

7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

Artículo 282°.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

LEY DE CARRERA JUDICIAL (LEY N° 29277):

Artículo 34°. Deberes.

11. Sancionar a las partes cuando practiquen maniobras dilatorias.

12. Denunciar los casos de ejercicio ilegal de la abogacía, conductas que contravengan la ética profesional y otros comportamientos delictivos de los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (LEY N° 27444):

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.



Art. 39°.—Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar

su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

COMENTARIO ⁽⁶⁸⁵⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Conceptos de Pretensión y Resistencia.* 3. *Demanda y Contestación a la Demanda.* 4. *Medios probatorios.* 5. *Modificación o Ampliación de la Demanda o de la Contestación.* 6. *Consolidación de Arbitrajes o Realización de Audiencias Conjuntas.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 39° regula dos aspectos que son medulares a todo litigio: la demanda y la contestación a la demanda, que conforman el aspecto central de la etapa postulatoria. Ambos se erigen en los pilares del debate materia de la controversia, determinando lo que será objeto de la argumentación y de la prueba durante el arbitraje y, finalmente, lo que será materia de la decisión en el laudo.

Esta norma tiene como antecedente el artículo 23° de la Ley Modelo de la CNUDMI ⁽⁶⁸⁶⁾ sobre Arbitraje Comercial Internacional.

El artículo 39° establece los requisitos de la demanda y la contestación, el ofrecimiento de las pruebas, la modificación o ampliación de la demanda y de la contestación y la consolidación de dos o más arbitrajes.

Quien lee esta norma aisladamente se preguntará por qué no se menciona en ella a la reconvencción y su contestación y si ello significa que no es permitido plantear reconvencción en el arbitraje. La respues-

(685) Por FAUSTO VIALE SALAZAR: Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(686) La ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también es conocida como Ley Modelo UNCITRAL, por su denominación en inglés United Nations Commission on International Trade Law.

ta la encontramos en el artículo 6º, inciso d), de la LA, el cual establece como regla de interpretación que, cuando la LA se refiere a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiere a la contestación de la demanda, se aplicará asimismo a la contestación a la reconvencción. Esta regla de interpretación tiene también como antecedente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 2º, inciso f]). No hay una norma similar en la derogada LGA.

2. CONCEPTOS DE PRETENSIÓN Y RESISTENCIA

La disciplina procesal reconoce a la pretensión y la resistencia como elementos consustanciales de todo litigio, lo que no podría ser ajeno al arbitraje, que constituye un medio de solución de litigios.

En palabras de COUTURE, “La pretensión (*Anspruch, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”⁽⁶⁸⁷⁾.

La pretensión tiene dos elementos claramente identificables:

a. La *petitum* o petitorio, que constituye el objeto concreto que se persigue con la pretensión y podrá consistir en una declaración, una condena, la eliminación de una incertidumbre, etcétera.

b. La *causa petendi* o *imputandi*, que constituye los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda la pretensión.

En cuanto a la resistencia, ésta es la contrapartida de la pretensión. Según MONTERO AROCA, “Por resistencia debe entenderse la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona [...] lo determinante de ella es que es una pretensión de sentido contrario a la pretensión y que sin ella no se comprende la actividad jurisdiccional”⁽⁶⁸⁸⁾.

En el arbitraje, el instrumento en el que se plasma la pretensión es ordinariamente la demanda y, eventualmente, la reconvencción, mientras que el instrumento en el que se plasma la resistencia, es la contes-

(687) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976, p. 72.

(688) MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, Editorial ENMARCE E.I.R.L., Lima, 1999, p. 68.

tación a la demanda y, eventualmente, la contestación a la reconvencción, fórmula que es seguida por la LA.

3. DEMANDA Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El artículo 39°, en su inciso 1, prevé, como norma subsidiaria a la voluntad de las partes, que en la demanda el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, mientras que el demandado en la contestación deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

Según DEVIS ECHEANDÍA, la demanda es “un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado”⁽⁶⁸⁹⁾.

La referida definición de demanda está concebida a partir de la demanda judicial, por lo que habrá que adecuarla a la realidad arbitral. En el arbitraje, la demanda también es un acto de declaración de voluntad, es introductivo y de postulación, puesto que en ella el actor formula su pretensión. Sin embargo, en el arbitraje la demanda no es un instrumento para el ejercicio de la acción, puesto que en el arbitraje no se ejercita el derecho de acción, el cual está vinculado únicamente a la jurisdicción estatal. Por otra parte, la demanda arbitral no siempre tendrá como finalidad obtener la voluntad concreta de la ley, lo cual dependerá del tipo de arbitraje de que se trate. Será aplicable al arbitraje de derecho, no así al arbitraje de equidad o conciencia.

El arbitraje difiere, además, del proceso judicial, en que la demanda no da inicio al arbitraje, lo que sí sucede en el proceso judicial. El arbitraje se inicia con la recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje, tal como lo prevé el artículo 33° de la LA.

El artículo 39°, inciso 1, de la LA, prescribe que en la demanda se deben proponer los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formula. En mi opinión, esta parte de la norma es reiterativa y poco técnica, puesto que los hechos en que se funda la demanda y las circunstancias de la controversia son parte de la pretensión, la cual, como anteriormente se ha indicado está compuesta por la *petitum* y la *causa petendi*.

(689) DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 463.

La contestación a la demanda, a su turno, es el acto por el cual el demandado da respuesta a la demanda y contiene la resistencia a la pretensión del demandante, oponiendo éste todos los medios de defensa que dispone para repelerla. La LA señala que en este acto el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

Es del caso señalar que resulta altamente inusual que el demandado se allane a la demanda, lo cual significa someterse a la pretensión del demandante, puesto que si la intención del demandado hubiera sido la de aceptar la pretensión del demandante, lo hubiera hecho antes del inicio del arbitraje o, a lo sumo, al momento de conocer la solicitud de arbitraje del demandante, evitando así el esfuerzo y los gastos consiguientes y procurando una solución convenida al litigio. Sin embargo, no podemos descartarla.

En cuanto a la interposición de excepciones o defensas previas, el artículo 41°, inciso 3, de la LA, establece que el demandado podrá oponerlas a más tardar hasta el momento de presentar la contestación: lo que significa que, en el mismo acto de contestación a la demanda podrán ser planteadas dichas defensas, salvo la excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, la que deberá oponerse en las primeras actuaciones arbitrales, salvo que la demora resulte justificada.

El artículo 39° de la LA permite que las partes pacten algo distinto respecto al contenido de la demanda y de la contestación, lo que en mi opinión es acertado, porque responde al carácter voluntarista del arbitraje. También podrá darse el caso que las partes establezcan limitaciones previas a los aspectos argumentativos que se invocarán en la demanda o en la contestación e, inclusive, que el arbitraje deba desarrollarse como un asunto de “puro derecho”, dando por ciertos los hechos y, discutiendo únicamente la aplicación de una normativa jurídica o su sentido.

4. MEDIOS PROBATORIOS

El artículo 36°, inciso 2, prevé que las partes deberán aportar en la demanda y contestación, o hacer referencia, a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

Con un criterio de amplitud y flexibilidad, la referida norma permite a las partes aportar, desde un primer momento, todos los documentos pertinentes a su defensa, pudiendo, sin embargo, sólo hacer referencia a los mismos o a otras pruebas que posteriormente vayan a presentar o proponer, lo cual considero atinado. Esta norma debe ser

concordada con el artículo 43°, inciso 1 de la misma ley, el cual autoriza al tribunal arbitral a determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y a ordenar en cualquier momento la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

La concordancia de estas normas ofrece un cuadro de gran flexibilidad para el manejo de la actividad probatoria, beneficioso tanto para las partes como para los árbitros, en contraste con la exagerada rigurosidad del proceso judicial.

5. MODIFICACIÓN O AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA O DE LA CONTESTACIÓN

El inciso 3 del artículo 39° de la LA regula lo relativo a la modificación o ampliación de la demanda o de la contestación.

Estimo que la modificación o ampliación de la demanda o reconvencción podrá consistir en una ampliación de la cuantía de alguna de las pretensiones inicialmente planteadas; en una nueva pretensión; o, en modificaciones sobre aspectos argumentativos principales o accesorios de la demanda, reconvencción o sus contestaciones.

La formulación de esta norma deja, en definitiva, en manos del tribunal arbitral la admisión de las modificaciones o ampliaciones de la demanda o de la contestación, para lo cual deberá tomar en consideración diversas circunstancias, entre ellas, la demora con que se hubiere efectuado la modificación o ampliación, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otra.

De este modo, si bien, la ley imprime un carácter de flexibilidad a la actuación arbitral al extremo de permitir a las partes formular modificaciones o ampliaciones a la demanda, la reconvencción o sus contestaciones, que son los pilares sobre los que se edifica cada caso arbitral, encomienda al tribunal arbitral, caso por caso, la evaluación y decisión de su admisión, cuidando de no perjudicar el derecho de defensa de la otra parte, que podría verse comprometido por los cortos plazos para responder a las modificaciones o ampliaciones que se produzcan en el camino o vengan a enrarecer el arbitraje que se encuentra en pleno desarrollo.

Por último, la norma bajo comentario condiciona, adicionalmente, la facultad de las partes para plantear modificaciones y ampliaciones de la demanda, la reconvencción o sus contestaciones, al hecho que se encuentren enmarcadas dentro de los alcances del convenio arbitral, siendo manifiesto que permitir lo contrario sería quebrar las bases del sistema arbitral.

Cabe preguntarse si por la vía de la modificación o ampliación de la demanda, la reconvencción o sus contestaciones podrá pretenderse incorporar a un nuevo demandado. Supongamos que durante el desarrollo del arbitraje queda evidenciado que existe una persona que pretende derivar, para sí o para otros, derechos o beneficios del contrato vinculado al arbitraje, ¿podrá el demandante o reconvincente modificar o ampliar su demanda o reconvencción para comprender a dicha persona en el arbitraje?

La respuesta deberá encontrarse a través del artículo 14° de la LA y decidirlo el tribunal arbitral bajo los parámetros que le señala en inciso 3 del artículo 39°.

La posibilidad de admitir o rechazar una ampliación o modificación de la demanda, reconvencción o sus contestaciones deberá ser evaluada y decidida por el tribunal arbitral en cada caso, teniendo en cuenta sus particulares circunstancias. No se trata de permitir a las partes que se “reserven” maliciosamente, para el último momento, el planteamiento de pretensiones o de hechos relevantes para su propio beneficio. Como principio, los elementos del litigio deben ser propuestos en la etapa postulatoria del arbitraje. Las modificaciones o ampliaciones sólo podrán plantearse en situaciones excepcionales.

6. CONSOLIDACIÓN DE ARBITRAJES O REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS CONJUNTAS

El último tema regulado por este artículo es el relativo a la consolidación de arbitrajes, también denominado en la doctrina como acumulación de arbitrajes.

De acuerdo al inciso 4 del artículo 39°, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

A diferencia de la ley peruana, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional permite, en el artículo 4°, numeral 6, y en el artículo 19°, la acumulación de arbitrajes siempre que la nueva demanda se refiera a las mismas partes y a la misma relación jurídica y siempre que aún no se haya aprobado el Acta de Misión. Una vez que el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación sólo procederá si el tribunal arbitral lo autoriza, teniendo en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

Un primer aspecto tratado por el inciso 4 del artículo 39° de la LA es la prohibición de consolidar dos o más arbitrajes ya iniciados, a fin

que en un momento determinado se reúnan en uno solo y sean resueltos finalmente por un mismo tribunal arbitral.

La consolidación de arbitrajes se enfrenta con diversos problemas. Uno de ellos es el relativo a los sujetos que intervienen en cada uno de los arbitrajes a consolidar. Debe tenerse en cuenta que cada caso arbitral surge de un convenio arbitral singular celebrado entre determinados sujetos. El artículo 14° de la LA precisa las personas a quienes debe extenderse los efectos del convenio arbitral, que son aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; extendiéndose también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Otro inconveniente, se presenta con relación a la conformación del tribunal arbitral que debe continuar con un caso consolidado, desplazando un tribunal arbitral a otro u otros que pudieran haber estado a cargo de los mismos.

También se encuentra comprometido el principio de confidencialidad del arbitraje, especialmente cuando se trata de arbitrajes en los que no coinciden exactamente las mismas partes.

Considero acertada la solución que ha dado la LA en el sentido de no permitir la consolidación de arbitrajes por los inconvenientes que él acarrea.

Por último, el inciso 4 del artículo 39° proscribire la realización de audiencias conjuntas de dos o más arbitrajes. De permitirse, se estaría afectando el principio de confidencialidad de cada uno de los arbitrajes y el sentido particular que tiene cada arbitraje.



Art. 40°.—Competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

- l)* Obviar la retórica, los latinazgos y los neologismos.
- m)* Evitar ser repetitivo.
- n)* Evitar muletillas.
- o)* Mantener la cadencia.
- p)* No leer.
- q)* Evitar oraciones largas, números y citas.
- r)* Mantener contacto visual con los árbitros.
- s)* Controlar la comunicación no verbal.
- t)* Ser cortés y respetuoso.
- u)* No mostrarse irritado si los árbitros no prestan atención a la exposición.
- v)* Referirse a los árbitros usando correctamente su nombre.
- w)* Tratar correcta y alturadamente al adversario.
- x)* Saber manejar el tiempo.
- y)* Saber terminar.

7. PARA TERMINAR: TODO DEPENDE DE LA ACTITUD (Y CALIDAD) DE LOS ÁRBITROS

Luego de lo dicho, es claro que ha hecho bien la LA en dejar a los árbitros la decisión de decidir si se realizarán o no audiencias, pues todo depende de la controversia en concreto. Ello requiere, ciertamente, de árbitros que asuman su intervención en base al principio de inmediación, es decir, participando activamente en el proceso y ¿por qué no decirlo? con gran sentido ético, es decir, pensando en lo mejor para el proceso arbitral y para las partes, y no en lo más cómodo o conveniente para ellos mismos.



Art. 43°.—Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

COMENTARIO ⁽⁷⁹⁸⁾

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.* 2. *Libertad de la prueba.* 3. *Comparación del artículo 43° con el equivalente de la Ley de Arbitraje anterior.* 4. *Oportunidad en la presentación de la prueba.* 5. *La pertinencia.* 6. *La actuación de la prueba.* 7. *La valoración de la prueba.* 8. *Reflexión final.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los ordenamientos procesales usualmente son muy prolíficos en el establecimiento de normas que regulan la prueba. El Código de Procedimientos Civiles del Perú que entró en vigencia en 1912 posee 1348 artículos, de los cuales 170 están dedicados a la prueba, es decir, el 12.6%. Una de las razones de esta abundancia de normas sobre la prueba reside en que el Código anterior establecía un sistema de prueba tasada, es decir, una normativa detallista que iba dirigiendo el proceso de ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba por parte del juez, restringiendo de manera apreciable su capacidad de apreciación libre.

Sin embargo, por extraño que parezca, cuando el Código Procesal Civil de 1993 se aparta de esta tendencia y se organiza en torno al principio de la apreciación razonada, desterrando el modelo de la prueba tasada, configura un texto de 840 artículos, con 117 dedicados a la prueba, es decir, con 13.9% de normas sobre materia probatoria, superando así al Código de 1912 en porcentaje de artículos sobre la prueba con relación al total del articulado. Esto puede deberse al rol absolutamente central que tiene el tema probatorio en el proceso, puesto que sin acreditación de hechos es imposible arribar a un veredicto, independientemente de la concepción filosófica o ideológica que se tenga sobre la posibilidad, conveniencia o pertinencia de descubrir la verdad de los hechos acaecidos.

2. LIBERTAD DE LA PRUEBA

La nueva Ley Peruana de Arbitraje establece el principio de libertad de prueba, es decir, casi no contiene regulaciones sobre la prueba,

(798) Por **LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA**: Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

las cuales, usualmente, se refieren a cuatro temas: “a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho”⁽⁷⁹⁹⁾.

Otras normas sobre prueba contenidas en la ley.

El hecho que se haya optado por el principio de libertad de prueba no significa que no pueda y deba haber alguna que otra norma que señale derroteros al tribunal arbitral. Ellas son las siguientes:

- En el artículo 8º, inciso 1, se precisa que “Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia [...]”.
- En el artículo 39º, inciso 2, se dice que “Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”.
- En el artículo 42º se establece que “El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito [...]”.
- El artículo 44º desarrolla íntegramente la prueba de peritos.
- El artículo 45º está dedicado a la colaboración judicial para la actuación de pruebas.
- El artículo 46º califica de parte renuente a aquella que no presente pruebas, y dispone que el tribunal arbitral puede continuar

(799) TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, ps. 359/360.

las actuaciones y dictar el laudo “con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición”.

