así, siendo la deliberación arbitral un acto personalísimo del árbitro, la IA no puede ingresar a esta etapa, formulándoles consultas en ese momento, o poniendo de manifiesto la posición de cada árbitro a fin de que sea evaluada por la IA o a fin de que "decida" cuál es la posición correcta que debe ser tomada por los árbitros.

Sin embargo, dicha información confidencial es subida a una IA que es pública a la cual podrían tener acceso terceras personas, la cual podría ser utilizada por la IA para responder a personas ajenas al proceso arbitral, motivo por el cual, los árbitros deben configurar la IA que utilizan a fin de que no sea pública y sea un sistema "cerrado"[29], que no se "alimente" a la IA a fin de que pueda analizar otros casos. Cabe mencionar que, como lo hemos señalado anteriormente, la IA puede ser utilizada para buscar información jurídica, normas jurídicas, opiniones, pero no en la deliberación arbitral.

A modo de ejemplo, en los casos que utilicemos la IA en situaciones diferentes a la deliberación arbitral, utilizaremos la IA Gemini. Uno ingresa a Gemini, luego en el lado inferior izquierdo ingresar a "Ajustes y ayuda" (símbolo de tuerca), luego aparece un

[29] Con lo cual coincide Ceballos Ríos. Ob. Cit.

entorno titulado "Actividad en las Aplicaciones de Gemini", en la cual uno escoge la opción "Desactivado":

Al elegir "Desactivado", la información que el árbitro suba a dicha plataforma, no será utilizada por Gemini a fin de "alimentarse" de información que sea de utilidad a otros usuarios. Luego de dar una respuesta la IA, la misma se eliminará automáticamente, así como la información que el árbitro haya subido.

De esta manera, se protege la confidencialidad en el arbitraje.

c) Debido proceso, transparencia y deber de revelación respecto del uso de IA

Se ha desarrollado el tema de la confidencialidad en la deliberación arbitral y, en general, en el arbitraje. El tema de la confidencialidad se encuentra desarrollado en el artículo 51 de la Ley peruana de arbitraje, en el cual se indica que todos los que intervengan en las actuaciones arbitrales se encuentran obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, bajo responsabilidad.

Si bien existe el deber de confidencialidad, el mismo no se condice o contrapone con el principio de transparencia. Así Velarde y Roca[30] señalan que la transparencia al interior del arbitraje se refiere al deber de transparencia que pesa sobre los actores del arbitraje, como por ejemplo la revelación por el demandante si cuenta con el financiamiento de un tercero y la revelación de los árbitros de posibles conflictos de intereses.

Respecto a la revelación o declaración, tenemos como ejemplo el Reglamento de Arbitraje 2024 del CARC PUCP, en cuyo artículo 21 señala que el árbitro debe declarar al momento de aceptar su nombramiento, todos los hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia; declaración que se mantiene durante todo el desarrollo del arbitraje. Lo señalado respecto al deber de declarar, también se regula en el artículo 7 del Código de Ética del mismo CARC PUCP, señalando con claridad los hechos relativos a la imparcialidad e independencia. Sin embargo, no se hace referencia de manera expresa al hecho de que el árbitro deba revelar la utilización de la IA en el proceso arbitral.

Estando a lo señalado, ¿los árbitros deberían revelar la utilización de la IA en el arbitraje?

[30] Luis Miguel Velarde Saffer y María Fernanda Roca Silva, "El nivel de transparencia adecuado en el arbitraje comercial internacional", acceso el 24 de marzo de 2026, https://delosdr.org/el-nivel-de-transparencia-adecuado-en-el-arbitraje-comercial-internacional/

Consideramos que los árbitros sí deben revelar a las partes la utilización de la IA, pues dicho hecho está vinculado al principio de transparencia. En efecto, no perdamos de vista que el arbitraje es de las partes; ellas son las que deciden las reglas del proceso y, como tal, deben consentir el uso de la IA.

Así, Ceballos Ríos señala que el árbitro debe informar previamente que utilizará la IA y en qué medida (o para qué tareas), con la finalidad de que las partes puedan consentirlo.

El tema del consentimiento por las partes, se debe al hecho que ellos han elegido a árbitros humanos a fin de que analicen y resuelvan la controversia, que ellos interpreten la norma y que resuelvan el caso. No han delegado dicho análisis y, menos resolución del caso a una IA.

Lo señalado tiene su correlato en los Principios y recomendaciones para el uso de sistemas de IA en los procedimientos arbitrales de la CIAM-CIAR, en cuyo artículo 3 señala que las partes podrán acordar en la cláusula arbitral o, posteriormente, el tribunal arbitral con el acuerdo de las partes, determinar la posibilidad, la extensión y las condiciones de uso de sistemas de IA en el procedimiento arbitral.

En el mismo sentido, las Directrices sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en Arbitraje – SVAMC[31], señala que, como parte del respeto al debido proceso, un árbitro no debe basarse en información generada por IA, sin realizar las divulgaciones apropiadas a las partes, y permitiendo que las partes comenten al respecto.

De lo señalado, podemos concluir que, como parte de la transparencia que debe existir en el arbitraje, los árbitros siempre deben revelar la utilización de la IA. Dependerá de las partes si consienten o no la utilización de la IA en el arbitraje.

Ahora, ¿qué sucede cuando los árbitros utilizan la IA sin conocimiento de las partes, hecho que es descubierto posteriormente? Al respecto, ARCE PORTILLO indica que el hallazgo de que una parte del laudo fue redactada o asistida por una IA genera cuestionamientos sobre la autoría del texto, la deliberación humana realizada y la autenticidad de la motivación. Agrega que dicha situación habría ocurrido en el caso *LaPaglia v. Valve Corp.*

Entonces, por el principio de transparencia, los árbitros tienen el deber de revelar el uso de la IA en el proceso arbitral, debido a que las partes han elegido como árbitros a "*humanos*" que van a analizar la controversia, van a interpretar la norma jurídica aplicable al caso, van a deliberar el sentido del laudo y, finalmente, van a redactar el laudo. Las partes no han elegido a la IA a fin de que haga lo antes mencionado, motivo por el cual, a fin de garantizar un debido proceso arbitral, los árbitros deben cumplir con su deber de revelar el uso de la IA.

VI. CONCLUSIONES

El desarrollo de la inteligencia artificial ha transformado el arbitraje internacional, incorporándose en diversas etapas del procedimiento y consolidándose como una herramienta relevante para mejorar su eficiencia. Sin embargo, dicha expansión encuentra un límite claro en la deliberación arbitral, la cual constituye una función esencial, personalísima e indelegable del árbitro, vinculada a la naturaleza *intuitu personae* de su designación. En ese sentido, la inteligencia artificial solo puede ser utilizada como un instrumento de apoyo en tareas auxiliares, sin que ello implique la delegación del análisis probatorio, la interpretación del derecho o la adopción de la decisión final, los cuales deben permanecer exclusivamente en manos del árbitro como garantía de la legitimidad del laudo.

[31] Silicon Valley Arbitration & Mediation Center, *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*, 1st ed. (Palo Alto: SVAMC, 2024), en https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf

Asimismo, el uso de inteligencia artificial en el arbitraje plantea riesgos relevantes, como la afectación a la independencia del tribunal, la vulneración de la confidencialidad y posibles tensiones con el debido proceso. Por ello, su utilización debe estar sujeta a un control humano estricto y a la verificación constante de la información generada. En consecuencia, resulta necesario avanzar en la adopción de criterios claros sobre su uso, especialmente en lo relativo a su revelación y a las condiciones de su empleo, a fin de compatibilizar la innovación tecnológica con los principios fundamentales que sustentan la validez y legitimidad del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceris Law. "When Arbitrators Use AI: LaPaglia v. Valve and the Boundaries of Adjudication." 19 de abril de 2025. https://www.acerislaw.com/when-arbitrators-use-ai-lapaglia-v-valve-and-the-boundaries-of-adjudication/.
- Arbitrator Intelligence. "Arbitrator Intelligence." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://arbitratorintelligence.vercel.app/
- Arbitrator Intelligence. "Conflict Checker." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://arbitratorintelligence.vercel.app/Conflict%20Checker.
- Arce Portillo, José Aaron Gianluca. *Implicancias del uso de la inteligencia artificial en la validez de los laudos arbitrales y la necesidad de una regulación que determine los límites de su empleo*. Tesis de grado, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 2025. https://repositorio.unsa.edu.pe/items/a82b692e-c600-471d-8985-4b9b04dc800c.
- Ceballos Ríos, Natalia. "Título del artículo" (por completar). *Revista Argentina de Arbitraje*, n.º 16 (marzo 2026). https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=2d24bf8952bbb43eb0daf7656a5dc8e1
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. *Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima*. Lima: Cámara de Comercio de Lima, 2023. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2023/07/REGLAMENTO-Y-ESTATUTO-ARBITRAJE-MODIFICADO_.pdf.
- Centro Internacional e Iberoamericano de Arbitraje de Madrid (CIIAM). *Arbitraje e inteligencia artificial: principios y recomendaciones para el uso de sistemas de IA en los procedimientos arbitrales*. Madrid: CIIAM, 2025. https://ciiam.org/wp-content/uploads/2025/09/Principios-y-Recomendaciones-de-IA.pdf.
- Fernández Rozas, José Carlos. "El oficio del árbitro en la elaboración del laudo arbitral." Ponencia presentada en el Congreso Internacional "Contratación y Arbitraje Comercial Internacional", Cámara de Comercio de Santiago de Chile, 14 de marzo de 2017. https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2024/04/En-oficio-de-arbitro-en-la-elaboracion-del-laudo-arbitral-Santiago-de-Chile-2017.pdf
- González de Cossío, Francisco. *IA para AI: Inteligencia artificial para arbitraje internacional. Del ludismo al futurismo*. México: GDCA, 2025. https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/IAparaAI.pdf
- Gonzalo Quiroga, Marta. "La inteligencia artificial en el arbitraje internacional 2.0. Oportunidades y desafíos en un futuro que ya es presente." *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15, n.º 2 (2023): 516–550. https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8067.

- Jijón Letort, Rodrigo, y Gabriel Moncayo Grijalva. "Inteligencia artificial en el arbitraje: avances, implicaciones y rol en la toma de decisiones." *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 15 (2025): 15–75. https://doi.org/10.18272/rea.i15.3787.
- Jusfy. "JusGPT Perú: inteligencia artificial para abogados." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://jusfy.com/jusgpt-peru/
- Juztina. "Asistencia legal con inteligencia artificial." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://www.juztina.ai/pe/es/
- Legalix. "Asesoría legal online con inteligencia artificial en Perú." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://legalix.pe/
- LEXIUS. "Plataforma de inteligencia artificial legal." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://lexius.io/pe/
- LeyIA. "Encuentra, analiza y resume resoluciones del Tribunal Fiscal en segundos." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://leyia.pe/
- Litera. "Kira Systems." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://www.litera.com/products/kira
- Magnar, "Inteligencia artificial para abogados", acceso el 24 de marzo de 2026, https://www.magnar.ai/p
- Martínez Almeida, Álvaro. "Arbitraje 2.0: El impacto de la inteligencia artificial en el arbitraje." Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2024. https://www.usfq.edu.ec/sites/default/files/2024-04/arbitraje-2.0-el-impacto-de-la-inteligencia-artificial-en-el-arbitraje-comp.pdf
- Matheus López, Carlos Alberto. "La independencia e imparcialidad del árbitro." *Foro Jurídico*, n.º 7 (2007): 67–69. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458.
- OpenAI. "Whisper." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://openai.com/research/whisper.
- Otter.ai. "Otter: AI Meeting Notes & Real-Time Transcription." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://otter.ai.
- Reveal Data. "Brainspace." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://www.revealdata.com/product/brainspace
- Rodríguez, Ricardo. "La deliberación - Derecho y deber de los árbitros." *Arbitraje PUCP*, n.º 6 (2016). https://repositorio.pucp.edu.pe/items/fa23b452-05dc-4048-826a-434c2e727f2a.
- Significados. "Ética y moral: qué es y diferencia entre ambas." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://www.significados.com/etica-y-moral/.
- Silicon Valley Arbitration & Mediation Center. *Guidelines on the Use of Artificial Intelligence in Arbitration*. 1st ed. Palo Alto: SVAMC, 2024. https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf.
- Trint. "Trint: Automated Transcription Software." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://trint.com
- UNESCO. *Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial*. París: UNESCO, 2021. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137_spa.
- Unión Europea. *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas*

en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial). Diario Oficial de la Unión Europea L 1689 (2024). https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf.

- Vásquez Palma, María Fernanda. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.
- Velarde Saffer, Luis Miguel, y María Fernanda Roca Silva. "El nivel de transparencia adecuado en el arbitraje comercial internacional." Acceso el 24 de marzo de 2026. https://delosdr.org/el-nivel-de-transparencia-adecuado-en-el-arbitraje-comercial-internacional/
- Yaringaño Salas, Sebastián Leonardo. "¿Justicia artificial, decisión anulada? La indebida delegación de la función *intuitu personae* del árbitro a la inteligencia artificial como causal de anulación del laudo arbitral en el Perú." *Revista SAPERE* 29 (2025). https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/SP/article/view/3308/4049.

RECUSACIÓN DE ÁRBITROS, DIRECTRICES DE LA IBA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

Autor:
Miguel Ángel Serrano Pérez

RECUSACIÓN DE ÁRBITROS, DIRECTRICES DE LA IBA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

Challenges to remove arbitrators, IBA Guidelines and International Arbitration

Miguel Ángel Serrano Pérez[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. Antecedentes: Arbitraje internacional *ad hoc* en Madrid.
III. La recusación efectuada por la Demandada.
IV. Decisión adoptada por el Tribunal Arbitral en su Laudo Parcial.

Resumen

La finalidad de este estudio es reflejar una breve reflexión sobre diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de las Directrices de la IBA 2024 llevada a cabo en un arbitraje internacional *ad hoc* celebrado en la ciudad de Madrid (España). A este respecto, debe indicarse que el Laudo Parcial de 15 de abril de 2026, dictado por el Tribunal Arbitral para resolver el incidente previo de recusación de un árbitro, demuestra la utilidad de dichas Directrices tanto para arrojar luz bastante sobre los posibles conflictos de intereses, como a efectos de rechazar recusaciones que, en principio y aparentemente, pueden parecer fundadas cuando resulta que no lo son en realidad.

Palabras clave

Arbitraje internacional *ad hoc*/ Independencia e imparcialidad del árbitro/ Deber de revelación/ Dudas justificadas/ Directrices de la IBA/ Recusación de árbitro.

Abstract

The purpose of this paper is to show briefly some thoughts about different issues related to the application of the 2024 IBA Guidelines in an *ad hoc* international arbitration held in the city of Madrid (Spain). In this regard, the Partial Award issued by the Arbitral Tribunal on 15 April 2026, which resolves the preliminary proceedings of challenging an arbitrator, demonstrates the usefulness of these Guidelines both in shedding considerable light on potential conflicts of interest and in rejecting those challenges that, at first glance and seemingly, may appear well-founded when they are actually not.

Key words

Ad hoc international arbitration/ Independence and impartiality of the arbitrator/ Duty of disclosure/ Justifiable Doubts/ IBA Guidelines. Challenges to remove arbitrators.

[1] Árbitro internacional en materia comercial y de inversiones. Of Counsel de EJASO. "Arbitrator included by the European Commission in the List of Candidates Suitable for Appointment as Arbitrators under trade agreements to which the EU is a party". Vicepresidente del Consejo Arbitral (Comunidad de Madrid). Miembro del Consejo de Asesores de la Sección de Arbitraje del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Profesor de Derecho Mercantil en la Facultad de Económicas y Empresariales de la Universidad Complutense-Madrid. Licenciado en Derecho y Graduado Superior en Ciencias Jurídicas (Universidad Pontificia Comillas-ICADE). Correo de contacto: maserrano@ejaso.com

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, nos referiremos a un caso real acaecido en un arbitraje internacional *ad hoc,* con sede en Madrid, seguido entre las entidades "Pituponcia" y "Apolonia"[2], y al que resultaba aplicable para la tramitación procedimental, según acuerdo alcanzado por las citadas partes, el Reglamento de la Corte de Arbitraje "XYZ" (a partir de ahora, el "**Reglamento**"). Y en este sentido, nos cumple manifestar que: (i) la Demandada (esto es, la contratista "Apolonia"), una vez constituido el Tribunal Arbitral, recusó al árbitro designado por la Demandante (la subcontratista "Pituponcia"), sobre la base de lo establecido en las Directrices de la IBA de 2024 (en lo que sigue, "**Directrices IBA**"), la Ley de Arbitraje española (en adelante, "**Ley de Arbitraje**") y el propio Reglamento; y (ii) el Tribunal Arbitral desestimó el incidente previo de recusación mediante el correspondiente Laudo Parcial dictado al respecto con fecha 15 de abril de 2026 (en lo que sigue, el "**Laudo Parcial**"), que contenía una motivación exhaustiva, con análisis de las citadas Directrices IBA, a la luz de la jurisprudencia española, e incardinaba dicho examen en el marco de la Ley de Arbitraje y de las concordantes disposiciones reglamentarias invocadas por las partes, con somera mención también a ciertos casos judiciales y arbitrales internacionales traídos a colación por la recusante.

Una vez realizado este punto de partida introductorio, y para proceder con nuestro análisis completo del asunto, nos referiremos seguidamente a los antecedentes de dicho arbitraje internacional. Después, pasaremos a describir la recusación efectuada por la Demandada y la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral. Y luego, para finalizar, expondremos unas breves consideraciones a modo de conclusión.

II. ANTECEDENTES: ARBITRAJE INTERNACIONAL AD HOC EN MADRID

Las entidades "Apolonia" y "Pituponcia" habían pactado un convenio arbitral para la resolución de cualquier controversia derivada del contrato suscrito por ambas. Dicho convenio se contenía en la cláusula contractual número 57 y, en su virtud, las partes quedaban sujetas a un arbitraje *ad hoc*, cuya sede era la ciudad de Madrid. Pues bien, la subcontratista "Pituponcia" instó el arbitraje pactado, requiriendo a la contratista "Apolonia" para ponerlo en marcha. Tras celebrar una reunión, ambas partes convinieron de mutuo acuerdo que la tramitación procedimental de dicho arbitraje se llevaría a cabo de conformidad con el tenor de lo dispuesto en el Reglamento. Y, en consecuencia, cada una de las partes procedió a la designación de un árbitro. Y por lo que respecta al tercer árbitro-presidente del Tribunal Arbitral, las mismas partes decidieron que su nombramiento correspondiere a la Secretaría de la propia Corte "XYZ". Una vez que las partes designaron a los árbitros que le competía a cada una de ellas y de que la Secretaría de la Corte "XYZ" nombrase al árbitro-presidente, quedó

[2] La entidad "Apolonia" era la contratista principal de la relación contractual existente con la sociedad "Geni" para la construcción y entrega en funcionamiento de la planta desalinizadora "MA", sita en Santorini (Grecia). "Apolonia" encomendó a la subcontratista "Pituponcia" tanto el suministro como la instalación de los sistemas de equipos destinados a la realización del proceso de ósmosis inversa en dicha planta "MA", y para ello ambas entidades suscribieron un contrato "EPC" ("Engineering, Procurement, and Construction"). Pese a que "Pituponcia" terminó la primera fase de la obra contratada en tiempo y forma, la entidad "Apolonia" se negó a su recepción provisional por considerar que lo realizado en dicha fase adolecía de varios defectos, dejando de pagar las facturas emitidas por la subcontratista "Pituponcia" en correspondencia con las certificaciones de obra que habían sido previamente aprobadas por la contratista "Apolonia" hasta ese momento. Ante esta situación, la subcontratista "Pituponcia" decidió abandonar la obra, desmovilizando a todo su personal destinado y retirando todos los materiales que allí estaban acopiados. Y justo al día siguiente, la mencionada contratista "Apolonia" remitió una carta a la subcontratista "Pituponcia" vía burofax. Por medio de esta citada carta, la contratista "Apolonia" comunicó fehacientemente a la subcontratista "Pituponcia" que procedía a la resolución inmediata del contrato anteriormente mencionado por haber la subcontratista "Pituponcia" dejado la obra, a lo que esta última respondió ese mismo día, también por medio de un burofax remitido a "Apolonia", que no aceptaba dicha resolución contractual y se oponía frontalmente a la misma. Las sociedades "Apolonia" y "Pituponcia" trataron de llegar a un acuerdo, pero las negociaciones fracasaron, dadas las posiciones mantenidas por cada una de ellas, que diferían diametralmente, y el patente enfrentamiento personal que existía entre Don Bartol Smith y Don Michael Smuky, directivos y propietarios de ambas compañías.

constituido el Tribunal Arbitral en la forma indicada. Y tras dicha constitución fue cuando la contratista "Apolonia", en su condición de Demandada, formuló la recusación del árbitro Don José García, designado por la Demandante (esto es, por la subcontratista "Pituponcia").

III. LA RECUSACIÓN EFECTUADA POR LA DEMANDADA

La contratista "Apolonia" formuló la recusación del citado árbitro Don José García, mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2026. La entidad "Apolonia" basaba su recusación en el tenor de las Directrices IBA, así como en la doctrina de la apariencia y de la revelación suficiente, e igualmente en la evaluación según la prueba de la "tercera persona razonable", destacando que había que estimar la recusación del árbitro Sr. García por dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad debido a que no había revelado determinadas circunstancias en su declaración del 10 de febrero de 2026[3]. Y por su lado, la Demandante sociedad "Pituponcia" presentó un escrito de alegaciones, en el que mostraba su oposición a la recusación del árbitro Sr. García planteada por la entidad "Apolonia". El fundamento esencial de tal oposición se hallaba en que las circunstancias puestas de manifiesto por la Demandada quedaban subsumidas en el Listado Verde de las Directrices IBA y, por tanto, no precisaban de haber sido reveladas por el citado Árbitro Sr. García en su aludida declaración del día 10 de febrero de 2026. Y de ahí que la Demandante viniera a solicitar que: *«Tenga por formulada oposición a la recusación como árbitro de D. José García efectuada por "Apolonia" y, en su virtud, acuerde desestimar la referida recusación como árbitro del Sr. García».*

IV. DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL EN SU LAUDO PARCIAL

Tras valorar los hechos sucedidos, así como las alegaciones y pruebas presentadas por las partes (documental y testifical), y después de haber oído también al árbitro recusado, el Tribunal Arbitral desestimó la recusación mediante el correspondiente Laudo Parcial dictado al respecto. El Tribunal Arbitral fundó su decisión en los motivos que ponemos seguidamente de manifiesto. Y así:

4.1 Razonamientos del Tribunal Arbitral

1. El mentado Tribunal Arbitral comenzó por precisar que, en esencia, la causa de recusación se basaba en la falta de revelación de determinadas circunstancias por parte del Árbitro Sr. García.

2. A continuación, el Tribunal procedió a citar el artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje[4], efectuando la exégesis de dicho precepto normativo, estimando que lo allí dispuesto debía entenderse referido, en todo caso, tanto al momento presente como al futuro. Del mismo modo, el Tribunal puso de manifiesto que por el legislador español se quería destacar: (i) de un lado, que no debían existir, en el instante de la designación como árbitro, ciertas relaciones entre los árbitros y las partes que pudiesen poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia; y (ii) de otro, que la citada prohibición no podía dejar de proyectarse hacia el futuro, de tal modo que no cabía que las partes vinieren a relacionarse extraprocesalmente con el árbitro mientras estuviere desarrollándose la tramitación

[3] La entidad "Apolonia" terminaba su escrito de recusación solicitando lo siguiente: *«1º)Se tenga por formulada recusación del árbitro D. José García, al concurrir circunstancias que suscitan dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Reglamento, las Directrices IBA 2024 (Normas Generales 2, 3, 6 y 7; Lista Naranja, epígrafes 3.2.2, 3.2.4 y 3.2.11) y en los artículos 17 y 18 de la Ley 60/2003, de Arbitraje española. En consecuencia, acuerde el cese del citado árbitro en el procedimiento arbitral y se proceda al nombramiento de un nuevo árbitro sustituto de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Arbitral y en el Reglamento, en garantía de los principios de independencia, imparcialidad y transparencia. 2º) Se deja constancia de que la parte recusante se reserva expresamente el derecho a hacer valer esta causa de recusación en el momento de impugnar el laudo, en caso de que no prospere ahora».*

[4] El citado artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje establece que: *«Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial».*

del proceso arbitral y hasta que el laudo final fuere dictado, puesto que tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro. Y de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el citado legislador imponía el deber de que, entre las partes y los árbitros, se mantuviere la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia.

Luego el mencionado artículo 17.1 de la Ley de Arbitraje, según resaltó el Tribunal Arbitral, proscribía todas esas relaciones reseñadas, y si existiesen éstas en el momento de la designación, instante preciso a que venía referida la recusación planteada contra el árbitro Sr. García, podrían ser alegadas como motivo de la misma y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro. Y en total coherencia con esa mencionada prohibición, se indicó igualmente por el Tribunal Arbitral que la legislación española establecía también una obligación correlativa, la cual consistía en que la persona propuesta como árbitro debía *«revelar todas las circunstancias que puedan* dar lugar *a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia»* (artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje). Es más, este mismo precepto transcrito de la Ley de Arbitraje precisaba el alcance de esa obligación con un mayor detalle para el caso de que el árbitro hubiese sido ya nombrado, dado que su aludido deber abarcaba, entonces, *«revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida»*. Y se señaló igualmente por el Tribunal que, en términos similares, se pronunciaba el artículo 18.3 del Reglamento.

3. Asimismo, el Tribunal Arbitral efectuó el examen del artículo 17.3 de la Ley de Arbitraje, donde se disponía que un árbitro *«sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia»*. Y en semejantes términos era tratada también esta cuestión por el primer párrafo del artículo 18 del Reglamento. Añadiendo el Tribunal que, como resultado del tenor abierto de lo normado en dichos artículos 17.3 de la Ley de Arbitraje y 18 del Reglamento, habían de llamar la atención respecto de la existencia de las Directrices IBA, que ambas partes habían invocado, por la precisión de dichas Directrices a la hora de diferenciar situaciones, así como en la determinación de su incidencia en lo relativo al deber de revelación del árbitro y en cuanto a las consecuencias derivadas de la infracción de tal deber por lo que concernía a la evaluación de la imparcialidad e independencia de los árbitros[5]. Y a este respecto, el Tribunal declaró que resultaba obligado destacar que tales Directrices IBA buscaban *«enfatizar la importancia de las Normas Generales contenidas en la Parte I, que siempre deben tenerse en cuenta y no pueden considerarse subordinadas a los Listados de Aplicación contenidos en la Parte II para evaluar los conflictos de interés y la necesidad de revelación por parte de los árbitros»*[6].

De igual manera, y partiendo de que *«las cuestiones relativas a los conflictos pueden ser sutiles y las respuestas dependen de cada caso»*[7], el Tribunal destacó que esas Directrices IBA exigían considerar si, desde la perspectiva de «*una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto, darían lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o la independencia del árbitro»*[8]. Y en este sentido, también el Tribunal indicó que debía ponderarse que las *«dudas son justificadas si una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes llegaría a la conclusión de que es probable que el árbitro pueda verse influido por factores*

[5] Así, hay que señalar que la *«Introducción a las Directrices de 2024 describe los objetivos generales de las Directrices y su última revisión, y va seguida de las Normas Generales relativas a imparcialidad, independencia y revelaciones (Parte I), y de las disposiciones sobre aplicación práctica de las Normas Generales mediante listados de circunstancias (Parte II)»* (página 4 del Prólogo de las Directrices de la IBA 2024).
[6] Página 4 del Prólogo de las Directrices IBA. Y así se reitera en la Introducción (7) de las propias Directrices IBA, página 7, destacando que: *«La Parte I de las Directrices contiene los principios que deben tenerse siempre en cuenta»*.
[7] Introducción (1), en la página 6 de las Directrices IBA.
[8] Norma General (2)-(b), página 9, de las Directrices IBA.

distintos al fondo del caso presentado por las partes al tomar su decisión»[9], así como que «[e]*xistirán necesariamente dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro en cualquiera de las situaciones descritas en el Listado Rojo Irrenunciable»*[10]. Esto es, el Tribunal puso de manifiesto que la opinión subjetiva que a una parte le pudiera merecer cierto hecho, en cuanto supuestamente comprometedor de la imparcialidad e independencia del árbitro, había que contrastarla con el criterio objetivo atinente a si dicho hecho o circunstancia podía, en realidad, ponerlas en tela de juicio respecto del concreto árbitro designado[11].

