TEMAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Rodolfo Guillermo Miranda Miranda

TEMAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Palestra Editores
Lima – 2023

345.721 **M63**	Miranda Miranda, Rodolfo Guillermo Temas de arbitraje internacional / Rodolfo Guillermo Miranda Miranda; 1a ed. - Lima: Palestra Editores; 2023. 354 pp.; 14.5 x 20.5 cm. D. L. 2023-11193 ISBN: 978-612-325-406-3 1. Arbitraje y laudo internacional 2. Arbitraje (Derecho comercial) 3. Gestión de conflictos 5. Casos

TEMAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL
Rodolfo Guillermo Miranda Miranda

Primera edición, noviembre 2023

© 2023: Rodolfo Guillermo Miranda Miranda
© 2023: Palestra Editores S. A. C.
Plaza de la Bandera 125 - Lima 21 - Perú
Telf. (+511) 6378902 - 6378903
palestra@palestraeditores.com / www.palestraeditores.com

Impresión y encuadernación:
Litho & Arte S. A. C.
Jr. Iquique 026, Breña, Lima
Noviembre, 2023

Diagramación:
John Paolo Mejía Guevara

Cuidado de estilo y edición:
Manuel Rivas Echarri

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-11193

ISBN: 978-612-325-406-3

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS. QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

A mis padres, Guillermo y Rosalba, porque gran parte de lo que soy es por su brutal esfuerzo de siempre ser unos excelentes padres.

¿Cómo no creer en el arbitraje? Si me ha dado los hijos y la mujer querida.

A Sociré, mi compañera de vida, por su amor, por sus risas, por su compañía

A mis niños, Luis Felipe y Mauricio Jesús. Con amor y con la inspiración que me dan para todo.

Contenido

PRÓLOGO
Fernando Cantuarias S. 13

AGRADECIMIENTOS 18

CAPÍTULO I. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE.....19

1. Inevitabilidad del arbitraje 23
2. Pro-arbitraje..... 28
3. *Kompetenz-Kompetenz* 36
4. Separabilidad del convenio arbitral 47
5. Arbitrabilidad 54
6. Cobertura 66
7. Congruencia 72
8. *In limine litis*..... 78
9. Igualdad, imparcialidad e independencia 84
10. Debido proceso y el derecho a presentar el caso 90
11. Autonomía, libertad y flexibilidad..... 97
12. Confidencialidad 106
13. Mínima intervención judicial e irrevisabilidad de fondo del laudo..... 112
14. Principio de buena fe y no agravación de la disputa 125

CAPÍTULO II. LA REDACCIÓN DE LAUDOS.....131

1. La redacción de laudos..... 133

2. Sobre la validez y eficacia del laudo..... 140

3. Sobre la validez del laudo..... 144

3.1. Arbitrabilidad..... 145

3.2. Cobertura del convenio arbitral o de la ley aplicable..... 150

3.3. Congruencia 152

3.4. Debido proceso 154

3.5. Especial mención a la normativa de contrataciones del estado peruana..... 155

4. Sobre la eficacia y ejecutabilidad del laudo 156

5. Sobre la redacción de los laudos 159

5.1. Los laudos deben ir en un formato y diseño que ayude a la comunicación efectiva de la decisión adoptada por el tribunal arbitral y que invite a la lectura de las partes y también de terceros..... 162

5.2. El laudo debe ser escrito siguiendo una secuencia narrativa fluida 163

5.3. Los árbitros deben considerar usar oraciones cortas 165

5.4. Los párrafos deben numerarse 165

5.5. El laudo debe incluir títulos y subtítulos informativos..... 165

5.6. Una tabla de contenidos resulta útil para laudos extensos..... 165

5.7. Cuando se usa terminología legal o técnica, ser lo más claros posibles 165

5.8. Suficiencia de información 166

5.9. No se deben adjuntar al laudo documentos extensos o hacer referencias a documentos anexos 167

5.10. Tener cuidado del título que se le pone al laudo 167

5.11. Sobre la forma y contenido de los laudos 168

6. Otras consideraciones 175

CAPÍTULO III. LAS AMPLIACIONES DE PLAZO EN LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN 179

1. Introducción..... 179

2. La razón de ser de la ampliación de plazo: definición y efectos..... 182

2.1. El plazo es un deber y derecho a la misma vez 182

2.2. Las ADP son remedios para eventos posteriores a la firma del contrato, no para curar plazos deficientemente negociados 183