En el artículo 47°, inciso 2, apartado d), se dispone que a través de una medida cautelar puede ordenarse a cualquiera de las partes “Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

Como se puede ver, se trata de normas encaminadas a lograr el avance del proceso arbitral, con excepción del artículo 44° dedicado a los peritos, pero no existe una enumeración de las pruebas que se pueden presentar, de la manera en que deben actuarse y de la forma en que deben ser evaluadas. Mientras el artículo 50° de la ley de arbitraje anterior especificaba lo que debía contener el laudo de derecho, y mencionaba explícitamente en el inciso 4 la “*Valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión*”, el artículo 56° de la ley actual dice tan sólo que “Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35°. El laudo se considera dictado en ese lugar”.

3. COMPARACIÓN DEL ARTÍCULO 43° CON EL EQUIVALENTE DE LA LEY DE ARBITRAJE ANTERIOR

Veamos ahora con mayor detenimiento la estructura del artículo 43°. Empecemos comparándolo con su antecesor, el artículo 37° de la ley anterior, que decía: “Facultad de los árbitros en cuanto a las pruebas. Los árbitros tiene la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. En cualquier etapa del proceso los árbitros pueden solicitar a las partes aclaraciones o informaciones. Pueden también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios. Tratándose de prueba pericial, pueden ordenar que se explique o amplíe el dictamen. Los árbitros pueden dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes. La inactividad de las partes no impide la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado. Los árbitros pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados”.

4. OPORTUNIDAD EN LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA

En el Perú, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 no disponía que las pruebas debían ofrecerse en los escritos de demanda y

contestación, sino en la etapa probatoria, que se desplegaba después de presentados estos escritos. La estación probatoria teóricamente duraba diez días prorrogables a cincuenta y sólo eran admitidas las pruebas que se ofrecían dentro de los primeros veinte días del término probatorio. Sin embargo, existían pruebas privilegiadas, como la confesión (artículo 364º) y los instrumentos (artículo 409º), que podían pedirse o presentarse en cualquier estado de la causa.

El Código Procesal Civil de 1993 tuvo una reacción muy enérgica contra esta concepción, que generó por cierto muchas corruptelas e incidió en la excesiva duración de los procesos. Actualmente los medios probatorios sólo pueden ser ofrecidos en los actos postulatorios, es decir, en la demanda, contestación, reconvencción y contestación de la reconvencción. Tratándose de las excepciones sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen o en el que se absuelven.

Una pequeña válvula de escape puede encontrarse en el artículo 374º referido a la apelación de sentencias. Aún así, este dispositivo resulta sumamente limitativo: (i) en primer lugar, sólo cabe ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios y únicamente en los procesos de conocimiento y abreviado; (ii) los nuevos medios probatorios deben estar referidos a la ocurrencia de hechos acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; (iii) o, si se trata de documentos, que estos hayan sido expedidos con fecha posterior al inicio del proceso. Y la válvula de escape es la siguiente: *“o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”*. Debe entenderse que se refiere a la anterioridad al inicio del proceso, pero este privilegio sólo vale para la prueba documental, porque, por mandato del inciso 1, en la estación de apelación las nuevas pruebas deben estar referidas necesariamente a hechos ocurridos después de concluida la etapa de postulación del proceso.

Por el contrario, tanto la ley de arbitraje anterior como la actual conceden a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad (artículo 37º de la Ley Nº 26572), o la admisión (artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 1071) de las pruebas. Por ello, es que la norma bajo comentario es tan importante, porque les permite a los árbitros aceptar nuevos medios probatorios en cualquier etapa del proceso.

En ambas leyes de arbitraje se usa la palabra “determinar”, en el sentido que los árbitros poseen el poder de hacer algo. En la ley anterior Nº 26572, este poder era para tres cosas: (i) admisibilidad (ii) establecimiento de la pertinencia de la prueba, y (iii) valor de la prueba. En

la versión actual se ha añadido el tema de la actuación, lo que resulta de gran trascendencia porque la mayor parte de las normas contenidas en los ordenamientos procesales modernos, como es el caso de nuestro Código Procesal Civil de 1993, están referidas a la actuación de las pruebas.

La determinación de la admisión de las pruebas la estamos interpretando en el sentido del tiempo de su ofrecimiento o incorporación, es decir, en el sentido de la oportunidad, pues un sector de la doctrina considera este significado dentro de la admisibilidad de la prueba, adicionalmente al de la legalidad o posibilidad jurídica del medio propuesto⁽⁸⁰⁰⁾. De este modo, le encontramos un lugar al tema de la oportunidad, término que no fue empleado ni en la Ley General de Arbitraje anterior ni en la actual.

5. LA PERTINENCIA

La pertinencia alude a que los medios probatorios deben referirse a los hechos que sustentan la pretensión. Serán no pertinentes los medios probatorios que se refieran a hechos no controvertidos, imposibles, notorios, públicos, afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, así como a hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario o al derecho nacional, todo lo cual está regulado en detalle en el artículo 190° del Código Procesal Civil. Al permitirse a los árbitros decidir acerca de la pertinencia, sin existir norma alguna como la reseñada, podría ser posible, en teoría, que los árbitros admitan medios probatorios referidos a hechos como los mencionados. Hay que hacer notar, sin embargo, que esta libertad probatoria consagrada en la nueva ley no puede conducir a situaciones irracionales o reñidas con el sentido común, como veremos más adelante.

6. LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA

La actuación de la prueba alude al ritual que usualmente se establece para su incorporación en el proceso, de manera que quede registrada y pueda ser conocida por las partes y los juzgadores. Nuestro Código Procesal Civil dispone que las pruebas se actúan en audiencia. El artículo 208°, modificado el año 2007 por la Ley N° 29056, es sumamente detallista: (i) las pruebas deben actuarse en un orden establecido; (ii) tratándose de la prueba de declaración de parte se empieza por la del demandado; (iii) cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del deman-

(800) DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1992, p. 68.

dante; (iv) la actuación de la declaración de las partes siempre será el último medio probatorio, etc. En sede arbitral se pueden obviar todos estos rigores, e, inclusive, podría darse el caso de que no se actúen en audiencia, pues el artículo 42º de la nueva ley dispone que “el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito”.

Siguiendo con el tema de la actuación, nuestro Código Procesal Civil, al tratar cada medio de prueba, contiene regulaciones, restricciones y prohibiciones que, en teoría, no son aplicables en sede arbitral, dada la libertad de los árbitros para determinar la forma de actuación de las mismas. Utilizo la expresión en teoría porque en los procesos arbitrales en los cuales los integrantes del tribunal son abogados, estos ya poseen una manera de hacer las cosas y es probable que empleen las formalidades del Código, no porque el Código sea norma supletoria, que no lo es, sino porque, entrenados como abogados con el Código Procesal Civil, y habiéndolo utilizado en el pasado o simultáneamente en procesos que se ventilan en el Poder Judicial y en los cuales han sido o son abogados, las formalidades del Código forman parte de su *know how*. Veamos algunos ejemplos de situaciones vinculadas con la actuación de algunas pruebas que están reguladas de manera precisa en el Código Procesal Civil, y que en un proceso arbitral podrán dejarse de lado, o adoptarse, según el libre arbitrio del tribunal:

A) En la prueba de declaración de parte:

1) Debe acompañarse a la demanda el pliego interrogatorio en sobre cerrado.

2) La declaración de parte es irrevocable.

3) El interrogado no puede usar ningún apunte o borrador de sus respuestas.

4) Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional. Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

B) En la prueba de declaración de testigos:

1) El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos.

2) En la actuación el juzgador debe hacer determinadas preguntas a los testigos, como por ejemplo si tienen amistad o enemistad con al-

guna de las partes, o interés en el resultado del proceso, o si son acreedores o deudores de alguna de las partes.

3) Cada litigante sólo puede ofrecer hasta tres testigos por cada hecho controvertido y en ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis.

4) Es prohibido que declaren como testigos determinadas personas, como el que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juzgador afecte su idoneidad, el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero (¿?) de afinidad⁽⁸⁰¹⁾, el que tenga interés directo o indirecto en el resultado del proceso.

C) En la prueba de documentos:

1) Cuando un escrito no produce convicción por sí mismo se convierte en un principio de prueba escrita, siempre que concurren dos requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y que el hecho alegado sea verosímil.

2) Cuando en algún documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria.

3) Se regula con esmerada precisión desde cuándo un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso.

4) Existe una normativa muy detallada sobre la forma del reconocimiento, el reconocimiento por representantes, el de impresos, el de documentos no escritos, el cotejo y la exhibición.

La pericia contiene también normas detalladas y complejas, como es el caso del nombramiento de peritos y la aceptación del cargo, pero que escapan a esta parte del comentario por existir norma expresa sobre el tema en la ley de arbitraje.

Finalmente, en el Código se regula la actuación de los sucedáneos de los medios probatorios, la prueba anticipada (que es ajena al proceso arbitral) y se norma lo que el Código ha dado en llamar cuestiones probatorias, y que se refieren a la tacha contra testigos y documentos y a la oposición a la actuación de la declaración de parte, la exhibición, la pericia y la inspección judicial. En todas estas materias el tribunal arbitral goza de entera libertad para admitirlas, actuarlas y evaluarlas.

(801) La referencia al pariente dentro del tercer grado de afinidad debe ser un error. En nuestro ordenamiento se trabaja hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad.

En mi opinión, al establecerse el criterio de libertad de prueba en la nueva Ley Peruana de Arbitraje, y al regularse de manera explícita en el artículo 34° cuáles son las normas supletorias, entre las cuales no se encuentra el Código Procesal Civil⁽⁸⁰²⁾, las disposiciones mencionadas líneas arriba pueden omitirse en sede arbitral, o variarse por disposición de los árbitros, salvo la referida al secreto profesional y a la prohibición de autoinculpación, por provenir de la Constitución, de los pactos internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte signataria, o de normas imperativas. En efecto, el inciso 18 del artículo 2° de la Constitución define como derecho fundamental de la persona el secreto profesional (aplicable por extensión al secreto de confesión); el apartado g) del inciso 2 del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos dice que toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; finalmente, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal estipula en su inciso 2 que nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad⁽⁸⁰³⁾. También puede sustentarse esta ampliación de la no inculpación a los parientes en el artículo 3° de la Constitución, que establece que los derechos fundamentales no son un número cerrado, sino que pueden ampliarse para acoger a los de naturaleza análoga.

7. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ambas normas, la derogada Ley N° 26572 y la actual Ley Peruana de Arbitraje consagran el principio de libre valoración de la prueba. La Ley anterior lo hacía en su tercer párrafo y la actual en el primero. El Código Procesal Civil en su artículo 197° contiene la siguiente fórmula: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. La Ley de arbitraje precedente, aun cuando asumía la libertad de valoración en su artículo 37°, contenía algunas directrices en su artículo 50°, pues regulaba el contenido del laudo mencionando, como ya hemos visto, la “valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión” y los “fundamentos de hecho y de

(802) Más aún, la décima disposición complementaria de la ley establece lo siguiente: “Prevalencia. Las disposiciones procesales de estas normas respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil”.

(803) Nótese que en esta norma el parentesco por afinidad se extiende sólo hasta el segundo grado, pero se omite al concubino.

derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas”. En cambio, la ley actual sólo exige que el laudo sea motivado.

La libertad en la valoración de la prueba es hoy admitida en los ordenamientos procesales modernos, pues el principio de la prueba tasada o prueba legal ha sido dejado de lado en la medida que era el legislador más que el juez quien diseñaba un sistema para apreciar la prueba, aparte de que conducía a una acreditación de los hechos que podía diferir grandemente de la forma en que ocurrieron en la realidad. Independientemente del escepticismo que reina en algunos sectores de la doctrina sobre la posibilidad teórica de conocer la realidad, o la imposibilidad ideológica, o la imposibilidad práctica, o la irrelevancia de la verdad en el proceso civil, la decisión que se tome en un proceso “*nunca* es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa”⁽⁸⁰⁴⁾. Y para lograr esto, el sistema de la libre valoración de la prueba resulta el más idóneo.

El artículo 43° bajo comentario tiene sólo dos párrafos, mientras que el artículo 37° de la Ley anterior tenía seis: coinciden en el tema de la determinación de la admisión, pertinencia y valor de las pruebas aunque, como ya se ha visto, la versión actual agrega la valoración. Coinciden también en la facultad de los árbitros de ordenar pruebas de oficio. Finalmente, ambas en el último párrafo, coinciden en la facultad que tiene los árbitros de prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas. Sobre este último punto la Ley anterior agregaba: “*si se consideran adecuadamente informados*”, mientras que la actual emplea la frase: “*según las circunstancias del caso*”.

Respecto a materias contenidas en el artículo 37° de la ley anterior y no tratados en el artículo 43° de la versión actual cabe decir lo siguiente: (i) el segundo párrafo de la Ley anterior, referido a la facultad de los árbitros de solicitar a las partes aclaraciones o informaciones en cualquier etapa del proceso ha sido omitida, porque al tener los árbitros la facultad de ordenar pruebas de oficio, obviamente tienen la facultad de solicitar aclaraciones o informaciones, según el principio que dice que el que puede lo más puede lo menos; (ii) tampoco contiene el artículo 43° referencia alguna a la prueba de peritos, tratada en el cuarto párrafo de la ley anterior porque, como ya se ha visto, existe todo un artículo, el 44°, dedicado a los peritos; (iii) también se ha omitido el largo párrafo quinto, referido al vencimiento de plazos y a la prosecución del proceso no obstante la inactividad de las partes,

(804) TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 64.

porque se ha preferido dedicar todo un artículo, el 46°, al tema de la parte renuente.

Una anotación de menor importancia es que en el artículo bajo comentario se hace referencia siempre al tribunal arbitral y en el artículo similar de la Ley anterior se utilizaba la expresión “los árbitros”, lo que puede dar lugar a la equivocada impresión que el artículo 43° ha olvidado el arbitraje con árbitro único. Sin embargo, el artículo 6° de la nueva Ley Peruana de Arbitraje, al enunciar un conjunto de reglas de interpretación dice que cuando una disposición “*se refiera al tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros*”.

8. REFLEXIÓN FINAL

Un sistema de libertad absoluta de prueba como el consagrado podría hacer pensar que es proclive a fomentar la arbitrariedad del juzgador. Sin embargo, ello no es posible cuando existe un estándar para controlar su actividad y, en particular, su decisión. Ese estándar es la motivación, propio de un sistema racional. Fue Max WEBER quien caracterizó los procesos de creación y aplicación del derecho en (i) irracionales formales, que se ejemplifican con los oráculos y las oráculos. (ii) irracionales materiales, cuando la decisión de los casos, ante la ausencia de normas, depende de apreciaciones de índole ética, sentimental o política, como la justicia llamada del *cadí* o salomónica. (iii) racionales materiales, cuando existen normas, pero dotadas de imperativos utilitarios o de conveniencia, o postulados políticos, como ocurría en el régimen comunista que prevaleció en la extinguida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URRS). (iv) racionales formales, cuando las características jurídicamente relevantes son “obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas”⁽⁸⁰⁵⁾. Hoy en día todo el derecho occidental responde a estas características de racionalidad. En el caso bajo estudio, el artículo 56° de la nueva Ley Peruana de Arbitraje estipula que todo laudo deberá ser motivado. Y en el artículo 57° se añade que en el arbitraje nacional —se entiende que en el de derecho— el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia de acuerdo a derecho.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la libertad probatoria encuentra un límite en la noción de interdicción de la arbitrariedad, que

(805) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, 2ª ed., en español de la cuarta en alemán, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 511.

ha sido expresada en los siguientes términos por el Tribunal Constitucional:

“El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución), por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° in fine de la Carta Fundamental.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes”⁽⁸⁰⁶⁾.



Art. 44°.—Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

(806) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, p. 9. Encuentro un defecto en este razonamiento en la parte que sostiene que la jurisdicción arbitral se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales “como cualquier particular”. En primer lugar, hay una contradicción, pues al reconocer el Tribunal Constitucional el carácter jurisdiccional del arbitraje no lo puede equiparar con cualquier particular. En segundo lugar, el principio de interdicción de la arbitrariedad no sólo alcanza a los particulares, sino también —y muy especialmente— a los entes públicos. Más esclarecedora es la cita que figura en la página 11 bajo el numeral 30: “Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: ‘a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad” (Exp. N° 090-2004AA/TC).

3.2.2. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debidamente autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces y, si la decisión está redactada en idioma distinto al español, deberá acompañar una traducción simple.