4. Y con este fin de efectuar tal contraste enunciado, el Tribunal señaló que debía partir de que las mencionadas Directrices IBA consideraban que la obligación de revelación de las circunstancias que pudieran afectar a la imparcialidad e independencia del árbitro habían de aplicarse con ciertas limitaciones, dado que existían determinados hechos y circunstancias que, teniendo muy presente la ponderación de pruebas objetivas, nunca iban a llevar a una descalificación del árbitro, por lo que dichas situaciones no necesitaban ser reveladas, fuera cual fuese el punto de vista de las partes al respecto. Por este motivo, citó la Norma General (3)-(g) de las Directrices IBA, donde se establecía lo siguiente: «*La no revelación por un árbitro de ciertos hechos y circunstancias que, a los ojos de las partes, puedan dar lugar a dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro no significa necesariamente que exista un conflicto de interés o que deba producirse una descalificación»*[12]. A continuación, el Tribunal agregó que estaba claro que dicha Norma General (3)-(g) subrayaba la importancia de la transparencia y la buena fe en el proceso arbitral, pero también reconocía que no toda falta de revelación era determinante por sí sola para estimar una recusación arbitral. Por tanto, la valoración debía ser global, atendiendo tanto a las circunstancias del caso como al contexto y la relevancia de la información no revelada. Y de ahí que continuase el Tribunal con la mención de que, conforme precisaba la Nota Explicativa (a) sobre la Norma General 3 de las Directrices IBA[13], resultaba factible que nos encontrásemos con que *«situaciones como las descritas en el Listado Verde, que no pueden dar lugar a dudas a los ojos de las partes por no existir apariencia o conflicto de interés real desde un punto de vista objetivo según la Norma General 2, no necesitan ser reveladas»*.

   A la luz de lo anterior, el Tribunal manifestó que resultaba de todo punto palmario que una recusación presentada sobre la base de que el árbitro no hubiera revelado ciertas circunstancias carecía de base suficiente para llevarnos automáticamente a considerar que procedía descalificar a dicho árbitro, pues por el solo hecho de esa falta de revelación no debía inferirse que el árbitro fuese parcial o que adoleciera de dependencia. Y a este respecto, el Tribunal invocó que el parágrafo 5 de la Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales de las Directrices IBA disponía: *«Una objeción posterior presentada con base en que un árbitro no reveló dichos hechos o circunstancias no debe llevar automáticamente al no nombramiento del árbitro, a su descalificación posterior o a la nulidad del laudo. Como se establece en la Norma General 3(g), la no revelación por sí misma no implica que un árbitro sea parcial o carezca de independencia: sólo los hechos o circunstancias que un árbitro no reveló pueden implicar tal cosa»*[14]. Además, el Tribunal señaló que todo lo precedentemente expuesto había sido también objeto de análisis y reflexión por parte de los órganos judiciales españoles[15]. Y, a

[9] Norma General (2)-(c), página 10, de las Directrices IBA.
[10] Norma General (2)-(d), página 10, de las Directrices IBA.
[11] Por eso, en la Nota Explicativa (b) sobre la Norma General 2, página 10, de las Directrices IBA se resalta que *«un árbitro debe tener en cuenta el criterio objetivo para evaluar los hechos o circunstancias relevantes»*.
[12] Página 11 de las Directrices IBA.
[13] Página 12 de las Directrices IBA.
[14] Página 22 de las Directrices IBA.
[15] Y así, por ejemplo, el Tribunal Arbitral citaba la Sentencia núm. 2/2024 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de enero de 2024 (Recurso 13/2023), en la que quedaba reflejado lo siguiente: *«En este contexto es en el que hemos dicho que no toda infracción del deber de revelación puede llevar a la nulidad del Laudo por quiebra de la debida imparcialidad; en este contexto es en el que hemos señalado que el incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes las circunstancias que*

continuación, el Tribunal añadió que únicamente las circunstancias no reveladas eran las que demostrarían si, en realidad, esto fue así o no. Lo cual explicaba que *«una recusación sólo deberá prosperar si se cumple el test objetivo»*[16], para *«evaluar los hechos o circunstancias relevantes»*[17], atinentes sólo al *«caso»*[18]. En opinión del Tribunal, había que tener presente que, de todas estas Directrices IBA, se infería que para considerar que un árbitro no reunía las debidas condiciones de imparcialidad e independencia debían concurrir circunstancias que denotasen la pérdida de aquéllas, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionarlas[19]. En definitiva, el Tribunal consideró que el pretendido incumplimiento del árbitro de la obligación de comunicar a las partes todas aquellas circunstancias que pudieran haber dado lugar a dudas sobre su imparcialidad e independencia no implicaba la automática apreciación de la pérdida de éstas. Lo esencial, pues, era que las circunstancias no reveladas a las partes en el proceso arbitral evidenciasen, precisamente, esa falta de condiciones de imparcialidad e independencia[20], debiendo precisar igualmente a estos efectos que: *«Con respecto a las situaciones no enumeradas en el Listado Naranja o que quedan fuera de los plazos establecidos en algunas de las situaciones del Listado Naranja, no se presume que deba hacerse una revelación»*[21].

5. Por otro lado, el Tribunal Arbitral puso también de manifiesto que tales Directrices IBA tenían un valor simplemente orientativo, por lo que sus consecuencias habrían de ser ponderadas en cada caso examinado[22]. De ahí que se tuviese que atender a las circunstancias concretas acaecidas para comprobar la real y efectiva contaminación o eliminación de la neutralidad objetiva y subjetiva que resultaba exigible a los árbitros, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios

---

pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo».

[16] Nota Explicativa (c) sobre la Norma General 3, página 12, de las Directrices IBA.

[17] Nota Explicativa (b) sobre la Norma General 2, página 10, de las Directrices IBA.

[18] Nota Explicativa (d-f) sobre la Norma General 3, página 13, de las Directrices IBA.

[19] En este sentido, y entre otras, el Tribunal citó las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 61/2015, de 2 de septiembre de 2015 (Recurso 64/2014); y núm. 46/2016, de 2 de junio de 2016 (Recurso 64/2014). Asimismo, el Tribunal destacó el tenor de la Nota Explicativa (g) sobre la Norma General 3, página 12, de las Directrices IBA, que no dejaba lugar a dudas: *«Un corolario del hecho de que, como se explica en la Nota Explicativa de la Norma General 3(c), una recusación sólo puede prosperar si se cumple un test objetivo es la Norma General 3(g), que deja claro que la no revelación de ciertos hechos y circunstancias que puedan, a los ojos de las partes, suscitar dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro no significa necesariamente que exista un conflicto de interés, o que deba producirse una descalificación».*

[20] Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 61/2015, de 2 de septiembre de 2015 (Recurso 64/2014); núm. 46/2016, de 2 de junio de 2016 (Recurso 64/2014); y núm. 60/2017, de 27 de octubre de 2017 (Recurso 32/2017).

[21] Véase el parágrafo 6 de la Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales, página 22, de las Directrices IBA.

[22] Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 54/2014, de 24 de septiembre de 2014 (Recurso 15/2014); núm. 61/2015, de 2 de septiembre de 2015 (Recurso 64/2014); núm. 46/2016, de 2 de junio de 2016 (Recurso 64/2014); núm. 76/2016, de 13 de diciembre de 2016 (Recurso 32/2016); núm. 60/2017, de 27 de octubre de 2017 (Recurso 32/2017); núm. 34/2018, de 26 de julio de 2018 (Recurso 48/2017); núm. 28/2019, de 12 de septiembre de 2019 (Recurso 66/2018); núm. 49/2020, de 16 de septiembre de 2020 (Recurso 72/2016); núm. 19/2021, de 27 de abril de 2021 (Recurso 52/2020); núm. 37/2021, de 26 de mayo de 2021 (Recurso 61/2020); núm. 44/2021, de 22 de junio de 2021 (Recurso 60/2020); núm. 46/2022, de 20 de diciembre de 2022 (Recurso 20/2022); y núm. 2/2024, de 9 de enero de 2024 (Recurso 13/2023). Igualmente, la Sentencia núm. 7/2019 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra del 28 de noviembre de 2019 (Recurso 7/2019) y la Sentencia núm. 59/2021 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña del 30 de noviembre de 2021 (Recurso 9/2021). Asimismo, el Tribunal resaltó que debía tenerse presente que, en el Prólogo de las Directrices IBA (página 3), se señalaba que éstas *«han sido reconocidas como un sólido instrumento de soft law que refleja los estándares que se espera que se apliquen a la imparcialidad e independencia de los árbitros, así como a las revelaciones en circunstancias específicas»*. Y que, en este sentido, la Introducción (6) de las citadas Directrices IBA, página 7, añadía que las *«presentes Directrices no prevalecen sobre la ley nacional aplicable, las reglas de arbitraje, los códigos de conducta u otros instrumentos vinculantes elegidos por las partes»*. Y sin olvidar, que *«las cuestiones relativas a los conflictos pueden ser sutiles y las respuestas dependen de cada caso»*, tal y como resalta la Introducción (1), página 6, de las aludidas Directrices IBA.

no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad e independencia que había de predicarse de los órganos decisorios de conflictos[23].

6. En vista de todo lo precedente, el Tribunal Arbitral declaró que el nudo gordiano de la cuestión radicaba en determinar la verdadera naturaleza y el alcance del deber de revelación instaurado por los artículos 17.2 de la Ley de Arbitraje y 18.3 del Reglamento. Y en este sentido, el Tribunal resaltó que estos preceptos normativos buscaban preservar el riesgo de que el proceso arbitral se desarrollase sin las debidas garantías, así como evitar que pudiera producirse menoscabo del derecho de las partes a elegir con verdadera libertad a los árbitros. Es decir, aquella normativa se ordenaba a la salvaguarda de la transparencia en el proceso arbitral y a que, de resultas de ella, imperase la libertad de las partes, de forma que fuera posible tanto recusar con el debido fundamento como rechazar recusaciones infundadas, así como que las partes aceptaran y diesen por buenas ciertas causas que pudieran propiciar recusaciones siempre que no resultase comprometido el principio de igualdad en la designación de árbitros. Y todo ello sobre la base de la adecuada información aportada por los árbitros, de las explicaciones que las partes pudieran haber recabado –artículo 17.2, 2º inciso, de la Ley de Arbitraje– y de la prueba que fuese factible proponer y practicar al respecto en el seno del procedimiento arbitral seguido[24]. De igual forma, el Tribunal precisó que no cabía cuestionar –pues resultaba conteste y reiterada la jurisprudencia al respecto– que las dudas no eran certezas. Abonaban esta conclusión algunas consideraciones añadidas sobre el alcance y significación del citado artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje, como la relativa a que éste preveía un deber más estricto: el árbitro había de revelar todo cuanto pudiera dar lugar a dudas justificadas, pues se trataba también de salvaguardar –como ya se ha dicho– la verdadera libertad de las partes en la designación de los árbitros, como expresión de la mayor flexibilidad del arbitraje, que debía proyectarse en un doble sentido: por un lado, permitía a las partes aceptar, en determinados casos, que un árbitro laudase cuando un juez no podría hacerlo; pero también había de permitir que las partes interesasen el apartamiento de un árbitro –su recusación– y que se practicasen cuantas pruebas fueran necesarias para aceptar o rechazar, con el debido fundamento, la solicitud de apartamiento del árbitro recusado. No era únicamente cuestión de que el árbitro no revelador pudiera por ese hecho ser recusado; se trataba también, e incluso antes, de que el proceso arbitral tenía que preservar la libertad de las partes en la designación de los árbitros que habían de fungir en el arbitraje[25].

7. A continuación, el Tribunal Arbitral pasó ya al examen de dichas circunstancias concretas objeto de debate en el caso en cuestión, puesto que eran las que ciertamente había que contrastar a estos efectos de sopesar la imparcialidad e independencia. Y partiendo de los antecedentes obrantes en el expediente arbitral, el Tribunal manifestó que había quedado acreditado en el incidente de

[23] A este respecto, el Tribunal citó la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 56/2013, de 9 de julio de 2013 (Recurso 103/2012).

[24] Al respecto, y entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 28/2019, de 12 de septiembre de 2019 (Recurso 66/2018); núm. 49/2020, de 16 de septiembre de 2020 (Recurso 72/2016); y núm. 2/2024, de 9 de enero de 2024 (Recurso 13/2023). En relación con dichas circunstancias, el Tribunal Arbitral indicó que la Demandada (la entidad "Apolonia"), en cuanto recusante, había invocado que: (i) Don José García formaba parte del listado de árbitros de la Corte de Arbitraje y Mediación de la Asociación "ABC" (en lo que sigue, la "ABC"), junto con otra compañera de su Despacho "Muckys" –Doña Ana Palacios– y tres miembros de la firma "Nitos Abogados" –Don Juan Gómez, Don Ricardo Álvarez y Don Rafael Pérez– (estos últimos pertenecientes, por tanto, al Despacho profesional que representaba a "Pituponcia", la Demandante); (ii) El árbitro Don José García participó como docente y moderador en un evento organizados por la ABC durante el año 1999; (iii) Doña Ana Palacios y Don Rafael Pérez eran colaboradores, respectivamente, de "Muckys" y "Nitos Abogados", y compartían cargo en la Junta Directiva de la Asociación Internacional del Derecho Espacial (en lo que sigue, la "AIDE"); (iv) El árbitro Sr. García había reconocido que mantuvo una relación profesional directa en el año 2022 con Don Juan Gómez, quien era uno de los representantes de la Demandante en el presente arbitraje; y (v) Conforme a las Directrices IBA, había que sopesar que las anteriores circunstancias no fueron reveladas por el árbitro Don José García en su declaración de independencia e imparcialidad cuando aceptó su nombramiento, así como que las mismas resultaban objetivamente relevantes, recusándose al Sr. García por concurrir dudas que calificaban de objetivamente justificadas sobre su independencia e imparcialidad.

[25] Sobre todas esas cuestiones, véanse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid enumeradas en la anterior nota al pie de página 25.

recusación lo siguiente: (i) El Árbitro Don José García formaba parte del listado de árbitros y mediadores de ABC. Y en ese mismo listado figuraba Doña Ana Palacios, compañera del Sr. García en el Despacho "Muckys", y tres letrados de "Nitos Abogados" (Don Juan Gómez, socio de ese Despacho y letrado que intervenía en el arbitraje en nombre de la entidad "Pituponcia"; Don Ricardo Álvarez, socio director; y Don Rafael Pérez, "Of counsel"); (iii) El árbitro Don José García había participado como docente y moderador en un evento organizado por la ABC en el año 1999; (iv) Doña Ana Palacios (Despacho "Muckys") y Don Rafael Pérez ("Nitos Abogados") compartían cargo en la Junta Directiva de la AIDE; y (v) El árbitro Don José García reconoció, en sus alegaciones, que durante el año 2022 había intervenido en una mediación, siendo su papel el de mediador nombrado por las partes allí participantes, y en la que Don Juan Gómez intervino como representante de una de las partes intervinientes en aquélla. Sentado lo anterior, el Tribunal puso de manifiesto que debía dilucidar si las circunstancias y hechos probados permitían o no deducir que, en el árbitro Sr. García, concurría una apariencia de falta de independencia e imparcialidad que, a su vez, acreditase la existencia de interés en que el arbitraje fuera resuelto en un determinado sentido favorable a alguna de las concretas partes que intervenían en el mismo.

8. Y así, en primer lugar, el Tribunal pasó a razonar que la inclusión del árbitro Sr. García en el listado de la ABC junto con otros profesionales de "Nitos Abogados" – Despacho que representaba a la entidad "Pituponcia"– constituía un supuesto contemplado en la sección 4.3.1. del Listado Verde de las Directrices IBA: *«El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social o caritativo, o a través de redes sociales»*[26]. Y tal circunstancia no empecía la imparcialidad del árbitro Sr. García. En esta dirección, el Tribunal indicó que resultaba muy ilustrativa la Sentencia núm. 28/2022 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de julio de 2022 (Recurso 5/2022)[27]. Por otro lado, y en segundo término, el Tribunal destacó que no podía soslayar que la pertenencia del Sr. García al listado de árbitros de la ABC implicaba simplemente la posibilidad de ser designado por tal institución como árbitro, que era compartida con el resto de los árbitros incluidos en el citado listado. Además, por el mero expediente de estar en el mismo listado de árbitros no cabía colegir que éstos mantuviesen contactos regulares, y menos si sopesábamos que se trataba de cien árbitros de distintas procedencias profesionales, como tampoco resultaba posible deducir de esa circunstancia que existiera una amistad íntima entre los árbitros integrantes de tal lista, a efectos de lo estipulado en las secciones 3.2.6 y 3.3.3 de la Lista Naranja de las Directrices IBA[28]. En relación con estas cuestiones, el Tribunal siguió argumentando que debían ponderar también que la circunstancia de que el árbitro Sr. García pudiera coincidir en el listado de árbitros de la ABC con uno de los abogados intervinientes en el arbitraje, o con otros que fueran miembros del Despacho "Nitos Abogados", no evidenciaba que existiera prueba, ni indicio, que acreditase la vinculación del árbitro Sr. García con el citado Despacho profesional "Nitos Abogados" o con los abogados integrantes de este último.

[26] Página 28 de las Directrices IBA.

[27] En la referida Sentencia se declaraba que: «[E]*l apartado 7 introductorio señala claramente que el Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones incluidas en el Listado Verde. Tal y como se establece en la Explicación a la Norma General 3(a), debe fijarse un límite al deber de revelación basado en la razonabilidad; en algunos casos, el test objetivo debe prevalecer sobre el test meramente subjetivo que se basa en 'la perspectiva de las partes'* […] *ni la prestación de servicios profesionales ocasional o la inclusión en un mismo listado de árbitros del Club Español del Arbitraje revisten la intensidad precisa para anular la imparcialidad presumida del árbitro tachado* […] *ya que ninguna de las circunstancias puestas de manifiesto por la actora incide de manera determinante en la imparcialidad del único árbitro designado en su día, siendo de carácter meramente concurrente y no indicativas de la existencia de verdadero conflicto de intereses pues las relaciones desveladas no indican sino contactos puntuales en el orden académico y profesional sin relación con la independencia e imparcialidad que debe rodear al árbitro*».

[28] Sobre esta cuestión de no existencia de amistad, puede traerse a colación el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español de 21 de septiembre de 2016 (Recurso 455/2014), al igual que la Sentencia núm. 847/2022 de esa misma Sala del Tribunal Supremo español, de 28 de noviembre de 2022 (Recurso 2571/2020).

Por tanto, el Tribunal concluyó que esta coincidencia de que fueran árbitros pertenecientes a la ABC no constituía un extremo que implicara, por sí mismo, ni generase duda alguna sobre la imparcialidad del árbitro Sr. García. Y mucho menos en el proceso arbitral entre "Pituponcia" y "Apolonia" que nada tenía que ver con la citada ABC, dado que dicho arbitraje estaba administrado por la Corte "XYZ". No existía, en consecuencia, obligación de revelación de esta circunstancia aquí descrita y examinada, ni causa de recusación alguna, al margen de que pudiera o no ser conocida por el árbitro Sr. García[29].

9. Asimismo, el Tribunal Arbitral razonó que había de tenerse presente que la participación del árbitro Sr. García en un foro organizado por la ABC durante 1999 era un supuesto subsumible en la sección 4.3.4. del Listado Verde de las Directrices de la IBA: *«El árbitro ha sido ponente, moderador u organizador en una o más conferencias, o ha participado en seminarios o grupos de trabajo de una asociación profesional u organización de tipo social o caritativo con otro árbitro o con el abogado de una de las partes»*[30]. Añadiendo el Tribunal que tales participaciones, por tanto, carecían de toda relevancia a efectos de una recusación, según destacó el Tribunal Arbitral con cita de la ya mentada Sentencia núm. 28/2022 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de julio de 2022 (Recurso 5/2022)[31]. Además, el Tribunal llamó la

[29] Sobre estas cuestiones, por ejemplo, puede verse la Sentencia núm. 76/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de diciembre de 2016 (Recurso 32/2016).

[30] Página 28 de las Directrices IBA.

[31] Cuando dicha Sentencia señala: *«Refiriéndose, asimismo, la norma 4.3.3 y 4.3.4 (Parte Segunda) de las referidas directrices IBA a la denominada Lista Verde, se indica que en los casos en los que el árbitro da clases en la misma facultad o escuela que otro abogado de alguna de las partes, o si ha sido ponente o moderador u organizador de una o más conferencias, o ha participado en seminarios con el abogado de una de las partes, el apartado 7 introductorio señala claramente que el Listado Verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses* […] *En nuestro caso, la puntual asistencia a reuniones jurídicas y académicas, no clientelares, con abogados del despacho de uno de los codemandados, dedicados a la materia del arbitraje y relacionadas con ella, la coincidencia en Centros de enseñanza, en foros profesionales y en una institución como la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación no están fuera de lo que se denomina la Lista Verde de las directrices IBA, siendo por ello inocuas a las fines de recusación pretendidos por la demandante […] ya que ninguna de las circunstancias puestas de manifiesto por la actora incide de manera determinante en la imparcialidad del único árbitro designado en su día, siendo de carácter meramente concurrente y no indicativas de la existencia de verdadero conflicto de intereses pues las relaciones desveladas no indican sino contactos puntuales en el orden académico y profesional sin relación con la independencia e imparcialidad que debe rodear al árbitro».* A este respecto, el Tribunal Arbitral también se refirió a la Sentencia núm. 53/2022 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 3 de octubre de 2022 (Recurso 5/2022), donde se concluía que la coincidencia del árbitro recusado y el abogado de una de las partes en *«Comisiones de Arbitraje en el ICAB, en Congresos sobre arbitraje como ponentes, en Asociaciones de fomento del arbitraje o cursos de formación sobre la materia, carecen de relevancia suficiente para entender que comprometen la imparcialidad e independencia del árbitro»*, destacando igualmente que dichas circunstancias se encontraban previstas en el Listado Verde de las Directrices IBA, y que el mundo arbitral constituía un espacio jurídico especializado donde era *«frecuente que los abogados especialistas coincidan en foros dedicados al arbitraje sin que de estos encuentros deba desprenderse, sin más, que se entablan relaciones inconfesables que comprometen su imparcialidad cuando intervienen juntos, en unos casos en condición de árbitros y en otros de abogados de las partes, en un concreto arbitraje»*. Igualmente, y en esta misma dirección, el Tribunal indicó que resultaba sumamente ilustrativo lo declarado por la Sentencia núm. 76/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de diciembre de 2016 (Recurso 32/2016), a saber: *«Al respecto debemos apuntar que la IBA señala, en su "Listado Verde", que contiene una enumeración de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses y que por ello, el árbitro n o tiene el deber de revelar las situaciones incluidas en el mismo, entre otras, se cita que "4.3.3. El árbitro da clases en la misma facultad o escuela que otro árbitro o abogado de una de las partes, o tiene un cargo en una asociación profesional u organización de tipo social o caritativo con otro árbitro o abogado de una de las partes. 4.3.4. El árbitro ha sido ponente, moderador u organizador en una o más conferencias, participado en seminarios o grupos de trabajo de una asociación profesional u organización de tipo social o caritativo con otro árbitro o abogado de una de las partes.". Tal y como se desprende de las anteriores reglas, las relaciones que refiere la demandante con respecto a los abogados del Bufete que defiende los intereses de High Tech, no son susceptibles de crear conflicto de intereses, ni por tanto forman parte del deber de revelación. En consecuencia, lo alegado por la demandante no puede encuadrarse dentro de las causas de abstención legalmente previstas, ni se trata de una situación que deba ser calificada según las Directrices del IBA, como irrenunciable, sin que el deber de comunicación de determinadas circunstancias por el árbitro, en este caso concreto, suponga una infracción que acarree la falta de imparcialidad del mismo, al margen de que fuera conocedor o no de las ellas, ya que conforme a las citadas directrices, las mismas no comprometen su imparcialidad.. de un halo de misterio"* […] *Por otro lado, en cuanto a que la Sra. Marisol es Diputada del ICAM sobre Deporte, y el Sr. Matías Secretario del Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, y que además, ambos han*

atención sobre la circunstancia de que el citado evento organizado por la ABC durante 1999 fue celebrado en formato telemático, sin que tampoco constase acreditado que en aquél interviniera ningún letrado del Despacho "Nitos Abogados", ni que ese aludido evento guardase relación alguna con las partes, ni con lo que era objeto de la controversia sometida al arbitraje. En consecuencia, no existía deber de revelación en cuanto a la participación del árbitro Sr. García en un foro organizado por la ABC durante 1999.

10. Igualmente, el Tribunal puso su acento en señalar que la circunstancia de que Doña Ana Palacios (colaboradora de la firma "Muckys") y de Don Rafael Pérez (colaborador de "Nitos Abogados") coincidieran en la Junta Directiva de la AIDE se incardinaría, todo lo más, en el supuesto previsto en la sección 4.3.3. del Listado Verde de las Directrices IBA, cuando allí mencionaba *«tiene un cargo en una asociación profesional* […] *con el abogado de una de las partes»*[32], máxime si se ponderaba que este aspecto resultaba predicable y de aplicación por lo que atañía únicamente a los árbitros, y la Sra. Palacios ni siquiera lo era en el presente caso, como tampoco se observaba que esa circunstancia tuviera que ver o guardase relación con la controversia que estaba sujeta a arbitraje, ni con las partes intervinientes en el mismo.

    El Tribunal recalcó que, en todo caso, había de sopesarse que la ya reseñada Sentencia núm. 7/2024 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de febrero de 2024 (Recurso 4/2023), tampoco consideraba que la coincidencia del árbitro recusado y el abogado de una de las partes en la junta directiva de una asociación viniese a contrariar las Directrices IBA, por lo que la imparcialidad no se veía afectada por este hecho indicado[33], y menos cuando resultaba que ni siquiera era el árbitro Sr. García quien pertenecía a la citada Junta Directiva de la AIDE.

    Luego en opinión del Tribunal, dicho extremo de la coincidencia de la Sra. Palacios y el Sr. Pérez en la mentada Junta Directiva de la AIDE conformaba una situación que, desde un punto de vista objetivo, no era susceptible de crear, ni creaba, un conflicto de intereses con incidencia en el concreto asunto planteado en el arbitraje entre "Pituponcia" y "Apolonia", siendo una cuestión que resultaba intrascendente, por lo que la misma no formaba parte, y tampoco integraba, un supuesto respecto del cual existiera un deber de revelación por parte del árbitro Sr. García[34].

11. Asimismo, el Tribunal Arbitral también abordó la coincidencia durante el transcurso del año 2022 del árbitro Don José García y de Don Juan Gómez, uno de los abogados de la Demandante "Pituponcia", en un procedimiento de mediación, llegando a la conclusión de que dicha circunstancia no podía entenderse que conformase alguno de los supuestos examinados, dentro del Listado Naranja de las Directrices IBA, en las secciones 3.2.8, 3.2.9, 3.2.10, o 3.2.11. Y, asimismo, tampoco cabría incluirla entre los previstos en la sección 4.3.2 del Listado Verde de las Directrices IBA, sin perjuicio de que, en todo caso y aunque así fuera, se entendía que eran relaciones profesionales que entraban dentro de lo habitual y más aún si valorábamos la circunstancia de que el Sr. Gómez intervino como representante de una de las partes, que no como abogado, y donde tampoco participó la citada Demandante, ni guardaba la citada mediación seguida relación de ninguna clase con la materia que constituía la controversia que era objeto del arbitraje entre "Pituponcia" y "Apolonia". Es más, llegado a este punto, el Tribunal llamó la

formado parte del Curso de Experto en Mediación Deportiva, se trata de situaciones que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear, ni crean, un conflicto de intereses con incidencia en el concreto asunto planteado, cuestiones que resultan triviales por lo que no forman parte del deber de revelación».

[32] Página 28 de las Directrices IBA.

[33] Véase también, por ejemplo, la Sentencia de la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 15 de febrero de 2008 [JUR 2008/177811]).

