

12

Gustavo Paredes
Juan Manuel Loza
Raúl Campos
José Julio Hernández
Nicolás Serván
Daniela Supo
Víctor Hugo Bazán



© DERUP Editores, Lima, 2020
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

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

2020-II
Asociación DERUP Editores
Consejo Directivo

Daichi Yano Tsuha (Presidente y Director de Finanzas)
Dana Masumura Ynami (Vicepresidenta y Directora de Edición)
Gustavo Roca Ayasta (Director de Comercialización)
Aniuska Segura Ríos (Directora de Eventos)
Valeria Acosta Chia (Subdirectora de Finanzas)
Abrielle Belloni Otayza (Subdirectora de Edición)
Allison Saldamando Egoávil (Subdirectora de Comercialización)
Valeria Moreno Machín (Subdirectora de Eventos)

Comisión de Comercialización

Nicolas Ayala Badillo
Cesar Gutierrez Tercero
Milene Jayme Mosquera
Mario Lanfranco Santos
Maria Claudia Tamayo

Comisión de Edición

Paloma Cotrina Navarro
Antonio Robles Vargas
Alonso Sousa Delgado
Camila Taramona Bara
Carol Venegas Ruiz
Oscar Yalta Esterripa

Comisión de Eventos

David Alfaro Armas
Pierina Bianchi Grandez
Alonso Magallanes Montalvo
Milena Requejo Espinoza

Comisión de Finanzas

Jean Inti Aguilar
Jacqueline St. Laurent Del Castillo
Claudia Zambrano Sotero

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Nos complace en publicar el décimo segundo número de la revista Forseti. Esta edición marcará un hito importante en el desarrollo de nuestra revista, pues es la primera edición que cuenta con un proceso de revisión de pares. De esta manera, nuestros artículos podrán adaptarse a los más altos estándares académicos con el propósito de cumplir con el proceso de indexación en el que venimos trabajando.

En esta ocasión, nuestra edición Nº 12 abarca diversas áreas del Derecho. Así, iniciando con la temática de arbitraje, **Gustavo Paredes** desarrolla una respuesta definitiva respecto de quién se beneficia con las holguras en los proyectos de construcción, esperando simplificar la discusión y sus consecuencias. Por su parte, **Juan Manuel Loza**, realiza un análisis sobre la motivación de la prueba en el arbitraje local, específicamente, en arbitrajes de construcción; en el cual resalta la importancia de la motivación como uno de los aspectos que contribuyen a mejorar la calidad de los laudos. En seguida, **Nicolás Serván** se pronuncia respecto de la necesidad de transparencia en el arbitraje y propone una serie de medidas para equilibrar este aspecto con la confidencialidad, característica esencial de la vía arbitral.

Ahora bien, sobre Derecho del consumidor, **Daniela Supo y Víctor Hugo Bazán** comentan sobre las implicancias y características del deber de información; con la finalidad de fomentar su aplicación desde el plano de las garantías implícitas del consumidor y, eventualmente, se obtengan decisiones objetivas y congruentes con la realidad.

Respecto del Derecho tributario, **Raúl Campos y José Julio Hernández** abordan la modificación del régimen de subcapitalización, que conforma una de las más importantes reformas tributarias de los últimos años. De esta manera, los autores realizan un análisis evolutivo y comparativo de las normas que regulan el régimen, con la finalidad de desarrollar su aplicación en el Perú, especialmente, en el contexto económico por el que atraviesa el país.

Finalmente, expresamos nuestro más profundo agradecimiento a todos nuestros miembros, a los autores y a quienes fueron partícipes de nuestra primera revisión de pares. Asimismo, esperamos que esta edición agrade a todos nuestros lectores.