3.2.3. Por último, el tribunal judicial peruano podrá denegar la solicitud de ejecución de la medida cautelar, si la misma es incompatible con las facultades reconocidas a los jueces peruanos, a menos que decida reformularla para ajustarla a sus facultades, siempre y cuando no la desnaturalice.

Se trata pues de una disposición de vanguardia que ubica al Perú entre los pocos Estados del mundo que regulan esta importante materia en pro del Arbitraje Internacional.



Art. 49°.—Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.

2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

COMENTARIO ⁽⁸⁵¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Antecedentes Legislativos.* 1.2. *Un simple cambio de nombre.* 2. *Aspectos de Procedimiento.* 2.1. *Concepto.* 2.2. *Requisitos Formales.* 2.3. *Requisitos Sustantivos.* 3. *Renunciabilidad.* 4. *Ámbito de Aplicación en arbitrajes de Conciencia o Equidad.* 5. *A manera de conclusión.*

(851) Por RICARDO LUQUE GAMERO: Socio de Hernández & Cía. Abogados. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

1. INTRODUCCIÓN

La norma materia de este comentario regula la posibilidad de solicitar o de realizar de oficio el reexamen de las resoluciones dictadas por un tribunal arbitral estableciendo, en principio, los requisitos de: i) ante quién se interpone; ii) quiénes lo pueden interponer o ejercer; iii) en qué plazo; iv) cuál es la forma de hacerlo; y, v) cuáles son las resoluciones respecto de las que pueden interponerse. Decimos en principio, ya que a lo largo de la norma sobre arbitraje existen una serie de excepciones que impiden la reconsideración tratándose de determinadas resoluciones que no constituyen laudos.

La forma en que está redactado el artículo 49º, eliminándose la mención a la palabra “recurso” podría dar lugar a pensar que no se está regulando un recurso procesal sino la consecuencia de éste, ya que establece la posibilidad de efectuar la reconsideración evitando la calificación de recurso al ejercicio de este derecho, lo cual, como veremos más adelante, podría derivarse del hecho de que el propio artículo posibilita la reconsideración de oficio, reconsideración que, en este caso concreto, no se derivará de un recurso.

Sin embargo, es claro que la reconsideración debe derivarse, en uno de los supuestos previstos en la norma, de la solicitud de una de las partes y tal solicitud no puede ser canalizada sino a través de un recurso, que es el mecanismo a través del cual una parte legitimada impugna un determinado pronunciamiento.

Es pues claro que al artículo 49º está regulando un recurso procesal, independientemente si ello fluye o no del texto expreso de la norma.

El artículo bajo comentario trae ciertas novedades respecto de la regulación que sobre el mismo asunto contenía nuestra legislación pasada en materia arbitral como son, el nombre mismo de la figura así como la posibilidad que la reconsideración se produzca de oficio.

Nuestra intención al comentar este artículo es determinar cómo es que se evalúa el cumplimiento de los requisitos antes mencionados o si el órgano arbitral puede exigir el cumplimiento de otros requisitos que no se encuentran en el texto expreso de la norma y que están dados por la doctrina que trata este tipo de impugnaciones, doctrina que se ha desarrollado en el ámbito procesal y que, como veremos más adelante, resulta pertinente, al menos en parte, para el análisis que debe hacer el órgano arbitral al recibir este tipo de alegaciones.

1.1. Antecedentes legislativos

Al igual que el artículo bajo comentario, contenido en el D. Leg. N° 1071, las regulaciones que lo han precedido en nuestra legislación sobre el arbitraje, siempre han previsto la posibilidad de impugnar aquellas resoluciones dictadas por un tribunal arbitral distintas al Laudo.

En efecto, desde la regulación contenida en el Código de Procedimientos Civiles de 1912⁽⁸⁵²⁾, pasando por el Código Procesal Civil de 1994⁽⁸⁵³⁾ (cuyas normas sobre la justicia arbitral nunca entraron en vigencia) hasta las normas contenidas en el Decreto Ley N° 25935⁽⁸⁵⁴⁾ y, finalmente, en la Ley N° 26572⁽⁸⁵⁵⁾, el legislador nacional siempre concedió a las partes la posibilidad de interponer recurso de reposición contra las resoluciones distintas del laudo.

Ahora bien, es claro que la reposición a la que se refería el legislador era el recurso reconocido y establecido por la norma procesal en vigencia, por lo que su aplicación, interpretación y desarrollo doctrinario estaba íntimamente ligado a la concepción que la regulación adjetiva tenía sobre el recurso de reposición.

En otras palabras, el recuso de reposición contenido en las disposiciones sobre arbitraje era y debía ser interpretado de conformidad con la jurisprudencia y doctrina procesal.

(852) Código de Procedimientos Civiles de 1912

“Artículo 564°.- Las providencias y autos se dictarán por mayoría absoluta de votos de los árbitros, o sólo de los concurrentes, si no es necesaria la asistencia de todos, conforme al artículo 558°.

Contra las indicadas resoluciones no cabe otro recurso que el de reposición ante los mismos árbitros”.

(853) Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 768

“Artículo 878°.- Recursos contra resoluciones

Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución”.

(854) Decreto Ley N° 25935

“Artículo 52°.- Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución”.

(855) Ley N° 26572

“Artículo 58°.- Recursos contra resoluciones.

Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la resolución”.

1.2. Un simple cambio de nombre

La norma bajo comentario ha dejado de lado el nombre “recurso de reposición” y ha optado por el de reconsideración, por lo que cabe preguntarse qué hay detrás de ese cambio de denominación y si es que el mismo implica un simple cambio, o si por el contrario el legislador ha querido romper con la visión procesalista del arbitraje y si es que ha logrado hacer ello.

Resulta útil tener en cuenta la Exposición de Motivos del D. Leg. N° 1071⁽⁸⁵⁶⁾ que señala:

“[...] Ciertamente es también que al lado de la ley han contribuido a este desarrollo, la apertura económica, la posición favorable del Estado para someterse a arbitraje, la aparición y/o consolidación de instituciones arbitrales, la proliferación de normas arbitrales en diversos ámbitos y *la creciente conciencia de los operadores de que el arbitraje opera con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil*” (énfasis agregado).

La misma Exposición de Motivos al tratar sobre la gestación de la Ley de Arbitraje indica:

“Para esos efectos, los elementos o principios que inspiraron la propuesta de esta reforma parcial de la ley arbitral de 1996, y que se mantienen en la nueva ley, fueron los siguientes:

a. Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas” (énfasis agregado).

Asimismo, al tratar sobre el artículo 34° de la nueva norma arbitral que se refiere a la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales, el legislador señala:

“Se reconoce asimismo la discrecionalidad de los árbitros para integrar los vacíos de las reglas pactadas o de la propia ley arbitral, sobre la base de los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral. *De esta manera se cierra cualquier ventana a la aplicación supletoria de la norma procesal civil que puede propiciar una ‘judicialización del arbitraje’*, lo que al ir en contra de los estándares internacionales, desincentiva a extranjeros a aceptar arbitrar en el Perú e incrementa el costo de los arbitrajes domésticos” (énfasis agregado).

(856) Inserta en la página Web del Ministerio de Justicia.

Por último, al comentar la Décima Disposición Complementaria que trata sobre la prevalencia de la norma especial de arbitraje sobre las disposiciones del código adjetivo el legislador expresa:

“La décima disposición establece que *las disposiciones procesales contenidas en la ley arbitral respecto de cualquier actuación judicial, prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil*, en particular en cuanto a los supuestos de excepción de convenio arbitral, ejecución del laudo, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, entre otros” (énfasis agregado).

Como vemos de la voluntad declarada del legislador, su clara intención ha sido romper el vínculo que existía, ya sea normativo o de formación de los operadores en el ámbito arbitral, entre los conceptos y normas procesales, básicamente las contenidas en los códigos procesales civiles, con las actuaciones que se dan en el proceso arbitral, de tal forma que en éste, sean las partes o los árbitros los que le den contenido a las instituciones que regula la norma arbitral.

Cabe pues cuestionarse si es que tal intención hace que aquellos que operan dentro del ámbito arbitral deban rechazar de plano el desarrollo, doctrinario o conceptual, que se ha dado a través de los años respecto de una figura o institución jurídica como lo es, en este caso concreto el recurso de reposición —reconsideración— que nace y se desenvuelve dentro del ámbito procesal.

En nuestro concepto, la ruptura querida por los legisladores no puede ser realizada de forma absoluta, ya que el ámbito arbitral, se desenvuelve innegablemente en un proceso y como tal, toma prestadas determinadas instituciones del derecho procesal que por tanto deben ser interpretadas, si bien de una manera congruente con el arbitraje, sin desatender principios básicos del proceso en general.

Si bien es cierto que el arbitraje tiene elementos propios y es justamente por ello que las partes optan por someterse a dicha alternativa para la solución de sus controversias, no deja de ser cierto también que el arbitraje es una jurisdicción y que en ella se manejan conceptos extraídos del derecho procesal del cual se deriva y se separa.

Por ello, cuando interpretamos una norma de contenido procesal debemos pues atender a lo que la doctrina en la materia ha escrito sobre ella, sin que ello implique la judicialización de la norma arbitral ni mucho menos que se estaría afectando la intención del legislador.

Como veremos más adelante, existen ciertas interrogantes que sólo pueden ser resueltas por el tribunal arbitral recurriendo supletoriamente a la doctrina procesal y al desarrollo de los conceptos que ésta ha producido en la aplicación de un acto procesal, como es

la impugnación de una resolución dictada en un proceso jurisdiccional.

Cabe señalar que incluso en cuanto al nombre del recurso se refiere, la doctrina procesal considera que el acto procesal del cual tratamos puede ser designado como recurso de Revocatoria, Reposición o Reconsideración, siendo que de conformidad con Abraham LUIS VARGAS: “A nuestro modo de ver, la denominación correcta es la de recurso de reconsideración, pues las demás compulsadas adolecen de distintos defectos que hacen impropio su uso, no obstante lo cual aceptamos de que la generalmente utilizada es la de recurso de reposición porque así ha sido plasmada en la mayoría de los Códigos Procesales del País [...]”⁽⁸⁵⁷⁾.

Consecuentemente, si bien creemos en la independencia del arbitraje respecto de las normas procesales civiles, también estimamos que tal independencia no debe ser llevada al extremo de rechazar la doctrina procesal que determinada institución ha generado, más aun cuando en determinadas situaciones los árbitros se ven en la necesidad de interpretar una norma de carácter procesal. Claro está que dicha interpretación deberá privilegiar los principios que regulan el ámbito arbitral y sólo en defecto de éstos, se tendrá que recurrir a conceptos procesales tradicionales.

Por ello, es que en el presente comentario, al tratar sobre los requisitos del recurso de reconsideración, traeremos a colación opiniones de carácter procesal sin que ello signifique, como ya lo adelantamos, que estamos judicializando al arbitraje sino, por el contrario, que estamos dándole un contenido a un acto que es esencialmente procesal.

2. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

De acuerdo con la prelación contenida en el artículo 34° del D. Leg. N° 1071, en lo que se refiere a los aspectos procedimentales que serán de aplicación, se señala que, en primer lugar, se debe estar a lo que establezcan las partes en ejercicio de la libertad de regulación que les concede la LA, las cuales podrán determinar los requisitos e incluso la procedencia del recurso de reconsideración; en caso no haya un pronunciamiento de las partes o un reglamento arbitral aplicable (por voluntad de las partes), serán el árbitro o los árbitros los que establezcan las reglas aplicables a un determinado proceso arbitral; en

(857) LUIS VARGAS, Abraham, “Recurso de reposición, revocatoria o reconsideración (tipicidad y atipicidad)”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Diciembre 2001, p. 303.

defecto de todo lo anterior, se aplicara tal cual la norma contenida en el artículo 49° del D. Leg. N° 1071.

Consecuentemente, en este escrito lo que pretendemos es un análisis de la norma tal cual está contenida en la LA, es decir, en el caso en que no se haya producido modificación o complementación alguna ya sea por decisión de las partes o de los árbitros.

En todos los supuestos antes mencionados y siempre que se presente alguna duda en la aplicación y procedencia del recurso de reconsideración, es que será necesario recurrir a la doctrina y principios procesales ya que como hemos visto, al ser éste un acto esencialmente de carácter procesal, será el desarrollo de principio y de doctrina procesal a los que deberá llamarse para resolver cualquier duda a dicho respecto.

Es por lo anterior que estimamos procedente que analicemos el tratamiento que la doctrina procesal le da al recurso de reconsideración —reposición—. Dejando en claro que el tratamiento o conceptualización de este medio procesal siempre estará mediatizado por el marco regulatorio del arbitraje, de tal forma que desechemos en nuestro análisis de todo aquello que es propio del proceso civil y que resulta incongruente o improcedente aplicar al proceso arbitral.

2.1. Concepto

Como hemos señalado en la parte introductoria estamos en presencia de un recurso procesal, por lo que recurriremos a las definiciones que han dado algunos tratadistas de aquel ámbito.

Como señala Alvaro ALIAGA GREZ, citando a FERNANDO ALESSANDRI: “El recurso de reposición ha sido definido como el medio que la ley concede a las partes para pedir la modificación de un auto o decreto al mismo Tribunal que los dictó”⁽⁸⁵⁸⁾.

Por su parte, Abraham LUIS VARGAS⁽⁸⁵⁹⁾ al conceptuar este recurso indica que el mismo es “[...] un acto procesal que abre un procedimiento recursivo autónomo por medio del cual un sujeto procesal legitimado postula a través de nuevos argumentos el reexamen de la parte dispositiva de una resolución o en el procedimiento”.

(858) ALIAGA GREZ, Alvaro, *Los Recursos Arbitrales en el Juicio Arbitral*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 34.

(859) *Op. cit.*, p. 300.

Miguel Ángel FERNÁNDEZ⁽⁸⁶⁰⁾, conceptúa al recurso de reposición como “[...] el recurso ordinario, no devolutivo, por el que se pide al mismo Juez que dictó una resolución interlocutoria que la revoque y la sustituya por otra favorable (o, más favorable) al recurrente. Reponer tiene un significado general sinónimo de retrotraer a un estado anterior, pero en Derecho procesal significa, también, reformar el contenido de una decisión [...]”.

Es claro que las mencionadas definiciones están imbuidas de conceptos derivados del proceso civil, pero resultan útiles para contrastarlas con la esencia del proceso arbitral y usarlas al momento de optar por una definición del recurso de reconsideración contenido en el artículo 49º bajo comentario.

En efecto, siguiendo a los citados autores, y atendiendo a la naturaleza del arbitraje, podemos definir a la reconsideración como el acto procesal en virtud del cual, por atribución de la Ley, las partes o el órgano arbitral pueden, dentro de determinado plazo y por razones debidamente motivadas, solicitar la modificación o revocación o modificar o revocar de oficio, en su caso, la parte decisoria o resolutoria de una resolución dictada por el órgano arbitral.

De la definición antes anotada se derivan requisitos de tiempo, lugar y forma de la reconsideración, así como requisitos sustantivos que deben cumplirse para que la petición de reconsideración pueda ser admitida por el órgano arbitral o que la resolución de oficio que dicte el tribunal arbitral pueda ser considerada válida.

2.2. Requisitos Formales

En cuanto al lugar se refiere, el artículo no deja duda alguna: el recurso debe presentarse ante el propio tribunal u órgano arbitral que expidió la resolución objeto de la impugnación.

El problema se presenta cuando la resolución objeto de la reconsideración no ha sido emitida por el tribunal que debe conocer de la petición, lo cual se puede dar cuando una determinada resolución no ha sido emitida por todos los árbitros sino como admite la norma arbitral, ha sido emitida por la mayoría de éstos.

En el caso planteado y siendo que la reconsideración importa la revisión o reexamen de una decisión, ésta sólo la pueden realizar los mismos árbitros que dictaron la resolución materia del recurso, por ello creemos que en este supuesto, el árbitro o árbitros que no parti-

(860) FERNÁNDEZ, Miguel Á. y Santos DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1995, p. 239.

cuparon de la resolución impugnada no deberían participar de la resolución que decida sobre dicha impugnación, ya que propiamente el o ellos no pueden “re-considerar” —volver a considerar— algo que previamente no consideraron.

Los problemas se presentan cuando tratamos de los requisitos de tiempo y de forma ya que ante ellos, la norma contenida en el artículo 49° del D. Leg. N° 1071 presenta ciertos vacíos o imprecisiones.

En lo que se refiere al tiempo de presentación del recurso de reconsideración, queda claro que las partes tienen tres días, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución que se pretende impugnar, para presentar el correspondiente recurso, sea que esta resolución haya sido dictada en una audiencia o no, ya que la norma no prevé la reconsideración verbal que sería aquella que se presenta frente a una resolución o decisión tomada en el transcurso de una audiencia. A este efecto, para permitir el uso del derecho a la reconsideración, el tribunal arbitral que haya dictado una resolución en una audiencia en la cual no participó una de las partes deberá cumplir con notificar con el Acta de dicha audiencia a la parte ausente, ya que de otra manera estará impidiendo el ejercicio de este derecho.