[34] Cosa distinta hubiera sido, por ejemplo, que la Sra. Palacios hubiera sido árbitro *«en otro arbitraje sobre una cuestión o asunto relacionado donde participan la misma parte o partes o una afiliada de una de las partes»* (sección 3.2.4 del Listado Naranja, página 26, de las Directrices IBA).

atención sobre la distinción entre el proceso de mediación y el de arbitraje, continuando su razonamiento con que, aun en el hipotético supuesto de que pudiera entenderse –"*quod non*"– que la tan repetida mediación guardaba alguna relación con el arbitraje entre "Pituponcia" y "Apolonia", nunca podría aducirse que el árbitro Sr. García resolvió la misma, ni que, por tanto, hubiera de ser considerado como árbitro que decidió, en su caso, aquel conflicto a favor de algunas de las partes intervinientes en tal mediación. De ahí que, por ende, no pudiera ser afirmado que el árbitro Sr. García se hubiera siquiera decantado por la postura que allí estuvo propugnando la parte representada por el Sr. Gómez (parte ésta que nada tenía que ver con las entidades que estaban interviniendo como tales en el arbitraje, es decir, "Pituponcia" y "Apolonia"), y menos, dar la razón a esta última.

Y, en fin, señaló el Tribunal que tampoco podía entenderse que el árbitro Sr. García hubiese sido mediador del conflicto existente entre "Pituponcia" y "Apolonia", por lo que dicho encargo profesional de mediador en el año 2022 no permitía suponer que quedase comprometida cara a futuro su imparcialidad, cuando ninguna relación guardaba ni con el objeto del laudo final que pudiere dictarse en su día, ni con el asunto debatido en el mismo, ni siquiera con una opinión que podría haberse formado anticipadamente sobre el "*thema decidendi*" concerniente al arbitraje[35]. Y por eso, el Tribunal recalcó que no podía hablarse de contaminación, variante de la imparcialidad, a la que se refería el artículo 17.4 de la Ley de Arbitraje[36].

En consecuencia, el Tribunal consideró que la falta de revelación de dicha participación como mediador no conformaba una infracción de la Norma General 3-(a), ni implicaba que existiera un conflicto de interés a tenor de la Norma General 3-(g), de las Directrices IBA.

12. Por otro lado, el Tribunal abordó la cuestión de la jurisprudencia internacional mencionada por la Demandada "Apolonia" en su escrito de recusación sobre *Halliburton Company v. Chubb, Coatings, CWT, HR-2025-921-A* y *Vento Motorcycles Inc. v. Mexico*. Y en este sentido, puso de manifiesto que no vinculaba al Tribunal, sin perjuicio de que aquélla pudiera ilustrarle acerca de la materia[37]. Asimismo, el Tribunal declaró que la Demandada "Apolonia" invocaba las Sentencias internacionales citadas con la finalidad de acreditar que también en otros ordenamientos jurídicos se contemplaba el deber de revelación de los árbitros, extremo éste que nada añadía a lo que el Tribunal venía razonando en el Laudo Parcial, ni lo desvirtuaba, puesto que tanto la legislación arbitral española, como los órganos judiciales que la interpretaban, acogían igualmente tal deber indicado, así como el Reglamento. Ahora bien, el Tribunal añadió que, a partir de ahí, debíamos estar a lo declarado por los tribunales jurisdiccionales españoles, y las precisiones que los mismos habían realizado en cuanto al alcance y significado del aludido deber de revelación del árbitro. Más aún, si ponderábamos que los casos extranjeros referidos no guardaban relación con los concretos supuestos que el Tribunal estaba examinando, ya que se trataba de hechos completamente diferentes, y sin perjuicio de que en estos casos invocados por la citada Demandada "Apolonia" se aludía también a que había que estar a las circunstancias específicas concurrentes[38]. Y el Tribunal añadió que otro tanto había

[35] Así, la Sentencia núm. 57/2014 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 29 de julio de 2014 (Recurso 17/2013).

[36] *«Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas»*.

[37] Sobre estas cuestión de la falta de carácter vinculante y valor meramente ilustrativo de la jurisprudencia extranjera, pueden citarse las Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español núm. 761/2005, de 25 de octubre de 2005 (Recurso 4262/1999); núm. 545/2010, de 9 de diciembre de 2010 (Recurso 1433/2006); y núm. 1218/2023, de 8 de septiembre de 2023 (Recurso 2826/2019).

[38] Y así, en el caso "Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd." [2020] UKSC 48, resultaba que el presidente del tribunal arbitral (el árbitro recusado) había sido nombrado en varias ocasiones por una de las partes interviniente en el arbitraje –Chubb–, y el Tribunal Supremo del Reino Unido, en su Sentencia de 27 de noviembre de 2020, afirmó que un árbitro podía tener que revelar la aceptación de nombramientos en múltiples procedimientos arbitrales superpuestos o solapados con una sola parte común. Además, la expresada Sentencia declaraba que, no obstante, la obligación legal de revelación no prevalecía sobre la obligación de privacidad y confidencialidad del árbitro con arreglo al Derecho inglés, por lo que esa

que decir por lo que atañía al asunto *Blue Bank* solventado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones[39]. Y, por último, en cuanto a la referencia al caso *Beg v. Italia* seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Arbitral estimó igualmente que no guardaban relación las circunstancias allí concurrentes con las relativas al arbitraje entre "Pituponcia" y "Apolonia", por lo que tampoco podía servir dicho caso de fundamento para la decisión, más allá del reconocimiento del deber de revelación por parte de los árbitros[40].

---

revelación solamente podía realizarse cuando las partes involucradas dieran su consentimiento. Y, en fin, tras evaluar las concretas circunstancias del caso allí enjuiciado, el Tribunal Supremo del Reino Unido estimaba que no se podía afirmar que un observador imparcial e informado dedujese de la falta de revelación por parte del árbitro que existiera una posibilidad real de parcialidad de éste, y desestimaba el recurso de Halliburton (parte recusante). Por su lado, en el caso "Commonwealth Coatings Corp. v Continental Casualty" [393 U.S. 145 (1968)], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en su Sentencia de 18 de noviembre de 1968, estableció que los árbitros debían revelar aquellos hechos que supusieran que tenían un interés sustancial a favor de una de las partes y de que mantenían una estrecha relación comercial con esta última, como sucedía en aquel caso con el tercer árbitro nombrado, que era un consultor en ingeniería, cuyos servicios fueron utilizados de forma esporádica, pero significativa, por una de las partes (el contratista principal). Y ello, hasta el punto de haber intervenido en los proyectos implicados en la propia controversia sujeta a arbitraje. Y en cuanto a "CWT", debía indicarse que la Cour de Cassation (Pourvoi n° 21-14.162 Première chambre civile), con fecha 7 de mayo de 2025, dictó Sentencia por la que desestimó la anulación del laudo basada en que un árbitro no había revelado los vínculos familiares con el director de una de las compañías que figuraba simplemente como "otra entidad interesada" en la "ficha u hoja de información del caso" facilitada por la CCI, debido a que la Cour de Cassation consideró que la referida compañía carecía de interés en el resultado del arbitraje y nada, pues, había que revelar al respecto. Y en lo atinente al asunto "HR-2025-921-A" fue seguido ante el Tribunal Supremo de Noruega, que determinó que la relación del bufete de abogados del árbitro con uno de los partes en el arbitraje no generaba dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, a pesar de una violación del deber de revelación, destacando la importancia de realizar una evaluación específica de la naturaleza, alcance y duración de las relaciones con clientes al evaluar la imparcialidad del árbitro. Y por último, en el caso "Vento Motorcycles Inc. v. Mexico" (2025 ONCA 82, 2025]), la Corte de Apelación de Ontario se enfrentó a la no revelación por el árbitro de varias comunicaciones mantenidas con el abogado principal de una parte sobre su nombramiento como árbitro en futuros asuntos, así como a su eventual nombramiento, y de ahí que la Corte estimara la recusación ante esa manifiesta y razonable apariencia de parcialidad (al respecto, véase James Plotkin y Michael Giesbrecht. "Vento Motorcycles, Inc. v. Mexico, 2025 ONCA 82: International authorities and the convergence and divergence of administrative law and international commercial arbitration", *Canadian Journal of Adminsitrative Law and Practice* 38, No. 2 [2025]: 201-214).

[39] En este sentido, debemos señalar que la Demandada "Apolonia" aludió a un caso seguido ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo que sigue, el "CIADI"). En concreto, se refirió al asunto "Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela" (CIADI No. ARB/12/20), que fue resuelto a través de la Decisión de 12 de noviembre de 2013. En este caso, la recusación fue doble, y comprendía tanto al árbitro Don JMA, como al árbitro Don ST. En cuanto al Sr. A, la recusación se fundaba en que la firma de abogados en la que éste trabajaba se encontraba representando a un inversor contra el Estado venezolano en otro asunto ante el CIADI e igualmente, dicha firma estaba llevando procedimientos locales contra la Administración venezolana y, además, el Sr. A era miembro del comité global o internacional de la mentada firma, por lo que sus ingresos dependían también de los honorarios obtenidos a nivel internacional por ésta. Y respecto al Sr. T, la recusación encontraba su razón de ser en que dicho árbitro había sido nombrado, de forma recurrente tanto por Argentina como Venezuela y, asimismo, porque sus tesis eran en pro del Estado, decidiendo igualmente siempre a favor de la parte que le había designado. No obstante, el Sr. T renunció al nombramiento. Es decir, en el caso anteriormente enunciado de recusación ante el CIADI, y en el ámbito del arbitraje internacional de inversión, nos encontrábamos con una serie de circunstancias que nada tenían que ver con lo acaecido en relación con el árbitro Sr. García, de manera que no había parangón posible entre todos ellos.

[40] El asunto *Beg v. Italia* versó sobre la validez de un laudo arbitral dictado en una disputa relacionada con una planta hidroeléctrica, debido a que uno de los árbitros había sido miembro del consejo de administración, vicepresidente y apoderado de una entidad "aguas-arriba" de una de las partes, así como abogado en un asunto que guardaba relación con el propio arbitraje. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 20 de mayo de 2021 declaró que:

«[..] *129. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias. According to the Court's settled case-law, for the purposes of Article 6 § 1 the existence of impartiality must be determined according to a subjective test, that is, on the basis of the personal convictions and conduct of a particular judge, by ascertaining whether he showed any personal prejudice or partiality in a given case, and also according to an objective test, that is, whether the court offered, in particular through its composition, guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt about his impartiality (see, among many authorities, Nicholas v. Cyprus, no. 63246/10, § 49, 9 January 2018).*

130. As to the subjective test, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see Wettstein v. Switzerland, no. 33958/96, § 43, ECHR 2000-XII). As to the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not

13. El Tribunal Arbitral apreció que la circunstancia de no haber sido revelados todos los extremos antes referidos por parte del árbitro Sr. García difícilmente podía, por sí sola, ser determinante de la falta de imparcialidad e independencia del citado árbitro, pues tales extremos no se hallaban encuadrados dentro de los supuestos de aplicación ilustrativos del Listado Rojo Irrenunciable de las Directrices IBA[41], como tampoco entre los previstos en el Listado Rojo Renunciable[42], ni en el Listado Naranja[43]. Por consiguiente, no debía olvidarse, como destaca la jurisprudencia, que: *«Lo apuntado acerca del Árbitro, no implica un incumplimiento del deber de revelación por parte del mismo, pues no podemos incluirlo en ninguna de las situaciones que deben ser comunicadas, renunciables o irrenunciables»*[44].

Además, el Tribunal reiteró que los hechos no revelados por el árbitro Sr. García estaban comprendidos en el Listado Verde de las Directrices IBA que tenía como finalidad orientar al árbitro sobre las circunstancias respecto de las que no tenía la necesidad de revelar, tal y como declara la jurisprudencia española[45]. No se trataba, pues, de falta de revelación de hechos importantes que se ocultaron deliberadamente por el árbitro Sr. García, sino que éstos eran estrictamente circunstanciales y ajenos al proceso arbitral, meras coincidencias lógicas en el ámbito profesional carentes de entidad para estimar falta alguna de imparcialidad e independencia del árbitro Don José García, por lo que objetivamente no podían ser interpretados como un factor que comprometiera a dicha imparcialidad e independencia[46], en la medida de que la existencia de relaciones tales como las aquí descritas no determinaba que el Sr. García fuere a enjuiciar el asunto sin la debida ecuanimidad y neutralidad que le exigía el ejercicio de su función para fungir como árbitro[47].

---

decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see among many authorities, Ilnseher v. Germany [GC], nos. 10211/12 and 27505/14, § 287, 4 December 2018).
131. In itself, the objective test is functional in nature: for instance, professional, financial or personal links between a judge and a party to a case (see, for example, Pescador Valero, cited above, § 27, and Wettstein, cited above, § 47), may give rise to objectively justified misgivings as to the impartiality of the tribunal, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test (see Kyprianou v. Cyprus [GC], no. 73797/01, § 121, ECHR 2005-XIII). It must therefore be decided in each individual case whether the connection in question is of such a nature and degree as to indicate a lack of impartiality on the part of the tribunal (see Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal [GC], nos. 55391/13 and 2 others, § 148, 6 November 2018).
132. In this connection even appearances may be of a certain importance, a principle that is reflected in the adage "justice must not only be done, it must also be seen to be done". What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public (see Morice v. France [GC], no. 29369/10, § 78, ECHR 2015, and Oleksandr Volkov v. Ukraine, no. 21722/11, § 106, ECHR 2013).
133. Lastly, the concepts of independence and objective impartiality are closely linked and, depending on the circumstances, may require joint examination (see Anželika Šimaitienė v. Lithuania, no. 36093/13, § 80, 21 April 2020). […]
153. To conclude, having regard to N.I.'s role as Vice-Chairman and member of the Board of Directors of ENEL between 1995 and 1996 and his role as lawyer for ENEL in at least one dispute which overlapped with the arbitration proceedings, the Court is of the view that N.I.'s impartiality was capable of being, or at least appearing, open to doubt and that the applicant's fears in this respect can be considered reasonable and objectively justified.
154. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention».

[41] (1) Listado Rojo Irrenunciable, Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales, página 23, de las Directrices IBA.

[42] (2) Listado Rojo Renunciable, Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales, páginas 25 a 28, de las Directrices IBA.

[43] (3) Listado Naranja, Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales, páginas 24 y 25, de las Directrices IBA.

[44] Sentencia núm. 11/2017 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 7 de febrero de 2027 (Recurso 64/2016).

[45] Así, en la citada Sentencia núm. 28/2022 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de julio de 2022 (Recurso 5/2022), se declaraba: *«Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones incluidas en el Listado Verde. Tal y como se establece en la Explicación a la Norma General 3(a), debe fijarse un límite al deber de revelación basado en la razonabilidad; en algunos casos, el test objetivo debe prevalecer sobre el test meramente subjetivo que se basa en 'la perspectiva de las partes»*.

[46] Sobre esta cuestión, pueden citarse la Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 44/2013, de 15 de julio de 2013 (Recurso 17/2012); y núm. 57/2014, de 29 de julio de 2014 (Recurso 17/2013).

[47] Así, la Sentencia núm. 59/2017 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 24 de octubre de 2017 (Recurso 94/2016).

En definitiva, y como destacaba el parágrafo 7 de la Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales de las Directrices de la IBA[48], el Tribunal no podía obviar que: *«El Listado Verde es una lista no exhaustiva de situaciones específicas en las que no puede existir ni apariencia ni conflicto de interés real, ya sea bajo el criterio subjetivo o el objetivo. Por ello, el árbitro no tiene obligación de revelar las situaciones incluidas en el Listado Verde. Tal y como se establece en la Nota Explicativa sobre la Norma General 3(a), el Listado Verde refleja el hecho de que existe un límite al deber de revelación, basado en la razonabilidad»*.

14. Igualmente, el Tribunal Arbitral invocó la jurisprudencia que declaraba que *«la independencia a la que se refiere la Ley de Arbitraje siguiendo la Ley Modelo, hace alusión a un concepto objetivo apreciable a partir de la relación del árbitro con las partes y la imparcialidad se refiere más a la relación de los árbitros con la propia controversia siendo de índole más subjetiva y difícil de probar»*[49]. En consecuencia, el Tribunal hizo hincapié en que no bastaba con que en la mente de quien recusaba hubiesen podido surgir sospechas subjetivas o personales sobre la imparcialidad e independencia.

    Lo preciso era determinar, caso a caso, si aquellas dudas alcanzaban una consistencia tal que permitieran afirmar que nos hallábamos ante la concurrencia de una serie de circunstancias que daban lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro (ex artículos 17.3 de la Ley de Arbitraje y 18, primer párrafo y apartado 3, del Reglamento), esto es, exteriorizadas y apoyadas en datos meramente objetivos que permitieran afirmar fundadamente que el árbitro no era ajeno a la causa, o que, por cualquier relación con el caso concreto, éste no iba a utilizar como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico[50]. De forma que lo ciertamente decisivo, a juicio del Tribunal Arbitral, era que dichas sospechas o temores se encontrasen objetiva y legítimamente justificadas, sin que cupiese interpretaciones extensivas a este respecto, dado que la imparcialidad e independencia de los árbitros había de presumirse, y únicamente las sospechas sobre la carencia de prejuicios personales o de parcialidad eran las que debían ser probadas, acreditando si el árbitro había mostrado hostilidad o animadversión por razones personales[51], con constatación de la real y efectiva contaminación o eliminación

[48] Página 23 de las Directrices IBA.

[49] Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 57/2014, de 29 de julio de 2014 (Recurso 17/2013), así como la Sentencia núm. 2/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de 10 de mayo de 2016 (Recurso 5/2015). En esta misma dirección, la Sentencia núm. 303/2007 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 13 de junio de 2007 (Recurso 11/2006), la Sentencia núm. 506/2011 de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid del 30 de junio de 2011 (Recurso 3/2009 y JUR 2011/347818) y la Sentencia núm. 59/2021 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña del 30 de noviembre de 2021 (Recurso 9/2021) resaltaban igualmente que: (i) La independencia venía referida a las relaciones del árbitro con las partes, y suponía la ausencia de vínculos que unieran al árbitro con los intervinientes en el proceso arbitral y que implicasen la existencia de algún tipo de relación que pudiera llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes, y de ahí que la independencia dependiese de relaciones pasadas o presentes con las partes que pudieran ser catalogadas y verificadas; y (ii) Mientras que la imparcialidad apuntaba más a una actitud del árbitro necesariamente subjetiva frente a la controversia que se le planteaba, era un estado mental y, por tanto, más difícil de evaluar. De modo que suponía la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso arbitral, que permitieran dudar fundadamente de que el árbitro recusado podría desempeñar su cometido con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que fueran objeto del arbitraje.

[50] Sentencia núm. 57/2014 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 29 de julio de 2014 (Recurso 17/2013).

[51] En relación con este criterio subjetivo y la presunción de imparcialidad e independencia, pueden citarse las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Kyprianou* (§ 119), *Micallef* (§ 94 y § 96), *Hauschildt* (§ 47) y *De Cubber* (§ 25); la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 25/2022, de 23 de febrero de 2022; y la Sentencia núm. 847/2022 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2022 (Recurso 2571/2020). Igualmente, puede verse la Sentencia núm. 1/2015 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 20 de enero de 2015 (Recurso 7/2014), así como las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 59/2017, de 24 de octubre de 2017 (Recurso 94/2016) y núm. 2/2024, de 9 de enero de 2024 (Recurso 13/2023). En este contexto es donde el Tribunal Arbitral señaló que el incumplimiento de la obligación de comunicar, a las partes, las

de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias[52].

15. De igual manera, el Tribunal declaró que no constaba que el árbitro Sr. García hubiese mostrado prejuicio de ninguna clase o animadversión hacia la Demandada "Apolonia", ni conducta que evidenciase predisposición hacia la postura de la Demandante "Pituponcia" que hiciera presuponer que favorecería en el futuro, sin más, las tesis defendidas por esta última. Según indicó el Tribunal Arbitral, nada se había acreditado por la Demandada "Apolonia" que viniese a contradecir que el Sr. García, con su aceptación del nombramiento como árbitro, hubiera mostrado su plena convicción de intervenir con ecuanimidad o equidistancia respecto de las partes, sin que fuese de apreciar evidencia alguna de que, en su fuero interno, tuviera intención de no hacerlo así. Por último, el Tribunal Arbitral se refirió igualmente a que tampoco la entidad recusante ("Apolonia") había acreditado la existencia de algún tipo de comunicaciones mantenidas entre "Pituponcia" o sus abogados y el árbitro Sr. García relativas al arbitraje en curso, ni a posibles nombramientos futuros en otros arbitrajes, como tampoco en lo atinente a cualquier otra cuestión, sin que las pruebas testificales practicadas hubiesen aportado nada en este sentido descrito. Y por este motivo, el Tribunal estimó que no cabía apreciar que sus decisiones futuras pudieren estar viciadas por la concurrencia de una probabilidad real de que la opinión de cualquiera de los tres árbitros estuviese infectada de sesgo de ningún tipo a favor de una de las partes.

    Es decir, no cabría invocar el principio, a veces descrito, como de "envenenar el pozo", en el sentido de que la mera presencia del árbitro Sr. García en el Tribunal Arbitral fuera bastante para apreciar una sospecha razonable de que pudiere influir en el resto de sus miembros con riesgo de parcialidad del propio Tribunal que conllevase la descalificación de todo ellos. Luego no estábamos en presencia de un supuesto en que la parcialidad de un solo árbitro viciase necesariamente la decisión del Tribunal Arbitral[53].

16. Llegados a este punto, debemos indicar que el Tribunal Arbitral consideró también, a modo de corolario, que no resultaba factible observar la existencia de prueba alguna del posible conflicto de intereses que pretendía hacer ver la Demandada "Apolonia", ya que el árbitro Don José García no había actuado en nombre de la Demandante, ni defendido los intereses de ésta, durante momento previo a su designación como árbitro en el proceso arbitral. Asimismo, el Tribunal indicó que los hechos y circunstancias enjuiciados no ponían de manifiesto que existiese una actividad del Despacho de abogados al que pertenecía el árbitro Sr. García que acreditase que aquél ("Muckys") estuviese manteniendo relaciones relevantes con "Pituponcia", ni que hubiera que revelar circunstancia alguna en este sentido, y sin que a estos efectos pudieran equipararse las agrupaciones de "*barristers*" o las "*barristers´chambers*" a los despachos o bufetes de abogados. Y tampoco constaba acreditado que el árbitro Sr. García tuviese un interés económico directo o indirecto en esa controversia debatida que era objeto del arbitraje entre "Pituponcia" y "Apolonia", ni que se hubiese formado juicio sobre la misma por un contacto anterior o previo con ésta, sin que conste que hubiera mediado en el mismo conflicto existente entre dichas partes, ni prestado algún tipo de asesoramiento o emitido dictámenes sobre aquella referida controversia o que, en el momento de su aceptación como árbitro, estuviera asesorando jurídicamente a la Demandante "Pituponcia". Y mucho menos, agregó el Tribunal, podía

---

circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro no implicaban la automática apreciación de la pérdida de las mismas por este último.

[52] Sentencia núm. 1/2015 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 20 de enero de 2015 (Recurso 7/2014).

[53] En relación con esa teoría o principio del "envenenamiento del pozo" ("*posioning the well*"), por ejemplo, puede verse: (i) en el Derecho Inglés: *In re Medicaments and Related Classes of Goods* (No 2), [2001] EWCA Civ 1217, [2001] 1 WLR 700, párr. 99, refrendado por el Comité Judicial del Consejo Privado en *Stubbs v. The Queen*, [2018] UKPC 30, [2019] AC 868, párr. 33; y (ii) en el Derecho canadiense: la ya citada Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Ontario (2025 ONCA, 82), de 5 de febrero de 2025, cuya solicitud de autorización para ser recurrida fue desestimada por la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 18 de septiembre de 2025.

argumentarse que los letrados de "Nitos Abogados" y el árbitro Sr. García perteneciesen a una misma agrupación de "barristers", que era a lo que realmente aludía la Norma General (7)-(c) de las Directrices de la IBA que había sido invocada por la parte recusante. En suma, el Tribunal entendió que no resultaba factible incardinar los hechos y circunstancias concurrentes en los supuestos ilustrativos contemplados en el Listado Naranja, ni tampoco siquiera en los enunciados a título de ejemplo en el parágrafo 6 de la Parte II: Aplicación práctica de las Normas Generales, de las Directrices IBA.

4.2 Parte dispositiva

A la vista de todo lo anteriormente razonado, el Tribunal Arbitral desestimó la solicitud de recusación del árbitro Don José García que había sido formulada, con fecha 19 de febrero de 2026, por la entidad Demandada "Apolonia", ya que no se apreciaba infracción alguna por parte del árbitro Sr. García de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, ni en el artículo 18 del Reglamento, como tampoco de las pautas establecidas en las Normas Generales 2, 3, 6 y 7, ni de lo contemplado en las secciones 3.2.2, 3.2.4 y 3.2.8 a 3.2.11 del Listado Naranja (3) recogido en la Parte II (Aplicación práctica de las Normas Generales), de las Directrices IBA.

V. CONSIDERACIONES SOBRE LA DECISIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

A modo de conclusión, debemos poner de manifiesto que el Tribunal Arbitral consideró que no podíamos hablar de falta de imparcialidad e independencia del árbitro Don José García, dado que la simple percepción subjetiva de la parte Demandada "Apolonia" no era suficiente para apartar al árbitro Sr. García, si no había hechos relevantes dotados de significación que afectasen la confianza objetiva en el mencionado árbitro por lo que concernía a las específicas circunstancias concurrentes en el caso concreto[54].

En este sentido, pues, no podía soslayarse que esto último era lo que constituía, precisamente, la verdadera finalidad de la obligación de revelación, y no la de atender, sin más, a percepciones subjetivas o personales[55]. Y de ahí que las circunstancias que habían quedado acreditadas en el caso expuesto no conformasen una situación que debiera ser calificada, según las Directrices IBA, como de irrenunciables o renunciables y, por ende, no necesitaban ser reveladas, al carecer de

[54] Sobre que la imparcialidad e independencia ha de ser analizada en relación con el caso concreto, atendiendo a las circunstancias que confluyen en éste, ante la diversidad de situaciones existentes que pudiesen concurrir y la indeterminación que está asociada a esos términos de imparcialidad e independencia, de manera que es aquí donde entran en escena las Directrices IBA, puede verse António Pedro Pinto Moreno, "O papel das Directrizes da IBA sobre conflitos de interesses no âmbito do Tribunal Arbitral do Desporto Português", Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, 54 (2025): 19, 26, 27, 28, 32 y 34.

[55] Como declara la Sentencia núm. 76/2016 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 13 de diciembre de 2016 (Recurso 32/2016): *«De lo analizado* […] *se desprende que la independencia e imparcialidad se suscita no en abstracto, sino en concreto. En relación con una controversia o parte en particular. Una persona puede ser perfectamente capaz de ser independiente pero ser inelegible en caso de que exista un conflicto de intereses en el caso en particular. Si bien se busca la ausencia de conflicto de intereses, una sospecha subjetiva sobre el árbitro no lo descalifica»*. Y por eso, según resalta la Sentencia núm. 4/2022 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña del 18 de enero de 2022 (Recurso 21/2021), hay que ponderar que: *«El mero contacto puntual en las relaciones profesionales o conocimiento de dos personas de las que la parte actora deduce -sin base probatoria alguna- que pudo surgir una relación de amistad o profesional, carece de toda virtualidad para presuponer en el árbitro una predisposición hacia una de las partes en contra de la otra. De juzgarse la imparcialidad de los árbitros con esa elasticidad, el arbitraje en España sería prácticamente inoperante»*. No basta, por tanto, *«con alegar cualquier tipo de relación o vínculo entre el árbitro y la parte o su defensor, sino que las mismas deben tener la suficiente entidad como para hacer dudar de la objetividad del árbitro» (Sentencia núm. 2/2013 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del 8 de enero de 2013 [Recurso 2/2012])*.

relevancia objetiva o significación suficiente para afectar la imparcialidad e independencia del árbitro Sr. García[56].