2.3. Un esbozo de definición 186

2.4. Efectos 187

2.5. Un ejemplo sencillo..... 191

3. Presupuestos de la ADP 192

3.1. Asignación del riesgo..... 192

3.2. Diligencia y buena fe..... 192

3.3. Carácter exógeno..... 193

3.4. Evento posterior no previsible al momento de formular la oferta..... 193

3.5. Causalidad adecuada, impacto real y afectación a la ruta crítica 194

3.6. Principio de necesidad del plazo 195

3.7. Principio de formalismo 196

3.8. Principio de preclusión o de temporalidad..... 197

3.9. Deber de mitigación..... 197

4. Las ampliaciones de plazo en el derecho peruano 198

4.1. Código Civil 198

4.2. Contratación pública..... 204

5. Las ADP y los estándares internacionales 230

5.1. Cronograma y registro..... 230

5.2. Análisis contemporáneo 232

5.3. Demoras concurrentes..... 234

5.4. Relación entre la extensión del plazo y la compensación. Las cláusulas de *no damage for delay*..... 240

5.5. Mitigación de la demora y de los daños 243

5.6. Bases para el cálculo de la compensación económica derivada de la ADP 246

5.7. Periodo para la evaluación de la compensación 248

6. ¿Por cuánto plazo ampliamos? ¿Por el tiempo que duró el hecho generador o por el tiempo necesario para culminar la actividad impactada? 250

7. Breves notas sobre la aceleración 251

8. Breves notas sobre la disrupción..... 257

9. La contractualización de la ADP y temas relacionados 262

10. Propuesta: Las ADP preventivas: una suerte de saldo a favor del contratista..... 266

11. Conclusiones 268

12. Preguntas..... 269

CAPÍTULO IV. NOTAS SOBRE LA CULPA CONCURRENTE, LA ASUNCIÓN DEL RIESGO, LA EVITACIÓN Y LA MITIGACIÓN DE DAÑOS 273

1. Ubicación del tema..... 275

2. La culpa concurrente, la evitación y la mitigación de daños: conceptos, semejanzas y diferencias 276

3. Asidero normativo en el Perú 287

4. La asunción del riesgo 290

5. La carga de la prueba. La CC y la NO MD como parte de la gama de defensas del demandado 295

6. La CC y la MD en específico 305

6.1. Estados Unidos y el *common law* 305

6.2. La CC en el sector construcción especialmente en lo referente a las denominadas demoras concurrentes 307

6.3. La MD y la CC en la Convención de Viena y en los Principios UNIDROIT 309

7. La asunción del riesgo, la MD y la CC en arbitrajes de inversión 314

8. Casos de culpa concurrente o asunción de riesgo 315

8.1. *MTD v. Chile* 315

8.2. *Azurix v. Argentina* 317

8.3. *Occidental v. Ecuador* 318

8.4. *Genin v Estonia* 319

8.5. *Olguín v. Paraguay* 319

8.6. *Waste Management v. México* 321

8.7. *Parkerings v. Lituania* 322

9. Casos de mitigación de daños 323

9.1. *Middle East v. Egipto* 323

9.2. *Achmea v. Eslovaquia* 324

9.3. Endo (Tribunal de Reclamos Estados Unidos – Irán) 325

10. La razonabilidad en la mitigación de daños 326

11. ¿Qué ocurre cuando la ley no se refiere a la culpa concurrente o a la mitigación de daños? 330

12. ¿Qué es lo recuperable y qué no? Un ejercicio numérico 333

13. Conclusiones 335

14. Respuesta al ejercicio numérico..... 337

15. Preguntas..... 339

BIBLIOGRAFÍA..... 341

EPÍLOGO
Bernardo M. Cremades 351

Prólogo

Rodolfo Miranda no requiere ser presentado, ya que es ampliamente conocido en el campo del derecho como un estudioso del arbitraje, a la par de un brillante abogado practicante y académico en el área de los contratos.