Por otro lado, el artículo en cuestión contiene un vacío cuando se trata de la reconsideración de oficio, ya que no establece un plazo dentro del cual el órgano arbitral puede ejercer la atribución de reconsiderar una decisión tomada.

Atendiendo al principio de la impugnación privada, en virtud al cual el juzgador está prohibido de reexaminar las resoluciones que haya emitido, la doctrina procesal rechaza cualquier posibilidad de modificación después de que la decisión ha sido notificada a las partes, con excepción de aquellos supuestos de *error in procedendo* que violente normas del debido proceso, en cuyo caso —excepcional— el juzgador estará en capacidad de anular de oficio la decisión adoptada. Ello, en nuestra opinión, debiera ser admitido en el ámbito arbitral, ya que resultaría absurdo que se mantuviese una resolución que por sus características posteriormente vaya a ser materia de una posible causa de anulación o de no reconocimiento de un Laudo.

El artículo 49° no ha señalado límite alguno al tribunal para que éste reconsidere una resolución de oficio, por el contrario, ha colocado la facultad del tribunal al mismo nivel de la que le atribuye a las partes. Es claro, sin embargo, que dicha facultad no podría ser ejercida cuando, reconsiderando de oficio, se afecte el derecho a la defensa o al debido proceso.

Si el legislador lo que quiso, como en efecto así lo ha hecho, es permitir que determinadas resoluciones o decisiones puedan ser modificadas de oficio incluso después de haber sido notificadas, debió haber regulado en forma expresa la institución de la nulidad de los actos procesales practicados por los árbitros, más no conferir a éstos la posibilidad a que de oficio “impugnen” lo que ellos mismos habían previamente resuelto.

Al haber conferido a los árbitros la posibilidad de promover reconsideraciones, creemos que ésta debe ser ejercida con mucho cuidado y sólo limitarse a casos en los que la resolución cuestionada afecte un derecho elemental de las partes como puede ser el derecho de defensa o el debido proceso.

Atendiendo a consideraciones de seguridad jurídica, no creemos que la facultad del órgano arbitral de reconsiderar una decisión tomada y notificada a las partes no deba tener un límite temporal para su ejercicio; a nuestro modo de ver, la reconsideración de oficio debiera ser realizada dentro del mismo plazo que tienen las partes para plantear la reconsideración, es decir, que los árbitros podrán reconsiderar su decisión sólo dentro de los tres días después de que la misma fue notificada a las partes.

Admitir, sobre la base de la flexibilidad del proceso arbitral, que la facultad de los árbitros para reconsiderar de oficio sus propias resoluciones no tiene un límite temporal, supondría violentar la seguridad jurídica perseguida, y un proceso (incluso el arbitral) sin seguridad, es un proceso gobernado por la anarquía. Como señala Cesar CORONEL JONES⁽⁸⁶¹⁾ “[...] el arbitraje posee una innegable trascendencia procesal, pues en último término se trata de un proceso en el cual se deducen y debaten pretensiones, se producen y valoran pruebas y se adjudican o resuelven disputas sobre hecho y derechos. Y como proceso, aun siendo dirigido y sustanciado por jueces privados y reglas distintas, no puede escapar a esa ética común a todo proceso que obliga a respetar garantías fundamentales como el derecho de defensa, la igualdad procesal o el principio de contradicción. Por ello, lejos de prescindir del derecho procesal, los árbitros y las partes deben conocerlo y aplicar sus principios aún más que en el curso de un juicio ante tribunales ordinarios”. Agregando el mismo autor, “Naturalmente, el derecho procesal no equivale a rito ni formalismo, como tampoco flexibilidad procesal equivale a anarquía”.

(861) CORONEL JONES, César, “Arbitraje y Procedimiento”. En: *El Arbitraje en el Perú y El Mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, 1ª ed., Ediciones Magna, Lima, 2008, p. 366.

En tal sentido, el plazo para la reconsideración de oficio es el mismo que la LA le concede a las partes, lo cual incluso se encuentra en congruencia con la facultad que la misma ley en su artículo 50°, inciso f) le concede a los árbitros para interpretar, rectificar o integrar el laudo, estableciendo en este supuesto un plazo para ejercer tal atribución. Es claro pues que el ejercicio de una atribución tan importante como la reconsideración de oficio tenga un plazo determinado dentro del cual se debe ejercer y dicho plazo no debiera ser superior al cual la LA le concede a las partes. En todo caso, lo más recomendable es que al momento de definir las normas del proceso arbitral las partes o los árbitros regulen este derecho de manera expresa.

No está demás señalar que esta facultad de reconsiderar con límite de tiempo no está reñida con la posibilidad de que los árbitros, en determinados casos en los que ciertas decisiones sean manifiestamente nulas, puedan plantear la reconsideración a las partes y, atendiendo a lo que ellas establezcan, proceder a su reconsideración, en el ánimo de evitar que una nulidad grave pueda en el futuro afectar la viabilidad del proceso y por supuesto de su producto final que es el Laudo.

En lo que a la forma concierne, los árbitros deben exigir que las reconsideraciones presentadas por las partes deban ser escritas, dejando en claro en éstas la manifestación de voluntad de que se proceda a la revisión de determinada decisión y que dicha solicitud se encuentre debidamente motivada, requisito este último también de aplicación a la resolución que el tribunal emita de oficio.

2.3. Requisitos Sustantivos

Para que una reconsideración pueda ser admitida por el órgano arbitral, ésta deberá cumplir con determinados requisitos sustantivos que permitirán que el recurso sea admitido y finalmente encausado, a saber: i) que se presente por los sujetos que están legitimados por la norma; ii) que la reconsideración se encuentre debidamente motivada; y, iii) que la resolución en cuestión sea recurrible en reconsideración.

En lo que se refiere al primer requisito, es claro que la norma limita a los sujetos legitimados a aquellos que son consideradas “Parte” dentro del proceso y no concede la facultad a terceros que pudieran haber intervenido en el mismo como pueden ser testigos, peritos o cualquier otro sujeto que haya de una forma u otra participado en el proceso arbitral.

La norma es clara cuando limita su uso sólo a las partes y no podía ser de otra forma si entendemos que el proceso arbitral limita sus

alcances a aquellos que han decidido someterse al arbitraje, salvo la excepción a que se refiere el artículo 14° de la misma norma, en cuyo caso, dichos terceros no signatarios del convenio arbitral estarán siendo parte del proceso arbitral por aplicación de la ley.

En lo que se refiere a la motivación del recurso de reconsideración, debemos entender que este, además debe contener nuevas razones o argumentos que hagan que el tribunal reconsidere su decisión, parte de dicha motivación debe ser la demostración o alegación de un agravio a la parte que presenta el recurso, ya que de otra forma se prestaría el uso de éste a una posible forma de perturbar el avance del proceso. Con lo cual, no sólo deberán confluir en el recurso razones de orden jurídico (alegaciones de errores) sino que también deberá concurrir la existencia de un agravio o perjuicio que se produciría de mantenerse la resolución tal cual fue dictada originalmente.

Dada la naturaleza del arbitraje (instancia única), somos de opinión que la motivación exigida puede darse respecto de errores *in procedendo* o errores *in iudicando*. Es decir, que pueden ser materia del recurso de reconsideración tanto los errores de forma como de fondo, ello por cuanto en el proceso arbitral no existe regulada la institución de la nulidad de actos procesales y, por ello, el recurso de reconsideración debe englobar ambas posibilidades.

Por último, en lo que se refiere a las resoluciones que pueden ser recurribles en reconsideración, si bien el artículo 49° parecería amplio en dicho sentido y que su único límite sería el laudo final, debemos tener en cuenta que la propia ley establece ciertos casos en los que no se admite el recurso de reconsideración.

En primer lugar tenemos lo señalado por el inciso f. del artículo 6° que siguiendo las normas y usos internacionales, admite la posibilidad de la existencia de laudos parciales respecto de los cuales tampoco será procedente el recurso de reconsideración ya que, estas resoluciones constituyen en sí mismas laudos finales respecto de asuntos que las partes o los árbitros han estimado sean resueltas de manera previa al Laudo que defina la controversia principal.

La única excepción que podemos señalar respecto de la imposibilidad de plantear reconsideración respecto de laudos parciales, la podríamos ver en el caso de aquellas resoluciones que, teniendo forma de laudo, resuelvan solicitudes cautelares, ya que en dichos supuesto, a pesar que la norma aplicable (artículo 47°) reconoce que pueden ser materia de laudos parciales también reconoce que respecto de ella se puede presentar recurso de reconsideración.

Si tenemos en cuenta que las medidas cautelares en sede arbitral, a decisión de órgano arbitral, pueden estar contenidas en resoluciones que tengan forma de laudo, resultaría injusto para la parte afectada que solamente pueda recurrir en reconsideración si el tribunal no le dio, a su decisión cautelar, forma de laudo parcial, viendo negada dicha posibilidad cuando el tribunal decidió darle la forma antes mencionada. Es por ello que acertadamente el inciso 3 del artículo 47°, sin hacer distinción alguna, establece que dictada la medida cautelar, la parte afectada tiene el derecho de solicitar la reconsideración de la misma.

Así pues, en el caso de decisiones cautelares, aun en el supuesto que se le haya dado forma de laudo parcial, éstas serán pasibles de ser recurridas en reconsideración.

Por otro lado, vemos que en los casos de resoluciones que resuelven la recusación (artículo 29°); la remoción (artículo 30°); las excepciones (artículo 41°); o las que resuelven la interpretación, integración, rectificación; o, exclusión del laudo, tampoco pueden ser materia de reconsideración y que en todo caso la discusión respecto de ellas se podrá presentar en el recurso de anulación del laudo.

Vinculado a este tema, respecto de qué resoluciones son materia de reconsideración, también es necesario señalar qué parte de las resoluciones pueden ser materia de la reconsideración, es decir, si es que dicho acto procesal sólo cabe respecto de la parte resolutive o si también resulta procedente respecto de la parte considerativa de la resolución impugnada.

Al efecto, el artículo comentado señala que la reconsideración es respecto de las “decisiones” del tribunal, dando a entender que el razonamiento que tuvo el tribunal para tomar dicha decisión no podría ser materia de la reconsideración, interpretación ésta con la cual no concordamos, ya que si, como hemos visto, la reconsideración se aplica tanto en el caso de los errores *in procedendo* como en los incurridos *in iudicando*, y en este último caso resulta fundamental el raciocinio del tribunal para tomar determinada decisión, no vemos razón alguna para limitar la reconsideración sólo a la parte decisoria de la resolución y no atacar con este recurso la motivación que pudo tener el tribunal para tomar dicha decisión.

3. RENUNCIABILIDAD

Claro es que dentro de un convenio arbitral o al momento de decidir las partes las reglas a las que debe sujetarse el tribunal que conocerá de la controversia, las partes pueden optar por dejar de lado

la posibilidad o el derecho que les confiere el artículo 49°, es decir pueden establecer que no existirá la posibilidad de reconsiderar las decisiones del tribunal, o incluso pueden señalar que la reconsideración no podrá efectuarse de oficio. Es justamente la característica principal del arbitraje, su naturaleza, como medio alternativo de resolver una controversia, la de posibilitar a las partes decidir o escoger las normas de procedimiento que se aplicarán en el transcurso del proceso arbitral.

Si las partes pueden renunciar a la doble instancia, al decir que el laudo será inapelable, con mayor razón pueden renunciar al derecho de reconsiderar las resoluciones o decisiones del tribunal. El punto central en este caso es el de decidir si realmente será conveniente que dicha renuncia se produzca.

Como ya lo hemos esbozado, la razón principal de someterse a un arbitraje es que la controversia entre las partes sea finalmente resuelta en forma rápida, en la medida en que cada caso lo permita, mediante un laudo definitivo válido y ejecutable. Pues bien, el renunciar a la posibilidad de la reconsideración podría justamente atentar contra esta finalidad, ya que todas las decisiones del tribunal deberían ser materia del recurso de anulación, cuando los errores que se cometieron respecto de éstas pudieron ser salvados mediante la reconsideración, sea de parte o de oficio.

Otro tema importante es el vinculado a la renunciabilidad de la reconsideración que deriva del hecho de someterse a un reglamento arbitral determinado que no contemple en su regulación la facultad de la reconsideración. En este caso, creemos que tal opción de las partes no debe entenderse *per se* como una renuncia, salvo que dicha regulación (sin reconsideración incluida) haya estado vigente a la fecha en que se produjo la sumisión de las partes a dichas reglas.

En efecto, si como lo señala el inciso 4 del artículo 7° de la LA, el reglamento aplicable a un proceso arbitral es aquel vigente a la fecha del inicio del arbitraje, pudiendo darse el caso que a esa fecha la facultad de reconsiderar una decisión no esté contemplada pero si lo estuvo cuando las partes se sometieron a ellas. En este caso no podría interpretarse la existencia de la renuncia, ya que ésta debe ser expresa y tal requisito no se cumple cuando la variación de un reglamento en el tiempo excluyó la reconsideración. En este supuesto, deberá interpretarse que tal renuncia no se dio y que por tanto la norma del artículo 49° será de aplicación de manera supletoria en concordancia con lo dispuesto por el artículo 34°, inciso 2 de la LA.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN EN ARBITRAJES DE CONCIENCIA O EQUIDAD

La norma bajo comentario no contiene límite alguno que permita interpretar que se encuentra vedado el recurso de reconsideración contra decisiones tomadas por un árbitro de conciencia; en ese sentido, no compartimos la opinión de CAIVANO⁽⁸⁶²⁾ cuando señala que “[...] Esta conclusión [se refiere a la imposibilidad de presentar recurso contra las resoluciones de árbitros de conciencia o amigables compondores] se sustenta sobre la mayor flexibilidad procesal de que gozan y sobre la idea de que no cabe recurso alguno contra su laudo (arts. 771 del Cód. Nacional y 809 del Cód. de Buenos Aires) por lo que resultaría ilógico conceder recursos contra decisiones interlocutorias” (El agregado es nuestro).

Es claro que la opinión del tratadista argentino está basada en su propia legislación y dentro de ella guarda congruencia, pero justamente nuestra norma contradice lo antedicho por él, y sí permite que se presente reconsideración en el caso de decisiones distintas del laudo que tome un árbitro de conciencia, con mayor razón si tenemos en cuenta que la reconsideración puede presentarse respecto de errores *in procedendo* y no necesariamente por razones sustantivas.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, existen muchos temas vinculados al ejercicio del derecho a la reconsideración, sea de parte o de oficio, que son determinantes para un desarrollo eficiente y efectivo del proceso arbitral y que no están del todo claro en el texto de la norma, por lo que creemos conveniente que sean las partes o el tribunal, al momento de decidir las normas aplicables a un determinado proceso, quienes definan los límites y alcances dentro de los cuales se podrá hacer uso de esta atribución.



Art. 50°.—Transacción.

Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las

(862) CAIVANO, Roque J. En: *Arbitraje*, 2ª ed., ad hoc, Vilella Editores, Buenos Aires, 2000, p. 215.

actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

COMENTARIO ⁽⁸⁶³⁾

SUMARIO: 1. *Noción de transacción.* 2. *En materia arbitral la transacción debe resolver la controversia.* 3. *Solicitud de ambas partes.* 4. *Efectos.* 5. *Continuación del proceso respecto de lo que no fue objeto de acuerdo.*

1. NOCIÓN DE TRANSACCIÓN

Conforme a nuestro Código Civil, la transacción es un modo de extinción de las obligaciones (artículos 1302° al 1312°).

Conforme al Código Procesal Civil, la transacción es una forma especial de conclusión de un proceso (artículos 334° y ss.) y es también una excepción que el demandado puede plantear cuando lo que es objeto de la demanda ya ha sido materia de transacción (artículo 446°, inc. 10°).

En cuanto a su naturaleza, la transacción es un acto jurídico que, como señalan OSTERLING y CASTILLO, tiene condiciones legales comunes a todo acto jurídico pero dos que son propias de la transacción: debe mediar un asunto litigioso o incierto y supone el otorgamiento de concesiones recíprocas ⁽⁸⁶⁴⁾. Para el CC el asunto en cuestión puede ser un litigio o un tema incierto o discutible, en el que hay posiciones encontradas. Para el CPC, en cambio, debe existir ya un litigio, cuando menos una demanda judicial. La transacción concluye anticipadamente con el litigio.