Luego el deber de revelación o comunicación de aquellas circunstancias por el citado árbitro Don José García, aunque tal vez deseable respecto de las que –en su caso– hubiera podido quizás ser consciente, no tenían un alcance suficiente o decisivo en la evaluación de la imparcialidad e independencia de dicho árbitro que supusiera una infracción que acarrease la falta de las mismas conforme a las reseñadas Directrices IBA que habían sido invocadas por las partes intervinientes en el incidente previo de recusación. De manera que nos encontrábamos ante un supuesto que no podía llevarnos a la apreciación de hechos objetivos que comprometieran la imparcialidad e independencia del árbitro Sr. García, sino ante meras conjeturas subjetivas de la parte que planteó la recusación[57], las cuales carecían de entidad bastante para generar una duda razonable sobre aquéllas[58]. Y, por consiguiente, no cabía una descalificación del árbitro Sr. García en el momento de prestar su aceptación a la designación efectuada para intervenir como árbitro en el arbitraje entre las entidades involucradas "Pituponcia" y "Apolonia". En definitiva, permaneció incólume el mandato legal impuesto por el artículo 15.2 de la Ley de Arbitraje cuando establece que, en el procedimiento para la designación de árbitros, y a "*fortiori*" en la designación misma, no se podía vulnerar el principio de igualdad[59], dado que no acaeció infracción alguna del principio elemental de "que quien juzga no sea una de las partes" ("*nemo iudex in causa propria*").

BIBLIOGRAFÍA

- Gill, Judith. "The IBA Conflicts Guidelines-Who´s using them and how?". *Dispute International*, 1-1 (2007), 59.

- González de Cossío, Francisco. " Guardando las apariencias: La apariencia como motivo para cuestionar árbitros o sus decisiones". *Revista del Club Español del Arbitraje*, 42 (2021), 94.

---

56 *La finalidad de la Directrices IBA es «to enhance confidence in the integrity of international arbitration, and to assist institutions and courts to make consistent, clear and coherent decisions about disqualification» [Judith Gill, "The IBA Conflicts Guidelines-Who´s using them and how?", Dispute International, 1-1 (2007): 59]. Como destaca la Corte Suprema Federal Suiza: «These guidelines have certainty not force of law […]. They nonetheless constitute a valuables working tool […], susceptible at contribuiting to harmonization and unification of standards that are applicable in the area of international arbitration for the regulation of conflicts of interest» [véase Federal Supreme Court decision 4A_506/2007 of 20 March 2008, cons. 3.3.2.2.]. Luego las Directrices IBA profundizan en los detalles, cubriendo diferentes y muy diversos escenarios, de manera que proporcionan, a los árbitros y a las partes, unas listas de circunstancias que sirven de pauta para verificar la revelación [en este sentido, pueden verse Nathalie Voser y Angelina M. Petti, "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration", ASA Bullletin, 14 (2015): 33]. En definitiva, y respecto al Derecho español: «[…] Las Directrices juegan, por tanto, un papel relevantes […] a colmar las lagunas interpretativas que pueden surgir en torno al deber de revelación genérico contenido en el artículo 17.2 de la Ley de Arbitraje» [Javier Tarjuelo Pozo y Pablo Orts Moeno, "Las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en la jurisprudencia del TSJ de Madrid: algunas consideraciones a propósito de la publicación de las nuevas Directrices de 2024", Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, 51(2024): 165].*

57 Se trataría, más bien, de la denominada imparcialidad aparente o estética [Jonathas Maia, "*La imparcialidad de los árbitros: un enfoque interseccional entre arbitraje, economía y psicología*", *Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, 51 (2024): 73-84].

58 *«(2) La determinación sobre el cumplimiento de los requisitos de independencia e imparcialidad sigue un análisis mixto: objetivo y subjetivo. Mientras que el subjetivo versa sobre las características de la persona (su reputación, trayectoria, comportamiento), el objetivo consiste en qué opinaría un tercero observador desinteresado que es sensato y está informado.»* [Francisco González de Cossío, "Guardando las apariencias: La apariencia como motivo para cuestionar árbitros o sus decisiones", *Revista del Club Español del Arbitraje,* 42 (2021): 94]. Por tanto, ese citado criterio objetivo, fundado en una sospecha "ante los ojos de una persona razonable", primaría sobre la regla "a los ojos de las partes" involucradas, regla esta última basada en una imparcialidad aparente o estética, y por ello, el incidente de recusación no podrá venir sustentado en meras especulaciones o únicamente en un criterio subjetivo (a este respecto, puede verse António Pedro Pinto Moreno, "O papel das Directrizes da IBA sobre conflitos de interesses no âmbito do Tribunal Arbitral do Desporto Português", *Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje*, 54 (2025): 32).

59 Entre otras, pueden verse las Sentencias de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 54/2014, de 24 de septiembre de 2014 (Recurso 15/2014); núm. 34/2018, de 26 de julio de 2018 (Recurso 48/2017); núm. 2/2024, de 9 de enero de 2024 (Recurso 13/2023 y JUR 2024/101420); y núm. 11/2024, de 27 de febrero de 2024 (Recurso 64/2023).

- Maia, Jonathas. "La imparcialidad de los árbitros: un enfoque interseccional entre arbitraje, economía y psicología". *Revista del Club Español e Iberoamericano del* Arbitraje, 51 (2024), 73-84.

- Pinto Moreno, António Pedro. "O papel das Directrizes da IBA sobre conflitos de interesses no âmbito do Tribunal Arbitral do Desporto Português". Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, 54 (2025), 19, 26, 27, 28, 32 y 34.

- Plotkin, James y Michael Giesbrecht. "Vento Motorcycles, Inc. v. Mexico, 2025 ONCA 82: International authorities and the convergence and divergence of administrative law and international commercial arbitration", Canadian Journal of Administrative Law and Practice 38, No. 2 [2025], 201-214.

- Tarjuelo Pozo, Javier y Pablo Orts Moreno. "Las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en la jurisprudencia del TSJ de Madrid: algunas consideraciones a propósito de la publicación de las nuevas Directrices de 2024". Revista del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, 51(2024),165.

- Vaser, Nathalie y Angelina M. Petti "The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration". ASA Bulletin, 14 (2015), 33.

LAS REGLAS DE LA IBA SOBRE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Autor:
Carlos Alberto Soto Coaguila

LAS REGLAS DE LA IBA SOBRE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

The IBA Rules on the Taking of Evidence

Carlos Alberto Soto Coaguila[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. El soft law como puente internacional: evolución y naturaleza jurídica.
III. La fase de exhibición documental.
IV. Dinámica del testimonio de hecho y la prueba pericial.
V. Los informes de expertos jurídicos.
VI. Virtualidad, ciberseguridad y protección de datos: la respuesta de la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA.
VII. El tratamiento de la prueba ilícita ante los tribunales arbitrales.
VIII. La cuestión de las inferencias adversas y el incumplimiento de órdenes probatorias.
IX. Las Reglas de la IBA frente a las Reglas de Praga: una disputa filosófica.
X. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo evalúa la eficacia y predictibilidad de las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el escenario del arbitraje internacional contemporáneo, analizándolas como un marco de *soft law* diseñado para aproximar las tradiciones del *civil law* y del *common law*. Para ello, mediante un examen dogmático y procesal, se adentra en las dinámicas de la exhibición documental bajo el Calendario Redfern, la práctica del testimonio de hecho y la prueba pericial, así como en las respuestas operativas de la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA frente a los desafíos de la virtualidad, la ciberseguridad y la exclusión de la prueba ilícita. Asimismo, se profundiza en el régimen de las inferencias adversas bajo los criterios del Test Sharpe y se aborda la disputa existente frente al modelo inquisitivo de las Reglas de Praga. Finalmente, el estudio aterriza en el contexto de América Latina, analizando la recepción de estas directrices en Perú, Argentina y Ecuador, donde la desconexión entre la flexibilidad arbitral y el formalismo de los códigos locales genera fricciones procesales manifestadas en el uso recurrente del amparo constitucional frente a las decisiones probatorias de un tribunal arbitral. Se concluye que la viabilidad del sistema probatorio no reposa en la infalibilidad de la norma escrita, sino en la prudencia estratégica del árbitro para resolver los vacíos del proceso sin incurrir en arbitrariedad.

Palabras clave

Arbitraje Internacional/ Reglas de la IBA/ Exhibición Documental/ Peritajes/ Expertos Jurídicos/ Prueba Ilícita/ Reglas de Praga/ América Latina.

---

[1] Socio fundador de la firma de árbitros profesionales Carlos Soto & Asociados / Perú - España. Árbitro Profesional y Profesor de Derecho Civil y Arbitraje. Fundador del Instituto Peruano de Arbitraje. Vicepresidente del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje – CEIA. Miembro del Tribunal Arbitral du Sport – TAS (Court of Arbitration for Sport – CAS) Correo de contacto: carlos.soto.peru@hotmail.com

Abstract

This article evaluates the effectiveness and predictability of the IBA Rules on the Taking of Evidence within the contemporary international arbitration, analyzing them as a soft law framework designed to bridge the civil law and common law traditions. Through a dogmatic and procedural lens, it delves into the dynamics of document production under the Redfern Schedule, the practice of witness and expert evidence, as well as the operational responses of the 2020 revision to the challenges of virtual hearings, cybersecurity, and the exclusion of illegally obtained evidence. Furthermore, it examines the regime of adverse inferences under the Sharpe Test criteria and addresses the ongoing dispute against the inquisitorial model of the Prague Rules. Finally, the study grounds its analysis in the Latin American context, examining the reception of these guidelines in Peru, Argentina, and Ecuador, where the tension between arbitral flexibility and domestic formalisms triggers procedural friction, evidenced by the recurrent use of constitutional amparo claims against the tribunal's evidentiary decisions. The article concludes that the viability of the evidentiary system does not rest on the infallibility of written rules, but rather on the strategic prudence of the arbitrator to resolve procedural gaps without falling into arbitrariness.

Keywords

International Arbitration/ IBA Rules/ Document Production/ Expert evidence/ Legal Opinions/ Illicit Evidence/ Prague Rules/ Latin America.

I. INTRODUCCIÓN

El éxito del arbitraje internacional radica en su flexibilidad, pero esa misma ventaja se convierte en un reto en el momento de actuar y valorar los medios probatorios. En una disputa internacional, es común que las partes provengan de un país cuyo sistema jurídico se basa en el derecho continental, también conocido como *civil law*, caracterizado por un proceso restrictivo basado en normas escritas y específicas, donde predomina la interpretación jurídica y la flexibilidad de la aplicación de la norma al caso concreto; mientras que la contraparte forma parte del sistema jurídico conocido como *common law*, donde predomina la sobrecarga documental, el juicio oral y los precedentes procesales, también conocidos como jurisprudencia.

Es en esta situación donde las partes carecen de un terreno de juego común y donde el proceso probatorio corre el riesgo de transformarse en un escenario ineficiente y desbalanceado para las partes. Por ello, el presente artículo busca evaluar si las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba, concebidas como un puente entre ambos sistemas, siguen siendo un instrumento plenamente eficaz y predecible ante el panorama jurídico actual.

Para comprender el alcance de esta problemática, es indispensable revisar las Reglas de la IBA no como un código coercitivo, sino como un marco de *soft law* voluntario que fusiona lo mejor de ambos enfoques jurídicos, manteniéndose a la vanguardia del avance jurídico mundial, hecho que se evidencia con la reforma de 2020, que intentó normar la digitalización acelerada, las audiencias virtuales y los riesgos de ciberseguridad.

Asimismo, debe tomarse en cuenta la aparición de visiones alternas respecto a cómo llevar a cabo el arbitraje internacional, haciendo referencia, por supuesto, a las Reglas

de Praga de 2018; junto con las cuales se ha generado un debate respecto a si las Reglas de la IBA realmente protegen la validez del laudo final o si, por el contrario, su flexibilidad genera incertidumbre al momento de enfrentar las prácticas y costumbres de sistemas jurídicos contrarios.

Por lo tanto, con el objetivo de resolver esta problemática, el presente artículo se ha dividido en ocho secciones. En la primera sección, se analiza la evolución histórica y la naturaleza jurídica de las Reglas de la IBA bajo la categoría del *soft law*; la segunda sección examina el procedimiento de exhibición documental; la tercera sección aborda la dinámica de los testimonios de hecho y la prueba pericial, diferenciando el rol del perito de parte del perito de tribunal; la cuarta sección analiza la discusión existente acerca del carácter probatorio o no de los informes de expertos jurídicos; la quinta sección evalúa la respuesta de la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA ante los retos de la virtualidad y la ciberseguridad; en la sexta sección, se desarrolla el complejo tratamiento de la prueba ilícita; en la séptima sección, se desarrolla el régimen de las inferencias adversas frente al incumplimiento de órdenes probatorias; y, finalmente, la octava sección realiza un contraste frente al modelo adversarial de las Reglas de Praga, para concluir con una evaluación sobre la recepción e impacto de este marco probatorio en la práctica arbitral de América Latina.

II. EL SOFT LAW COMO PUENTE INTERNACIONAL: EVOLUCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

El choque de expectativas entre partes provenientes de distintos sistemas jurídicos no solo podría generar ineficiencia, sino que podría degradar la validez de las actuaciones[2]. Sin embargo, la discusión suele centrarse en la existencia de esta disparidad o la evidencia de los problemas que se presentan en el arbitraje internacional.

Para superar esta brecha, la International Bar Association (IBA) encomendó a un grupo de expertos la redacción de un marco procedimental uniforme que eventualmente llevó a las Reglas Suplementarias de 1983, las cuales fueron sustituidas por las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de 1999, bajo la dirección de Giovanni Ughi. El éxito de este instrumento internacional generó que, en el año 2010, se llevara a cabo una revisión para adaptar sus términos a los retos de la prueba electrónica (*e-disclosure*) y renombrarlas formalmente como Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Finalmente, los cambios tecnológicos y las necesidades operativas de la era digital impulsaron la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA, iniciada por Álvaro López de Argumedo y Fernando Mantilla-Serrano, y culminada por Nathalie Voser y Joseph E. Neuhaus. Estas modificaciones rigen para los arbitrajes iniciados con posterioridad al 17 de diciembre de 2020.

Desde una perspectiva dogmática, las Reglas de la IBA se encuentran comprendidas en la categoría de *soft law*, toda vez que carecen de fuerza imperativa autónoma y no han nacido del *ius imperium* de ningún Estado, por lo que su aplicabilidad depende estrictamente de la autonomía de la voluntad de las partes o de la decisión discrecional del tribunal arbitral en ejercicio de sus potestades de dirección del proceso[3].
El Artículo 1.1 muestra esta naturaleza voluntaria al facultar a las partes a incorporar

[2] Brian King y Elliot Friedman, "Evidentiary Issues in International Arbitration", *Cambridge University Press & Assessment* (2023): 1179-1210. https://doi.org/10.1017/9781108304467.040
[3] International Bar Association Task Force, Commentary on the Revised Text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, enero de 2021, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D

estas reglas de forma íntegra o parcial, e incluso a emplearlas como un simple marco orientador que se amolde a las particularidades de la disputa. Esta flexibilidad requiere una constante coordinación con las normas procesales que gobiernan el arbitraje; por ello, el Artículo 1.3 otorga al tribunal la atribución discrecional de aplicar las Reglas de la IBA buscando que cumplan con los objetivos de reglamentos institucionales como los de la CCI o el CIADI.

No obstante, cualquier disposición de las Reglas de la IBA que colisione con una norma imperativa de la *lex arbitri* cederá ante esta última para evitar la nulidad posterior del laudo[4]. Esta subordinación al orden público procesal de la sede ha sido ratificada por el Tribunal Federal Suizo en fallos como la sentencia 4A_124/2020, donde se establece que estas directrices internacionales carecen de fuerza legal autónoma, por lo que su aplicación jamás puede subvertir las garantías imperativas que los Estados imponen a la conducción de los litigios dentro de sus fronteras[5].

Asimismo, este enfoque flexible se materializa en la consulta temprana sobre cuestiones probatorias prevista en el Artículo 2, que impone al tribunal el deber de invitar a las partes a discutir la estructura y los plazos de las actuaciones tan pronto como sea procedimentalmente viable. El diseño de este artículo busca que las partes definan las reglas de las declaraciones escritas o los formatos de exhibición de documentos antes de iniciar un intercambio a ciegas, previniendo dilaciones a mitad del procedimiento que no hagan más que afectar el desarrollo del propio arbitraje.

La revisión de 2020 de las Reglas de la IBA ensanchó las fronteras de esta conferencia inicial al incorporar la gestión de riesgos de ciberseguridad y la protección de datos personales; lo que se traduce en la emisión de órdenes procesales que fijan protocolos de encriptación o restringen el acceso a servidores sensibles en disputas que involucran patentes farmacéuticas, asegurando la eficiencia del proceso sin que la búsqueda de la prueba comprometa el patrimonio de las empresas de manera irreversible[6].

III. LA FASE DE EXHIBICIÓN DOCUMENTAL

La fase de exhibición de documentos regulada en el Artículo 3 de las Reglas de la IBA constituye el escenario donde las diferencias entre las tradiciones jurídicas se hacen más evidentes, obligando al sistema a buscar un equilibrio entre el *discovery* anglosajón y el modelo más acotado continental[7]. El diseño de este mecanismo exige que las partes aporten inicialmente las pruebas que sustentan de forma directa sus pretensiones, abriendo una ventana posterior para requerir información específica que se encuentre bajo el control exclusivo de la contraparte[8]. Esta estructura impide que el proceso se degenere en una búsqueda descontrolada de información que encarezca el proceso de manera injustificada, asegurando, al mismo tiempo, que las partes cuenten con las herramientas necesarias para construir su caso cuando la mayor parte del sustento de

[4] International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b

[5] First Civil Law Court (Switzerland) Judgement Case 4A_124/2020, 13 de noviembre de 2020. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-9612?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default)

[6] *Ibidem.*

[7] Carlos Elías Correa García, "La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional", *Revistas USFQ, 8 de enero de 2024* https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/download/3225/3655/27851

[8] International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b

su postura se encuentre en control de la contraparte.

En esa línea, para evitar solicitudes genéricas o abusivas, el Artículo 3.3 estipula los requisitos que deberá cumplir la parte solicitante, exigiéndole detallar de manera precisa el documento requerido o, en su defecto, delimitar una categoría estrecha y específica de documentos que razonablemente crea existentes en poder de la contraparte. Asimismo, la solicitud debe contener una declaración motivada que acredite por qué los documentos requeridos son relevantes para el fondo del caso y sustanciales para su resolución, acompañada de la manifestación de que el solicitante carece de acceso a dicha información, así como de las razones por las cuales presume que la contraparte sí los posee.

En el supuesto de documentos almacenados en soportes electrónicos, el solicitante o el propio tribunal pueden exigir la identificación de archivos específicos, términos de búsqueda delimitados, individuos clave u otros criterios que optimicen la búsqueda de medios probatorios[9]. Esto se hace con la intención de evitar afectar a la empresa a la cual se le solicitan los documentos, ya sea por la sensibilidad de los datos a entregar, la paralización de operaciones generada por la inspección de información u otras posibles afectaciones.

Ahora bien, es común que la gestión de esta fase se lleve mediante el "Calendario Redfern"[10], cuya función, tal como la explican sus creadores, no es otra que ordenar con precisión los puntos de desacuerdo entre las partes para que así el tribunal decida sin necesidad de involucrarse en el detalle de cada intercambio previo[11]. Su estructura consiste en cuatro columnas divididas en la identificación del documento solicitado, el sustento de su relevancia, las objeciones de la contraparte y la decisión final del tribunal; lo que permite un debate probatorio ágil y, sobre todo, claro para el tribunal arbitral[12], toda vez que permite evaluar de inmediato si una oposición de entrega documental basada en el secreto comercial constituye un argumento legítimo o si responde a una estrategia de ocultamiento, acelerando la capacidad de decisión de los árbitros sin lesionar las garantías de defensa.

Un ejemplo de la utilidad de esta delimitación de medios probatorios se materializó en el arbitraje de inversiones *Caratube International Oil Company LLP c. República de* Kazajistán, donde el tribunal arbitral, mediante su Orden Procesal No. 2, recurrió a los criterios del Artículo 3.3 de las Reglas de la IBA para frenar las peticiones genéricas de la demandante. El tribunal determinó que la parte solicitante debía especificar cada una de sus solicitudes documentales dentro de las columnas del Calendario Redfern, evitando con ello la búsqueda de documentos que carecían de una conexión directa y probada con la teoría del caso.

Sin perjuicio de ello, la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA perfeccionó estas dinámicas introduciendo modificaciones operativas dirigidas a reducir los tiempos

[9] *Ibidem*.
[10] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. "Presentación de documentos - Arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI" https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/presentacion-de-documentos
[11] Blackaby, Nigel, and others, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th Edition 17 de septiembre de 2015; (online edn, Oxford Law Pro), https://doi.org/10.1093/law/9780198714248.001.0001, accessed 17 July 2026, 383-384.
[12] Alan Redfern on International Arbitration: Insights and Legacy of a Legal Pioneer - Daily Jus, 31 de julio de 2024. https://dailyjus.com/news/2024/07/alan-redfern-on-international-arbitration-insights-and-legacy-of-a-legal-pioneer

muertos del procedimiento. Por un lado, la reforma del Artículo 3.5 reguló la facultad del solicitante de presentar una réplica escrita ante las objeciones de su contraparte, pero sometió esta posibilidad a la autorización discrecional del tribunal para frenar el enfrentamiento de escritos que dilaten el calendario procesal; y, por otro lado, en sintonía con esta búsqueda de eficiencia, la modificación del Artículo 3.7 aclaró que el tribunal no tiene la obligación de organizar audiencias verbales para resolver disputas de exhibición, permitiendo una resolución directa sobre el expediente.

Otra simplificación en términos de costos de transacción se plasmó en el Artículo 3.12, que exime de traducción a los documentos entregados entre las partes que no vayan a ser introducidos formalmente ante el tribunal; y finalmente, el Artículo 3.8 introdujo una salvaguarda al permitir la designación de un perito independiente que examine los documentos objetados cuya pertinencia técnica exija una revisión directa, impidiendo que el árbitro contamine su criterio con información privilegiada que podría no ser admisible antes de resolver la controversia de fondo[13].

IV. DINÁMICA DEL TESTIMONIO DE HECHO Y LA PRUEBA PERICIAL

La comparecencia de testigos y peritos en el régimen de las Reglas de la IBA opera bajo la premisa de que las declaraciones escritas constituyen el testimonio exacto de lo que se dirá en audiencia, agilizando el uso del tiempo y evitando sorpresas procesales de último minuto. Para ello, de acuerdo con lo estipulado por el Artículo 4.1, cada parte debe identificar a los testigos en cuyo testimonio pretende basarse y detallar el objeto de sus declaraciones. Cabe precisar que, en atención a lo estipulado por el Artículo 4.2, cualquier persona puede actuar como testigo, incluyendo a la propia parte o a sus directivos, empleados y representantes legales[14].

Este apartado de las reglas encuentra su punto más discutido en el Artículo 4.3, toda vez que autoriza las entrevistas previas y la preparación de los testigos por parte de sus asesores legales, lo que genera un evidente choque de culturas procesales, pues, para las legislaciones basadas en el derecho continental, el contacto directo del abogado con el testigo suele verse con recelo o sospecha de contaminación.

Tanto es así que no es poca la jurisprudencia en la que se discute el límite entre la preparación de un testigo y la contaminación de su testimonio. En el caso *Yukos Universal Limited v. Federación Rusa*[15], el Estado cuestionó la credibilidad de los testigos de la contraparte, alegando que sus declaraciones escritas eran demasiado "sofisticadas" y similares a lo indicado por sus asesores legales; sin embargo, finalmente el tribunal resolvió el reclamo desestimando la sospecha y ratificando que las entrevistas previas se encontraban plenamente autorizadas, dejando a salvo la transferencia del examen de veracidad al contrainterrogatorio oral de la audiencia, donde se podría determinar si el testigo era fiel o no a su propio testimonio.

Cabe precisar que esta ausencia de estándares no es un vacío genérico, pues la propia Comisión de Arbitraje de la CCI ha reconocido que no existen "normas generales aplicables" sobre los límites de la preparación admisible de un testigo, lo que explica por qué el criterio termina resolviéndose de forma distinta en cada caso[16]. A su vez, Ragnar

[13] International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b
[14] *Ibidem.*
[15] Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación de Rusia, Caso CPA N.° AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014, https://pca-cpa.org/es/cases/61/
[16] ICC Commission on Arbitration and ADR, *Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International*

Harbst, en el mismo sentido, se cuestiona cómo declaraciones de extensión y detalle desiguales entre las partes pueden volverse problemáticas antes incluso de llegar a la audiencia[17].

Sin embargo, para evitar que el testigo se vea demasiado influenciado por la defensa legal de la parte que lo ofrece al proceso o que su discurso se vea tergiversado por una preparación excesiva, el Artículo 4.5 estipula que el documento final debe incluir los antecedentes del testigo, su relación con las partes, una descripción detallada de los hechos y sus fuentes de información, la ratificación sobre la veracidad del escrito y la firma del testigo[18].

La gestión de estas declaraciones adquiere más fluidez con las precisiones introducidas en 2020 a través de los Artículos 4.6 y 5.3, que regulan la presentación de testimonios e informes periciales en una segunda ronda. De este modo, se permite que las réplicas aborden no solo lo alegado por la contraparte, sino también nuevos desarrollos de hecho o circunstancias técnicas que no hubieran podido ser abordados razonablemente en las presentaciones iniciales de la primera ronda. En la práctica de los tribunales arbitrales, sin embargo, esta flexibilidad suele prestarse a maniobras tácticas, pues los estudios de abogados intentan introducir bajo la etiqueta de «nuevos hechos» pruebas que omitieron por negligencia en sus escritos postulatorios, obligando a los árbitros a evaluar con extrema rigurosidad la línea divisoria de la admisibilidad para evitar desequilibrios procesales.

Dicho lo anterior, la necesidad de mantener ese equilibrio procesal se vuelve todavía más exigente cuando el debate abandona los hechos o alegatos de los testigos para ingresar al terreno técnico o científico. Si la disputa ya no depende de lo que un testigo presenció o firmó, sino de interpretar el retraso en una obra civil o de cuantificar un perjuicio económico, el tribunal requiere mecanismos específicos que impidan que los dictámenes se conviertan en simples alegatos encubiertos.

Por ello, en el ámbito de las pruebas periciales, las Reglas de la IBA distinguen entre el peritaje de parte (Artículo 5) y el peritaje designado por el tribunal (Artículo 6), pues el informe del perito de parte debe contener una declaración minuciosa de sus calificaciones técnicas, una descripción de las instrucciones recibidas, una confirmación expresa de su independencia respecto de las partes y del tribunal, y el detalle de los métodos científicos o técnicos utilizados para fundamentar sus conclusiones. Por su parte, el perito designado por el tribunal opera bajo su supervisión directa, siendo los propios árbitros quienes fijan sus términos de referencia tras consultar con los litigantes. Asimismo, este perito podrá solicitar información o acceso a bienes y documentos de las partes a discreción, pero cualquier disputa u objeción sobre el alcance de estas solicitudes deberá ser resuelta por el mismo tribunal, privando al perito de la facultad de decidir unilateralmente sobre la admisibilidad o relevancia de la información solicitada.

A fin de simplificar el debate, el Artículo 5.4 faculta al tribunal a ordenar que los peritos

---

Arbitration (Cámara de Comercio Internacional), citado en Willkie Compliance Concourse, "Witness Preparation in International Arbitration", 15 de febrero de 2022, https://complianceconcourse.willkie.com/articles/insights-2022-20220216-witnesspreparationininternationalarbitrat/

[17] Ragnar Harbst, *Witness Preparation in International Arbitration* (tratado especializado sobre el tema), citado en Aceris Law, "Witness Statements in International Arbitration", 16 de enero de 2021, https://www.acerislaw.com/witness-statements-in-international-arbitration/#_ftn4

[18] International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b

de las partes que aborden materias conexas se reúnan y deliberen en privado para luego elaborar un informe conjunto detallando aquellos puntos en los que han alcanzado un acuerdo y aquellos en los que persiste el desacuerdo, junto con sus respectivas razones; lo que alivia la labor de los árbitros, quienes reciben un mapa del desacuerdo técnico en lugar de escritos contradictorios de cientos de páginas, simplificando así el contrainterrogatorio posterior en la audiencia y permitiendo que la decisión final se asiente sobre decisiones concretas y válidamente sustentadas.