Dana Masumura Ynami

La directora

Índice

Decisión final: ¿Quién se beneficia con las holguras del cronograma en los proyectos de construcción?	
<i>por Gustavo Paredes</i>	06
La motivación de la prueba en el arbitraje local: Énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del artículo 1332 del Código Civil	
<i>por Juan Manuel Loza</i>	20
Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad	
<i>por Nicolás Serván</i>	44
El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor	
<i>por Daniela Supo y Víctor Hugo Bazán</i>	69
¿Regla de subcapitalización o <i>earnings stripping rule</i>?: Análisis evolutivo y comparativo de las normas que limitan la deducción de gastos financieros y su enfoque en el Perú	
<i>por Raúl Campos y José Julio Hernández</i>	95

Decisión final: ¿Quién se beneficia con las holguras del cronograma en los proyectos de construcción?

Gustavo Paredes*

Resumen. - En el contexto de las disputas en construcción, este artículo responde a una pregunta frecuente en el análisis de controversias sobre ampliación de plazo y aporta utilidad en simplificar la discusión y sus consecuencias.

Abstract. - In the context of construction disputes, this article responds to a frequent question in the analysis of controversies involving extension of time and helps to simplify the discussion and its consequences.

Palabras claves. - Resolución de disputas - Plazo y Holguras.

Keywords. - Dispute Resolution - Time and Floats.

* Socio fundador de la NPG Abogados, especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución de Disputas. Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la Universidad del Pacífico y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción. Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de la International Construction Projects Committee (ICP) de la International Bar Association (IBA).

** Un especial agradecimiento al aporte invaluable de dos abogadas brillantes para este trabajo. Gracias a la Dra. Katherine Waidhofer, Co-líder del equipo de NPG Abogados con quien comparto siempre los retos de diseñar creativamente y defender los casos de la firma; y a la Dra. Sonia Queija, cuya tarea académica -cuando era estudiante- no sólo la obligó a mostrar su mejor potencial de investigación sino que sirvió de soporte para este artículo.

I. Introducción

Este trabajo pretende generar el inicio de una larga discusión académica en el país que ayude al debate interno de los miembros de un *dispute board* o tribunal arbitral, en la trascendental tarea de emitir una decisión.

El modesto punto de vista expresado en este artículo, no necesariamente puede ser compartido por el lector; y sería muy útil que no lo fuera, para motivar el interés en profundizar el análisis de una controversia muy frecuente en el desarrollo de los proyectos de construcción como lo es la disputa sobre extensión de plazo.

En la ejecución de los proyectos de construcción en el Perú, las controversias sobre extensión de plazo, el cumplimiento de los requisitos de forma de su solicitud y las condiciones de fondo para su otorgamiento, son las disputas más frecuentes que son analizadas y decididas por los órganos de solución de conflictos contractuales.

Dentro de la infinidad de estas discusiones que se entremezclan, hay uno de especial criticidad y de relevante importancia porque en torno al cual gira el análisis de la ruta crítica del cronograma de obra: La holgura.

Para evitar asumir que algunos conceptos estén sobrentendidos, buscaré simplificar la definición de holgura y su relación con la ruta crítica del cronograma de obra.

II. La holgura y su relación con la ruta crítica del cronograma de obra.

En palabras sencillas, una holgura es el período, margen o ventana de tiempo entre la fecha más temprana y la fecha más tarde de conclusión de una actividad o partida programada en el cronograma de obra.

Existen tipos de holguras. Una de las clasificaciones más sencillas la explica KELLEY.

KELLEY¹ diferencia entre las holguras totales y holguras libres. La holgura total la define como la cantidad de tiempo que una actividad programada se puede retrasar sin que se retrase la fecha de finalización del proyecto; y, la holgura libre es la cantidad de tiempo que una actividad se puede retrasar sin retrasar el inicio temprano de cualquier otra actividad subsiguiente.

¹ *"There are two types of float: total float and free float. Total float is the amount of time an activity can be delayed without delaying the project's completion date. An activity's total float is calculated by subtracting either its early start date from its late start date or its early finish date from its late finish date. Any activity with zero total float is a critical activity because a delay in its finish date will delay project completion. Free float is the amount of time an activity can be delayed without delaying the early start of any succeeding activity. Free float will always be less than or equal to total float. An activity on the critical path will have zero free float as well as zero total float."*

KELLEY, Gail. *Construction Law: An introduction for Engineers, Architects, and Contractors*. New Jersey: John Wiley and sons Inc., 2013, p. 130.