(863) Por JORGE AVENDAÑO VALDEZ: Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados. Profesor Principal de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

(864) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, *Compendio de Derecho de Obligaciones*, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 780.

Es importante señalar que la transacción tiene carácter de cosa juzgada (CC, artículo 1302°). Esto quiere decir que lo convenido en la transacción no puede ser revisado por las partes en forma judicial o extrajudicial. Si se pretendiera lo primero, puede plantearse la excepción ya mencionada, que mata la acción.

2. EN MATERIA ARBITRAL LA TRANSACCIÓN DEBE RESOLVER LA CONTROVERSIA

Pasemos ahora al campo arbitral. La ley se pone en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo que resuelva total o parcialmente la controversia. Esto supone, desde luego, que el arbitraje esté en curso. Por lo demás el artículo bajo comentario dice textualmente que el acuerdo debe darse “durante las actuaciones arbitrales”. ¿Qué debemos entender por esta frase? En mi opinión, que ya debe haberse instalado el tribunal. Si sólo mediara la solicitud de arbitraje, aún no habría controversia ni se estaría tramitando el proceso arbitral. Desde luego que podría celebrarse una transacción pero ésta no quedaría regida por el artículo 50° de la LA sino por las reglas del CC.

El acuerdo de las partes debe resolver la controversia, total o parcialmente. En mi opinión esto deben expresarlo indubitablemente las partes en el pedido escrito que formulen al tribunal al amparo del artículo 50° que estamos comentando. Es decir, deben señalar cuáles puntos controvertidos o pretensiones quedan transigidos y cuáles no, si fuera el caso.

Ahora bien, el hecho de que la transacción se celebre dentro de un proceso arbitral no quiere decir que no se apliquen también las reglas generales contenidas en el CC. La norma de la ley de arbitraje que estamos comentando no toca este punto porque presupone la celebración de una transacción, con los requisitos y formalidades que ésta tiene.

3. SOLICITUD DE AMBAS PARTES

Para que surta efectos, la transacción o el acuerdo celebrado —sea total o parcial—, ambas partes deben solicitar al tribunal arbitral que expida una resolución con forma de laudo, poniendo fin al proceso en lo que corresponda.

En cuanto a la forma de la transacción, ella debe celebrarse por escrito, de acuerdo al artículo 1304° del CC. La transacción puede constar en el escrito que presenten las partes al tribunal, pero nada impide que esté contenida en un documento separado, ya sea público o privado.

El artículo bajo comentario dice que el tribunal arbitral hará constar el acuerdo de las partes en una resolución con forma de laudo “*si ambas partes lo solicitan y si el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse*”. El primer requisito lo veremos después. Ahora queremos comentar brevemente lo otro, es decir, aquello de que el tribunal podría tener motivos para oponerse. Me pongo en el caso de que la transacción carezca de los requisitos de ley o que el pedido de las partes fuese impreciso en cuanto a los alcances de la transacción. Pero en estas hipótesis no hay verdadera “oposición” del tribunal sino ausencia de los requisitos necesarios para aprobarla. En todo caso, la redacción de la ley es infeliz porque alude a la existencia de motivos que fundamentarían su oposición. No es en rigor una oposición porque ésta supone un interés de quien se opone, lo cual ciertamente no ocurre de parte del tribunal arbitral.

El segundo requisito es que el tribunal debe hacer constar el acuerdo en una resolución con forma de laudo que no contiene motivación. Esto último es obvio. La motivación está dada por la transacción misma y sus términos. El tribunal no tiene más que agregar.

4. EFECTOS

La norma dice que el laudo que acoge la transacción tiene la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia. La solución legal es conforme. En efecto, este laudo produce los efectos de una sentencia. Pero ¿por qué no se dijo que la transacción, una vez aprobada en el laudo, tiene la misma fuerza que cualquiera otra transacción? Es decir, tiene los efectos de cosa juzgada y puede dar lugar a una excepción, en la eventualidad de que se promoviera acción judicial sobre los puntos transigidos.

Un tema que plantea la norma bajo comentario es si este laudo podría ser objeto del recurso de anulación previsto en el artículo 62° y siguientes de la LA. En principio parece que no, dado que ambas partes involucradas celebraron la transacción y pidieron que se la aprobara mediante un laudo sin motivación. Pero de otro lado, el artículo 63° de la LA señala las causales que taxativamente pueden dar lugar a la anulación, entre las cuales podría invocarse por ejemplo las de los incisos (a) y (e).

A pesar de lo dicho, en mi opinión no cabría plantear la anulación porque la conducta del que la promoviera sería contradictoria con la transacción celebrada.

Otro punto es si alguna de las partes podría promover, en la vía procesal correspondiente, una acción de nulidad de la transacción funda-

da en alguna causal de nulidad del acto jurídico prevista en el Código Civil. Mi opinión es en sentido afirmativo porque la transacción es en verdad un acto jurídico. Por tanto, es pasible de la nulidad y anulabilidad previstas en el artículo 219° y ss. de dicho Código.

5. CONTINUACIÓN DEL PROCESO RESPECTO DE LO QUE NO FUE OBJETO DE ACUERDO

El segundo párrafo del artículo 50°, bajo comentario, contiene esta disposición que es obvia y que por tanto pudo no haberse consignado. Si el acuerdo fue parcial y ya se lo recogió en un laudo, es claro que si aun hay puntos controvertidos, respecto de éstos el arbitraje debe continuar.

Un comentario final. Llama la atención que la norma bajo comentario se refiera hasta tres veces al “acuerdo” que celebran las partes, omitiéndose el uso de la palabra transacción. Sólo se la utiliza en la sumilla del artículo 50°. Me niego a creer que esta omisión sea reveladora de una intención oculta. Probablemente se debe a una mayor inclinación de los autores de la ley al tema arbitral.



Art. 51°.—Confidencialidad.

Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será publicado, una vez terminadas las actuaciones.

TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

Art. 69°.—Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

COMENTARIO ⁽¹¹¹⁴⁾

SUMARIO: *1. Introducción 2. Importancia de la Autonomía de la Voluntad de las Partes. 3. Remisión a Reglas de Organizaciones Arbitrales e intervención del tribunal arbitral. 4. Consideraciones Finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 69° junto a otras disposiciones de la nueva Ley de Arbitraje, han recogido la esencia netamente privada del arbitraje. Se trata de reconocer la preeminencia de la voluntad de las partes en un aspecto básico del proceso arbitral: los costos y las reglas que deberán aplicarse en su determinación y atribución. La Ley reconoce a las partes la misma libertad de que gozan los agentes económicos en general para determinar el precio en una relación de servicios y las reglas para determinar su cálculo e imputación.

Mucho se ha escrito y se ha dispuesto sobre cuáles son los costos del arbitraje, cuáles son los costos que las partes pueden recuperar o deben rembolsar, quién debe asumir dichos costos y si se trata de un criterio absoluto de parte vencida o no. Asimismo, se han propuesto mecanismos para asignar o distribuir los costos de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad a ser ejercidos por el tribunal arbitral. Dichas reglas de alguna manera están reflejadas en las disposiciones contenidas en el Título VIII de la Ley.

(1114) Por **ALEJANDRO FALLA JARA**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El autor quiere agradecer especialmente la colaboración en la elaboración y redacción de este artículo a la señorita Mayra Bryce Alberti, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dichas reglas o parámetros sólo tendrán cabida, en defecto de un acuerdo expreso de las partes sobre dichas materias. Y ello porque estamos frente a una materia donde no existe razón para limitar o poner restricciones al ejercicio de la libertad de los agentes económicos. No hay aquí —ni tendría porque haberlo— un esquema de “control de precios”.

2. IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

¿Por qué celebran las partes un acuerdo arbitral? Se trata de un derecho que ejercen las partes de hacer uso de su autonomía de la voluntad para poder determinar cómo se actuará y qué medidas se adoptarán frente a una eventual controversia. Las partes buscan plasmar de manera previa, qué reglas se adoptarán para resolver posibles controversias en el futuro.

Siendo que los intereses de las partes son los que se encuentran en juego, son ellas las que se encuentran en mejor posición para protegerlos. No se requiere aquí de la tutela del Estado, de un funcionario público o de algún tercero ajeno a la relación para tutelar sus derechos. En ese sentido, las partes buscarán negociar los acuerdos que mejor las favorezcan. De ahí la opción de someterse a un procedimiento arbitral en vez de un proceso judicial; las partes valoran el hecho de poder ser ellas mismas las que elijan las reglas del juego. Esto no sólo alcanza a las reglas del proceso o de designación de quienes van a decidir la controversia, sino también a los costos involucrados en el mecanismo y a la forma en que se asignaran los mismos a las partes.

En esta materia no se presenta razón alguna para expropiar —mediante una regulación— la libertad de los agentes de ponerse de acuerdo sobre el nivel y la forma de administración de los costos de un procedimiento arbitral. No hay aquí problemas de monopolio, de asimetrías de información o de elevados costos de transacción entre los involucrados que en otros contextos podrían justificar la introducción de una regulación que limita la libertad de una o de ambas partes. Así como regular el precio del pan no tiene ningún sentido económico en un contexto de libre mercado, tampoco lo tiene el imponer a las partes una regulación sobre los costos de un arbitraje y las reglas de imputación de los mismos en caso de que surja una controversia. Ello constituiría una restricción de la libertad de contratación de los individuos que no sólo carecería de justificación objetiva sino que además podría resultar cuestionable en el plano constitucional.

Los costos involucrados en un proceso arbitral pueden resultar elevados en razón a la entidad de la controversia involucrada. La falta de previsión de este tipo de aspectos podría conducir a resultados indeseables para quien por ejemplo “gatilló” el inicio de un procedimiento

arbitral con una expectativa diferente del nivel de los costos involucrados en el proceso: “La lavada puede salir mas cara que la camisa”. Pero, además de ello, la falta de acuerdo sobre el particular y de reglas que permitan llenar dicho vacío, podría dejar espacio para el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes destinadas a bloquear el desarrollo de cualquier mecanismo para resolver una discrepancia.

En ese sentido, parece necesario dotar a las partes, *ex ante* al surgimiento de cualquier conflicto, de cierta predictibilidad respecto de los costos del arbitraje y a las reglas que van a gobernar su distribución y atribución antes de que el conflicto surja.

Si bien pactar los costos del arbitraje con anterioridad puede favorecer a las partes con una mayor capacidad económica (*deep pockets*) debido a que pueden intimidar y eventualmente desincentivar a las partes económicamente más débiles de iniciar un proceso arbitral (si se pactan costos elevados), o puede elevar los costos de transacción debido a que la estimación de los costos puede resultar ser complicada antes de que surja una controversia, pueden establecerse reglas que derivan a ciertas instituciones o a los propios árbitros la determinación de los mismos bajo ciertos parámetros previamente determinados por las partes.

La Ley en esta parte ha reconocido que el tema de costos del arbitraje y las reglas que lo gobiernan se encuentran dentro de la esfera privada de las partes, quienes pueden atender a dichas materias directamente —estableciendo los costos de los procesos o señalando topes máximos, por ejemplo— o indirectamente, remitiendo su determinación a los propios árbitros o a terceros (costos y reglas de imputación recogidas en Reglamento de Centros arbitrales, por ejemplo).

Si bien la Ley de Arbitraje anterior (Ley N° 26572) contenía una regla parecida⁽¹¹¹⁵⁾, la redacción del artículo 69° de la nueva Ley pone

(1115) Ley N° 26572 - Ley General del Arbitraje

“Artículo 52°.- Costos del Arbitraje

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9° cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral”

mas énfasis en el derecho y libertad de los agentes para ocuparse de dichos asuntos (“Las partes tienen la facultad de adoptar [...]”) que contrasta con la anterior que ponía una mayor atención en la facultad de los árbitros (“Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio”).

Existen múltiples y distintas maneras de regular la determinación de los costos del arbitraje. Se trata entonces de que las partes diseñen o elijan libremente *ex ante* a la aparición de una controversia cuáles son las reglas que mejor se acomodan a sus intereses y sobretodo a sus posibilidades.

Así, MOSES recomienda que:

“Las partes deben negociar exactamente cómo será manejado el tema de honorarios y costos, eso es si serán los árbitros quienes tengan la total discreción para determinar quién paga los costos y los honorarios legales; si es la parte vencida quien automáticamente se ve obligada a lidiar con todos los costos del arbitraje así como los honorarios de los abogados de la parte que ganó; o, si será cada parte la que cubra sus propios gastos”⁽¹¹¹⁶⁾.

Lo anterior parece ser la medida más sensata y eficiente, después de todo, ¿quién mejor que la propia parte para conocer cuáles son sus límites respecto a los costos que en el peor escenario puede asumir? BERNSTEIN, TACKABERRY y MARRIOTT señalan en comentario que podría hacerse extensivo a la Ley peruana que:

“La norma deja entrever que son las partes las que deben acordar cuáles son los costos materia de reclamo, pudiendo acordar por ejemplo topes sobre hasta cuánto se puede reclamar”⁽¹¹¹⁷⁾.

En los casos de los Artículos 15° y 41°, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado.

(1116) MOSES, Margaret L., “The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”. En: *Cambridge University Press*, 2008, p. 48. Traducción libre del siguiente texto: “Parties should negotiate exactly how the issue of fees and costs will be handled, that is the arbitrators will have complete discretion in determining who pays the costs and legal fees, whether the losing party will automatically bear all costs of the arbitration as well as the legal fees of the prevailing party, or whether each party will bear its own costs and fees”.

(1117) BERNSTEIN, Ronald, John A. TACKABERRY y Arthur L. MARRIOTT, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*. Reino Unido: Chartered Institute of Arbitrators - Sweet Maxwell, 2003, p. 364. Traducción libre del siguiente texto: “The provision envisages that the parties may agree as to which costs are recoverable and may agree for example to place a cap or ceiling on recoverable costs”.

El permitir que las partes tengan la libertad de determinar los costos del arbitraje y las reglas que le son aplicables, no sólo parece ir de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes presente en todo arbitraje, sino que además parece plantear una solución eficiente al problema de la falta de predictibilidad de los costos del arbitraje frente a las partes.

Esta postura de la Ley peruana ha sido también incorporada en otras legislaciones como la mexicana. Así, GONZÁLEZ DE COSSÍO explica que:

“El Código de Comercio establece expresamente la libertad de las partes de convenir el método de reglamentación de las costas del arbitraje. Esta libertad puede ser ejercida ya sea directamente (mediante pacto expreso), o indirectamente (mediante una remisión a un reglamento arbitral). Es por lo general la segunda práctica seguida”⁽¹¹¹⁸⁾.

Como ya hemos mencionado, la libertad puede ser ejercida de manera directa o indirecta, de manera que no se niega la utilidad que pueden tener los reglamentos arbitrales ni los usos de de la jurisprudencia comparada. No se niega su utilidad siempre y cuando las partes hayan deliberado al respecto y hayan escogido de manera libre cuáles son las reglas que desean escoger para que se determinen los costos del proceso arbitral en el cual están involucradas.

Como bien ilustran REDFERN y HUNTER con BLACKABY y PARTASIDES, los usos varían; distintas legislaciones han adoptado distintas formas de determinar los costos y la distribución y asignación de los mismos. En Estados Unidos, por ejemplo, cada parte asume sus propios costos de honorarios de sus abogados⁽¹¹¹⁹⁾. En el Perú, sin embargo, nuestra Ley ha permitido que sean las partes mismas las que escojan de manera libre, cuáles serán los criterios y reglas para determinar sus costos.

3. REMISIÓN A REGLAS DE ORGANIZACIONES ARBITRALES E INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo con la LA las partes pueden fijar directamente el régimen aplicable a los costos del arbitraje o someterse a las reglas que sobre la materia se tengan establecidos en reglamentos arbitrales de ciertas organizaciones. En este último caso, como surge de la voluntad expresa de las partes, la decisión de remitirse a ciertas reglas preexis-

(1118) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 1ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 2004, p. 300.

(1119) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial La Ley, 4ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 553.

tentes es una expresión de la libertad de las partes para determinar los costos del arbitraje.

Y es que las organizaciones arbitrales suelen tener establecidas reglas muy detalladas en materia de costos del arbitraje; de hecho constituyen una variable muy importante en su esfuerzo por diferenciarse y captar preferencias de los interesados. Es por esto último que podrían existir y de hecho existen diferencias importantes en cada caso, no sólo respecto al nivel de los costos y forma de pago, sino inclusive respecto a la forma de atribución de los mismos.

Así, reglas tales como las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), delegan el poder de determinación de los costos arbitrales al tribunal arbitral del arbitraje en cuestión⁽¹¹²⁰⁾. La misma situación sucede en caso se sometan a las reglas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁽¹¹²¹⁾ (ICC por sus siglas en inglés).