No es pues casual que el autor nos ofrezca un acabado trabajo académico en el que aborda tanto materias arbitrales como contractuales.

Luego de muchos años aprendiendo día a día acerca de esta herramienta tan útil como es el arbitraje, pensé antes de leer el libro de Rodolfo que no me encontraría con algo nuevo o novedoso. Obviamente me equivoqué y lo reconozco públicamente, porque inicié la lectura de esta obra pensando leerla de a pocos y, lo que sucedió en la realidad, fue que quedé enganchado de principio a fin, ya que el autor ha tenido la inmensa sabiduría de armar un texto que nos introduce con profundidad a materias arbitrales y, al mismo tiempo, a temas de fondo que, nuevamente a primera vista podrían aparecer como poco vinculados, pero que, al culminar la lectura íntegra del trabajo, claramente se trata de un texto orgánico.

En el primer capítulo Rodolfo Miranda desarrolla lo que denomina "14 principios del arbitraje". Debo de reconocer que tengo mis reservas para llamar a algo "principio", porque en mi deficiente formación jurídica nadie ha sabido explicarme (por lo menos a mi satisfacción) por qué alguna regla o disposición debe "elevarse". Pero, más allá de esta apreciación poco o nada significativa, lo cierto es que Rodolfo Miranda ha identificado y analizado con profundidad y brillantez, disposiciones o reglas tan útiles al arbitraje como son, entre otras, el *kompetenz-kompetenz*, la separabilidad del convenio arbitral, la libertad procedimental. Es más, todos los "14 principios del arbitraje" que se tratan en el libro suelen estar presentes en cada uno de los procedimientos arbitrales en los que todos participamos a diario, con lo que, además de contar con una valiosa fuente de consulta sobre cada uno de ellos, gracias al autor los tenemos tratados en un solo texto.

El segundo capítulo se denomina "La redacción de laudos". Sin embargo, el autor nos propone mucho más, ya que, consciente de que la figura del "laudo" es poco o nada conocida (por lo menos en el Perú, dónde se suele creer que laudo es sinónimo de sentencia judicial), se introduce con éxito en un análisis profundo de su riqueza y particularidades para, finalmente, ofrecer a los lectores (árbitros/as actuales y futuros/as) una lista realmente útil acerca de cómo es que se debe redactar un laudo. Se trata de una propuesta de *soft law* que conviene que sea implantada.

Luego de que Rodolfo Miranda ha cubierto en apenas dos capítulos muchos de los principales temas referidos al arbitraje, el autor premia nuevamente al lector con dos temas sustantivos relevantes, como son las ampliaciones de plazo en los contratos de construcción (tercer capítulo) y la culpa concurrente (cuarto capítulo).

En efecto, en el tercer capítulo de su trabajo, Rodolfo desarrolla con autoridad y profundidad todo aquello que debe saberse acerca de las ampliaciones de plazo en los contratos de construcción. Lo hace con profundidad y esmero, ya que primeramente analiza esta materia

desde el campo propio de la *lex construccionis*, para luego compararlo con la regulación contenida en el Código Civil y en las disposiciones aplicables a la contratación pública peruana.

Entre los diversos temas que aborda el autor en este capítulo, quiero destacar, por su gran utilidad práctica, el prolijo trato acerca de la extensión del plazo y su compensación y la manera cómo se debe determinar la extensión del plazo.

En su cuarto y último capítulo, Rodolfo Miranda nos aproxima a otro tema sustantivo de la mayor relevancia: la relación entre la culpa concurrente, la asunción de riesgos, la evitación y la mitigación de daños. Nuevamente el autor apela al derecho comparado, luego de lo cual aterriza estos temas en el derecho peruano. Destaco aquí el significativo aporte del autor, al identificar y analizar diez casos arbitrales de inversión en los que existe pronunciamiento acerca de estas materias.