V. LOS INFORMES DE EXPERTOS JURÍDICOS

Las Reglas de la IBA no tienen una regulación específica sobre los informes de expertos jurídicos (*legal opinions* o *legal expert reports*). Sin embargo, ello no significa que dichos informes estén excluidos de la práctica arbitral; por el contrario, constituyen una práctica ampliamente aceptada en el arbitraje comercial internacional, especialmente cuando el tribunal arbitral debe aplicar un derecho distinto de aquel con el que sus miembros están familiarizados.

Los informes de expertos jurídicos son documentos elaborados por juristas, académicos o abogados especializados en un determinado ordenamiento jurídico, cuya finalidad es ilustrar al tribunal arbitral sobre el contenido, interpretación y aplicación del derecho nacional pertinente para la resolución de una controversia. En la práctica, estos informes suelen ser ofrecidos por las partes cuando el derecho aplicable corresponde a una jurisdicción extranjera o cuando existen cuestiones jurídicas particularmente complejas que requieren de un análisis jurídico especializado en la materia.

Aunque las Reglas de la IBA no regulan expresamente esta figura, ello no impide que el tribunal arbitral admita estos documentos en ejercicio de las amplias facultades que dichas reglas le reconocen para determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de los elementos presentados por las partes. En consecuencia, los informes de expertos jurídicos son examinados por los árbitros junto con los demás elementos del expediente arbitral, pudiendo incluso sus autores ser convocados a audiencia para ser interrogados, responder preguntas o aclarar el contenido de sus conclusiones, siguiendo una dinámica similar a la de los expertos técnicos.

No obstante, una cuestión que genera debate es la naturaleza jurídica de estos informes y, particularmente, si constituyen un verdadero medio de prueba. Desde la perspectiva del arbitraje internacional, una parte importante de la doctrina sostiene que sí pueden ser considerados prueba, en la medida que permiten acreditar el contenido de un derecho extranjero, el cual, en muchos sistemas arbitrales, es tratado como un hecho susceptible de probanza. Bajo esta concepción, el informe de experto jurídico no solo orienta al tribunal sobre alguna materia legal, sino que integra el conjunto de elementos probatorios que este valorará al momento de emitir el laudo. Sobre ello, cierta doctrina sostiene incluso que la prueba pericial, ya sea legal o técnica, tiene mayor peso que la prueba testimonial, precisamente por la independencia que se presume del experto frente a las partes[19].

Por su parte, en diversos ordenamientos jurídicos de tradición civilista, la respuesta suele ser distinta, pues predomina el criterio según el cual el derecho no constituye objeto de prueba (*iura novit curia*); razón por la cual un informe jurídico elaborado por un

[19] Aceris Law, "Expert Evidence in International Arbitration", 27 de marzo de 2022. https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2024/12/Expert-Evidence-in-International-Arbitration-%E2%80%A2-Aceris-Law.pdf

especialista no tiene naturaleza probatoria en sentido estricto. Este informe legal es considerado, más bien, un documento de apoyo o un elemento de colaboración destinado a facilitar la comprensión e interpretación de determinados aspectos del derecho aplicable, sin desplazar la función del tribunal de interpretar y aplicar, bajo su propio criterio, las normas jurídicas pertinentes.

La práctica arbitral internacional ha reconocido reiteradamente la utilidad de los informes de expertos jurídicos cuando el tribunal arbitral debe pronunciarse sobre el contenido de un derecho nacional extranjero. En estos casos, el informe no sustituye la función jurisdiccional del tribunal de interpretar y aplicar el derecho, sino que constituye un instrumento técnico que ayuda y facilita la comprensión del ordenamiento jurídico aplicable.

En el derecho peruano, especialmente en los arbitrajes de contratación pública y en los arbitrajes comerciales entre particulares, es muy usual que las partes presenten y utilicen informes de expertos o especialistas en diversas materias jurídicas. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje internacional, estos informes no tienen por finalidad acreditar o probar el derecho local; sino proporcionar a los árbitros un análisis técnico y especializado sobre cuestiones jurídicas complejas. En ese sentido, la finalidad de los informes legales es ayudar al tribunal con algún tema complejo, particularmente en materias donde la abundante normativa, las constantes modificaciones legislativas y la existencia de diversos criterios normativos y/o jurisprudenciales justifican que las partes recurran a reconocidos especialistas para poder sustentar sus posiciones jurídicas.

En consecuencia, la eficacia de los informes de expertos jurídicos dependerá del contexto procesal y del enfoque adoptado por el tribunal arbitral. Si bien no sustituyen el deber del tribunal de determinar el derecho aplicable, representan una herramienta de gran utilidad para la adecuada comprensión de ordenamientos jurídicos extranjeros y para fortalecer la fundamentación jurídica de las posiciones sostenidas por las partes. Su creciente utilización confirma la flexibilidad que caracteriza al arbitraje internacional y la importancia de dotar al tribunal de todos los elementos necesarios para adoptar una decisión debidamente fundamentada.

VI. VIRTUALIDAD, CIBERSEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS: LA RESPUESTA DE LA REVISIÓN DE 2020 DE LAS REGLAS DE LA IBA

Durante la pandemia, la adopción masiva de audiencias en modalidad remota obligó a la comunidad arbitral a repensar, en muy poco tiempo, un marco jurídico pensado inicialmente para actuaciones presenciales. Por ello, la versión de 2020 de las Reglas de la IBA determinó que las actuaciones remotas y las actuaciones presenciales contarían con el mismo peso y validez, introduciendo en la sección de Definiciones y en el Artículo 8.2 el concepto de audiencia remota.

De conformidad con lo estipulado por el Artículo 8.2, el tribunal arbitral puede ordenar, a solicitud de parte o de oficio, que la audiencia de pruebas se desarrolle de forma virtual o híbrida, y, para evitar afectaciones al derecho de defensa o la nulidad del laudo, las Reglas estipulan como una obligación del tribunal el deber de consultar con las partes para diseñar un Protocolo de Audiencia Virtual[20]. Este protocolo debe contar con la realización de pruebas de compatibilidad y ensayos de los sistemas antes de la audiencia, la definición de horarios de inicio y finalización considerando las diferencias geográficas y horarias de los participantes, los mecanismos para proyectar documentos

[20] *Ibidem.*

durante la audiencia y la implementación de medidas que aseguren que los testigos y peritos que declaren a distancia no sean influenciados, distraídos o instruidos de forma indebida o clandestina por asesores o abogados de cualquiera de las partes[21].

La Corte Suprema de Austria, en la sentencia del 23 de julio de 2020[22], rechazó la recusación interpuesta contra un tribunal arbitral que había ordenado la celebración de una audiencia de pruebas de forma remota a través de plataformas digitales. La corte austriaca determinó que la conducción de una audiencia virtual no lesiona el derecho a ser escuchado ni el derecho a un proceso equitativo regulado en el Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, argumentando que las herramientas tecnológicas permiten implementar mecanismos de control de aislamiento visual y espacial del testigo que incluso superan las salvaguardas de una sala presencial.

Asimismo, el Artículo 8.5 de la versión de 2020 de las Reglas de la IBA estipula que, aun cuando la declaración escrita opere como el testimonio inicial del testigo, el tribunal arbitral conserva la facultad de autorizar un interrogatorio directo oral adicional de aclaración o «calentamiento», lo que permite al testigo situar su declaración en el contexto del litigio o responder a nuevos hechos de último minuto antes de someterse al contrainterrogatorio de la contraparte.

De igual manera, la revisión de 2020 de las Reglas de la IBA evidenció una creciente preocupación por los riesgos asociados al tratamiento de información digital en los procedimientos arbitrales, la utilización de plataformas virtuales para la celebración de audiencias, así como el intercambio electrónico de documentos que posteriormente serían almacenados de forma igualmente virtual, cuestiones que incrementaron la exposición a incidentes de ciberseguridad, tales como accesos no autorizados, filtraciones de información o ataques informáticos. En respuesta a estos desafíos, las Reglas de la IBA reforzaron la facultad de los tribunales arbitrales para adoptar medidas orientadas a proteger la integridad de la información, promoviendo que las partes acuerden protocolos de seguridad adecuados y observando las normas de protección de datos aplicables al caso. Esta exigencia refleja cómo la eficiencia procesal del arbitraje contemporáneo debe coexistir con un resguardo estricto de la información sensible de las partes.

VII. EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA ANTE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

La digitalización acelerada por la pandemia de COVID-19 no solo forzó a la comunidad arbitral internacional a replantearse los procesos presenciales, sino que también trajo consigo la proliferación de ataques cibernéticos y la filtración masiva de información confidencial de corporaciones y Estados; hecho que ha llevado a un nuevo debate respecto a la admisibilidad de la prueba ilegal o hackeada[23].

Precisamente por ello, el Grupo de Trabajo de la IBA incorporó en el Artículo 9.3 de la versión de 2020 de las Reglas de la IBA que el tribunal arbitral podrá, a solicitud de parte o de oficio, excluir aquellas pruebas que hayan sido obtenidas de forma ilícita o ilegal. Sin embargo, teniendo en consideración que las Reglas de la IBA no definen qué constituye una «prueba ilegal o ilícita», los árbitros gozan de una amplia

[21] *Ibidem.*
[22] Expediente 18 ONc 3/20s citado por, Schmidt Sharon, Oblin. At, 22 de enero de 2021, https://oblin.at/es/conocimientos/publicaciones/austria-el-tribunal-supremo-austriaco-el-debido-proceso-y-covid-19-celebracion-de-audiencias-de-arbitraje-virtual-a-pesar-de-las-objeciones-de-las-partes/
[23] *Ibidem.*

discrecionalidad y suelen recurrir a un análisis de ponderación basado en dos ejes principales: la doctrina de las manos limpias y la valoración del interés público y la buena fe procesal.

La doctrina de las manos limpias opera como un límite para evitar que una parte se beneficie de su propia conducta ilegal (*ex turpi causa non oritur actio*); de este modo, si la prueba ilegal ha sido sustraída o encargada directamente por el proponente, los tribunales proceden a su exclusión automática, pero, si la filtración ha sido ejecutada de forma independiente por un tercero ajeno al litigio y los documentos se encuentran en el dominio público de internet, los tribunales muestran mayor flexibilidad para admitirlos si resultan fundamentales para resolver la controversia.

Esta figura ha sido aplicada en diversos casos; por ejemplo, en el caso *Methanex Corporation* v. *Estados Unidos de América*, donde el Tribunal excluyó la documentación obtenida mediante el registro no autorizado de la basura de un tercero por considerarla incompatible con los principios básicos de justicia y equidad del proceso arbitral. Asimismo, en el caso EDF (Services) Ltd. v. Rumania, se excluyeron grabaciones obtenidas mediante engaño a un funcionario público. Por otro lado, en el caso Libananco Holdings Co. Limited v. República de Turquía, relacionado con la interceptación estatal de comunicaciones privilegiadas en el marco de una investigación penal paralela, el Tribunal, sin anular el proceso, ordenó una estricta separación entre los equipos de investigación penal y de defensa arbitral para resguardar la igualdad de armas.

En el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani v. República de Kazajistán*[24], el tribunal se enfrentó a la introducción de documentos confidenciales del gobierno que habían sido hackeados y publicados en la página web "*Kazakhleaks*", los cuales fueron ofrecidos por la demandante y objetados por el Estado. El tribunal resolvió excluir aquellos documentos que se encontraban protegidos por el secreto profesional entre abogado y cliente, sin perjuicio de ello, determinó que podrían ser ofrecidos a un experto independiente para que este determine la extensión en la cual podían ser admitidos.

Asimismo, el derecho probatorio internacional reconoce límites o excepciones a la exclusión de pruebas derivadas de un acto ilícito, inspiradas en la práctica del derecho procesal comparado[25]:

- Atenuación de la contaminación: Aplicable cuando el nexo de causalidad entre la conducta ilegal originaria y la obtención de la prueba derivada se ha vuelto sumamente tenue o se ha roto por el paso del tiempo, permitiendo su admisión bajo el postulado de la buena fe. Un ejemplo de ello se puede evidenciar en la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo, donde se ha distinguido entre una grabación de audio obtenida sin consentimiento (declarada inadmisible) y una de video que la propia parte no grabada terminó invocando en su beneficio durante el proceso[26].

[24] *Caratube International Oil Company LLP and Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/13/13; 27 de septiembre de 2017, https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-caratube-international-oil-company-llp-and-devincci-salah-hourani-v-republic-of-kazakhstan-ii-award-wednesday-27th-september-2017

[25] Carías, et al., "Las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en Arbitraje Internacional y la exclusión de la prueba ilegal", ARBANZA, https://arbanza.com/27367/

[26] Tribunal Federal Suizo, Sentencia 4A_448/2013, 27 de marzo de 2014. https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-pjsc-metalist-football-club-et-al-v-football-federation-of-

- Fuente independiente: Se configura cuando la prueba derivada de la conducta ilegal es obtenida por el proponente a través de un canal legal paralelo y totalmente desligado de la infracción inicial, quebrando la doctrina procesal del fruto del árbol envenenado.

- Descubrimiento inevitable: Opera cuando la parte proponente logra convencer fehacientemente al tribunal de que, con total independencia del acto ilícito inicial, la prueba se habría incorporado al proceso de forma natural e inevitable mediante los mecanismos legales ordinarios del arbitraje, como la fase de exhibición de documentos.

VIII. LA CUESTIÓN DE LAS INFERENCIAS ADVERSAS Y EL INCUMPLIMIENTO DE ÓRDENES PROBATORIAS

Dada la naturaleza privada y consensual del arbitraje, los tribunales arbitrales carecen de *imperium* o poder de coacción estatal para ejecutar de forma forzosa sus mandatos probatorios, no pudiendo allanar domicilios, sancionar penalmente por desacato ni forzar físicamente a un litigante a revelar información confidencial perjudicial para su posición[27]. Para mitigar esta asimetría y asegurar la eficacia de la dirección procesal, los Artículos 9.5 y 9.6 de las Reglas de la IBA confieren a los árbitros la facultad de extraer inferencias adversas o desfavorables frente a la parte que afecta el desarrollo formal del proceso.

De conformidad con lo estipulado por el Artículo 9.5, si una parte se niega a suministrar, sin una explicación satisfactoria, un documento requerido en una solicitud de exhibición que no fue objetada en su momento o cuya adquisición fue expresamente ordenada por el tribunal, los árbitros pueden presumir legalmente que el contenido de dicho documento habría sido contrario a los intereses de la parte desobediente[28]. Para encauzar de forma racional y predecible esta presunción, la jurisprudencia arbitral internacional aplica de forma generalizada el denominado *Test Sharpe*[29].
El *Test Sharpe* exige comprobar, en primer término, que el documento bajo control exclusivo de la contraparte tiene una existencia fáctica probable y no meramente hipotética. Lejos de operar como un castigo automático, el test impone al solicitante la carga de aportar indicios mínimos o a *prima facie* que conecten lógicamente la prueba oculta con la hipótesis que pretende demostrar, toda vez que busca traer al proceso pruebas que, en efecto, no pueden ser obtenidas por una de las partes.

El umbral de aplicación se calibra mediante una valoración de consistencia con el resto de los medios probatorios ya incorporados al expediente. Si los elementos existentes desmienten la teoría del peticionario, la presunción decae por falta de sustento, impidiendo una alteración injustificada del *onus probandi*.

---

ukraine-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-448-2013-thursday-27th-march-2014.

[27] Jeremy K. Sharpe, Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence, Arbitration International, Volume 22, Issue 4, 1 de diciembre de 2006, Pages 549–572, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0110.pdf

[28] International Bar Association, Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b

[29] Van Houtte, Vera; Adverse Inferences in International Arbitration, International Chamber of Commerce (ICC), 2009 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0112.pdf

La facultad de extraer inferencias adversas cumple, además, una función disuasoria dentro del procedimiento arbitral, pues incentiva a las partes a cooperar de buena fe con la producción de pruebas y con las órdenes emitidas por el tribunal. En ausencia de mecanismos coercitivos propios de la jurisdicción estatal, este instrumento busca evitar que una de las partes obtenga ventajas procesales indebidas mediante la ocultación de documentos o información relevante para la resolución de la controversia, contribuyendo a preservar la integridad del proceso arbitral y a garantizar que la decisión final se adopte sobre la base de la mayor cantidad posible de elementos probatorios disponibles.

Asimismo, el mecanismo se detiene ante las excepciones legítimas de reserva estipuladas en el Artículo 9.2. Esta salvaguarda quedó ratificada en el arbitraje *Apotex Holdings c. Estados Unidos*, en la cual la demandante solicitó extraer inferencias adversas ante la negativa de la Administración de Alimentos y Medicamentos de EE. UU. (FDA) a revelar información interna y confidencial sobre el control de calidad de competidores comerciales. El Estado se opuso invocando restricciones de la legislación federal estadounidense que prohibían, bajo sanción penal, a la FDA revelar secretos de negocios de terceros, prohibición aplicable incluso a los propios asesores legales del litigio. Tras analizar los fundamentos de la oposición, el tribunal arbitral concluyó que la limitación impuesta por el derecho nacional de la sede constituía una explicación válidamente justificada de conformidad con lo estipulado en los Artículos 9.5 y 9.6 de las Reglas de la IBA, denegando por consiguiente la aplicación de la inferencia adversa solicitada.

En la misma línea, la doctrina internacional enfatiza que las inferencias adversas operan como pruebas indirectas o indicios procesales y, por ende, su peso es limitado y accesorio, pues nunca deben ser utilizadas por el tribunal arbitral como un mecanismo para subvertir o trasladar de forma automática la carga final de la prueba, la cual recae siempre sobre quien alega los hechos de su pretensión. Siendo ello así, un laudo jamás puede sustentarse de forma exclusiva en inferencias adversas derivadas de la falta de colaboración; por el contrario, el proponente debe acreditar previamente una convicción mínima e independiente mediante pruebas directas que permitan al árbitro justificar racionalmente su decisión de fondo.

IX. LAS REGLAS DE LA IBA FRENTE A LAS REGLAS DE PRAGA: UNA DISPUTA FILOSÓFICA

Las Reglas de Praga (Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional), redactadas por juristas arraigados en el derecho continental, surgieron de una extendida insatisfacción frente al costo y la duración de las actuaciones arbitrales complejas, acusando al modelo de la IBA de haber propiciado una excesiva influencia de las dinámicas litigiosas del *common law*, tales como las revisiones excesivas de documentos y los contrainterrogatorios orales extenuantes[30].

La divergencia entre ambos esquemas de *soft law* radica en la definición del rol del árbitro, confrontando la naturaleza principalmente adversarial y de iniciativa de parte que rige en las Reglas de la IBA con el carácter inquisitivo y de dirección que proponen las Reglas de Praga[31].

[30] Figueroa, J y Figueroa, J, La producción de la prueba arbitral: las Reglas de la IBA v/s las Reglas de Praga - Revistas USFQ,29 de septiembre de 2020 https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/download/3466/3997/32024

[31] Rangachari, et all, One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and Its Application in International Arbitration, Dispute Resolution Journal, 2022, https://jusmundi.com/en/document/publication/en-one-size-fits-all-comparing-civil-law-and-common-law-

El modelo inquisitivo de Praga otorga amplias potestades al árbitro en el Artículo 3.2 para ordenar de oficio la producción de documentos, excluir a testigos propuestos por considerarlos sobreabundantes y, fundamentalmente, insta al tribunal, en el Artículo 8.1, a resolver la controversia sobre una base netamente documental, evitando la celebración de audiencias orales prolongadas cuando la sencillez del caso lo amerite[32]. Asimismo, las Reglas de Praga adoptan el principio *iura novit curia* (Artículo 7), permitiendo a los árbitros aplicar de oficio disposiciones y precedentes normativos no invocados por las partes, y estipula expresamente en el Artículo 9 que el tribunal asista activamente en la mediación o búsqueda de un acuerdo transaccional con el consentimiento de los litigantes.

No obstante, los críticos de las Reglas de Praga advierten que su rigidez puede comprometer el derecho de defensa y la garantía de ser escuchado de forma equitativa, elevando el riesgo de que el laudo resultante sea posteriormente anulado por infracción del debido proceso en la fase de ejecución de laudo[33]. Por ello, la práctica internacional prefiere el marco flexible de las Reglas de la IBA para litigios internacionales complejos y disputas más densas, reservando el esquema de las Reglas de Praga para arbitrajes de menor cuantía o de carácter puramente legal y contractual[34].

En el Perú, el arbitraje se ha consolidado como una herramienta jurisdiccional autónoma que ha sido respaldada en la jurisprudencia nacional con la decisión del Tribunal Constitucional en la Sentencia N.° 6167-2005-PHC/TC, donde se reconoció al arbitraje como una jurisdicción independiente, aunque no eximida de observar las garantías del debido proceso. El Decreto Legislativo N.° 1071 (Ley de Arbitraje peruana) estipula, en su Artículo 34, la libertad de regulación de actuaciones, facultando a las partes y al tribunal a determinar las reglas aplicables para la controversia. Asimismo, una de las particularidades más notables del marco normativo peruano es la obligatoriedad del arbitraje para resolver controversias en materia de contratación pública, impuesta de forma continua desde 1997. En estos complejos litigios de infraestructura y obra pública estatal, los tribunales tienden a adoptar referencialmente las Reglas de la IBA al momento de fijar las reglas del proceso, y a usar el Calendario Redfern para encauzar la exhibición de pruebas y las declaraciones testimoniales, constituyéndose en una práctica estándar de las principales instituciones del país.

En la República Argentina, la recepción de estas directrices internacionales se consolidó formalmente en el año 2018 con la promulgación de la Ley N° 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional, la cual incorporó el estándar de la Ley Modelo de la CNUDMI. En el ámbito mercantil, la adopción voluntaria de las Reglas de la IBA permite a los tribunales eludir el sistema de plazos y audiencias de confesión previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, llevando de forma predecible la exhibición de registros financieros y técnicos[35].

---

approaches-to-evidence-and-its-application-in-international-arbitration

[32] Lucenti, Martina, PRAGUE RULES AND IBA RULES: CONFLICT OR ALTERNATIVE?, Portolano Cavallo, 2 de julio de 2019, https://portolano.it/en/newsletter/litigation-arbitration/prague-rules-and-iba-rules-conflict-or-alternative

[33] Argerich, Sol, A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same, Wolters Kluwer, 2 de marzo de 2019, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/

[34] Lucenti, Martina, PRAGUE RULES AND IBA RULES: CONFLICT OR ALTERNATIVE?, Portolano Cavallo, 2 de julio de 2019, https://portolano.it/en/newsletter/litigation-arbitration/prague-rules-and-iba-rules-conflict-or-alternative

[35] Carías, et al., "Las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en Arbitraje Internacional y la exclusión de la prueba ilegal", ARBANZA, https://arbanza.com/27367/

Por otro lado, en Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) consagra la libertad de configuración procedimental, lo que permite el uso de las Reglas de la IBA como instrumento supletorio frente al formalismo que impone la justicia ordinaria a través del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Aunque el COGEP establece, en su Artículo 159, que toda prueba debe ser presentada con los escritos iniciales de demanda y contestación, la jurisprudencia arbitral ecuatoriana ha validado reiteradamente la licitud de diseñar etapas posteriores de exhibición documental de conformidad con el Artículo 3 de las Reglas de la IBA, flexibilizando la práctica probatoria en favor de la verdad material de los litigios comerciales.

X. CONCLUSIONES

Las Reglas de la IBA alcanzaron su posición como el principal referente en materia de práctica probatoria dentro del arbitraje internacional gracias a su capacidad para operar como un instrumento dinámico adaptable a las transformaciones del comercio internacional y a los desafíos que plantea la evolución de las relaciones jurídicas transnacionales. La revisión de 2020 de las Reglas de la IBA demostró justamente esa flexibilidad al incorporar soluciones rápidas para las audiencias virtuales y la seguridad informática cuando las crisis globales amenazaban con paralizar las actuaciones arbitrales; lo cual permite entender que no se está ante un cuerpo normativo estático o que requiera años y tediosos procesos para verse modificado, sino ante un instrumento dispuesto a transformarse junto con el estado del derecho procesal.

Pese a ello, las Reglas de la IBA no han cerrado el debate respecto a las actuaciones probatorias, solo lo han estabilizado temporalmente, ni tampoco han regulado los informes de expertos jurídicos, materia cuyo valor probatorio o no continúa siendo un debate en el mundo jurídico. Su éxito global ha impuesto una notable influencia del *common law* en los arbitrajes internacionales, lo que encarece los procesos y genera una resistencia silenciosa en los abogados de tradición continental. La existencia y aparente éxito de las Reglas de Praga demuestra que esta fricción sigue viva, pues la búsqueda de eficiencia en el arbitraje internacional todavía colisiona con la costumbre de inundar el expediente con documentos y extender los exámenes cruzados.

En América Latina, este dilema se mantiene, toda vez que, si bien es cierto los tribunales de la región adoptan este marco de *soft law* para escapar del formalismo de sus códigos procesales, esa misma desconexión normativa genera el recelo de las cortes ordinarias locales, siendo el uso del amparo frente a las decisiones probatorias del árbitro una prueba constante de ello.

El verdadero desafío hacia el futuro está en el nuevo rol del árbitro, a quien la reforma de 2020 de las Reglas de la IBA transformó en quien debe resguardar la integridad del proceso, por lo que, frente a posibles hackeos corporativos y las filtraciones masivas de información, las Reglas de la IBA otorgan una facultad expresa a los árbitros para excluir la prueba ilícita, pero no fija un estándar uniforme para aplicarla. Al final, la decisión queda en manos de la discrecionalidad de cada tribunal.

En última instancia, la viabilidad del sistema no dependerá de la infalibilidad de las Reglas, sino de la prudencia con la que los árbitros gestionen estos espacios. El arbitraje internacional no necesita un manual con soluciones perfectas y precisas para cada dilema ético o tecnológico que se presente a lo largo del proceso arbitral; sino todo lo contrario, el arbitraje internacional demanda operadores jurídicos dispuestos a navegar en la incertidumbre estratégica sin convertir la flexibilidad en arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Brian King y Elliot Friedman, *Evidentiary Issues in International Arbitration (Chapter 39)*, - Cambridge University Press & Assessment (2023): 1179-1210. https://doi.org/10.1017/9781108304467.040 , https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-compendium-of-international-commercial-and-investment-arbitration/evidentiary-issues-in-international-arbitration/7ED04D09478A86537C05AD4A57CB4209

- International Bar Association, *Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional*, 17 de diciembre de 2020, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2021/03/2020-IBA-Rules-on-Taking-Evidence-in-Int-Arbitration.pdf.

- International Bar Association Task Force, *Commentary on the Revised Text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Londres: International Bar Association, 2021)*, 18 de enero de 2021, https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D.

- *First Civil Law Court (Switzerland) Judgement Case 4A_124/2020*, 13 de noviembre de 2020. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-9612?originationContext=document&vr=3.0&rs=PLUK1.0&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default)

- Carlos Elías Correa García, *La producción documental en el arbitraje: un mecanismo destacado en la práctica internacional*, - Revistas USFQ, 8 de enero de 2024, https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/download/3225/3655/27851

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Presentación de documentos - Arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI*, CIADI https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/presentacion-de-documentos

- Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th Edition*, 17 de septiembre de 2015; (online edn, Oxford Law Pro), https://doi.org/10.1093/law/9780198714248.001.0001, accessed 17 July 2026, 383-384.