A nivel local, no sólo hay diferencia en cuanto a los niveles de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria Arbitral, sino incluso respecto de la forma de pago de los mismos, las reglas de adelantos, y la forma como serán distribuidos entre las partes. El siguiente cuadro muestra las principales diferencias respecto del trato de los costos del arbitraje entre los reglamentos de arbitraje de los principales centros de arbitraje del Perú⁽¹¹²²⁾.

(1120) Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobado por Resolución 31/98 de Asamblea General de fecha 15 de diciembre de 1976.

“Artículo 38°.

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje [...]

Artículo 39°.

[...] 2. Si las partes han convenido en una autoridad nominadora o ésta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, y si dicha autoridad ha publicado un arancel de honorarios de árbitros en los casos internacionales que administre, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso”

(1121) ICC Reglamento de Arbitraje. Vigente a partir del 1 de enero de 1998.

Artículo 31°.- Decisión sobre los costos del arbitraje

[...] 3. El Laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas”

(1122) Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje del American Chamber (AMCHAM) Perú; y, Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Vigentes desde el 1 de setiembre de 2008.

	REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA	REGLAS DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE AMCHAM PERÚ	REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PUCP
Alcance de los Costos	Incluye los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro; los gastos administrativos del Centro; los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados; costo de asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme al Reglamento; y, los demás gastos Originados en las actuaciones arbitrales (artículo 57.2)	Incluye los honorarios y lo gastos de los árbitros; gastos administrativos del Centro determinados por el Secretario General conforme al arancel vigente; honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral; y, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (artículo 40.1)	Incluye los gastos administrativos del Centro; los honorarios de los árbitros; los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos, realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones del Reglamento; los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme al Reglamento; los honorarios razonables de las defensas de las partes; y, otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales (artículo 102)
Criterios para establecer los costos del arbitraje	La tabla de aranceles se aplica según la cuantía del arbitraje. Así, se determinan honorarios del Tribunal Arbitral; los gastos administrativos; y, los honorarios del Árbitro Único. Cuantías menores a US \$ 10,000 tienen costos con montos máximos; y, cuantías mayores a dicha cifra tienen tasas mínimas y máximas aplicables.	El Centro fijará los gastos administrativos de acuerdo a la cuantía de las pretensiones planteadas por las partes. Lo mismo sucede para el caso de los honorarios de los árbitros (artículo 91°-92°) En caso las pretensiones no fueran cuantificables económicamente, la Corte de Arbitraje fijará el monto correspondiente a los referidos gastos (artículo 93) En el caso de los árbitros únicos, sus honorarios, que correspondería a un árbitro al inte-	Los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros se basan en los aranceles del Centro. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá fijar dichos honorarios o gastos administrativos en un monto inferior o superior, si lo considerara justificado (artículo 40°. 3-4) Se precisa todo acuerdo entre los árbitros y las partes sobre honorarios será contrario a las Reglas del Centro.

rior de un Tribunal Arbitral colegiado, se incrementarán en un 20% (artículo 92).

Forma de Pago de los Costos del Arbitraje	Si bien el Reglamento no hace referencia a un momento oportuno, se hace referencia a lo pactado en el convenio arbitral (artículo 57) Asimismo, se establece que de no haber condena, cada parte cubrirá sus propios gastos y aquellos que sean comunes (honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; honorarios de los peritos designados por el Tribunal Arbitral; y, los gastos administrativos del Centro) serán divididos en iguales proporciones (artículo 57.4).	Toda demanda principal o reconvenzional estará sujeta al pago de un anticipo de gastos administrativos determinado por el Secretario General que no será reembolsable y se le imputará a cuenta de los gastos administrativos que le corresponda al demandante o demandando respectivamente (artículo 39.1) El Secretario Arbitral no tomará medidas sobre las demandas hasta efectuado el pago provisional.	La oportunidad del pago de los costos arbitrales se sigue por las reglas contenidas en el artículo 98: En el acto de instalación de los árbitros o en resolución inmediatamente posterior, los árbitros señalarán el importe correspondiente a los costos administrativos por la administración del arbitraje y los honorarios profesionales de los árbitros; el plazo para el pago de del íntegro de dichos conceptos es de diez (10) días, contados desde la fecha de la instalación de los árbitros, o de notificados con la resolución que los fija; tratándose de pagos derivados de una liquidación definitiva, los árbitros concederán a las partes, en la resolución que los requiere, un plazo de diez (10) días para efectuarlos; y, a solicitud de parte y de manera discrecional los árbitros pueden permitir que los pagos se hagan de manera fraccionada (artículo 98).
		El monto de la provisión puede ser reajustado en cualquier momento durante el arbitraje, especialmente cuando se trate de las modificaciones del contenido económico de la controversia, de la estimación de los gastos del árbitro, o la evolución del grado de dificultad y complejidad del asunto (artículo 39.5)	
		La provisión fijada por el Secretario General será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada; todo anticipo será considerado como un pago parcial de dicha provisión. No obstante, cualquiera de las partes podrá pagar la totalidad de la provisión de una demanda principal o re-	

convencional, si la otra parte no hace el pago que le corresponde (artículo 39.8).

Distribución de los costos del arbitraje	<p>Para efectos de la condena al pago de costos, se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se tomará en cuenta la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos (artículo 57.3)</p>	<p>El laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben ser asumidas por ellas sobre la base de criterios razonables.</p> <p>En caso el arbitraje termine sin la emisión del laudo final, el Secretario General fijará los costos tomando en cuenta la etapa alcanzada en el arbitraje y otras circunstancias pertinentes. (artículo 40.6-7)</p>	<p>Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje. Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considerase atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje (artículo 103).</p>
	<p>Cabe resaltar que lo anterior es siempre tomando en cuenta lo dispuesto por el Convenio Arbitral (artículo 57.1).</p>		

Dichas diferencias se explican, como en el caso de cualquier otro mercado, por un saludable deseo de competir entre dichas organizaciones. Tomando en cuenta las diferencias y las ventajas que representa para los usuarios el menú de opciones disponibles, parecería recomendable una evaluación detallada y comparativa de dichos aspectos de manera previa a la decisión de remitir dichos aspectos a los reglamentos de tal o cual organización. No hacerlo podría frustrar las expectativas de las partes en relación al mecanismo de solución de controversias adoptado y eventualmente favorecer el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes una vez que surja la controversia.

La nueva Ley dispone expresamente que sólo a falta de acuerdo entre las partes —sea porque no definieron su composición, límites o los criterios de atribución, o porque no se sometieron a los reglamen-

tos arbitrales de ciertas organizaciones— el tribunal arbitral dispondrá sobre la materia de costos. En tal escenario el Tribunal se encuentra sujeto a los parámetros establecidos en el Título VII de la Ley en materia de naturaleza y entidad y distribución de costos. La participación discrecional —dentro de los límites mencionados— de los árbitros para determinar los costos del arbitraje y los criterios aplicables para cumplir dicha función, parecen entonces cumplir un rol supletorio, sea porque existe un vacío en el convenio arbitral permitido libremente por las partes o sea porque estas así lo dispusieron expresamente en el mismo convenio arbitral.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual de lo que sucede en aquellos casos en los que no existe un monopolio regulado, la Ley reconoce la libertad de las partes de determinar los costos del arbitraje y las reglas para atribuirlos. En ese contexto, en manos de las partes se encuentra el impedir que aspectos vinculados con los costos del proceso frustren el desarrollo del proceso o cuestione la utilidad del mecanismo para resolver una controversia.



Art. 70°.—Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.**
- b. Los honorarios y gastos del secretario.**
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.**
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.**
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.**
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.**

COMENTARIO ⁽¹¹²³⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *¿Pueden las partes pactar en contra?* 3. *Oportunidad de fijación de los costos.* 4. *Conceptos incluidos y la*

(1123) Por CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE: Asesora Legal de la Alta Dirección y Secretario del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

problemática de los gastos de defensa. 4.1. ¿Dónde está la diferencia? 4.2. ¿Qué es lo razonable? 4.3. ¿Bajo los mismos criterios? 5. El “cajón de sastre”. 6. Apreciaciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Los aspectos relacionados con los costos del arbitraje y su distribución suelen ser de los más olvidados por los tribunales arbitrales. Típicamente, los tribunales arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la responsabilidad de las partes respecto del pago de los costos o gastos del arbitraje. La trascendencia de estos aspectos es frecuentemente subestimada.

Esto sorprende pues, desde una perspectiva económica, la cuestión puede ser muy relevante, equiparable incluso a la discusión sobre la cuantificación de la pretensión principal⁽¹¹²⁴⁾. De hecho, se ha dado el caso de arbitrajes internacionales en los que los montos reclamados por concepto de costos, incluyendo tanto gastos del tribunal como gastos de defensa, han implicado varios millones de dólares⁽¹¹²⁵⁾.

La regla general sobre distribución de costos del arbitraje está contenida en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje (LA)⁽¹¹²⁶⁾. El artículo 73° ofrece una guía clara de los criterios en base a los cuales debe efectuarse el traslado de costos del arbitraje entre las partes. De acuerdo con éste, la distribución de costos del arbitraje se hará según lo acordado entre las partes y, a falta de acuerdo, serán de cargo de la parte vencida. Sin perjuicio de ello, el tribunal arbitral está facultado a distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable según las circunstancias del caso. Al establecer esta regla, la norma sigue la tendencia marcada por la práctica reciente en la experiencia arbitral internacional en la que puede advertirse una mayor

(1124) Al respecto, ver por ejemplo GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”. En: *Michigan Journal of International Law*, N° 21, 1999-2000, p. 3.

(1125) A modo de ejemplo, en *PSEG Global Inc. v. la República de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), las partes en controversia reclamaron un total de US\$ 21 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por estos conceptos.

(1126) “Artículo 73°.- *Asunción o distribución de costos*

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

[...]”

disposición a aplicar la regla de “el perdedor paga” o de “los costos siguen al evento”⁽¹¹²⁷⁾.

Complementando la regla contenida en el artículo 73°, el artículo 70° materia de estos comentarios regula la oportunidad de la fijación y distribución de los costos del arbitraje por parte del tribunal. Asimismo, define los conceptos que conforman los costos del arbitraje y que deberán ser considerados por el tribunal para efectos de su fijación y distribución.

El antecedente inmediato del artículo 70° es el artículo 52° de la Ley N° 26572 que ya incluía una relación no limitativa de los diversos conceptos que podían verse comprendidos en la categoría general de gastos (ahora costos) del arbitraje, estableciendo que éstos podían ser objeto de condena o exoneración a las partes si es que en el convenio no se hubiese pactado nada al respecto⁽¹¹²⁸⁾. En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley del Decreto Legislativo N° 1071 se señala que las modificaciones en este punto buscan identificar con precisión los conceptos que comprenden los costos del arbitraje, cubriendo así deficiencias y vacíos de la legislación anterior.

(1127) En efecto, en fallos arbitrales recientes puede observarse una tendencia de los tribunales a aplicar la regla general de “el perdedor paga” o “los costos siguen al evento”, alejándose de la visión tradicional según la cual las partes debían asumir los costos del arbitraje en partes iguales y correspondía a cada una sus gastos de defensa. Al respecto, ver WEINIGER, Matthew y Niguel MACKAY, “Costs: Do Recent Trends Represent a Dramatic Shift in Tribunal Practice?”. En: *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2007, Issue 6. En el mismo sentido: WEINIGER, Matthew y Matthew PAGE, “Adding up the costs”. En: *Treaty Arbitration and Investment Disputes*, Noviembre 2006.

(1128) Ley N° 26572.

“Artículo 52°.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9°, cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral.

En los casos de los Artículos 15° y 41°, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado”.

2. ¿PUEDEN LAS PARTES PACTAR EN CONTRA?

El artículo 70° es claramente una regla dispositiva que se aplicará cuando no exista pacto contrario entre las partes. En efecto, las partes cuentan con la facultad de regular el procedimiento arbitral⁽¹¹²⁹⁾. Tal y como se reconoce en el artículo 73°, al dar prioridad al acuerdo de las partes sobre distribución de costos, la libertad de las partes de regular el procedimiento abarca el establecer las reglas bajo las cuales debe efectuarse la distribución o traslado de costos⁽¹¹³⁰⁾.

Si bien el artículo 70° no lo dice expresamente, la facultad de las partes de regular la distribución de costos incluye no sólo definir la regla que regirá la distribución, sino también aspectos regulados por el artículo 70°, tales como la oportunidad de la liquidación de los costos y su fijación por parte del tribunal y los conceptos que deben ser incluidos o excluidos.

3. OPORTUNIDAD DE FIJACIÓN DE LOS COSTOS

De acuerdo con el texto expreso del artículo 70°, el tribunal arbitral fijará los costos y determinará quién debe asumirlos —en base, claro está, a la regla contenida en el artículo 73°— al momento de laudar.

Es claro que la fijación y distribución de costos del arbitraje debe realizarse a la finalización del proceso arbitral. Recién en ese momento quedará determinado el monto total de los costos.

No obstante, nada impide que el tribunal establezca en el laudo las reglas para distribución de los costos pero reserve la decisión sobre su cuantificación para una decisión posterior. Esta práctica arbitral es coherente con el sentido que la LA le da al término “laudo” —para incluir laudos parciales—⁽¹¹³¹⁾ y con la práctica arbitral contemporánea. La determinación de la regla de responsabilidad por parte del tribunal,

(1129) LA, “*Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.*”

Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones [...].”

(1130) En la misma línea, explica CANTUARIAS, comentando la Ley anterior, que existe libertad de las partes para regular estas materias con las únicas limitaciones de que el pacto no sea contrario al orden público, vaya en contra de una clara intención de las partes o sea injusto en un extremo para las partes. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 335.

(1131) “*Artículo 6°.- Reglas de interpretación.*”

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo: [...] f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia”.

para luego cuantificar el monto específico en un laudo parcial posterior, es una práctica de uso frecuente. Además, dota de eficiencia al procedimiento, pues permite al tribunal solicitar y revisar únicamente el sustento que resulte pertinente para su decisión ⁽¹¹³²⁾.

4. CONCEPTOS INCLUIDOS Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS COSTOS DE DEFENSA

En cuanto a los conceptos que serán incluidos dentro de los costos del arbitraje, el artículo 70° precisa que estos son: (a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral (b) Los honorarios y gastos del secretario (c) Los gastos administrativos de la institución arbitral (d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral (e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje “propriadamente dichos”. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral ⁽¹¹³³⁾.

Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje “propriadamente dichos”, mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes. En este último punto, con buen acierto, la nueva norma ha adoptado una tendencia más abierta que deja campo para el traslado y recuperación de otros gastos en que po-

(1132) Sobre el particular, ver REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Constantine PARTASIDES y Nigel BLACKABY, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 551: “[El tribunal arbitral] puede solicitar a las partes que le proporcionen un detalle de los gastos respectivos antes de dictar el laudo para determinarlos en él; o puede abordar el tema de los gastos en un laudo final por separado, que limitaría la decisión que pretendió ser un laudo final sobre el fondo de la controversia a la categoría de laudo parcial”.

(1133) Para una definición de los costos del procedimiento arbitral y los gastos de defensa, ver GOTANDA, John Y., *Supplemental Damages in Private International Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998, ps. 146/147.

dría haber incurrido la parte ganadora para la preparación y presentación de su caso ante el tribunal, distintos de los honorarios de sus abogados (contratación de peritos o expertos, por ejemplo). La norma anterior, contenida en la Ley N° 26572⁽¹¹³⁴⁾, al referirse a las “retribuciones de los abogados de las partes”, no dejaba en claro la posibilidad de trasladar —y por tanto de que la parte vencedora recuperase— cualquier otro gasto en el que pudiera haber incurrido para efectos de su defensa en el arbitraje distinto de éstos.

De todos los conceptos incluidos como costos del arbitraje en el artículo 70°, el traslado de los gastos de defensa a la parte contraria es el que presenta mayores dificultades y ha recibido tratamientos más disímiles en la experiencia comparada. Como señala GOTANDA, “las partes suelen recibir sorpresas bruscas cuando se trata de reclamos con respecto a costos y honorarios de abogados. En algunos casos los tribunales arbitrales otorgan a la parte vencedora montos significativos mientras que en otros casos los tribunales otorgan poco o nada”⁽¹¹³⁵⁾.

En la experiencia comparada, los tribunales arbitrales parecen más dispuestos a trasladar los costos del arbitraje asumidos por una parte a la parte contraria, en contraste con el traslado de los gastos de defensa⁽¹¹³⁶⁾.

Así, por ejemplo, en un estudio de laudos dictados bajo las reglas CCI entre 1989 y 1991 se encontró que en el 81% de los casos materia de estudio se ordenaba a la parte vencida a asumir los costos del

(1134) “Artículo 52°.- Costos del Arbitraje.