En síntesis, y como ya había adelantado al lector, se trata de un valioso trabajo académico que merece, además, una reflexión final: ¡Debemos leerlo y aprender con él!

Fernando Cantuarias S.
Lima, noviembre de 2022

Agradecimientos

Un libro es un trabajo colectivo, aun cuando sea uno el autor. En efecto, para redactar este libro me apoyó mucha gente. Pido disculpas si omito a alguien.

De Miró Quesada & Miranda, colaboraron Sarahí Ortiz y Antonio Basurto en los últimos meses, particularmente, en pulir y editar y mejorar la explicación de las ideas.

En el capítulo de principios del arbitraje y redacción de laudos, tuve el valioso apoyo de Julio Olórtegui y la generosa revisión de Mauricio París (Costa Rica).

Para el capítulo de ampliaciones de plazo tuve el apoyo de Jonnathan Bravo y de Tatiana Herrada, dos colegas y amigos muy hábiles en derecho de construcción. Asimismo, tuve la revisión y sugerencias del prestigioso perito peruano, Carlos López Avilés.

Para el capítulo de mitigación de daños y culpa concurrente conté con la valiosa revisión del perito argentino Marcelo Schoeters.

En adición, y de forma transversal, apoyaron mucho Ana Elena Cruz y José Carlos Taboada, quienes dieron varios aportes de fondo y forma.

A todos ellos mi agradecimiento porque fueron parte activa para que este libro salga a la luz.

A Luis Castillo Córdova, mi agradecimiento, porque sin conocerme presencialmente, tuvo la gentileza de contactarme con Pedro Grandez y su magnífico equipo de Palestra (Mayté Chumberiza y Manuel Rivas), a quienes doy las gracias por editar el presente libro.

Ya para cerrar, quiero agradecer a dos personas, por lo que han significado, no tan directamente para el libro, pero sí para mi carrera de abogado en arbitraje.

Mi socio y compadre, Gustavo Miró Quesada, un amigo leal y un gran socio, con quien la amistad y los proyectos de hacer un estudio juntos (2017 en adelante), se retroalimentan con el correr de los años, formando un círculo virtuoso.

A Ignacio Suárez Anzorena, un amigo, un referente, con quien trabajé hace 10 años y que, con su especial sentido del humor, siempre está ahí atento a que los abogados y amigos suyos que nos encanta, al igual que él, el arbitraje, crezcamos en lo profesional, académico y personal.

Lima, octubre de 2023

Capítulo I
Principios del arbitraje[1]

Los principios generales del derecho constituyen —sin duda— una fuente que sirve para la creación —función jurisgénica—, interpretación e integración de normas jurídicas dentro de nuestro ordenamiento, así como para la fundamentación de posiciones dentro de una disputa, pues otorgan una base sólida a los razonamientos que las partes presentan dentro de su esquema lógico-jurídico.

Como es de conocimiento del lector, además de principios del derecho como sistema (p. ej. doctrina de los propios actos, interdicción de la arbitrariedad, irretroactividad de las leyes, debido proceso, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción del abuso del derecho), las distintas ramas del derecho también cuentan con sus propios principios. Cada uno de ellos resulta importante en el sector que se desarrolla, pues permite analizar y estudiar dicha rama del derecho bajo parámetros objetivos y subjetivos que encuentran su base más allá de la sola norma.

---

[1] Agradecimientos de este capítulo, disculpando si omito a alguien: Fernando Cantuarias Salaverry, Ana Elena Cruz Melzi, Julio Olórtegui Huamán, José Carlos Taboada Mier y Antonio Basurto Zapata.

El arbitraje o derecho arbitral, como sistema especial de resolver las controversias, y como rama del derecho, con considerable influencia del derecho contractual y del derecho procesal, tiene sus principios particulares.