- *Alan Redfern on International Arbitration: Insights and Legacy of a Legal Pioneer*, Daily Jus, 31 de julio de 2024. https://dailyjus.com/news/2024/07/alan-redfern-on-international-arbitration-insights-and-legacy-of-a-legal-pioneer

- *Caratube International Oil Company LLP v. República de Kazajistán,* Caso CIADI N.º ARB/08/12, Orden Procesal N.º 2 sobre Exhibición de Documentos, 14 de abril de 2010, https://www.italaw.com/cases/211

- *Yukos Universal Limited (Isla de Man) v. Federación de Rusia*, Caso CPA N.º AA 227, Laudo Final, 18 de julio de 2014, https://pca-cpa.org/es/cases/61/

- ICC Commission on Arbitration and ADR, *Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration* (Cámara de Comercio Internacional), citado en Willkie Compliance Concourse, *Witness Preparation in International Arbitration*, 15 de febrero de 2022, https://complianceconcourse.willkie.com/articles/insights-2022-20220216-witnesspreparationininternationalarbitrat/

- Ragnar Harbst, *Witness Preparation in International Arbitration (tratado especializado sobre el tema)*, citado en Aceris Law, *Witness Statements in International Arbitration*, 16 de enero de 2021, https://www.acerislaw.com/witness-statements-in-international-arbitration/#_ftn4

- Aceris Law, *Expert Evidence in International Arbitration*, 27 de marzo de 2022. https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2024/12/Expert-Evidence-in-International-Arbitration-%E2%80%A2-Aceris-Law.pdf

- Maxi Scherer, *Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework*, 13 de mayo de 2020, Journal of International Arbitration 2020, 37(4) (Forthcoming), Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 333/2020, disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=3599814

- *Expediente 18 ONc 3/20s* citado por, Schmidt Sharon, Oblin. At, 22 de enero de 2021, Expediente 18 ONc 3/20s https://oblin.at/es/conocimientos/publicaciones/austria-el-tribunal-supremo-austriaco-el-debido-proceso-y-covid-19-celebracion-de-audiencias-de-arbitraje-virtual-a-pesar-de-las-objeciones-de-las-partes/

- Guillermo García-Perrote, *Admissibility of 'Hacked Evidence' in International Arbitration,* Wolters Kluwer, 7 de julio de 2021, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/admissibility-of-hacked-evidence-in-international-arbitration/

- *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Laudo Final, 3 de agosto de 2005, https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-methanex-corporation-v-united-states-of-america-final-award-of-the-tribunal-on-jurisdiction-and-merits-wednesday-3rd-august-2005

- *EDF (Services) Ltd. v. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13, 29 de agosto de 2008, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-edf-services-limited-v-republic-of-romania-award-thursday-8th-october-2009.

- *Libananco Holdings Co. Limited v. República de Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/06/8, 23 de junio de 2008. https://jusmundi.com/en/document/decision/en-libananco-holdings-co-limited-v-republic-of-turkey-award-friday-2nd-september-2011.

- *Caso CIADI No. ARB/13/13*; págs. 42-46, 27 de septiembre de 2017, https://jusmundi.com/en/document/pdf/decision/en-caratube-international-oil-company-llp-and-devincci-salah-hourani-v-republic-of-kazakhstan-ii-award-wednesday-27th-september-2017

- Karol Carías, Luis Evelio Morales y Víctor Hugo Obando, *Las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en Arbitraje Internacional y la exclusión de la prueba*

ilegal, ARBANZA, https://arbanza.com/27367/

- Tribunal Federal Suizo, *Sentencia 4A_448/2013*, 27 de marzo de 2014. https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-pjsc-metalist-football-club-et-al-v-football-federation-of-ukraine-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-448-2013-thursday-27th-march-2014.

- Jeremy K. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence, Arbitration International*, 1 de diciembre de 2006, Pages 549–572, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0110.pdf

- Vera Van Houtte, *Adverse Inferences in International Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC), 2009 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0112.pdf

- Juan Eduardo Figueroa Valdés y Juan Eduardo Figueroa Guzmán, *La producción de la prueba arbitral: las Reglas de la IBA v/s las Reglas de Praga,* Revistas USFQ,29 de septiembre de 2020 https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/download/3466/3997/32024

- Adam Masurovsky, Kabir A.n. Duggal, Rekha Rangachari, *One Size Fits All? Comparing Civil Law and Common Law Approaches to Evidence and Its Application in International Arbitration*, Dispute Resolution Journal, 2022, https://jusmundi.com/en/document/publication/en-one-size-fits-all-comparing-civil-law-and-common-law-approaches-to-evidence-and-its-application-in-international-arbitration

- Martina Lucenti, *PRAGUE RULES AND IBA RULES: CONFLICT OR ALTERNATIVE?*, Portolano Cavallo, 2 de julio de 2019, https://portolano.it/en/newsletter/litigation-arbitration/prague-rules-and-iba-rules-conflict-or-alternative

- Sol Argerich, *A Comparison of the IBA and Prague Rules: Comparing Two of the Same*, Wolters Kluwer, 2 de marzo de 2019, https://legalblogs.wolterskluwer.com/arbitration-blog/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/

- CEAR LATINOAMERICANO, *El amparo y el recurso de anulación frente al laudo arbitral*, 23 de octubre de 2025 https://cearlatinoamericano.pe/blog/amparo-recurso-anulacion-laudo-arbitral

- Tribunal Constitucional del Perú, *STC N.° 6167-2005-PHC/TC*, 28 de febrero de 2006, https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf

- Ricardo Puccio, *La prueba en el arbitraje internacional: Aspectos que pueden ser influenciados por aplicación de la ley peruana*, Foro Jurídico, 11 de enero de 2021 The evidence i - Revista - PUCP, https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/24732/23492/97655

- Armel Fort, Santiago Cisneros, Sofía Phileas y Ramón Romero, *Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba: Un Análisis Comparado de Legislaciones Regionales*, Enfoque Derecho, 6 de enero de 2023 https://enfoquederecho.com/reglas-de-la-iba-sobre-practica-de-la-prueba-un-analisis-comparado-de-legislaciones-regionales/

CONFIRMAR O NO CONFIRMAR, ¿A QUÉ NOS ENFRENTAMOS HOY EN EL PERÚ?

Autor:
Sergio Alberto Tafur Sánchez

CONFIRMAR O NO CONFIRMAR, ¿A QUÉ NOS ENFRENTAMOS HOY EN EL PERÚ?

To confirm or not to confirm: What are we facing in Peru today?

Sergio Alberto Tafur Sánchez[1]

SUMARIO:

I. Introducción.
II. La autonomía de la libertad como principio del arbitraje.
III. El surgimiento y función de las instituciones arbitrales.
IV. Instituciones arbitrales, sus listas de árbitros y la aparente huida posterior.
V. Confirmación o no confirmación.
VI. La motivación de la no confirmación: abriendo una ventana ¿habremos terminado abriendo el portón completo?
VII. Pros y contras de la ausencia de la motivación respecto de la no confirmación.
VIII. ¿Cómo se ha abordado la ausencia de motivación por el Poder Judicial?: el caso peruano a raíz de lo sucedido en el expediente No. 7247-2019-01801-JT-DC-02.

Resumen

La figura de la confirmación del árbitro aparece en la práctica arbitral en el espacio del denominado arbitraje institucional o administrado a nivel internacional. Fue incorporada en el Perú inicialmente en el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham) en el año 2008, y casi 10 años después, fue recogida en los Reglamentos de otros centros de arbitraje nacionales.

Si bien esta figura ha permitido dar acceso a participar como árbitros en procesos seguidos ante instituciones arbitrales a personas que no forman parte de sus listas, lo cierto es que estas se han reservado la posibilidad de "no confirmar" sin tener que expresar o comunicar la razón de su decisión, es decir, sin tener la exigencia de una motivación.

No se puede negar que la inexistencia de la motivación de cualquier decisión importa en términos prácticos pues al no contar con elementos que permitan discrepar de ella, conllevaría a la afectación del derecho de defensa, en los espacios en donde en el fondo existe un juzgamiento. La no motivación puede conllevar en extremo a arbitrariedades manifiestas. Sin embargo, habrá que preguntarse si todas las decisiones siempre deben ser motivadas.

Más allá de encontrarnos o no de acuerdo, esta práctica de los centros de arbitraje ha sido objeto de cuestionamientos a la luz de una serie de principios de orden constitucional e incluso materia de un tratamiento legal diferente en la regulación del actual arbitraje en contratación pública en el Perú. El presente artículo pretende poner sobre el tapete esa tensión y analizar un reciente pronunciamiento del Poder Judicial peruano sobre el particular.

Palabras clave

Arbitraje/ Instituciones Arbitrales/ Reglamento de arbitraje/ Confirmación del árbitro/ arbitrariedad.

---

[1] Director de la Maestría en Contratación Pública en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Docente del curso de arbitraje en la Universidad San Martín de Porres. Socio Principal en Tafur Asesores y Consultores. Lima, Perú. Magíster en Derecho de la Empresa. Abogado. Correo de contacto: stafur@tafurconsultores.com

Abstract

The concept of arbitrator confirmation arises in arbitration practice within the realm of institutional or administered arbitration at the international level. In Peru, it was initially incorporated into the Arbitration Rules of the International Arbitration Center of the American Chamber of Commerce of Peru (AmCham) in 2008, and—nearly a decade later—was adopted in the rules of other national arbitration centers.

While this mechanism has enabled individuals not included on institutional rosters to serve as arbitrators in proceedings before arbitration institutions, the fact remains that these institutions have reserved the right to withhold confirmation without disclosing or communicating the reason for their decision—that is, without being required to provide a reasoned explanation.

It is undeniable that the absence of a reasoned explanation for a decision means, in practical terms, a lack of grounds upon which to challenge it; this, in turn, impinges upon the right of defense in a context that essentially involves an adjudicative process. A lack of reasoning can, in extreme cases, lead to manifest arbitrariness. However, the question arises as to whether every decision must invariably be accompanied by a reasoned explanation.

Regardless of whether one agrees with the practice, it has been challenged on constitutional grounds and has even been subject to distinct legal treatment within the current regulatory framework for public procurement arbitration in Peru. This article aims to highlight this tension and analyze a recent ruling by the Peruvian Judiciary on the matter.

Keywords

Arbitration / Arbitral institutions / Arbitration rules / Confirmation of the arbitrator / Arbitrariness.

I. INTRODUCCIÓN

En la historia de la civilización el arbitraje, visto simplemente como un mecanismo por el cual dos o más partes en discrepancia recurren a un tercero a efectos de que sea este quien dirima esa controversia, surge mucho antes que los sistemas judiciales a cargo de lo que hoy denominamos Estados.

Con el devenir del tiempo este mecanismo, en sus inicios, vino sofisticándose. Dentro de esa sofisticación vemos cómo hoy en el mundo suele hablarse por ejemplo de arbitraje ad hoc y de arbitraje institucional, como una de las clasificaciones o tipologías que han surgido.

Como señala **PEÑA (2020)**[2]**,** "en el arbitraje ad hoc, la organización y administración del arbitraje está a cargo de las partes y de los árbitros, y en el arbitraje institucional, a cargo de la institución arbitral que las partes hayan escogido." Por su parte **NOSETE (1990),** indica que "el arbitraje institucional es el confiado a un centro de arbitraje, entidad de carácter operativo o institucional que administra aquel, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encomendado de dar solución arbitral al asunto".[3]

En esta línea, el inciso 1 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje Peruana aprobada por el Decreto Legislativo 1071, señala:

---

[2] PEÑA ACEVEDO, Juan. "El proceso arbitral peruano". Biblioteca de Arbitraje el Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 83.

[3] ALMAGRO NOSETE, J. "La nueva ley española de arbitraje" En Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairen Guillen. Valencia, 1990. P.37.

"Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional

1. *El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral."*

Existen diversas consecuencias que se derivan de uno y otro tipo de arbitraje. Sin embargo, el presente trabajo no pretende entrar en dicho detalle. No obstante, cabe señalar que, en el caso peruano, si bien la ley de arbitraje reconoce la coexistencia de ambos tipos de arbitraje y concede a las partes la libertad de determinar bajo cuál de ellos debe ventilarse su discrepancia, cuando interviene una entidad del Estado peruano se ha optado porque el arbitraje sea esencialmente institucional. La lógica que está detrás de esta opción radica en que para el legislador nacional un arbitraje institucional brindaría una mayor transparencia y predictibilidad en cuanto a las reglas.[4]

Como se ha mencionado previamente, el presente trabajo no pretende entrar en las particularidades que cada tipo de arbitraje tiene, sino abordar el tema vinculado a la "confirmación del árbitro" figura que funciona en el espacio de los denominados arbitrajes institucionales, y que consiste en la posibilidad de que una institución arbitral (también conocida como centros de arbitraje) permita que, en un caso en específico, puedan desempeñarse como árbitros personas que no pertenecen a sus listas o registros de árbitros.

Para abordar la figura de la "confirmación del árbitro", estimamos pertinente hacer nuestro acercamiento tratando los temas siguientes:

- La autonomía de la libertad como principio en el arbitraje.
- El surgimiento y función de las instituciones arbitrales.
- Instituciones arbitrales, sus listas de árbitros y la aparente huida posterior.
- Confirmación y no confirmación.
- La motivación de la no confirmación: ¿abriendo una ventana hemos terminado abriendo toda la puerta?
- Pros y contras de la ausencia de la motivación respecto de la no confirmación.
- ¿Cómo se ha abordado la ausencia de motivación por el Poder Judicial?: El caso peruano a raíz de lo decidido en el Expediente N° 7247-2019-01801-JR-DC-02.

II. LA AUTONOMÍA DE LA LIBERTAD COMO PRINCIPIO DEL ARBITRAJE

Existen Estados que no cuentan con fuerzas armadas, sin embargo, no conocemos uno que no cuente con un sistema judicial. Una de las funciones que los Estados han asumido como inherente a su razón de ser es la de brindar a sus ciudadanos un sistema estatal de administración de justicia: su Poder Judicial.

El arbitraje, como manifestación de la voluntad de las partes de recurrir a un mecanismo de solución de controversias distinto de aquel que los Estados ponen a disposición de los ciudadanos, constituye una manifestación y reconocimiento a su libertad, así como de respeto al ejercicio de su autonomía de la voluntad. No está de más destacar que los Estados suelen limitar ese derecho de diversas formas, una de ellas evidentemente es delimitando las materias que considerará como no susceptibles de ser arbitradas.

Actualmente, año 2026, no existe legislación arbitral de país en el mundo que no haya tenido en cuenta como referente, en mayor o menor grado, la denominada Ley

[4] Ver Decreto de Urgencia 20-2020 que modificó la Ley de Arbitraje, o la Ley N° 32069 – Ley General de Contratación Pública que imponen la exigencia que cuando el monto de la controversia supere las 10 Unidades Impositivas Tributarias, el arbitraje será necesariamente institucional.

Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la CNUDMI[5] en el año 1985 con sus enmiendas del año 2006, ya hace más de 20 años **CANTUARIAS (2007)[6]** indicaba:

> "Shifman informa que la Ley Modelo de UNCITRAL ha sido adoptada, en todo o en parte, por Canadá (por el Parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Australia, Bulgaria, Chipre, Escocia, Hong Kong, Nigeria y por los Estados de California, Connecticut y Maryland en los Estados Unidos de América. /Dawson, por su parte, aclara que la "Ley Modelo" ha sido utilizada, total o parcialmente, por una variedad de jurisdicciones, incluyendo Bahrain, Singapur, Ucrania y la Federación Rusa." Hermann, por su parte, amplía la lista de los Estados que han incorporado esta ley modelo, en todo o en parte, identificando, entre otros, a las Bermudas, Egipto, Filipinas, México, Túnez y los estados de Oregón y Texas en los Estados Unidos de América. Por último, las siguientes legislaciones: Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Belarús, Chile, China, Corea, Croacia, Dinamarca, España, Grecia, Guatemala, Hungría, Illinois (en los Estados Unidos de América), India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Louisiana (en los Estados Unidos de América), Macao (región administrativa especial de China, Madagascar, Malta, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sri Lanka, Tailandia, Turquía, Zambia y Zimbabwe."

Si esto ya sucedía en el año 2007, cuando un año después en el año 2008 se promulgó la actual Ley de Arbitraje Peruana (Decreto Legislativo N° 1071), ese acercamiento a la Ley Modelo se hizo mucho más estrecho.

Uno de los pilares sobre los cuales está construida la Ley Modelo, es el del respeto a la autonomía de la libertad de las partes del conflicto, lo cual vemos plasmado en la libertad que se les reconoce para diversos aspectos, tales como:

- Determinar el tipo de arbitraje.
- El número de árbitros.
- Los requisitos que deben cumplir los árbitros.
- La institución arbitral a la que decidan someterse en caso de acordar un arbitraje institucional.
- Las reglas del procedimiento arbitral que deberán de observarse, entre otros temas.

Por ello, suelo afirmar, casi de manera muy ejemplificativa que, cuando hablamos de arbitraje no existe una regulación única, pues casi todo depende de lo que las partes hayan establecido, siendo las normas arbitrales, muchas veces, supletorias al acuerdo de las partes. Dicho de otra manera, si quisiéramos extraer una primera conclusión para entender el arbitraje en su funcionamiento, la principal regla es el respeto a la autonomía de la voluntad. Empero, reiteramos, esa autonomía puede estar sujeta a limitaciones que los Estados suelen establecer en función de sus parámetros de moralidad, ética o interés público, las cuales suelen agruparse bajo el concepto de "orden público".

[5] Iniciales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y cuyo texto puede ser consultado en: https://uncitral.un.org/sites/default/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

[6] CANTUARIAS SALAVERRY, F. Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. pp. 76-77

III. EL SURGIMIENTO Y FUNCIÓN DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

Como hemos afirmado, el arbitraje en su forma absolutamente incipiente[7], resulta de aparición muy antelada a lo que hoy conocemos como un sistema judicial representativo de una forma de división del poder en una sociedad jurídicamente organizada.

Si bien, en los miles de años de la humanidad, han existido civilizaciones absolutamente importantes, existe una en particular cuya influencia se extendió directamente durante dos milenios a tres continentes: Europa, África y Asia) e indirectamente, hoy en día, a casi todo el mundo. Roma no solo aportó al mundo su orden y desorden en lo político, sino también su cultura, derecho y luego su religión[8].

Una de las grandes particularidades del derecho romano es que este evolucionó de manera notable a lo largo del tiempo, adaptándose continuamente a nuevas circunstancias y retos[9]. Señala **HERZOG (2019),** [10] que uno de los dichos atribuidos a GOETHE, es que el "derecho romano era como un pato", pues podía estar nadando en la superficie o buceando en lo profundo de las aguas, pero lo vieras o no siempre estaba presente.

Es en la Roma, comprendida entre los siglos III a.C. y el III d.C., cuando su derecho llega a tener algunos de sus elementos más importantes que se han evidenciado con aquel que se ha practicado a lo largo de la historia europea: la aparición de un derecho secular, la centralidad de la resolución de conflictos y la importancia del derecho privado. En este contexto, aparecen también los especialistas en leyes y los juristas que transformaron el sistema normativo en un campo profesional **(HERZOG, 2019)**.

La doctrina más autorizada concluye que es en el derecho romano donde el arbitraje adquirió raíces propias **(GASPAR, 1998)**[11].

FREIXAS (1980)[12], sostiene que, inicialmente, era el "*pater familias*" –jefe del grupo familiar- quien actuaba como el tercero imparcial. Posteriormente, este papel fue

---

[7] Entendido como mecanismo por el cual dos personas en conflicto recurrían a un tercero -ajeno al Estado - en quien depositaban su confianza para que sea quien dirima su controversia.

[8] El alcance geográfico y la influencia global del Imperio romano abarcó tres continentes (Europa, África y Asia) y rodeó por completo el Mare Nostrum (hoy conocido como mar Mediterráneo).
Aproximadamente hacia el año 117 d.C., bajo el emperador Trajano llegó a su máxima extensión dominio territorial (Europa Occidental y Septentrional, Europa Central y Oriental, Norte de África, Oriente Medio y Asia Menor).

Aunque con las invasiones de las tribus bárbaras las fronteras políticas del imperio romano de occidente colapsaron hacia el 476 d.C., la influencia de Roma se expandió de forma permanente a nivel mundial, el latín dio origen al español, francés, portugués, italiano y rumano, idiomas hablados por más de mil millones de personas globalmente, la religión católica igualmente y el derecho romano paso a ser la base de los sistemas jurídicos de la mayor parte de Europa, América Latina y otras regiones del mundo.

[9] Un claro ejemplo de ese proceso de adaptación, podríamos tener en el hecho que, si bien el derecho romano surge como un derecho de gentes vinculado a los ciudadanos de Roma, luego extendido a los ciudadanos de la península itálica y de la Galia, así como a sus descendientes; hacia el año 212 d. C. el emperador Caracalla tomó la decisión -seguramente ya por razones de necesidad política- de hacer extensiva la ciudadanía a todos los hombres libres del imperio. La fórmula utilizada: No te impongo mi derecho, te hago ciudadano de Roma y por tanto te trato como mi igual. Esta fórmula, aunque con algunos matices, la veremos resurgir en América Latina casi 1,700 años después, en otro contexto de política internacional: la doctrina Calvo, la cual se encuentra recogida en varias constituciones latinoamericanas; empero esa es otra historia de la que nos ocuparemos en otro momento.

[10] HERZOG, Tamar. "Una breve Historia del Derecho Europeo. Los últimos 2500 años". Alianza Editorial. Madrid 2019

[11] GASPAR, Silvia. "El ámbito de aplicación del arbitraje". Navarra. Editorial Aranzandi. 1998, p. 27.

[12] FREIXAS PUJADAS, Juan. "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano". En Revue International des Droits de l´Antiquité. 1980, p. 163.

atribuido a un árbitro al que las partes recurrían voluntariamente para plantearle los conflictos mediante una ordalía llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Más adelante, se aceptó que las partes eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería su conflicto.

Es en este contexto, en que aparece la figura del "*iudex*". A diferencia de los pretores, que eran funcionarios públicos designados por el plazo de un año, los "*iudex*" eran particulares normalmente seleccionados por el pretor de una lista de hombres elegibles, cuyas decisiones eran inapelables **(HERZOG, 2019)**.

Con la caída del imperio romano de occidente en 476 d.C., se produce en el territorio europeo continental un proceso paulatino de relativización de su derecho. Las tribus bárbaras[13] , cuyo punto en común básicamente era su enemistad con Roma y todo lo romano, carecían, en su gran mayoría, de elementos culturales comunes: lengua, dioses, costumbre y evidentemente de un derecho común.

La situación descrita y el desprecio hacia todo aquello que significó lo romano llevan a que su derecho también comience a dejar de estar presente. La unificación cultural y jurídica inicia un proceso de regresión que llevó a Europa a su atomización[14], aparecen una serie de derechos locales o tribales en territorios relativamente pequeños. No obstante, 1,000 años de presencia de Roma en occidente no se pueden borrar de la noche a la mañana, en el fondo, aun cuando el derecho romano deja de estar visible, no olvidemos la cita atribuida a Goethe: "es como un pato en el agua: a veces lo ves y otras no, pero siempre estará allí."

Posteriormente, ya durante la edad media, el comercio toma especial relevancia. Hablar de comercio necesariamente nos lleva a tener que referirnos a contratos, y vinculado a ello todas las vicisitudes que se presentan alrededor de ellos.

El derecho no es ajeno a esas vicisitudes; empero los sistemas jurídicos locales de los feudos, reinos u otros territorios resultaban poco aplicables al espacio de quienes proviniendo de sedes lejanas, recorrían el mundo conocido celebrando acuerdos comerciales en términos que solo ellos entienden. Imaginemos un Marco Polo o cualquier otro comerciante italiano atravesando el oriente de Europa, recorriendo la famosa ruta de la seda, para terminar en la China, celebrando a lo largo de todos esos territorios, contratos en diversos idiomas con personas de diversas costumbres, contexto en el que surgía la necesidad de entenderse. Aparecen así los antecedentes del "derecho comercial", como un espacio en donde se va forjando paulatinamente y a través de la costumbre un derecho propio y especial a un tipo especial de sujetos: los comerciantes, clasificados ya no por su ciudadanía, sino por su actividad. CASTILLO (2025)[15] sostiene que frente a los conflictos que se suscitaban entre los burgueses, artesanos y comerciantes, surgía la necesidad de resolverlos en el seno de sus propios gremios o corporaciones, con la finalidad de lograr una solución más rápida y efectiva. Esta situación se comprende mejor si se toma en cuenta que la justicia del monarca se caracterizaba por la lentitud y por los complicados mecanismos procesales que entrampaban a los litigantes en interminables procesos. En este contexto, resultó favorable para los nuevos comerciantes optar por dejar de lado la justicia del monarca y dar prioridad al mecanismo del arbitraje, depositando en otros entendidos -no en los jueces del reino- la responsabilidad de solucionar sus controversias.

---

13 Denominación que se daba a quienes vivían fueran de las fronteras políticas del imperio.

14 Lo que hoy conocemos como "Unión Europea" no tiene ni 50 años de existencia.

14 Denominación que se daba a quienes vivía fueran" no tiene ni medio siglo de existencia y es un proceso sujeto a muchos vaivenes. No olvidemos que en el último siglo y medio Europa atravesó dos guerras mundiales.

15 CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de Arbitraje" Tomo I. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 124. 2025.

Estos antecedentes gremiales y mercantiles fueron dando lugar a la aparición de instituciones de comerciantes las que, entre otras cosas, se organizaron para poder brindar apoyo a quienes se encargasen de dilucidar las controversias que se sometían a su consideración: los árbitros. Es en este contexto, en el que de manera incipiente comienzan a aparecer las instituciones arbitrales.

En el caso peruano, el antecedente más remoto de las instituciones arbitrales nos impone tener que hacer referencia al llamado Real Tribunal del Consulado de Lima, creado en 1593 e instalado en 1613[16].

Este tipo de Tribunales se creó en América de manera similar a los instaurados en España, como consecuencia del crecimiento del comercio marítimo y de la presión ejercida por los comerciantes, quienes exigían representación para agilizar las negociaciones, evitar quiebras y defraudaciones, así como para acelerar la solución de controversias mercantiles originadas por la distancia y la incipiente comunicación entre las partes. En Lima, el Tribunal del Consulado estuvo a cargo de la regulación del comercio y se ocupó, entre otras funciones, de actuar como un juzgado privativo, es decir, especial para dirimir controversias entre comerciantes a través de mecanismos sumarios.

Conforme a sus ordenanzas de creación, los comerciantes anualmente debían designar 30 electores que, a su vez, elegían un Prior (presidente), dos cónsules y seis diputados, que a su vez eran los encargados de resolver las controversias que se presentaban.

Con la proclamación de la independencia el Tribunal del Consulado fue suprimido en 1822 y se crea la Cámara de Comercio del Perú. Sin embargo, pocos años después, en 1829 fue restablecido. Finalmente, en 1888 fue suprimido de manera definitiva y sus funciones fueron asignadas a la Cámara de Comercio de Lima (CCL) creada el 20 de abril de 1888[17].

IV. INSTITUCIONES ARBITRALES, SUS LISTAS DE ÁRBITROS Y LA APARENTE HUIDA POSTERIOR

Las instituciones arbitrales suelen poner a disposición de las partes interesadas un listado o registro de personas que consideran aptas para ejercer en ellas la función de árbitros, es decir, que a su criterio, reúnen las condiciones para ello al cumplir no solo las exigencias que les impone la ley respectiva, sino también aquellas que la propia institución considera adecuadas de manera complementaria, usualmente relacionadas con experiencia, especialidad, edad y probidad.

Si nos remontamos a la época del Tribunal de Cuentas de Lima, advertiremos que quienes desempeñaban la función arbitral eran miembros de una lista cerrada que era elegida por los propios comerciantes, tal como previamente se ha mencionado. Hoy, si bien en el caso de algunas instituciones arbitrales aún se mantienen listas cerradas, vemos que esa exigencia se ha atenuado e incluso desaparecido, según la institución arbitral, de la que se trate. En consecuencia, nos hemos venido encontrando ante una diversidad de escenarios, tales como:

- Instituciones arbitrales que exigen encontrarse en sus listas o registros de árbitros para poder desempeñarse como árbitro.

- Instituciones arbitrales que exigen encontrarse en sus listas o registros de árbitros para desempeñarse como árbitro único o presidente del Tribunal Arbitral y no para la designación de árbitro de parte. Véase por ejemplo el Reglamento de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima del año 2014; Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de

[16] Inicialmente conocido como "Universidad de la Caridad" y luego "Universidad de los Mercaderes de la ciudad de los Reyes, Reinos y Provincias del Perú, Tierra Firme y Chile".
[17] Sin embargo, la primera Cámara de Comercio que mantiene existencia en el Perú es la Cámara de Comercio de Arequipa fundada un año antes (1887).

la Pontificia Universidad Católica del Perú del año 2017; Reglamento del Centro de Investigación de Arbitraje de la Universidad San Martín de Porres del año 2024, entre otros.

- Instituciones arbitrales que no exigen encontrarse en sus listas o registros de árbitros para desempeñarse como árbitro. Véase, por ejemplo, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima del año 2007; Reglamento del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima del año 2003; Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de La Libertad del año 2011; Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) del año 2008, entre otros.