[...] Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las *retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes*; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral [...].”

(1135) Traducción libre del siguiente texto: “Parties in international commercial arbitrations sometimes receive rude surprises when it comes to claims for costs and attorney’s fees. In some cases arbitral tribunals award the successful party a significant amount, while in other cases tribunals award little or nothing”. GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”, *op. cit.*, p. 1.

(1136) GOTANDA, John Y., “Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes”. En: *Transnational Dispute Management*, Vol. 4. Issue 6, 2007, ps. 12/14. En la misma línea, señalan REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES que “El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos[...]”. REDFERN y otros, *op. cit.*, p. 550.

arbitraje. Sin embargo, sólo en el 50% de estos casos se ordenaba a la parte vencida el pago de una porción de los gastos de defensa del ganador⁽¹¹³⁷⁾.

De manera similar, en un estudio sobre los casos CIADI litigados entre 1990 y 2006 se determinó que de 102 laudos, 54 de estos se pronunciaron sobre los gastos de defensa. Sin embargo, de estos 54, sólo 13 trasladaron estos costos a la parte contraria. En los demás casos cada parte asumió la carga de sus propios costos⁽¹¹³⁸⁾.

Si bien en algunos casos los gastos de defensa han sido colocados por los tribunales dentro del mismo saco que los costos del procedimiento arbitral (es decir se ha otorgado a la parte vencedora tanto costos del procedimiento y gastos legales)⁽¹¹³⁹⁾, en un gran número de

(1137) DERAIS, Yves y Eric SCHWARTZ. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Citado por GOTANDA, "Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes", ps. 12/13. Cabe señalar que bajo las reglas de la CCI, los tribunales fijarán en el laudo los costos del arbitraje y decidirán en que proporción deben ser cubiertos por las partes. Ver GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law*, p. 180.

(1138) FRANCK, Susan D., "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration". En: www.ssrn.com (SSRN-id969257), ps. 68/69. Las reglas CIA-DI dan discrecionalidad al tribunal para distribuir los costos del arbitraje entre las partes. Sin embargo, no contienen un lineamiento claro para evaluar los gastos de defensa. Como resultado, el otorgamiento de dichos costos por parte de los tribunales ha sido bastante irregular. Algunos tribunales han otorgado a la parte ganadora costos incluyendo gastos del procedimiento arbitral pero no gastos de defensa. En otros casos se ha otorgado a la parte ganadora montos por ambos conceptos. GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law*, p. 177.

(1139) Así por ejemplo, en *Methanex Corporation v. EE.UU.*, el tribunal ordenó a la parte perdedora el pago de los gastos del arbitraje incluyendo los gastos razonables de defensa de la parte ganadora. De manera similar, en *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos de México*, un arbitraje internacional llevado a cabo bajo las reglas de UNCITRAL, el tribunal decidió que Aun cuando las reglas arbitrales otorgaban discreción a los tribunales para adoptar una posición distinta del principio general según el cual "el perdedor paga", el marcador más objetivo para ambos tipos de costos (costos del procedimiento y costos de defensa) es el porcentaje de éxito de una parte. Dado que México no resultó vencedor en todos los aspectos del caso, se ordenó al inversionista a contribuir con el 75% de los costos del procedimiento arbitral y con el mismo *ratio* de los costos legales de México ascendentes a más de un millón de dólares. Más recientemente, en *ADC Affiliate Limited v. Hungría* (Caso CIADI ARB/03/16) el tribunal decidió que no existían motivos para apartarse de la regla de "el perdedor paga" que venía siendo aplicada por los tribunales CIADI y otorgó a los demandantes vencedores US\$ 7.6 millones por costos del arbitraje, incluyendo costos de defensa. El tribunal consideró dichos montos razonables a la luz de su experiencia en arbitrajes de inversión y las circunstancias particulares del caso. En *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. la Republica de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), el tribunal ordenó al demandado a cubrir un

casos, los árbitros han considerado que el traslado de los gastos de defensa y los costos del procedimiento ameritan distintos razonamientos. Así, existe un grupo importante de casos en los que los tribunales arbitrales trasladan los costos del procedimiento arbitral pero no los gastos de defensa o que establecen que cada parte deben cubrir sus propios gastos de defensa con independencia del resultado del caso⁽¹¹⁴⁰⁾.

De hecho, el principio según el cual “el perdedor paga” parece ser aplicado en mayor medida con respecto a los costos y gastos del tribunal pero no respecto a los gastos de defensa de las partes⁽¹¹⁴¹⁾. Incluso algunas reglas arbitrales, como es el caso de las reglas de UNCITRAL, hacen una clara distinción entre los criterios que deben aplicarse para trasladar los gastos de defensa y otros gastos del arbitraje⁽¹¹⁴²⁾. Así, el primer párrafo del artículo 40° del Reglamento de UNCITRAL contie-

65% de los costos y gastos de defensa incurridos en el arbitraje, ascendentes a un total de US\$ 13.6 millones.

(1140) Así por ejemplo, en *Siemens A.G. v. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/08, fecha de laudo 6 de febrero de 2007), el tribunal distribuyó los costos del procedimiento entre las partes, en un *ratio* de 75-25%, pero ordenó a cada una cubrir sus costos de defensa. De manera similar, en *Azurix Corp. v. Argentina* (caso CIADI ARB 01/12, Laudo del 14 de julio de 2006), el tribunal ordenó al Estado demandado (el perdedor) asumir prácticamente todos los costos del procedimiento. Sin embargo, declaró que cada parte debía de ser responsable por sus costos de defensa. En una decisión aún más controversial, en *Encana Corporation v República del Ecuador*, un arbitraje llevado a cabo bajo las reglas UNCITRAL (Caso UN 3841 Laudo de fecha 3 de febrero de 2006), el tribunal ordenó a Ecuador —pese a resultar vencedor— el pago de los gastos del arbitraje. Sin perjuicio de ello, no aplicó una regla similar en cuanto a los gastos de defensa ordenando a cada parte a cubrir sus propios gastos.

(1141) GOTANDA, John Y., “Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes”, ps. 12/14. En la misma línea, señalan REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES que “El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos [...]”. REDFERN, *et ali*, *op. cit.*; p. 550.

(1142) Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL
“Artículo 40°.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38°, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable”.

ne una regla de redacción muy similar al artículo 73° de la LA, según la cual el tribunal tiene amplia discreción para decidir sobre la distribución de costos. Aun cuando, en principio, los costos del arbitraje serán asumidos por la parte vencida. Sin perjuicio de ello, con respecto a los gastos de defensa legal, se establece en segundo párrafo que el tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, será libre de determinar que parte soportará los costos o distribuirá los costos si lo estima razonable. Nótese entonces que respecto de los gastos por defensa legal no se aplica inmediatamente la regla general de “el perdedor paga” como parece ser el caso bajo la ley peruana⁽¹¹⁴³⁾.

4.1. ¿Dónde está la diferencia?

Hay una serie de razones que justifican un tratamiento diferenciado de los gastos de defensa. En primer lugar, a diferencia de los costos del procedimiento arbitral, que son decididos o cuando menos controlados por el tribunal arbitral, los gastos de defensa son incurridos a sola discreción de cada parte. Así, se conforman luego de una serie de decisiones unilaterales tomadas por éstas como parte de su estrategia de defensa.

De ello se deriva que los gastos de defensa son asimilables a cualquier otro reclamo por daños. Corresponde a quien los solicita la carga de probarlos a satisfacción del tribunal⁽¹¹⁴⁴⁾. Ello a diferencia de los costos del procedimiento respecto de los cuales no suele existir —por encontrarse bajo la esfera de actuaciones del tribunal— controversia respecto de los montos de los mismos.

De otra parte, los gastos de defensa son difícilmente previsibles para la parte contraria, que no los conocerá hasta el final del proceso cuando se solicite a la o las partes que presenten el sustento correspondiente⁽¹¹⁴⁵⁾.

(1143) En este mismo sentido, algunos tribunales arbitrales han interpretado que existe en dicha norma una “sutil diferencia entre los dos párrafos, el primero enfatizando en el éxito y el segundo en *las circunstancias del caso*”. Ver por ejemplo *S.D. Myers v. Canada* (Laudo de fecha 30 de diciembre de 2002). En otros casos se ha interpretado que el segundo párrafo a diferencia del primero concede a los árbitros amplia discrecionalidad para distribuir costos (Ver *Thunderbird v. México*, cuya referencia ha sido incluida en la nota 16).

(1144) CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ª ed., París: ICC y Oceana Publications Inc., 2000, p. 394. En la misma línea, ver GOTANDA. *Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 47.

(1145) Así, explican CRAIG, PARK y PAULSSON, que el solo hecho que los montos finales de gastos legales sólo pueden ser conocidos al final del proceso genera una serie de problemas prácticos. CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 393.

En contraste, los costos del procedimiento arbitral serán conocidos antes del inicio del litigio. Este es el caso por ejemplo de los honorarios de los árbitros y de los centros arbitrales cuando son fijados en base a criterios pre-establecidos en reglamentos o guías de la institución. Cuando este no es el caso, son cuando menos conocidos y aceptados por las partes a lo largo del procedimiento. Si bien esta afirmación se relativiza ante un arbitraje *ad hoc* y aun cuando algunos gastos no son previsible de la misma manera (gastos de asistencia técnica, viáticos, servicios, gastos de oficina, entre otros), incluso en estos casos el tribunal arbitral suele solicitar a las partes dentro del proceso que expresen sus puntos de vista y de ser posible su conformidad respecto de los honorarios y gastos, antes de incurrir en los mismos. Ello sobre todo cuando son significativos⁽¹¹⁴⁶⁾.

Así, los gastos de defensa pueden ser, para la parte vencida, una “caja de Pandora” abierta al final del proceso que almacena costos no esperados ni esperables al momento de litigar.

Un problema adicional se presenta por la magnitud de los montos que suelen verse involucrados. Es sabido que los costos del procedimiento suelen ser bastante inferiores que los costos de defensa, que pueden alcanzar magnitudes impresionantes⁽¹¹⁴⁷⁾. Finalmente, en tanto dependen de decisiones de la parte, pueden manejarse en rangos muy distintos incluso dentro de un mismo proceso, dependiendo en las decisiones que cada parte adopte. ¿Qué pasa cuando una de las partes considera necesario requerir la ayuda de un perito o estudio de abogados internacional en un arbitraje local, multiplicando exponencialmente los costos promedio para un arbitraje de dicha envergadura? ¿Es admisible trasladar dichos costos aún si se aleja de la práctica usual del mercado y no es previsible para la parte contraria? ¿Debe confiarse para estos efectos en el análisis costo-beneficio realizado por la propia parte al momento de incurrir en dicho costo?

Los gastos de defensa presentan entonces una serie de problemáticas que no se plantean en el caso de los costos del procedimiento arbitral o del arbitraje propiamente dichos. Estas mayores dificultades están relacionadas, en grandes rasgos, con temas de prueba de

(1146) CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 392.

(1147) Algunos ejemplos resultan ilustrativos. El CIADI ha estimado que los costos de un arbitraje de inversión, excluyendo costos de defensa, es de alrededor US\$ 220,000. UNCTAD ha estimado que los gastos de cada parte para el tribunal son de aproximadamente US\$ 400,000. Sin embargo, los costos legales de defensa en un arbitraje internacional, incluyendo honorarios de abogados, están en el rango de 1 o 2 Millones de Dólares. UNCTAD, *Disputes on the Rise*, citado por FRANCK, *op. cit.*, p. 67.

los montos involucrados, con si estos gastos deben trasladarse en su integridad a la otra parte o solo parcialmente y, finalmente, bajo qué criterios debe seleccionarse qué proporción de estos será trasladada a la otra parte, de ser esta la decisión del tribunal.

4.2. ¿Qué es lo razonable?

Siguiendo una solución planteada por otras reglas arbitrales a nivel comparado, el artículo 70° parece responder a esta problemática al establecer un requisito adicional para la revisión de los gastos de defensa: que se trate de “gastos razonables”.

La inclusión de dicho término sirve como una suerte de “tope” para permitir al tribunal trasladar únicamente una porción de los gastos de defensa, de considerar que los gastos reclamados y sustentados son excesivos, teniendo en cuenta las características de la controversia.

Sin duda, la inclusión de este término deja un campo de discrecionalidad a cada tribunal que deberá determinar qué es lo razonable⁽¹¹⁴⁸⁾.

Nótese que el test de razonabilidad puede ser aplicado tanto respecto de las actividades cuyos costos se reclaman, como respecto de los montos reclamados por cada actividad⁽¹¹⁴⁹⁾, es decir que puede ser aplicado para evaluar tanto una valuación adecuada de los servicios contratados como la pertinencia del recurso de defensa.

En la experiencia internacional comparada, se han ensayado distintas interpretaciones sobre la “razonabilidad” de los gastos de defensa, algunas de las cuales han sido mayoritariamente rechazadas.

Así se han rechazado tests de razonabilidad basados en lo invertido por la parte contraria.

A modo de ejemplo, en el caso *CIADI ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited v. la República de Hungría*, el tribunal declaró que lo que se requiere para trasladar gastos de defensa es que el tribunal esté satisfecho con el sustento declarado, a la luz de las circunstancias del caso. El tribunal reconoció que podían existir discrepancias válidas entre los costos de una y otra parte intrínsecas a la estrategia de defensa o decisiones comerciales y/o legales de cada parte, que determinara que la estructura de costos de cada una de éstas fuese

(1148) CRAIG, PARK y PAULSSON, así señalan que “Sin embargo, los árbitros son completamente libres de determinar a su propia discreción lo que consideran como razonable”. CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 395.

(1149) CANTUARIAS, *op. cit.*, p. 342.

sustancialmente diferente pese a estar representadas por abogados similares⁽¹¹⁵⁰⁾.

La defensa de ambas partes en un caso no necesariamente será igual de compleja. Por el contrario, como regla general existirán dificultades de defensa inherentes a la postura que cada una de las partes ha adoptado, lo que determina de por sí una estructura de costos diferente.

De otra parte, no hay razón para presumir que la inversión realizada por la parte perdedora es “más razonable” que aquella utilizada por la otra parte. ¿Qué pasa si dicha parte tuvo una defensa floja o poco eficiente o si por su posición sobre los hechos la característica de su defensa era sustancialmente diferente?

Una de las opiniones más reconocidas en esta materia se encuentra en el voto singular emitido por el juez Holtzmann en un arbitraje seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos.

En su decisión, Holtzmann interpretó que constituyen elementos objetivos para efectos del test de razonabilidad el tiempo destinado por los abogados y la complejidad del caso. El razonamiento se sustenta en que el rango de tarifas horarias de los abogados es generalmente conocido y predecible y en que el tiempo razonable de un abogado para cumplir una tarea puede ser medido en base a la complejidad de la materia, el número de puntos involucrados en un caso y el volumen de evidencia que necesita ser analizada y presentada⁽¹¹⁵¹⁾.

(1150) Caso ARB/03/16. Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, “*In addition to the obvious good sense of the passage cited above there are a number of features in this case which justify the Tribunal in ordering the Respondent to reimburse the Claimants the full amount of their legal and other expenses of this arbitration. However, at the outset, the Tribunal should make clear that it is quite satisfied that the amount claimed for costs by the Claimants is reasonable in amount having regard to all the circumstances of this case. The Tribunal rejects the submission that the reasonableness of the quantum of the Claimants’ claim for costs should be judged by the amount expended by the Respondent. It is not unusual for claimants to spend more on costs than respondents given, among other things, the burden of proof. Although at the outset both sides were represented by top class international law firms, the Respondent changed counsel before the hearing and took on an able and dynamic younger legal team. The Respondent also engaged Dr. Hunt at the very last minute in place of its former expert firm NERA Consulting. All these factors can explain the discrepancy between the two sides’ costs and expenses.*”

(1151) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860, “*A test of reasonableness is not, however, an invitation to mere subjectivity. Objective tests of reasonableness of lawyers’ fees are well-known. Such tests typically assign weight primarily to the time spent and complexity of the case. In modern practice, the amount of time required to be spent is often a gauge of the extent of the complexity involved. Where the Tribunal is presented with*

Sin embargo, no debe entenderse que bajo el razonamiento del juez Holtzmann los tribunales arbitrales deben “validar” la eficiencia de las labores de los abogados y/o expertos involucrados en el caso o reemplazar las decisiones de los empresarios en su contratación. Holtzmann se cuidó de precisar que: “el Tribunal no debe negarse a considerar la realidad de que las facturas de abogados son usualmente presentadas primero a hombres de negocios. El hecho pragmático de que un hombre de negocios haya aceptado pagar una determinada factura, sin saber que el tribunal iba a reembolsar estos gastos, es un fuerte indicio de que el monto facturado fue considerado razonable por un hombre razonable gastando su propio dinero, o el dinero de la compañía para la cual trabaja. Este es un test clásico de razonabilidad”⁽¹¹⁵²⁾.