Esta clasificación es útil para entender rápidamente una disputa sobre extensión de plazo, ya que partiendo de estos conceptos podremos identificar cual fue la ruta crítica en la planificación del proyecto que muestra el cronograma e identificar también aquellas actividades que no siendo críticas originalmente se volvieron críticas al agotar su holgura.

Pero no se crea que esto es así de sencillo, hay otros autores como VELASCO y CAMPIS² que refiere una tipología más amplia:

“(...) - Holgura de nudo (u oscilación): Es el margen de tiempo de que disponemos para conseguir el suceso. Si su valor es nulo, se dice que el nudo es rígido. (...). - Holgura total: Es el margen de tiempo que queda empezando la actividad lo antes posible y acabándola lo más tarde permisible (...). - Holgura libre: es el margen de tiempo que queda empezando la actividad lo antes posible y acabándola también lo antes posible (...). - Holgura independiente: es el margen disponible cuando la actividad anterior ha terminado lo más tarde permisible y se quiere acabar lo más pronto posible (...)”.

Esta última tipología nos regresa a la realidad de lo complejo que puede expresar una red de actividades y la infinidad de situaciones -o diría mejor- alegaciones que se pueden generar para sustentar el impacto del atraso. Es por ello, que se recurre comúnmente a la explicación de un experto para explicar y sustentar el impacto.

Sin embargo, con independencia de cualquier definición y los tipos de holguras, lo más importante es conocer para qué sirven. Las holguras sirven para mitigar cualquier retraso que razonablemente pueda desviar la secuencia programada y evitar así un estado de mora y la aplicación de una penalidad.

De esta manera, debemos con especial interés centrarnos, preguntar e identificar aquellas actividades programadas que forman parte de la ruta crítica³ y luego el impacto que alguna desviación haya generado, ya que justamente la criticidad de cualquier retraso (sea culpable o no al contratista) estará marcada por la inexistencia o el agotamiento de las holguras. La ecuación sería la siguiente: Holgura cero, igual criticidad

Ciertamente, esto tampoco es así de sencillo. Existen proyectos cuyo plazo es un elemento sustancial y crítico para el funcionamiento u operación de una edificación y así de explícito se describe y pacta en el contrato (Ejemplo, la infraestructura contratada para el Proyectos de los Juegos Panamericanos Lima 2019); en estos casos, los contratistas deben hacer su programación con especial

² VELASCO, Juan y CAMPIS, Juan. *Gestión de Proyectos en la empresa: Planificación, programación y control*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2013, pp. 44-45.

³ Es decir, aquellas actividades que no se pueden retrasar porque atrasarían la fecha de conclusión de la obra. En la guía de PMBOK 6ta Edición 2017. Se define a la ruta crítica como la secuencia de actividades que representa el camino más largo a través de un proyecto, lo cual determina la menor duración posible.

cuidado y prepararse para ejecutar el proyecto en el menor tiempo posible, y es aquí donde frecuentemente no existen holguras.

Por esta razón, creo importante revisar cómo algunos autores describen o definen el método del camino o ruta crítica para entender su utilidad y también identificar o alertar sus debilidades en la planificación de un proyecto:

- i. LLEDÓ y RIVAROLA⁴ sostienen lo siguiente:

“No se puede terminar un proyecto hasta que finalice la ruta de actividades de mayor duración. Al conjunto de estas actividades se lo denomina ruta crítica.

El método de la ruta crítica estima una fecha temprana y una tardía para el inicio y fin de cada actividad del proyecto. El objeto de este método es calcular las holguras para determinar cuáles son las actividades con menor flexibilidad en la agenda del proyecto.

Una forma de identificar las actividades de la ruta crítica es encontrar qué actividades tienen menor holgura. Para ello, se resta el tiempo de terminación más temprano del tiempo de terminación más tardío para cada actividad. Alternativamente, se llega al mismo resultado restando el tiempo de inicio más temprano del tiempo de inicio más tardío”.