La mención al derecho contractual y al derecho procesal encuentra especial sentido al referirnos al arbitraje como "un proceso con efecto jurisdiccional nacido de un contrato", tal como el profesor Cantuarias lo conceptualiza. En sentido lato, es importante la referencia a que el arbitraje como contrato acarrea efectos jurisdiccionales. Esta particularidad hace que el arbitraje sea mucho más flexible que un proceso judicial, pero menos flexible que cualquier contrato ordinario. Se puede afirmar que, a través del arbitraje, se busca obtener "lo mejor de dos mundos", pues se está impartiendo justicia con autoridad de cosa juzgada, al igual que en la jurisdicción ordinaria, sin embargo, se sustrae de los problemas que estas cortes implican. Al final, nos adentramos en un mundo diferente, con características particulares, con la finalidad de lograr resultados que no obtendríamos de las otras jurisdicciones.

De esta manera, el arbitraje toma ciertos elementos de las ramas contractual y procesal, y se sirve de sus principios para, en ciertas ocasiones y cuando le fuese aplicable, tomar posiciones o decisiones en materia arbitral. Es decir, se recoge lo mejor de las prácticas de los mundos contractuales y procesales para poder extrapolarlo hacia el mundo arbitral.

Con el riesgo de omitir algún principio, y dejando expresamente a salvo que los principios pueden variar según la legislación y la praxis de cada país, consideramos que los más importantes en materia arbitral son los siguientes:

- El principio de inevitabilidad del arbitraje[2]

[2] Si bien este principio no está recogido de forma expresa en el texto del Decreto Legislativo N.° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, en adelante "LAP", como se verá a continuación, este ha reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional.

- El principio pro-arbitraje[3]
- El principio de *kompetenz-kompetenz*[4]
- El principio de separabilidad del convenio arbitral[5]
- El principio de arbitrabilidad[6]
- El principio de cobertura
- El principio de congruencia[7]

---

3 Al igual que el de inevitabilidad del arbitraje, no es un principio reconocido expresamente por la LAP, sin embargo, tanto la doctrina nacional como extranjera al igual que la jurisprudencia lo reconocen como un principio básico en la materia.

4 Principio recogido en el artículo 3 de la Ley Peruana de Arbitraje haciendo la siguiente referencia: "El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.", así como en el artículo 41, respecto a la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral: "El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales."

5 El principio de separabilidad también se encuentra recogido en el artículo 41 en tanto hace referencia a que "El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de este. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral".

6 Por su parte, el principio de arbitrabilidad se recoge en el artículo 2 de la LAP al hacer referencia a las materias susceptibles de arbitraje indicando que "Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen." Dicho artículo se complementa con lo indicado por el artículo 63 cuando indica como una de las causales de anulación cuando se alegue y pruebe "que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional".

7 El artículo 63° inciso d) de la LAP reconoce como parte de las causales de anulación "que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión".

- El principio de *in limine litis*[8]
- El principio de igualdad, imparcialidad e independencia
- El principio de debido proceso[9]
- El principio de autonomía, libertad de regulación[10] o flexibilidad
- El principio de confidencialidad
- El principio de mínima intervención judicial[11] y de irrevisabilidad del fondo del laudo

---

8 Respecto al principio de *in limine litis*, la LAP en su artículo 11 regula la renuncia a objetar, estableciendo que "Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias."

9 Respecto a los principios de igualdad entre las partes y el debido proceso (naturales de cualquier mecanismo de solución de controversias), el artículo 34.2 de la LAP indica que "El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos".

10 En lo referente al principio de libertad de regulación, el Artículo 34.1 señala que "Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

11 El principio de mínima intervención judicial se encuentra recogido en el artículo 3 como parte de los principios y derechos de la función arbitral:

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

- El principio de no agravación de la disputa y de la buena fe procesal

Dentro del presente capítulo, tendremos como finalidad desarrollar cada uno de los principios que hemos expuesto para explicar cómo es que estos se desarrollan en nuestro ordenamiento jurídico.

1. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE

El principio de inevitabilidad del arbitraje consiste en que, una vez que se verifican los supuestos de hecho habilitantes para el arbitraje (tales como materia arbitrable, convenio arbitral válido, eficaz y el cumplimiento de los presupuestos previos al arbitraje), las trabas y obstáculos que una parte coloca (sea por un actuar u omitir) a la instauración o prosecución del arbitraje deben ser removidos. En otras palabras, que no exista alguna razón válida para "evitar" el arbitraje siempre y cuando todos los factores necesarios para su prosecución se han obtenido.

Como se ha hecho referencia, es indispensable partir de la naturaleza contractual del arbitraje y hacer mención del principio *pacta sunt servanda* para entender la inevitabilidad, debido a que "los contratos son obligatorios para las partes"[12]; sin embargo, observamos que en la práctica ello no ocurre así. Al igual que en los contratos ordinarios, a través de este principio general, la obligatoriedad natural de los mismos cuenta con remedios para exigir su cumplimiento, tan es así que existe la ejecución *in natura*[13] (*specific performance*) de un contrato, cuando, por ejemplo, el contratante no lo cumple espontáneamente.

---

[12] Artículo 1361º del Código Civil.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

[13] *Cfr*. Código Civil, "Artículo 1219º.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado".

En el caso del arbitraje, ocurre lo mismo, la inevitabilidad está relacionada con la fuerza que otorga el pacto de arbitrar hacia la parte que lo ha realizado. Las partes, al momento de suscribir el convenio arbitral, acuerdan que van a ir a la vía arbitral a solucionar sus controversias, por lo que se les puede "forzar" a la misma, incluso contra su voluntad. He ahí la fuerza obligatoria del pacto.

El *pacta sunt servanda* y la inevitabilidad del arbitraje, entonces, debe entenderse en los términos que no habrá impedimento que pueda alegar alguna de las partes para evadir lo pactado en el convenio arbitral, es posible concluir que, de no existir el principio de inevitabilidad del arbitraje, éste caería con el actuar u omitir de la parte que, llegado el momento, no colabore[14].

La aplicación de este principio de inevitabilidad implica que, ante el inicio de una disputa, si alguna parte no desea participar en el arbitraje y frustrar el proceso arbitral (usualmente la parte demandada), la otra parte podría oponer su cumplimiento. De otro modo, si no existiera, se tendría que recurrir a un proceso judicial para forzar a que una parte vaya al proceso arbitral, lo cual, a todas luces, contraviene la esencia del pacto arbitral.

En este sentido, a criterio del profesor Jorge Santistevan de Noriega, la inevitabilidad del arbitraje es "la esencia de la nueva ley, […] aquello que la define particularmente […] es el rasgo singular

---

[14] Por ejemplo, antes de la Ley General de Arbitraje (Ley N.° 26572), existía la denominada cláusula compromisoria en el Código Civil. En virtud de ésta, las partes acordaban irse en arbitraje, pero una vez que la disputa estaba por nacer o ya había nacido, las partes tenían que realizar una suerte de ratificación, conocida como compromiso arbitral, a fin de poder acudir en arbitraje. "En la práctica, lo que ocurría —en la mayoría de los casos— era que una de las partes se negaba a suscribir el compromiso arbitral. Ante esa situación, la parte que quería resolver sus controversias vía arbitraje debía acudir al Poder Judicial, para que —luego de un largo proceso— sea el juez el que otorgara el compromiso arbitral" (Castillo, Vásquez & Sabroso, 2009). Evidentemente, instituciones así van a contramano del principio de inevitabilidad del arbitraje.

del nuevo modelo arbitral peruano y, por su enorme importancia, hay que asumirlo con todas sus consecuencias" (2008, pp. 85-118).

Así, en base a este principio rector del derecho arbitral es que existen disposiciones cuyo objeto es que el arbitraje siga su curso incluso cuando una parte coloca obstáculos a su desarrollo. Las partes, pese a que formulen algún obstáculo para que un tribunal arbitral se constituya, tendrán determinados impedimentos en la normativa que los harán llegar al proceso, a defender sus intereses. Con lo antes señalado, no estamos queriendo afirmar que una parte no puede oponerse a la existencia o validez de un convenio arbitral, sino que, en el momento inicial, corresponde que se vaya a discutir al proceso arbitral. En ese orden, dentro de los dispositivos que podemos ubicar para obligar a las partes a continuar con el proceso arbitral, a modo de ejemplo podemos señalar los siguientes:

- La obligación de los jueces de referir a las partes a arbitraje cuando existe un convenio arbitral y una de las partes interpone una excepción de convenio arbitral o el recurso idóneo en el país para suspender o terminar el proceso judicial y derivar la disputa en arbitraje[15] [16] [17].