- Instituciones arbitrales que exigen encontrarse en sus listas o registros de árbitros para los casos en los que les corresponda efectuar su designación de manera residual. Véase, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú – Consejo Departamental de Lima del año 2014; Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú del año 2017; Reglamento del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima del año 2003; Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio y la Producción de La Libertad del año 2011[18], entre otros.

- Instituciones arbitrales que han decidido prescindir de sus listas o registros de árbitros dejando en libertad a las partes para que puedan designar a quienes consideren las personas más idóneas para desempeñar la función de árbitro en su caso en concreto. Véase, por ejemplo, Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid y del Centro Iberoamericano de Madrid – CIAM-CIAR del año 2024.

Cada una de las opciones descritas responde a una lógica que, aunque pueda ser razonablemente entendible, conlleva matices diferentes. Así, la decisión de optar por un modelo de listas cerradas podría justificarse en la precaución de las instituciones arbitrales de cara a la confianza que depositan en el árbitro y que les exige haber evaluado previamente su idoneidad, pues, finalmente, está en juego la imagen y seriedad de la institución. Por otro lado, los esquemas en los que se ha prescindido de la existencia de registros de árbitros y se deja a las partes en libertad de designar a quienes consideren más adecuados para desempeñar la función arbitral podrían justificarse en el reconocimiento de que nadie mejor que las propias partes en conflicto puedan identificar a la persona que consideren más idónea para poder resolver su discrepancia, sin limitarse a tener que elegir de una lista elaborada por la institución arbitral[19].

Así, la decisión de las instituciones arbitrales de permitir que actúen como árbitros a quienes no necesariamente se encuentran inscritos en sus listas ha dado pie a una apertura por parte de ellas que puede ser vista desde varias perspectivas. Por un lado, podría responder al convencimiento real que las partes del conflicto son quienes se encuentran mejor capacitadas para poder escoger a sus juzgadores. Por otro lado, también podría obedecer a la necesidad de no dejar de administrar casos y, en esa lógica, no ahuyentar a quienes no estén de acuerdo con que su opción de designación de árbitros se circunscriba solo a quienes aparecen en los registros de la institución.

[18] Aun cuando en este caso solo la exigencia de inscripción en el Registro solo lo era para el caso de arbitrajes nacionales.

[19] Esto último tiene especial relevancia en el ámbito del arbitraje internacional.

V. CONFIRMACIÓN O NO CONFIRMACIÓN

En el Perú, hemos advertido que si bien diversos Reglamentos de instituciones arbitrales anteriores a setiembre de 2008 permitían ejercer la función de árbitro a quienes no se encontraban inscritos en sus registros, estos no se ocupaban de manera clara en establecer cómo debía actuar la institución arbitral en estos casos y, particularmente, si podía no aceptar esas designaciones. En todo caso, lo más que algunos de esos Reglamentos señalaban era que quienes habían sido previamente sancionados por la institución arbitral, no podían ser árbitros en casos nuevos.

No fue sino hasta la aprobación del Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú) del año 2008[20], que una institución peruana abordó la figura de la "confirmación del árbitro". El numeral 5 del artículo 11 de este señalaba lo siguiente:

> *"Las decisiones de la Corte con relación al nombramiento,* ***confirmación*** *o sustitución* ***de un árbitro serán definitivas y las razones que las motiven no serán comunicadas****."*

Aparece así mencionada expresamente no solo la figura de la "confirmación del árbitro" y por antítesis evidente "la no confirmación", sino también la mención que expresa a que las razones o motivos de esa decisión, no son comunicadas.

Valga tener en cuenta en todo caso, que la figura de la "confirmación del árbitro" no nace en la práctica arbitral peruana ni en los reglamentos de sus centros de arbitraje; es tomada del ámbito del arbitraje internacional y, fundamentalmente, de la práctica de los arbitrajes seguidos ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y sus Reglamentos. En las propias notas introductorias del Reglamento de AmCham del año 2008, se indica que las reglas que allí se consideraron habían sido diseñadas sobre la base del Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y teniendo en cuenta las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias entre Inversionistas y Estado (CIADI) y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).[21]

No obstante, si bien podemos afirmar que el Centro de Arbitraje de AmCham suele ser identificado como una institución arbitral de bastante seriedad en el Perú, lo cierto es que no se ha caracterizado por administrar muchos casos arbitrales. Por ello, durante buen tiempo, esta figura de la "confirmación del árbitro" pasó casi inadvertida en la práctica arbitral peruana. Fue recién a raíz de su incorporación expresa en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el año 2017 que ella tomó mayor incidencia[22], pues este último suele administrar muchos más casos que AmCham.

El Reglamento de la CCL antes mencionado en su inciso 5 del artículo 12 también señaló que la decisión sobre confirmación no requiere motivación:

> *"5. En consideración a que el cargo de árbitro involucra calificaciones propias de una función de confianza y la apreciación de aptitudes no solo intelectuales en relación con un conflicto singular y partes concretas, las decisiones del*

[20] Vigente desde el 01 de setiembre del 2008.

[21] Notas introductorias al Reglamento de Arbitraje AmCham Perú del año 2008.

[22] El numeral 5 del artículo 11 del Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, señala que:

> "5. Los árbitros que no integre el Registro de Árbitros del Centro deben ser confirmados por el Consejo."

> *Consejo para confirmar o no a un árbitro en un caso específico son definitivas, no requieren expresión de motivos y no condicionan para futuros arbitrajes".*

VI. LA MOTIVACIÓN DE LA NO CONFIRMACIÓN: ABRIENDO UNA VENTANA ¿HABREMOS TERMINADO ABRIENDO EL PORTÓN COMPLETO?

Como se ha mencionado, la figura de la confirmación del árbitro por parte de una institución arbitral supone su pronunciamiento para permitir o no que la persona propuesta para ser árbitro que no integra sus listas (en caso de existir) pueda ejercer dicha función en el centro en el caso específico.

Tal como irrumpió esta figura en la práctica del arbitraje a nivel internacional y, posteriormente, en el Perú, las decisiones de los centros de arbitraje ya sea confirmando o no confirmando un árbitro, no requieren ser explicadas; es decir, no exigen motivación.

De manera simple suele justificarse esta regla bajo la lógica de que son las instituciones arbitrales como responsables del centro, las que gozan de absoluta libertad para aceptar o no a quienes permiten arbitrar en ellas. Bastante han hecho ya al abrir una ventana de sus instituciones para permitir que puedan participar quienes no forman parte de sus listas de árbitros, para que ahora tengan que explicar por qué niegan el ingreso a alguien, pues si se les pide ese nivel de justificación estaríamos ingresando en un campo que podría minar o por lo menos complicar la agilidad del sistema arbitral.

De hecho, la motivación de una decisión cumple varias funciones, y una de las más evidentes, nos guste o no, es su control. Podremos discutir si ese control es de intensidad amplia o limitada, pero siempre podrá generar un control.

A su vez, si hablamos de exigir motivación hay que distinguir dos grandes supuestos: (i) la inexistencia absoluta de motivación y (ii) la existencia de una "debida motivación", esto último nos lleva a preguntarnos ¿podemos aceptar como existencia de motivación cualquier cosa que se diga?

Un hecho no menos relevante a destacar en este panorama es que hasta donde sabemos la única disposición legal en el ordenamiento jurídico nacional que habla sobre la "confirmación del árbitro", es la reciente Ley General de Contratación Pública – Ley N° 32069. Así, cuando al abordar el tema del arbitraje a que se refiere esta norma (conocido como el "arbitraje administrativo"), el numeral 77.6 de su artículo 77 señala expresamente lo siguiente:

> *"77.6. Para desempeñarse como árbitro o como adjudicador en una controversia, se requiere 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 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".* (resaltado y subrayado nuestro)

A su vez el numeral 328.3 del artículo 328 de su Reglamento indica:

> *"328.3. Las partes pueden proponer árbitros distintos a los que forman parte de las nóminas de la Institución Arbitral elegida, siempre que formen parte de las nóminas de una Institución Arbitral que se encuentre en el REGAJU; en cuyo caso, la institución elegida por las partes puede confirmar o no la designación de los árbitros efectuada por las partes,* ***motivando su decisión****.* ***Dicha decisión únicamente puede ser impugnada por el árbitro ante el órgano superior de arbitraje de la Institución Arbitral****."*

Como se puede apreciar, el tratamiento que esta normativa da a la figura de la confirmación importa:

- Exigir la motivación de la decisión y fundamentalmente de la "no confirmación", y

- La habilitación que se da solo a quien no ha sido confirmado para impugnar dicha decisión.

VII. PROS Y CONTRAS DE LA AUSENCIA DE LA MOTIVACIÓN RESPECTO DE LA NO CONFIRMACIÓN

Evidentemente, la problemática principal no pasa por la motivación de la confirmación, sino cuando se decide la "no confirmación". La motivación de cualquier decisión permitirá controlar la arbitrariedad manifiesta. En cualquier espacio en donde se admita que algo no esté motivado podríamos terminar claramente ante decisiones arbitrarias que no puedan ser controladas.

Esta problemática se incrementa en aquellos ordenamientos jurídicos en los que bajo la consagración casi sacramental del respeto al "debido proceso"[23], que a su vez contiene el derecho a la "debida motivación" de las decisiones y vinculado a ello el "derecho de defensa", se ha llegado a asumir como regla general que este debe ser observado en casi todos los espacios de la vida en sociedad, sean públicos o privados. Incide también en esta problemática la visión que tienen los mismos ordenamientos legales (a través de sus tribunales judiciales o constitucionales, de ser el caso), respecto de lo que es el arbitraje, en tanto mecanismo de solución de controversias y de cómo este se articula con los derechos fundamentales que suelen reconocerse a los justiciables en sus procesos judiciales tradicionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, existen argumentos a favor y en contra sobre la exigencia de esa motivación. A continuación de manera resumida nos permitimos brindar algunos:

EN CONTRA	**A FAVOR**
Las instituciones arbitrales son libres para fijar las reglas que deben observarse en el arbitraje y las partes son libres para escoger la institución arbitral a la que recurren, cuando lo hacen aceptan voluntariamente someterse a sus reglas y por ende son conocedoras de que la decisión sobre confirmación no requiere motivación, y han aceptado ello. Asumir lo contrario, pondría también en tela de juicio, la constitucionalidad del acuerdo de las partes por el que deciden que el laudo arbitral no sea motivado, cosa que la ley de arbitraje peruana lo permite, y que hasta ahora no ha sido cuestionada por el sistema judicial.	El exigir la motivación permite no solo conocer las razones de la no confirmación, sino tener previsión para casos futuros, en la medida que permite conocer las consideraciones que suelen ser negativamente estimadas por la institución arbitral.
Es responsabilidad de las instituciones arbitrales ejercer los controles que	Sin motivación no es posible controlar la decisión.

[23] No quisiéramos que se nos malentienda. Somos conscientes que el principio – garantía del "debido proceso" tiene una trascendencia e importancia fundamental, se encuentra reconocido no solo en muchas Constituciones sino también en Convenciones Internacionales en materia de derechos humanos; sin embargo, la pregunta que surge es si éste tiene los mismos alcances en todos los espacios en donde se deba tomar una decisión, incluso en aquellos en donde no se está juzgando respecto de derechos de los que alguien ya es titular.

estimen adecuados y que les permitan, a su criterio, tratar de garantizar un correcto desarrollo del arbitraje y para ello la determinación del árbitro es fundamental.	La intensidad de ese control puede ser distinta, depende del diseño por el que se opte: muy de fondo o solamente formal frente a arbitrariedades absolutamente manifiestas.
Exigir una motivación de la "no confirmación" podría terminar abriendo la puerta a una discusión que nos distrae de la controversia respecto de la cual se desea arbitrar. Las partes recurren al arbitraje para solucionar una discrepancia que ya tienen, no para que antes de tener un tribunal arbitral en funciones, se abra una controversia paralela. Si alguna de ellas o incluso el propio árbitro no confirmado no está de acuerdo con la decisión ¿podría cuestionar la misma?, si eso se admite ¿cómo se articula ese cuestionamiento con la continuidad del arbitraje? ¿lo paralizaría?	La exigencia de motivación y su eventual cuestionamiento no tiene por qué afectar el desarrollo del proceso arbitral. No necesariamente tiene que paralizar el arbitraje en trámite, se podría continuar con la designación de otro árbitro, pero se le brindará finalmente a las partes y a la persona propuesta para ser árbitro una explicación al respecto, y podrá contar con pautas o criterios para futuros casos, generándose así predictibilidad.
La persona propuesta para ser árbitro no tiene un derecho ya asignado que se le esté afectando. En el arbitraje institucional, dada su naturaleza y particularidad solo se es árbitro cuando se es aceptado por el Centro. No puede equipararse esta situación al caso de un árbitro que ya es parte de un registro a quien de repente, sin explicación alguna, se le excluye. Exigir este tipo de justificaciones podría incluso poner en tela de juicio el hecho que los centros de arbitraje procedan a revisar sus listas de árbitros de manera periódica y excluyan de ellas algunas personas, pues igual tendrían que explicárseles las razones de dicha exclusión.	En un Estado constitucional de derecho como el que dice el Tribunal Constitucional existe en el Perú, no puede haber espacios exentos de control constitucional y ese control exige la necesidad de salvaguardar la prevalencia de los derechos fundamentales y entre ellos el del debido proceso que comprende tanto el derecho a la motivación como a la defensa.

Independientemente de las razones antes expresadas tanto a favor como en contra, cabe preguntarse ¿el hecho que puedan adoptarse decisiones que no exigen una motivación, es per se negativo? Estamos seguros de que no. De lo contrario tendríamos que ir justificando por el mundo por qué decidimos estudiar una profesión y no otra, por qué decidimos vivir en una ciudad o no en otra, por qué contratamos a una persona y no a otra; etc. Evidentemente, existen determinados tipos de decisiones que no requieren una expresión de causa, y ello no está mal de por sí. La razón de ser, según nuestro criterio, obedece a que dichas decisiones tienen incidencia directa en la esfera personal y disponible de los involucrados y no afectan el derecho de nadie más.

VIII. ¿CÓMO SE HA ABORDADO LA AUSENCIA DE MOTIVACIÓN POR EL PODER JUDICIAL?: EL CASO PERUANO A RAÍZ DE LO SUCEDIDO EN EL EXPEDIENTE N° 7247-2019-01801-JR-DC-02.

Valga recordar que el Tribunal Constitucional Peruano ha emitido sendos pronunciamientos a través de los cuales ha señalado que el arbitraje en el Perú, a la luz de lo señalado en el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, constituye una jurisdicción[24]. En esta línea, también ha indicado que "el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas con los principios y derechos de la función jurisdiccional[25] (Considerando 12 de la STC emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC). Sin embargo, más adelante también señaló que la extensión de dichos principios constitucionales, a la jurisdicción arbitral debe hacerse "razonablemente"[26]. Sobre esto último, a nuestro entender, importa tener en cuenta las particularidades propias del arbitraje. No obstante, ello que parece sencillo de decir, resulta muchas veces complicado de articular. La pregunta en varios momentos será: ¿cuáles son esas particularidades propias del arbitraje que razonablemente permitirán que no se apliquen en toda su intensidad los principios de la función jurisdiccional que a su vez consagran derechos de los justiciables?

Teniendo esto como precedente importante, es de mencionar que recientemente se ha emitido un pronunciamiento por la Corte Superior de Justicia de Lima, que merece la pena analizar y sacar de ello algunas conclusiones, aun cuando puedan no ser del todo definitivas. Se trata de un proceso de acción de amparo seguido en el Expediente N° 7247-2019-0-1801-JR-DC-02, iniciado por una persona propuesta para ser árbitro en un caso seguido ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y que finalmente no fue confirmada.

En este proceso tanto el juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, como la Primera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima al resolver la apelación, se han pronunciado considerando que aceptar la no motivación de la decisión de "no confirmación", violenta el derecho fundamental de la persona propuesta para ser árbitro a tener un debido proceso pues desconoce las razones de la decisión adoptada lo que a su vez tiene incidencia en su derecho a la defensa que también se estaría vulnerando.

---

[24] Véase las STC dictadas en los Expedientes 6167-2005-PHC/TC y 142-2011-AA/TC, entre otras.

[25] Entre las que se encuentran, por ejemplo, el debido proceso, la motivación de las decisiones jurisdiccionales, el derecho a la defensa, entre otros.

[26] Véase el Considerando 17 de esta STC en donde se indica:

> 17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.
>
> En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.
>
> Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

A continuación, los argumentos principales tanto del Juez Constitucional como los de la Sala que confirma la decisión:

JUZGADO: Resolución N° 14 del 28 de marzo de 2025	**SALA: Resolución N° 02 del 11 de noviembre de 2025**
El demandante ha demostrado que cuando menos en cinco ocasiones el Centro de Arbitraje le ha negado su participación como árbitro, sin motivar causa alguna justificándose en el artículo 12 incisos 4 y 5 de su Reglamento de Arbitraje. (Fundamento 16).	De conformidad con el artículo 139.3 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a la observancia del debido proceso en cualquier tipo de procedimiento en el que se diluciden sus derechos, se solucione un conflicto jurídico o se aclare una incertidumbre jurídica. Tal como lo ha enfatizado el Tribunal Constitucional, el debido proceso garantiza el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable para que su causa pueda tramitarse y resolverse con justicia. (Fundamento Octavo).
El derecho fundamental al debido proceso es uno que debe ser observado en todo tipo de procedimientos, cualquiera fuere su naturaleza, toda vez que el debido proceso no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano público o privado, que, en el ejercicio de sus potestades, limite o restrinja derechos fundamentales y su exigencia también es extensiva a las relaciones entre particulares (Fundamentos 17 y 18).	El Tribunal Constitucional ha señalado que el debido proceso también se aplica a las relaciones *inter privatos*, dado que las personas jurídicas de derecho privado se encuentran sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales, como cualquier institución (pública o privada) que tiene la obligación de respetarlas. Por tanto, las asociaciones se encuentran obligadas a observar una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentra comprendida una persona pueda ser considerado justo, tales como las manifestaciones de los derechos de defensa, a la doble instancia, a la motivación de resoluciones judiciales u otro atributo fundamental, debiéndolos incorporar a la naturaleza especial de los procesos particulares que hubiere establecido. (Fundamento Noveno)
Es parte de la garantía del debido proceso la debida motivación de las resoluciones, el cual a su vez tiene vinculación con el ejercicio del derecho de defensa, ambos consagrados en los incisos 5 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política (Fundamentos 19 y 20).	Uno de los principales contenidos del debido proceso es el derecho a la motivación. El deber de motivar constituye una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Por lo que las partes tienen derecho a conocer los argumentos objetivos que sustentan las resoluciones, y puedan ejercer adecuadamente la defensa, a fin de

	garantizar que la resolución no sea caprichosa o arbitraria (Fundamento Décimo)
Lo señalado en el Reglamento del Centro respecto de la no exigencia de motivación, así como la conducta en los casos advertidos, ha vulnerado esos derechos constitucionales del demandante (Fundamentos 21 y 22).	La Constitución también reconoce el derecho a la defensa en el artículo 139, inciso 14 y este derecho se ve irremediablemente afectado cuando en el seno de un proceso, cualquiera de las partes se ve impedida de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos (Fundamento Décimo Primero)
	Por tanto, lo señalado en el Reglamento del Centro de Arbitraje como la actuación al no haberse expresado los fundamentos de la no confirmación, se encuentra alejado de los estándares de motivación y razonabilidad, sin que se haya expuesto una debida justificación objetiva. (Fundamento Décimo Cuarto).[27]

Como podemos advertir, nuestro Poder Judicial a través de una sentencia confirmada por una Sala de Segunda Instancia, ha tenido la lectura según la cual en nuestro diseño de derechos fundamentales no es aceptable consagrar la inexigibilidad de la motivación de la no confirmación.

Evidentemente, esa inexistencia de motivación tiene que ver con poder advertir cuando menos la razón objetiva y concreta que permita identificar su razón de ser; alegaciones genéricas como "*de la revisión de los antecedentes que obran en el Centro*", no resultan suficientes a estas instancias judiciales. Y creo que, si nos inclinásemos por exigir motivación, esas fórmulas no satisfacen mínimamente ello.

Debemos indicar también que, aun cuando esta sentencia resulta interesante, no constituye un pronunciamiento uniforme por parte del sistema judicial peruano, pues todavía estamos lejos de ello. Sin embargo, es posible que este criterio sea replicado en otros casos, y nos permite, sí, advertir cómo cuatro magistrados especializados, algunos de ellos con muchos años de experiencia judicial, tienen una visión respecto de la extensión de los derechos fundamentales en el ámbito arbitral y de su articulación con este sistema.

En nuestra opinión, la motivación y el derecho a la defensa son derechos íntimamente vinculados, lo que cabe preguntarse es: ¿en el trámite de la confirmación de un árbitro estamos en realidad ante un proceso de juzgamiento?, ¿puede ser considerada la persona propuesta para ser árbitro como un litigante a quien se está juzgando?, ¿son realmente extrapolables al trámite de la confirmación, el

[27] Cabe señalar que si bien la institución arbitral en su defensa ha sostenido que su decisión de no confirmación si se encontraba motivada pues en la comunicación se indicaba:

> "*En relación con el caso arbitral de la referencia, teniendo en consideración de los antecedentes que obran en el Centro de Arbitraje, el Consejo Superior de Arbitraje consideró conveniente no confirmar la participación del abogado XXXXX como árbitro designado por el XXXXXX para el presente caso, de conformidad con los artículos 11(5) y 12(4) (5) del Reglamento de Arbitraje 2017; decisión que deja a salvo su honor y no es un precedente para futuras designaciones*".

Parece meridianamente claro que lo allí expresado no permite conocer en concreto cual es la razón, pues vaya uno a saber cuáles son los antecedentes que obran en el Centro que llevan a la decisión de la no confirmación. Otra cosa, es si lo estamos o no de acuerdo por lo señalado por el Poder Judicial al haber equiparado el procedimiento de confirmación de un árbitro a un procedimiento judicial o equivalente.

razonamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional en que se sustenta la decisión de los magistrados que han declarado fundado el amparo?. La sentencia 00264-2015-PA/TC que exige que a los particulares las garantías del debido proceso lo ordenan en función de la "naturaleza especial de los procesos particulares que hubieran establecido"; si bien el TC ha reconocido el carácter jurisdiccional del arbitraje no ha dicho también que es una de carácter especial y, por ende, tiene sus propias características. En el caso de la sentencia 00234-2013-PA/TC que se cita para indicar que habría una vulneración al derecho de defensa, lo que indica es que "debe existir un procedimiento que permita a los asociados defenderse, máxime cuando pueden ser susceptibles de separación". Una cosa es separar a alguien que ya pertenece a una institución y otra es evaluar su ingreso a una asociación privada. ¿Estamos en un contexto similar?

Al margen de lo anterior, nuestra lectura es que, en el caso en concreto los magistrados han advertido la existencia de, por lo menos, cinco negativas del Centro a permitir que el demandante pueda ejercer la función arbitral, y en cada una de ellas no se advierte explicación. Eso es algo que necesariamente influye en la percepción de un juzgador, pues llama la atención que, en cinco oportunidades, se le haya negado, diciendo en cada una de ellas que esa negativa no importa una descalificación para futuros casos; pero pareciera que sí, y sin explicación mayor. Ello, por lo menos, podría dar una fuerte apariencia de arbitrariedad. Si hay algo que hoy, cada vez menos, el derecho y los jueces están dispuestos a admitir, es la ausencia absoluta de control de la arbitrariedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J. "La nueva ley española de arbitraje" En Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén. Valencia, 1990.
- CANTUARIAS SALAVERRY, F. Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007.
- CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de Arbitraje" Tomo I. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 124. 2025.
- FREIXAS PUJADAS, Juan. "Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano". En Revue Internationale des Droits de l´Antiquité. 1980.
- HERZOG, Tamar. "Una breve Historia del Derecho Europeo. Los últimos 2500 años". Alianza Editorial. Madrid 2019
- GASPAR, Silvia. "El ámbito de aplicación del arbitraje". Navarra. Editorial Aranzadi. 1998.
- PEÑA ACEVEDO, Juan. "El proceso arbitral peruano". Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 83.

¿LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA CONGELAN INDEFINIDAMENTE LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO?

Autora:
Ludovina Villanueva Núñez

¿LOS CONVENIOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA CONGELAN INDEFINIDAMENTE LA POTESTAD REGULADORA DEL ESTADO?

¿Do Legal Stability Agreements Indefinitely Freeze the State's Regulatory Authority?

Ludovina Villanueva Núñez[1]

SUMARIO

I. Preliminar / Previos.
II. La estabilidad tributaria como mecanismo de reducción de incertidumbre.
III. El arbitraje de inversión y el espacio regulatorio de los Estados.
IV. El caso SMCV versus República del Perú.
V. Cuestiones de la estabilidad

Resumen

La pregunta que da título a este trabajo surge a propósito del laudo arbitral emitido el 17 de mayo de 2024 en el caso ARB/21/29 seguido entre Freeport-McMoran Inc. en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (demandante - SMCV) c. República del Perú (demandada). El foro del arbitraje fue CIADI. El caso ha despertado especial interés en la región no sólo por la magnitud económica, sino porque ofrece una discusión detallada sobre el alcance de los contratos de estabilidad tributaria en el sector minero.

La decisión resulta particularmente relevante para América Latina. Durante las últimas décadas, buena parte de la inversión extranjera en minería, hidrocarburos y energía se ha apoyado en mecanismos de estabilidad jurídica destinados a reducir la incertidumbre regulatoria. El laudo examina hasta dónde alcanzan esas garantías y cuáles son sus límites frente a las potestades regulatorias y tributarias del Estado, cuestión que trasciende el caso concreto y proyecta efectos sobre futuras controversias de inversión.

Palabras clave

Convenios de estabilidad / Potestad reguladora del Estado / Arbitraje de Inversión.

Abstract

The question that gives this paper its title arises from the arbitral award rendered on May 17, 2024, in ICSID Case No. ARB/21/29, brought by Freeport-McMoRan Inc., acting on its own behalf and on behalf of Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (claimant – SMCV), against the Republic of Peru (respondent). The arbitration was conducted under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). The case has attracted considerable attention in the region not only because of its

[1] Abogada por la Universidad Católica Santa María. Máster en Investigación en Ciencias Jurídicas - Universidad Abat Oliva CEU - España. Expositora y panelista en diversos eventos nacionales e internacionales sobre Arbitraje y Junta de Resolución de Disputas. Docente en pregrado y post grado de la Universidad Católica San Pablo-Arequipa, en temas relativos a Arbitraje y Contrataciones con el Estado. Secretaria General Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa. Miembro de la Comisión Regional de INDECOPI – Arequipa. Correo de contacto: lvillanueva@arbitrajeccia.com.pe

economic significance, but also because it provides a detailed discussion of the scope of tax stabilization agreements in the mining sector.

The decision is particularly relevant for Latin America. Over the past decades, a substantial portion of foreign investment in mining, hydrocarbons, and energy has relied on legal stability mechanisms designed to reduce regulatory uncertainty. The award examines the extent of the protections afforded by such guarantees and the limits they encounter when confronted with the State's regulatory and taxing powers. This issue extends beyond the specific facts of the dispute and is likely to influence future investment controversies.

Keywords

Legal Stability Agreements / State's Regulatory Authority / Investment Arbitration

I. PRELIMINAR / PREVIOS

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú[2] consagra la libertad de contratar de acuerdo con las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, sus términos no pueden ser modificados o alterados por leyes u otras disposiciones normativas. Igualmente, reconoce la facultad del Estado de otorgar garantías y seguridades mediante contratos-ley, cuyo contenido se encuentra protegido frente a modificaciones legislativas posteriores.

A partir de dicha disposición surge una cuestión de particular relevancia en materia de contratación estatal e inversión privada, esto es, hasta qué punto el Estado puede ejercer sus potestades regulatorias cuando previamente ha asumido obligaciones contractuales destinadas a garantizar estabilidad jurídica a favor de un inversionista.

La interrogante adquiere especial importancia en aquellos sectores en los que las decisiones de inversión se proyectan a largo plazo y requieren condiciones mínimas de previsibilidad. En tales supuestos, el Estado se compromete a mantener determinadas reglas de juego durante un período definido, aun cuando posteriormente puedan surgir razones económicas, fiscales o de política pública que aconsejen su modificación.

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el Estado puede, en ejercicio de su potestad soberana, derogar o modificar normas que sirvieron de sustento a garantías previamente incorporadas en un contrato de estabilidad.