El razonamiento de Holtzmann ha sido seguido directa o indirectamente por una serie de tribunales arbitrales que se han visto en la necesidad de pronunciarse sobre la razonabilidad de los gastos de defensa. “Se trata de un criterio que sirve como pauta de sentido común respecto del método que deberían adoptar los tribunales internacionales en ejercicio de su discreción a la hora de determinar los gastos correspondientes en el laudo”⁽¹¹⁵³⁾.

Una crítica que puede hacerse a este razonamiento es que no existe necesariamente una relación directa entre el tiempo dedicado a un caso o una línea de argumentación y el valor de ese tiempo en cuanto a los resultados obtenidos en el caso⁽¹¹⁵⁴⁾.

copies of bills for services or other appropriate evidence, indicating the time spent, the hourly billing rate, and a general description of the professional services rendered, its task need be neither onerous nor mysterious. The range of typical hourly billing rates is generally known and, as evidence before the Tribunal in various cases including this one indicates, it does not greatly differ between the United States and countries of Western Europe, where both claimants and respondents before the Tribunal typically hire their outside counsel. (...) Just how much time any lawyer reasonably needs to accomplish a task can be measured by the number of issues involved in a case and the amount of evidence requiring analysis and presentation. While legal fees are not to be calculated on the basis of the pounds of paper involved, the Tribunal by the end of a case is able to have a fair idea, on the basis of the submissions made by both sides, of the approximate extent of the effort that was reasonably required”

(1152) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU. CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860 “Nor should the Tribunal neglect to consider the reality that legal bills are usually first submitted to businessmen. The pragmatic fact that a businessman has agreed to pay a bill, not knowing whether or not the Tribunal would reimburse the expenses, is a strong indication that the amount billed was considered reasonable by a reasonable man spending his own money, or the money of the corporation he serves. That is a classic test of reasonableness.”

(1153) REDFERN y otros, *op. cit.*, p. 552.

(1154) REDFERN, y otros, *op. cit.*, p. 551.

De hecho, el tiempo invertido o el volumen de pruebas tiene poco que ver con el monto en juego en la controversia.

De otra parte, la confianza en la decisión racional de un “hombre de negocios” —central en la opinión de Holtzmann— es válida siempre y cuando existan los incentivos adecuados para que las partes internalicen los costos de sus decisiones al asumir el costo de litigar. Si llevamos el razonamiento de Holtzmann al extremo, podrían generarse incentivos perversos para sobre-invertir en la defensa de un caso ante la expectativa de que dichos costos serán reembolsados por la parte perdedora a sola confianza de lo decidido por el empresario. Es decir, a mayor predictibilidad sobre la devolución de dicha inversión existiría menor razonabilidad.

4.3. ¿Bajo los mismos criterios?

El test de razonabilidad es sin duda una gran puerta de discrecionalidad para determinar los gastos de defensa que serán fijados y trasladados por el tribunal. Sin perjuicio de ello, ¿puede un tribunal optar por no distribuir gastos probados y razonables de acuerdo con la regla contenida en el artículo 73° (de acuerdo con la cual el pago de los costos del arbitraje corresponde a la parte vencida)?

Como se ha desarrollado, aún en los casos en los que se ha establecido una revisión a los costos de defensa basada en un “test de razonabilidad”, en la experiencia comparada existe una tendencia a aplicar criterios distintos para la distribución de estos costos y los costos del procedimiento arbitral.

Si bien el artículo 73° no deja en claro la posibilidad de aplicar una regla distinta para los gastos de defensa, dada la distinta naturaleza de ambos conceptos y la experiencia internacional comparada parecería razonable que así sea.

Los tribunales podrían, aún frente a gastos sustentados y razonables, hacer uso de la discrecionalidad que le otorga el artículo 73° para prorratear los costos de la manera que estime pertinente, en base a las circunstancias particulares del caso. Haciendo uso de esta discrecionalidad, podrían concluir que el prorrateo de los gastos de defensa se haga en distinta medida que el prorrateo de los demás costos del arbitraje, alejándose en cierta medida de la regla general de “el perdedor paga”.

Dicho en otros términos, aun cuando el tribunal esté satisfecho con la evidencia de los gastos de defensa presentada y considere dichos gastos razonables, no está obligado a aplicar la regla de que “el que pierde paga”.

5. EL “CAJÓN DE SASTRE”

Finalmente, cabe hacer una corta mención al inciso (f) que contiene una norma “cajón de sastre” que permite al tribunal incluir gastos por conceptos adicionales no enumerados en los demás incisos de la norma, siempre que se trate de gastos “originados en las actuaciones arbitrales”.

La flexibilidad en la redacción de este artículo y el tratamiento conjunto de los gastos del arbitraje y los gastos de defensa como “costos del arbitraje” permite que se incluya cualquier otro costo relacionado con el arbitraje que pudiera haberse quedado fuera de los incisos anteriores. Nótese que en este caso se ha puesto también como requisito la “razonabilidad” de dichos gastos, de manera similar a lo que ocurre con los gastos de defensa.

6. APRECIACIONES FINALES

La solución de controversias no se trata únicamente de quién gana o quién pierde. Para las partes, el verdadero costo del litigio incluye la cuantificación de distintos factores, entre ellos, del costo de tomar acciones (demandar o defenderse, respectivamente). Así, para las partes involucradas, una parte importante del caso tiene que ver con la distribución de costos y gastos. Un actor racional incluirá estos costos y el riesgo de su no recuperación en su análisis costo-beneficio al optar por iniciar un proceso, cualquiera sea la naturaleza de la pretensión que se discuta⁽¹¹⁵⁵⁾.

El hecho que el legislador se haya preocupado del tema de los costos del arbitraje es una señal importante hacia la predictibilidad del arbitraje en el Perú. Cuantificar y predecir los costos y beneficios de un arbitraje promueve la capacidad de los interesados de tomar decisiones informadas respecto de sus posibilidades y estrategias para resolver sus controversias. Con un panorama más completo de los costos del arbitraje y de cuándo y cómo los tribunales pueden estar inclinados a trasladar los costos del procedimiento o de defensa, las partes están en una mejor posición de tomar decisiones informadas sobre la resolución de sus conflictos⁽¹¹⁵⁶⁾.

(1155) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 66: “Dispute resolution risk is not simply a matter of winning, losing, and possible damages. The true cost of investment treaty conflict requires a quantification of other factors, such as the cost of obtaining a beneficial outcome. Rational actors should consider whether the cost of pursuing investor rights or defending government action is worth the benefit”.

(1156) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 70.

Cuando un tribunal analiza una pretensión por costos del arbitraje, generalmente, considerará tres puntos: (1) si tienen competencia o autoridad para otorgar costos del arbitraje (2) en base a qué regla deben distribuir dichos costos entre las partes y (3) cuál es el monto en cuestión⁽¹¹⁵⁷⁾. La nueva norma contenida en la LA cuenta con el mérito de haber dado claras directrices para el análisis central que deberán efectuar los tribunales arbitrales. Queda claro que, salvo pacto en contrario, los tribunales contarán con competencia para otorgar costos del arbitraje. Queda clara también la regla en base a la cual deberá efectuarse su distribución, por lo demás se ha adoptado una postura moderna acorde con la experiencia internacional. Asimismo, en el artículo 70° bajo comentario, la norma contiene una definición de los costos del arbitraje bastante más completa que la norma anterior y que establece con certeza los conceptos que pueden incluirse en la fijación y distribución de costos.

Hasta cierto punto, la existencia de este régimen garantiza que existirá uniformidad en las decisiones de costos del arbitraje pues existen reglas claras para que las partes en similares condiciones sean tratadas de manera similar.

No obstante, existen una serie de aspectos que quedarán a discrecionalidad de los tribunales arbitrales y que quedan pendientes para definir cuál será la tendencia en el traslado de costos arbitrales en nuestro país. Está aún por verse cuál será la interpretación de estas nuevas reglas y cuál será el resultado de su aplicación. De manera significativa, queda aún por verse las reglas que se aplicarán para el traslado de gastos de defensa. Así por ejemplo, está por verse cómo se interpretará el requisito de “razonabilidad” que la norma establece. Asimismo, está por verse cómo se aplicará la discrecionalidad con la que cuenta el tribunal para prorratear los costos y si se interpretará que existe o no una obligación del tribunal arbitral de distribuir los gastos de defensa aplicando la misma regla que para los costos del procedimiento arbitral (“el perdedor paga”, establecida por el artículo 73°).

Con estos aspectos pendientes, pese a los avances, está aún en manos de los tribunales que apliquen la norma el que ésta implique verdaderamente una mayor predictibilidad en el traslado de costos del arbitraje, que fomente la conciliación, se traduzca en un desincentivo para demandas maliciosas o ineficientes y, al mismo tiempo, dé legitimidad al proceso arbitral y actúe como un incentivo para la inversión de recursos razonables en los litigios arbitrales.



(1157) GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”, *op. cit.*, p. 3.

Art. 71°.—Honorarios del tribunal arbitral.

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

COMENTARIO⁽¹¹⁵⁸⁾

El artículo 71° de la LA dispone que los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera circunstancias pertinentes del caso.

El artículo bajo comentario tiene su antecedente en el artículo 19° de la Ley General de Arbitraje derogada, vale decir, la Ley 26572, el cual establecía que los árbitros serían remunerados, salvo pacto en contrario. Añadiendo que la aceptación al cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje.

Como se puede apreciar, el artículo 71° de la LA constituye un avance respecto de su antecedente, en la medida que establece con mayor precisión las reglas que se deben seguir, a los efectos de definir los honorarios del tribunal arbitral.

Una primera reflexión que merece esta norma, consiste en que su aplicación se hará mayoritariamente a los arbitrajes *ad hoc*, pues en éstos, a diferencia de lo que ocurre en la gran mayoría de arbitrajes administrados, no existe un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios del tribunal arbitral.

Por otro lado, este dispositivo se aparta del principio contenido en el artículo 1767° del CC, relativo a la retribución del locador en los contratos de locación de servicios, que establece si dicha retribución no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será

(1158) Por **JORGE VEGA SOYER**: Socio del Estudio Vega & Asociados Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

En otras palabras, si la LA no contuviera una norma equivalente a la de su artículo 71°, se debería aplicar el artículo 1767° del CC. Esto porque la relación entre el tribunal arbitral y las partes estaría regida por las reglas sobre contratos de prestación de servicios, bajo la modalidad de locación de servicios, en la medida que dicha relación podría ser asimilada a un contrato en el que los locadores, vale decir, el tribunal arbitral, sin estar subordinado a los comitentes, es decir a las partes, se obliga a prestarle sus servicios intelectuales para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, tal como se regula en los artículos 1764° y 1765° del CC.

Así las cosas, en ausencia del artículo 71° de la LA, y en aplicación del artículo 1767° del CC, si la retribución del tribunal arbitral no pudiese ser determinada según las tarifas profesionales o los usos, como sería el caso, por ejemplo, de un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios del tribunal arbitral, en la hipótesis de un arbitraje administrado, dicha retribución sería fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados por el tribunal arbitral.

De lo expuesto se aprecia que la eventual inexistencia del artículo 71° de la LA y, consecuentemente, la aplicación del artículo 1767° del CC, resultaría poco conveniente, ya que, como queda dicho, implicaría que el tribunal arbitral y las partes estarían frente a la situación de tener que determinar los honorarios a ser pagados en función de criterios bastante ambiguos.

Lo señalado en el párrafo que antecede obligaría a que las partes y el tribunal arbitral tuvieran que incurrir en un engorroso proceso de negociación, a los efectos de determinar los montos que las partes deben cancelar al tribunal arbitral por concepto de honorarios, lo cual no es lo más propicio al iniciar un proceso arbitral.

A partir de lo dicho, se aprecia la conveniencia del contenido del artículo 71° de la LA, el cual suple la aplicación del artículo 1767° del Código Civil, que, a todas luces, no resulta el más apropiado para regular este tipo de situaciones.

Otro aspecto que merece reflexión es el de los requisitos que el artículo 71° de la LA exige para el cálculo del pago de los honorarios del tribunal arbitral.

La norma bajo comentario establece como requisitos los siguientes: Que sean establecidos de manera razonable. Que se tenga en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el

tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

De ello se rescata una primera conclusión, como es que el principal criterio para determinar los honorarios del tribunal arbitral es el de razonabilidad. Obviamente, si estos honorarios no son razonables, sea porque son manifiestamente altos o bajos, con relación al tema en controversia, lo más probable será que no se arribará a un acuerdo entre el tribunal arbitral y las partes y, por lo tanto, el arbitraje no seguirá adelante.

De este criterio de razonabilidad derivan los demás que establece el artículo 71° de la LA, a los efectos de determinar los honorarios del tribunal arbitral.

Así pues, un elemento importante para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en el monto en disputa, ya que, por lo general, aunque no siempre es así, a mayor cuantía en disputa, más complejo será el caso a resolver. Consecuentemente, parece lógico afirmar que, cuanto más alta sea la materia en discusión, lo propio ocurra con los honorarios del tribunal arbitral.

No obstante ello, y dado que la cuantía del caso no puede ser el único criterio a tomar en cuenta para determinar los honorarios del tribunal arbitral, ya que sería perfectamente posible que un arbitraje en el que se discute un monto considerable sea sencillo de resolver, desde el punto de vista de los hechos o del derecho en controversia; o en el que se arbitra respecto de una suma relativamente baja, pero acerca de un tema jurídico que reviste gran complejidad; lo cual, a su vez, se traduce en un menor o mayor trabajo del tribunal arbitral, según sea el caso, el artículo 71° de la LA regula como un segundo criterio para definir los honorarios del tribunal arbitral la dimensión y complejidad del caso, ya que no es lo mismo que un tribunal arbitral resuelva acerca de un expediente de escasa documentación, en el que el tema controvertido es sencillo, a tener que pronunciarse sobre un expediente voluminoso, en el que la cuestión que se trae a arbitraje puede resultar siendo muy compleja. Incluso, se pueden dar situaciones especiales, en las que los aspectos de hecho pueden ser fáciles de asimilar, pero en las que lo realmente difícil se encuentre en el aspecto jurídico; o viceversa.

En la misma línea de lo expresado en el párrafo que antecede, se encuentra el criterio del tiempo dedicado por los árbitros al caso. Esto es así porque, como resulta obvio, será en función de la mayor o menor complejidad del caso que el tribunal arbitral tendrá que dedicar más o menos tiempo para su resolución, lo cual, a su vez, debe

traducirse en el pago de mayores o menores honorarios, según corresponda.

Igualmente, el criterio del desarrollo de las actuaciones arbitrales juega un rol importante en la fijación de los honorarios del tribunal arbitral, pues no es el mismo trabajo el que se tiene que realizar en un caso en el que se discuten fundamentalmente cuestiones de puro derecho, y en el que no se hace necesaria la realización de un número considerable de audiencias de actuación de pruebas, que uno en el que la controversia se basa en aspectos de hechos especialmente complejos, supuesto en el cual se hará necesaria la actuación de una gran cantidad de pruebas y, consecuentemente, el empleo de una mayor cantidad de tiempo de parte del tribunal arbitral.

Finalmente, un último criterio considerado por el artículo 71º de la LA para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. Definitivamente, este es un criterio residual y muy subjetivo, por lo que resulta algo difícil de explicar. En tal sentido, se podría pensar en algún caso en el que la complejidad del tema en controversia no sólo se aprecia desde un punto de vista jurídico; sino en su trascendencia en lo social o en lo político, lo que va a determinar una gran exposición pública del tribunal arbitral y ello, incluso, podría traducirse en presiones de tipo periodístico sobre el tribunal arbitral. Evidentemente, en estos casos los esfuerzos que deberá realizar el tribunal arbitral para la resolución del caso serán mucho mayores que en un arbitraje común y corriente, lo cual justifica el cobro de un honorario mayor.

No se puede concluir este comentario sin hacer una reflexión final, en el sentido de reiterar que el criterio que debe primar para establecer los honorarios del tribunal arbitral debe ser el de razonabilidad, y es en base a este criterio que se aplican los demás.

Por ello, los criterios del monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias, no deben ser entendidos como un orden excluyente; sino, por el contrario, en base a un criterio de razonabilidad, todos estos criterios deben ser analizados en su conjunto, dándole a cada uno un peso específico. De tal manera que los honorarios que finalmente se establezcan terminen siendo justos y aceptables, tanto para el tribunal arbitral como para las partes.