- ii. LEVIN lo describe así:

“It is customary for a contractor to create, whether contractually required or not, some type of progress Schedule that defines how the job will be performed, as well as submit regular updates to measure actual progress and reaffirm established completion dates. Schedules can be in the form of bar charts, flowcharts or critical path method (CPM) network diagrams. During actual performance of the job, other schedule can come into play, such as short-interval or look-ahead schedules, which break larger, overall project schedules into more detailed tasks for immediately upcoming phases of work. In all these cases, schedules are used to plan the work, and later on, are analyzed to determine responsibility for delays encountered on the project (...)”⁵.

“A CPM schedule can provide an effective tool for demonstrating schedule cause and effect relationships. CPMs are especially helpful for determining project impact arising from time-related problems, such as delays, suspensions, or accelerations”⁶.

- iii. KLEE define este método de manera siguiente:

“The critical path method is, therefore, the process of describing the critical activities in a programme by tracing the logical sequence of tasks that directly affect the date of Project completion. It is a methodology or management technique that determines a project’s critical path. The resulting programme may be depicted in a number of different forms, including a Gantt or bar chart, a line-of-balance diagram, a pure

⁴ LLEDÓ, Pablo y RIVAROLA, Gustavo. *Gestión de proyectos: Cómo dirigir proyectos exitosos, coordinar los recursos humanos y administrar los riesgos*. Buenos Aires: Pearson Education, 2007, p. 51.

⁵ LEVIN, Paul. *Construction contract claims, changes and dispute resolution*. Segunda edición. U.S.A.: American Society of Civil Engineers Press, 1998, p. 74.

⁶ *Ibid.*, p. 76.

logic diagram, a time-scaled logic diagram or as a time-chain diagram, depending on the nature of the works represented in the programme⁷.

- iv. KASTOR y SIRAKOULIS no solo describen el método CPM sino que además encuentran una debilidad en él:

“The CPM [Critical Path Method] has been widely used for project scheduling, helping managers to guarantee the in time and on budget completion of the project. CPM provides useful information for the project, such as the critical path(s) and free and total float, which are essential for the efficient planning of a project. An advantage of CPM is the ability of managing by exceptions (critical and near critical activities) especially in large-scale projects. However, CPM is based on the assumption that there are unlimited resources for the execution of the activities. Though in real projects, resources are not unlimited. Thus, scheduling without considering resource constraints gives unreliable schedules⁸”.

El CPM (*Critical Path Method*) es actualmente el método estándar y más usado en la industria de la construcción. Este método muestra la planificación de actividades con precisión de inicio y fin, y que se conectan entre sí en relación de logicidad. Esta conexión muestra la secuencia de ejecución de la obra. Esta relación de logicidad se expresa en la relación de actividades: Fin-comienzo, comienzo-comienzo, fin-fin y comienzo-fin.

En este contexto, si una actividad programada se retrasa suceden dos situaciones: (i) Afecta la conclusión de la obra (holgura cero); y (ii) No afecta la conclusión (holgura); por lo tanto, la ruta que no tiene holgura es la que se conoce como ruta crítica.

III. Identificación del problema

En el contexto del debate previo a una decisión final, el dilema que debe ser resuelto en la discusión es: ¿A quién le corresponde tomar para sí el beneficio de una holgura?, ¿al contratista?, ¿al propietario?, ¿a ambos?⁹ o ¿el beneficiario debe ser el proyecto?

El problema identificado es que no existe una posición uniforme a nivel internacional que defina completamente el dilema. En los Estados Unidos y el Reino Unido, las Cortes no han tenido un tratamiento unánime en este punto; sin embargo, la tendencia es que las holguras le pertenecen al proyecto, en consecuencia, pueden ser utilizadas por cualquiera de las partes, bajo determinadas reglas.

En el Perú, la ausencia de precedentes jurisprudenciales que defina la asignación de las holguras en los proyectos de construcción crea el ambiente para el debate,

⁷ KLEE, Lucas. *International Construction Contract Law*. Primera Edición. Reino Unido: Wiley and Sons Ltd, 2015, 132.