A comienzos de este siglo, Luis Alberto Araoz Villena[3] (VILLENA, 2002) siguiendo las reflexiones de Manuel De la Puente y Lavalle, respondió de esta manera la interrogante:

> *"(…) si la personalidad jurídica del Estado es una sola, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad. Agrega dicho autor que, el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad y, por consiguiente, a ejercitar irrestrictamente su jus imperium en lo que es materia del contrato. Este tratadista concluye que pensar distinto sería sostener que el Estado podría celebrar un contrato sin quedar sometido al mismo, lo*

[2] https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Constitucion-Politica-del-Peru-1993.pdf

[3] https://ipdt.org/uploads/docs/01_Rev40_LAAV.pdf

> *que implica afirmar que el contrato no es obligatorio, lo cual constituiría un absurdo jurídico"*

Bajo esa premisa, las garantías y seguridades incorporadas válidamente a una relación contractual no pueden quedar sin efecto por la sola expedición de normas posteriores. La cuestión, sin embargo, adquiere matices más complejos cuando se analiza a la luz del arbitraje internacional de inversiones y de la necesidad de compatibilizar la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas con la preservación del espacio regulatorio del Estado.

II. LA ESTABILIDAD TRIBUTARIA COMO MECANISMO DE REDUCCIÓN DE INCERTIDUMBRE

En la evaluación de inversiones internacionales, pocas variables reciben tanta atención como la estabilidad del régimen tributario del Estado receptor. Esto, porque proyectos cuya ejecución puede extenderse durante décadas requieren un mínimo de previsibilidad respecto de las reglas fiscales que determinarán su rentabilidad futura.

Los inversionistas no solo evalúan recursos, mercados, costos de operación y rentabilidad. También procuran anticipar los riesgos derivados de cambios normativos que puedan alterar las condiciones bajo las cuales decidieron invertir. De allí la importancia de los mecanismos de estabilidad jurídica y tributaria en proyectos de gran envergadura, particularmente en sectores como minería, hidrocarburos e infraestructura, donde los montos comprometidos suelen ser elevados y los períodos de retorno del capital especialmente extensos.

Sobre este punto, Marcial García Schrech[4] afirma lo siguiente:

> *"Mediante esos convenios, los países que los suscriben renuncian de manera temporal a ejercer su poder soberano de aplicar nuevos tributos a determinadas empresas o proyectos, así como a modificar o suprimir los que existen al momento de su suscripción. A cambio, reciben las inversiones que necesitan para asegurar su desarrollo."*

En la misma línea, la Superintendencia Nacional de Administración tributaria – SUNAT, en el documento que denominó "Estimación del efecto de los convenios de estabilidad jurídica sobre la recaudación"[5] (SUNAT, 2002), precisó lo siguiente:

> *"Considerando que las decisiones de inversión se toman en entornos de incertidumbre, y que los niveles de riesgo suelen ser más elevados en países en desarrollo, el uso de los convenios de estabilidad tiene por objeto eliminar, durante un período determinado, el riesgo inherente a la evolución futura de la política tributaria, variable que afecta directamente los rendimientos esperados de cualquier inversión".*

El régimen de estabilidad tributaria en el Perú no registra antecedentes anteriores a 1993. Desde su implementación y hasta el cierre de 2023, conforme a información de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, se han celebrado más de mil convenios de estabilidad jurídica. De este total, aproximadamente setecientos fueron

[4] https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11806

[5] https://www.sunat.gob.pe/institucional/publicaciones/informeConvenios.pdf

suscritos con inversionistas procedentes de cincuenta países, entre ellos, Chile, España, Estados Unidos[6].

Si bien los inversionistas requieren garantías que aseguren la estabilidad de las condiciones fiscales y regulatorias durante la ejecución de sus proyectos, tales mecanismos pueden limitar la capacidad de los Estados para modificar o adaptar sus políticas tributarias frente a cambios económicos o transformaciones de los mercados internacionales. Esta antípoda se hace presente con mucha frecuencia, en los casos de fluctuaciones en los precios de los recursos naturales y la necesidad de mayor financiamiento público.

La estabilidad fiscal puede adoptar diversas modalidades y ofrecer distintos niveles de protección frente a cambios regulatorios. Entre las principales se encuentran las siguientes:

- ***Cláusulas de congelamiento normativo***

Se configuran cuando un incremento tributario o ante la creación de una nueva carga regulatoria no resulta aplicable al proyecto o contrato beneficiado por la garantía, manteniéndose el régimen vigente al momento de su suscripción.

- ***Cláusulas de equilibrio financiero***

Tienen por finalidad preservar la equivalencia entre las obligaciones asumidas por el contratista y los beneficios esperados de la inversión. Cuando ese equilibrio se afecta, las partes deben adoptar medidas para restablecerlo. Ello puede implicar ajustes tarifarios, ampliaciones de plazo u otros mecanismos.

- ***Cláusulas de compensación***

A través de esta cláusula se prevé que, ante la ocurrencia de determinados eventos, una de las partes deba indemnizar económicamente a la otra para neutralizar los efectos de la modificación normativa o regulatoria.

En el siguiente cuadro, el resumen:

GRADOS DE PROTECCIÓN		
Tipo de cláusula		**¿Qué hace ante el cambio?**
i)	**Cláusulas de congelamiento**	Evitan que los cambios afecten el contrato
ii)	**Cláusulas de equilibrio financiero**	Acepta el cambio, pero corrige sus efectos
iii)	**Cláusulas de compensación**	Paga el daño generado por el cambio

[6] https://www.gob.pe/institucion/proinversion/noticias/892756-1071-convenios-de-estabilidad-juridica-por-us-16-000-mlls-se-han-suscrito-desde-su-implementacion
(Privada, 2024)

En dichos acuerdos se pueden establecer convenios de estabilidad tributaria y regulatoria, a través de los cuales el Estado se compromete a mantener un régimen fiscal por un periodo determinado, garantizando al inversionista certeza regulatoria, relacionada fundamentalmente con impuestos, regalías o contribuciones aplicables a un proyecto.

III. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL ESPACIO REGULATORIO DE LOS ESTADOS

Cuando un inversionista extranjero considera que el Estado receptor de su inversión ha vulnerado garantías otorgadas en tratados bilaterales de inversiones, tratados de libre comercio, contratos de estabilidad u otros instrumentos internacionales, puede someter la controversia a arbitraje de inversión, siempre que dicho Estado haya otorgado previamente su consentimiento a través de alguno de esos mecanismos.

En este tipo de arbitrajes confluyen intereses que con frecuencia son difíciles de conciliar. Mientras el inversionista busca preservar la estabilidad jurídica bajo la cual decidió invertir, el Estado procura mantener su capacidad de regulación en función del interés público. Esta problemática se viene dando fundamentalmente en el sector extractivo.

En ese escenario, los tribunales arbitrales, han debido pronunciarse sobre si determinadas medidas estatales constituyen un ejercicio legítimo de las facultades regulatorias del Estado o si, por el contrario, generan afectaciones equivalentes a expropiaciones indirectas.

En los arbitrajes de inversión, se suele reclamar con mayor frecuencia lo siguiente:

- Trato justo y equitativo
- Trato nacional
- No discriminación
- Protección contra la expropiación directa e indirecta
- Libertad para transferir fondos

La práctica arbitral de los últimos años evidencia, además, una tendencia cada vez más marcada hacia el reconocimiento del "espacio regulatorio de los Estados". Bajo esta concepción, se admite que los Estados conserven su margen de discrecionalidad para diseñar e implementar políticas públicas vinculadas al interés general, tales como tributación, protección ambiental, salud u otros asuntos de orden público, aun cuando estas medidas puedan generar impactos económicos a los inversionistas.

Esta orientación puede observarse, entre otros, en los casos Corporación Methanex contra Estados Unidos de América (CNUDMI) y Philip Morris contra la República Oriental del Uruguay (CIADI). Si bien ninguno de estos precedentes se encuentra directamente vinculado con la controversia objeto de análisis, ambos ilustran la disposición de los tribunales arbitrales a reconocer que los Estados receptores conservan facultades regulatorias destinadas a proteger intereses públicos esenciales.

IV. EL CASO SMCV VERSUS REPÚBLICA DEL PERÚ

Como punto de partida, reseñamos los antecedentes más relevantes del caso:

- El arbitraje es iniciado por Freeport – McMoRan Inc. en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. contra la República del Perú.

- La controversia fue sometida a CIADI conforme el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006 y vigente el

1 de febrero de 2009, así como con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, vinculante para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993.

- El yacimiento de Cerro Verde, ubicado aproximadamente a 30 Kilómetros de la ciudad de Arequipa, constituye uno de los depósitos de cobre más importantes del Perú. Su potencial minero había sido identificado desde finales del siglo XIX.

- Durante la década de 1960, el Estado peruano impulsó la explotación de recursos mineros en diversas zonas del país mediante la participación de empresas privadas y entidades estatales.

- En las décadas de 1970 y 1980 se efectuaron trabajos de exploración que confirmaron la existencia de grandes reservas de cobre, pero, debido a limitaciones tecnológicas y económicas de la época, no se pudo aprovechar de manera integral los minerales sulfurados, concentrándose la explotación en minerales oxidados susceptibles de ser procesados mediante técnicas de lixiviación.

- Minero Perú, empresa estatal, fue propietaria de la mina Cerro Verde y, con la finalidad de su privatización, constituyó el 1 de junio de 1993 la Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. (SMCV).

- El 20 de agosto de 1993, Minero Perú incorporó a SMCV a un proceso de privatización. Se estableció la capitalización de la sociedad y la transferencia de las concesiones mineras, beneficios y demás bienes que integraban la unidad minera Cerro Verde.

- El 17 de marzo de 1994, Minero Perú transfirió el 91,65 % de las acciones de SMCV a una filial de Cyprus, asumiendo la obligación de celebrar contratos de estabilidad minera y jurídica con SMCV y Cyprus. Asimismo, vinculó a Cyprus a ciertas inversiones, entre ellos, la construcción de un circuito convencional de molienda y flotación de cobre/molibdeno" con capacidad de 28.000 TM/D.

  En ese contexto, se suscribió un Contrato de Garantía mediante el cual el Gobierno garantizó la celebración de "cualquier" contrato de estabilidad minera en relación con los "negocios y operaciones" a los que SMCV tenía derecho dentro de los 90 días de haber cumplido con todos los requisitos de la Ley de Minería.

- El 26 de mayo de 1994, el Estado y SMCV celebraron un contrato de estabilidad minera por diez años vinculado a un proyecto de inversión para instalar una nueva planta clasificadora, implementar vertederos y ejecutar mejoras en la planta de lixiviación existente.

- El 26 de febrero de 1998, el Estado peruano celebró con SMCV un Contrato de Estabilidad, mediante el cual se otorgó estabilidad administrativa y tributaria por un período de quince años, respecto a los regímenes vigentes al 6 de mayo de 1996.

  El Contrato se vinculó a un proyecto de inversión de USD 237 millones destinado a expandir la capacidad de producción de la planta de lixiviación. Asimismo, estableció que las modificaciones normativas dictadas durante el período de estabilización no afectarían a SMCV,

incluyendo cambios en materia de impuesto a la renta, aranceles aduaneros o tributos municipales. Del mismo modo, excluyó la aplicación de normas posteriores que directa o indirectamente desnaturalizaran las garantías reconocidas en dicho convenio.

- En diciembre de 2004, luego de diversas consultas y autorizaciones administrativas, SMCV inició la construcción de una Planta Concentradora de Sulfuros Primarios, la cual entró en operaciones en 2006 y generó una producción distinta de aquella proveniente del proyecto original de lixiviación.

- En diciembre de 2004, el Ministerio de Energía y Minas aprobó una solicitud de SMCV para aplicar el beneficio de reinversión de utilidades a la construcción de la Concentradora, por lo que, las utilidades que se beneficiarían del programa debían ser exclusivamente generados por el Proyecto de Lixiviación.

- En el mismo año, el Estado peruano promulgó la Ley de Regalía Minera; como consecuencia de ello, la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) emitió diversas determinaciones tributarias vinculadas con la concentradora durante el período 2006-2013, las cuales fueron impugnadas por SMCV en sedes administrativas y judiciales peruanas.

Ahora bien, en el año 2020, Freeport-McMoRan Inc., en nombre propio y en representación de SMCV, presentó una reclamación ante el CIADI al amparo del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado entre el Perú y los Estados Unidos.

La controversia se originó en la imposición de impuestos y regalías a SMCV, quien sostuvo que el Estado peruano incumplió el Contrato de Estabilidad suscrito en febrero de 1998 al negarle los beneficios y garantías allí reconocidos. Asimismo, se alegó la vulneración del estándar mínimo de trato previsto en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.

Sobre esa base, SMCV reclamó una indemnización superior a novecientos cuarenta millones de dólares estadounidenses. En particular, sostuvo que tenía derecho, como mínimo, a USD 942,2 millones por concepto de daños más intereses o, subsidiariamente, a USD 719,9 millones más intereses.

Respecto al estándar mínimo de trato previsto en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos[7], SMCV sostuvo que el Estado Peruano incurrió en incumplimiento en las siguientes oportunidades:

- cada vez que las determinaciones de regalías controvertidas se tornaron exigibles en su contra;

[7] Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato
1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. 2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:
(a) "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y
(b) "protección y seguridad plenas" exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. 3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo. https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/en_vigencia/eeuu/Documentos/espanol/Inversion_limpio.pdf

- cada vez que el Estado no dejó sin efecto las sanciones e intereses derivados de dichas determinaciones; y

- cada vez que el Estado no reembolsó determinados pagos en exceso por concepto de aportes mineros.

Por su parte, el Estado peruano sostuvo que no había incumplido ni el Contrato de Estabilidad de 1998 ni las obligaciones previstas en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. Asimismo, alegó que, aun en el supuesto de que el Tribunal concluyera lo contrario, la cuantificación de los daños reclamados estaba significativamente sobreestimada.

El Estado sostuvo además que la estabilidad jurídica reconocida en el contrato de 1998 se encontraba vinculada a un proyecto específico y no a cualquier proyecto desarrollado con posterioridad. En consecuencia, los inversores asumieron el riesgo de invertir sin contar con la confirmación escrita de que el contrato de estabilidad celebrado inicialmente cubría el nuevo proyecto, habiéndose basado únicamente en *supuestas* garantías verbales de algunos funcionarios.

La jurisdicción del Tribunal fue cuestionada por el Estado peruano respecto de determinadas reclamaciones. No obstante, el Tribunal confirmó su jurisdicción, con excepción de aquellas vinculadas a sanciones e intereses relacionados con las evaluaciones tributarias, pues consideró que constituían medidas fiscales excluidas de su ámbito de competencia.

Así, la discusión central de la controversia consistió en determinar si el Convenio de Estabilidad de 1998 protegía también a la Planta Concentradora de Sulfuros Primarios construida con posterioridad o si, por el contrario, sus efectos se encontraban limitados al proyecto de inversión expresamente comprendido en dicho convenio.

Al analizar el fondo de la controversia, el Tribunal destacó que, desde antes de la privatización, existían estudios preliminares que identificaban el potencial de desarrollar grandes operaciones de concentración de sulfuros, pero estos eran solo proyectos y no formaban parte de los compromisos de inversión que dieron origen al Convenio de Estabilidad de 1998. Sobre esa base distinguió los siguientes proyectos:

- Proyecto de lixiviación, comprendido dentro del Convenio de Estabilidad de 1998

- Planta Concentradora de Sulfuros Primarios, desarrollada con posterioridad y origen de la controversia sometida a arbitraje.

Desde la perspectiva del Tribunal, lo anterior demostraba que los recursos sulfurados eran conocidos desde mucho antes de la celebración del Convenio de Estabilidad, sin embargo, ello no implicaba que cualquier inversión futura destinada a su explotación quedara automáticamente dentro de las garantías otorgadas por dicho Convenio. Precisamente, uno de los aspectos centrales de la controversia, consistía en determinar si la construcción de la Concentradora se encontraba protegida con la estabilidad obtenida en 1998 o si se trataba de un proyecto diferente.

El laudo no fue unánime. Por mayoría, el Tribunal Arbitral declaró que tenía jurisdicción para conocer las reclamaciones planteadas y rechazó la totalidad de las reclamaciones de la demandante. Consideró que el Estado peruano no había incumplido el Contrato de Estabilidad de 1998 y que su interpretación había sido consistente con sus términos. Asimismo, concluyó que la propia SMCV tenía dudas

respecto de si la concentradora se encontraba efectivamente comprendida dentro del régimen de estabilidad.

Para el Tribunal, tanto antes como después de ejecutarse la inversión, existían elementos que permitían concluir que la concentradora no estaba cubierta por el Contrato de Estabilidad. Entre dichos elementos figuraban informes de SUNAT. Por consiguiente, SMCV pudo haber solicitado aclaraciones al Ministerio de Energía o a SUNAT, respecto del Contrato de Estabilidad de 1998, pero no lo hizo.

Con relación al estándar previsto en el Artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, el Tribunal concluyó que la demandante no había acreditado la existencia de expectativas legítimas creadas por el Estado y posteriormente frustradas. Por tal razón, el Tribunal descartó la existencia de algún incumplimiento de dicho estándar.

El árbitro Guido Santiago Tawil, designado por SMCV, discrepó respecto de la exclusión de jurisdicción sobre las reclamaciones vinculadas a sanciones e intereses derivados de las determinaciones tributarias, las cuales fueron consideradas por la mayoría como medidas tributarias excluidas del ámbito de aplicación del artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos.

En cuanto al fondo de la controversia, sostuvo que todas las inversiones realizadas dentro de la Unidad Minera de Cerro Verde durante la vigencia del contrato de estabilidad debían considerarse estabilizadas. Asimismo, consideró que SMCV no tenía la obligación de llevar cuentas separadas para las actividades de lixiviación y de la concentradora, pues ambas actividades se realizaron en la misma unidad minera.

V. CUESTIONES DE LA ESTABILIDAD

La importancia del caso trasciende al conflicto concreto entre SMCV y el Estado peruano.

La controversia puso en relieve un problema que suele surgir con alguna frecuencia en proyectos extractivos de larga duración. Se trata de determinar hasta dónde se extienden las garantías de estabilidad otorgadas por el Estado cuando la inversión primigenia tiene modificaciones sustanciales, diversas ampliaciones o incorpora nuevas unidades productivas a lo largo de su desarrollo, las cuales no fueron previstas al momento de celebrarse el contrato de estabilidad.

Este tema es especialmente significativo en el sector minero, por tratarse de proyectos que, por su magnitud, suelen desarrollarse de manera progresiva mediante ampliaciones, modernizaciones o nuevas etapas de inversión que pueden ejecutarse años después de la celebración del contrato primigenio. Dar por cierto que toda inversión posterior realizada dentro de una misma unidad minera queda automáticamente amparada por un convenio de estabilidad previamente suscrito supondría ampliar el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado más allá de lo expresamente pactado por las partes.

Por ello, uno de los principales aportes del laudo consistió en distinguir con claridad la existencia de dos proyectos y los alcances de las garantías otorgadas mediante un contrato de estabilidad. El Tribunal consideró que ambos conceptos responden a presupuestos propios, por lo que no pueden ser equiparados de manera automática. Por lo tanto, el hecho de que una inversión posterior se ejecute dentro de la misma unidad minera forme parte del mismo proyecto o tenga por finalidad incrementar la capacidad productiva de una operación ya existente no implica necesariamente que dicha inversión quede comprendida dentro del ámbito de protección de un contrato de estabilidad celebrado con anterioridad.

Así pues, el Tribunal optó por interpretar que el contrato de estabilidad vinculaba al proyecto específico que motivó su celebración y no a inversiones posteriores. Una interpretación extensiva habría significado que cualquier ampliación futura podría ser incorporada dentro de un proyecto originalmente concebido con características diferentes. De esta manera, los mecanismos diseñados para promover proyectos específicos se transformarían en instrumentos con capacidad de limitar indefinidamente la capacidad regulatoria de los Estados respecto de inversiones que nunca fueron analizadas ni negociadas al momento de celebrar el contrato.

Creemos que el caso Cerro Verde constituye un precedente importante en el arbitraje internacional de inversiones relacionado con el sector minero. El laudo contribuye a precisar el alcance de los contratos de estabilidad jurídica y reafirma que las garantías otorgadas deben interpretarse de manera estricta. Del mismo modo, reafirma la capacidad del Estado de asegurar una distribución equitativa de los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, equilibrando la protección de los inversionistas y el espacio regulatorio de los Estados.

Respecto del estándar de trato justo y equitativo también puede advertirse una evolución considerable. Las recientes decisiones arbitrales han limitado el alcance de este estándar, exigiendo que las expectativas de los inversionistas deben basarse en compromisos puntuales de los Estados y no en una presunta estabilidad general del marco regulatorio.

En ese escenario, los Estados deben diseñar con especial diligencia los contratos de estabilidad, delimitando con precisión aspectos tales como los siguientes:

- el alcance de las garantías otorgadas a los inversionistas;
- la incorporación de cláusulas que preserven la capacidad regulatoria del Estado, tanto en los tratados de inversión como en los contratos celebrados con los inversionistas;
- la definición puntual de los alcances de las inversiones comprendidas en el régimen de estabilidad, así se precisará si la estabilidad aplica únicamente al proyecto inicial o a sus posteriores ampliaciones o expansiones.
- el diseño de normativa fiscal que permita al Estado participar de manera razonable en los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, sin que esto genere incertidumbre excesiva para los inversionistas. Se debe ser transparente y previsible.

En sectores como el minero, en donde convergen intereses económicos, sociales y ambientales de relevancia pública, el reto está en conseguir un equilibrio entre la promoción de la inversión y la preservación de la capacidad regulatoria estatal.

Los Estados deben diseñar mecanismos que armonicen ambos objetivos. Por su parte, los tribunales arbitrales deben tener el conocimiento, pericia y habilidad suficiente para resolver adecuadamente las controversias que se deriven.

A la luz del análisis del caso efectuado, es posible responder la interrogante que da título a este trabajo: la tendencia en la jurisprudencia arbitral es reconocer que los convenios de estabilidad jurídica no tienen por efecto congelar de manera indefinida la potestad reguladora del Estado. Este caso pone de manifiesto que la búsqueda de un equilibrio entre la protección de las inversiones y el ejercicio de la soberanía regulatoria estatal constituye uno de los ejes centrales del derecho internacional económico actual.

Hechos no controvertidos

N.°	Sub	Período / Años	Descripción del Hecho No Controvertido
A	—	1880 - 1970	Exploración inicial de la mina Cerro Verde (de 1880 a 1970)
B	—	1971-1985	El desarrollo de la mina Cerro Verde y estudios de factibilidad para construir una concentradora
C	—	1981-1994	Adopción de marco regulatorio minero en Perú. Se privatiza Cerro Verde, y se crea SMCV
D	—	1994-1998	SMCV celebra dos contratos de estabilidad y continúa explorando la factibilidad de una concentradora en Cerro Verde
E	—	1998-2001	Contrato de Estabilidad de 1998 entra en vigor y SMCV continúa invirtiendo en Cerro Verde
F	—	2002-2004	SMCV evalúa la construcción de una concentradora en Cerro Verde. Perú aprueba una Ley de Regalía Minera
G	—	2004	SMCV invierte USD 850 millones en Concentradora. MINEM aprueba solicitudes de SMCV para reinversión de utilidades y ampliación de la Concesión de Beneficio
H	—	2004-2008	Se apela Ley de Regalía y beneficio de reinversión de utilidades de SMCV, Phelps Dodge. MINEM y SUNAT expresan posiciones sobre garantías de estabilidad, y se producen cambios en la estructura corporativa de SMCV
I	—	2008-2014	SUNAT inicia fiscalización a SMCV. Se imponen varias determinaciones a SMCV. SMCV sigue invirtiendo. Perú modifica Ley de Minería
J	—	2009-2020	SMCV involucrada en determinaciones de la SUNAT sobre regalías, IGV, Renta, Adicional a la renta, Impuesto Especial a la Minería y las Determinaciones de Fondo Complementario de Jubilación Minera, Solicitudes de devolución de pagos del GEM presentadas.
J	**9**	2009-2020	Inicio del arbitraje.

Marco normativo que permitió al Estado Peruano celebrar los convenios de estabilidad con SMCV

MARCO NORMATIVO - CONVENIOS DE ESTABILIDAD CON SMCV		
Instrumento Legal		**¿Qué establece?**
i)	**Ley General de Minería (D. L. 109),** del 12 de junio de 1981	Establecía que el Estado podía firmar contratos de estabilidad con empresas mineras.
ii)	**Decreto Legislativo No. 662,** agosto de 1991	Aprobó un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras: estabilidad fiscal, cambiaria y protección de la propiedad privada.
iii)	**Decreto Legislativo No. 708 – Ley** de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del 6 de noviembre de 1991	Reforzó los incentivos de inversión para empresas mineras con garantías de estabilidad fiscal y administrativa; dispuso términos específicos para los contratos de estabilidad en el sector minero.
iv)	**Decreto Legislativo No. 757 – Ley** Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, del 13 de noviembre de 1991	Dispuso protecciones a los inversionistas de forma más detallada.
v)	**TUO de la Ley General de Minería,** del 3 de junio de 1992	Ofreció incentivos para promover la inversión privada; estableció un régimen de estabilidad tributaria, cambiaria y administrativa. Los contratos de estabilidad tenían una duración de 10 y 15 años y eran contratos de adhesión.
vi)	**Principios Básicos del Contrato –** Minero Perú, enero de 1993	Estableció que el comprador tendría derecho a suscribir un contrato de Garantía a la Inversión Privada y un contrato de Garantía y Medidas de Promoción a la Inversión en la Actividad Minera.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú, artículo 62.
- ARAOZ VILLENA, Luis Alberto. Los contratos-ley y la seguridad jurídica de las inversiones. Lima, 2002.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Citado por ARAOZ VILLENA, Luis Alberto, Los contratos-ley y la seguridad jurídica de las inversiones. Lima, 2002.
- GARCÍA SCHRECH, Marcial. "Convenios de estabilidad tributaria y consideraciones sobre el riesgo país: el caso peruano". Ius et Veritas, N.° 30.
- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA (SUNAT). Estimación del efecto de los convenios de estabilidad jurídica sobre la recaudación. Lima, 2002.
- Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Información estadística sobre convenios de estabilidad jurídica vigentes al cierre de 2023.
- Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006 y vigente desde el 1 de febrero de 2009.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), vigente para el Perú desde el 8 de septiembre de 1993.
- Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award, 3 de agosto de 2005.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay, Caso CIADI ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016.
- Freeport-McMoRan Inc., en nombre propio y en representación de Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. c. República del Perú, Caso CIADI ARB/21/29, Laudo de 17 de mayo de 2024.
- Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos, artículo 10.5.

RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Lara †

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General)
Christian Guzmán Arias (Sub-Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta
Indira Navarro Palacios
Juan Carlos Benavente Teixeira
Carlos Torres Morales
Rafael Torres Morales

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Lourdes Flores Nano
Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio
Prof. Ricardo Beaumont Callirgos
Prof. Ronald Cárdenas Krenz
Prof. Fernando Vidal Ramírez
Prof. Hernando Montoya Alberti
Prof. Mila Guillen Rispa

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres
Angela Cuba Palomino
Giancarlo Benavente Scheelje
Jenifer Lima Taype
Jackeline Vásquez Dávila
Solanch Portales Alburqueque
Yerson Novoa Mendo

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**
Derechos Reservados. 1983.

Editorial: Asesorandina S.R.L. **- RUC:** 20101283071 **- Domicilio Legal:** Av. El Derby 254 Oficina 1404 Santiago de Surco, Lima-Perú
Año: 2026
Edición Digital.
Carátula y Diseño: Solanch Portales Alburqueque
Compilador: Sylvia Torres Morales
ISSN No. 2788-4864
Código de Barras No.: 7758272000015
Año de la primera publicación: 1985
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**
PEDIDOS: Edificio Lima Central Tower, Av. El Derby 254, Piso 14, Oficina 1404 – Surco.
Central Teléf.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: https://rpde.tytl.com

Se terminó de realizar la digitación y composición
en ASESORANDINA SRL
Edificio Lima Central Tower,
Av. El Derby N° 254, Oficina 1404 – Surco –
Lima – Perú
Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe

Revista de periodicidad anual
Febrero – Septiembre 2026