---

[15] En el mismo sentido, el artículo 16 refiere a la "Excepción de convenio arbitral. 1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje".

[16] En la misma línea que la legislación peruana, el Código de Comercio mexicano, en su artículo 1424, hace específica referencia a la "obligación" del juez que conozca un litigio objeto de un acuerdo de arbitraje habrá de remitirlo a este: "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. (…)".

[17] Artículo II. 3 de la Convención de Nueva York: "El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable."

- La designación residual de un árbitro por las cortes, los centros arbitrales (en el caso peruano) o alguna otra autoridad nominadora[18].
- La posibilidad de seguir el arbitraje, incluso en renuencia de una de las partes, sea que quien deja de impulsarlo sea el demandante o el demandado o de las dos. En efecto, los árbitros podrían dictar un laudo en una controversia cuando cuentan con los elementos de juicio suficientes, aun cuando las partes hayan abandonado el proceso, siendo así suficiente que haya una demanda o se haya manifestado el deseo de ejercer una pretensión[19].
- La potestad impulsora del arbitraje que tienen los árbitros.

Dicho todo ello, una parte no puede evitar la jurisdicción arbitral, si existe un pacto entre las partes para solucionar su controversia en dicha jurisdicción. Una vez pactado el arbitraje, se debe recurrir a este mecanismo para resolver cualquier controversia entre las partes, incluso, como veremos en el principio *kompetenz-kompetenz*, los cuestionamientos a la competencia del Tribunal también deben ser resueltos por los árbitros.

---

18 Artículo 25.- Nombramiento por las Cámaras de Comercio. 1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

19 Artículo 46.- Parte renuente. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral: a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante. c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Ahora bien, el principio de inevitabilidad del arbitraje tiene relación con lo que se conoce como *default award* o laudo en rebeldía. Sobre este asunto, Nigel Blackaby y otros señalan que esto impone al tribunal a hacer un análisis propio de las afirmaciones y pruebas del demandante

> […] In effect, the tribunal take on itself the burden of testing the assertions made by the active party; and it must call for such evidence and legal argument as it may require to this end. The task of an arbitral tribunal is not to "rubber stamp" claims that are presented to it. It must make a determination of these claims. If one of the parties is not there to help, it must make the determination on its own (Blackaby & Parastides, 2009).

De acuerdo con lo anterior, la validez de las afirmaciones de una parte no es incontrovertida, sino que, dependiendo de las pruebas que se hayan aportado, los árbitros del proceso le otorgarán la fuerza vinculante para emitir un laudo a su favor. Al final, lo que permite la inevitabilidad es que el proceso sea resuelto, lo que no significa que, ante la existencia de una parte renuente, que salga en favor de la única parte que ha accionado el proceso.

Las preguntas que un intérprete se debe hacer cuando le toca estar al frente de un caso en el que este principio es aplicable son:

- ¿Se han cumplido los presupuestos de validez del arbitraje, p. ej. arbitrabilidad, existencia de convenio arbitral, cobertura, congruencia, debido proceso?
- ¿Se le ha dado a la parte renuente la posibilidad de defenderse? ¿Se le ha notificado adecuadamente de todas las actuaciones?
- ¿Existe alguna razón legítima para la no comparecencia? ¿O fue simplemente una decisión?
- ¿Ha cumplido la parte que sí compareció al arbitraje con la carga de probar lo que le corresponde? Recordemos que el hecho que una parte no comparezca no significa que, si tiene la carga de la prueba, ésta se libera a su favor.
- ¿Percibe el árbitro un posible fraude a través del arbitraje?