⁸ KASTOR, A y SIRAKOULIS, K. The effectiveness of resource levelling tools for Resource Constraint Project Scheduling Problem. En *International Journal of Project Management*, vol. 27, núm. 5, 2008, p. 493.

⁹ Considerando un método de entrega de proyecto integrado o “integrated”.

que es saludable promover para ver que normas del régimen privado o público serían las más cercanas a resolver el dilema.

IV. ¿Por qué es útil resolver este dilema?

Dilucidar este dilema es útil para definir la imputación de responsabilidad por el retraso en el plazo de una actividad programada, para verificar la criticidad de una actividad de la ruta crítica, para la determinación de los días de extensión de plazo y costos asociados¹⁰, para la aplicación de penalidades por incumplimiento entre otras controversias, como bien apunta LEVIN: “Allocation of float time has been a source of controversy in disputes involving delays, suspensions and change orders”¹¹.”

En estos años, he comprobado que la gran mayoría de los contratistas tienen una percepción negativa del “atraso” y ello se debe de desmitificar. Por supuesto que el atraso tiene una connotación negativa, pero sólo si el atraso en el plazo de ejecución del contrato se debe al retraso culpable del contratista; de otro modo, la connotación positiva será su derecho a solicitar una extensión de tiempo y costo que debe ser otorgado por el comitente.

Como se aprecia entonces, todo lo dicho hasta aquí tiene que ver con la delimitación de los derechos y obligaciones que tienen las partes con relación a una desviación generadora de un atraso en el plazo de la obra.

V. Desarrollo

Comparto con KLEE¹² la opinión que el plazo debe ser uno de los componentes más relevantes en la gestión de proyectos de construcción, fuente de una de las cláusulas más importantes de los contratos y nunca exenta de aspectos controvertidos, al contrario¹³.

¹⁰ Siempre que exista una adecuada integración entre la programación de actividades en el cronograma de obra con los costos. La programación del plazo de obra desalineada con los costos, resta consistencia al consecuente reclamo económico.

¹¹ LEVIN, Paul. *Construction contract claims, changes and dispute resolution*. Segunda Edición. U.S.A.: American Society of Civil Engineers Press, 1998, p. 81.

¹² “The concept of time, particularly in terms of time for completion, is one of the most important legal and managerial aspects in a construction project and ranks among the top priorities of construction project participants. When discussing “time” in a construction context, we usually think of time for completion. However, contracts contain many other specific time-related provisions and issues, for example, reaction periods, periods for mutual notices, fulfilment of partial duties, and so on.”

KLEE, Lucas. *International Construction Contract Law*. Primera Edición. Reino Unido: Wiley and Sons Ltd, 2015, p. 128.

¹³ “Delays may be caused by the employer, the contractor, the contract administrator, third parties or by reasons beyond the parties’ control. This may lead to an extension of time for completion (EOT). Sometimes only some works (activities) are delayed and do not require an extension of time for completion, but may result in disruption, i.e. more difficult working conditions.

Delay may lead to damages on the employer’s side and are typically in the form of:

- Delayed yield (or public benefit) from an investment;
- Increase in the price of the work and respective complications in relation to lenders;
- Defective cash flow; (...)

If found responsible, the contractor may be sanctioned or be ordered to pay damages, in the form of:

- Contractual penalty/delay damages;

Esta es la razón que justifica dedicarle un tiempo a la discusión sobre las holguras y conocer cómo han sido tratadas y/o propuestas a nivel internacional para luego intentar una respuesta en el contexto nacional.

i. Experiencia Internacional

a) Federación Internacional de Ingeniero Consultores (FIDIC)

Como expresión de las buenas prácticas de la industria, es importante empezar cuestionando ¿Cuál ha sido la posición de FIDIC al respecto?. KLEE¹⁴ lo explica:

“At first glance, it seems that the FIDIC Red and Yellow Books do not regulate the manner in how time extensions should be actually presented, evaluated and determined. Is it really so? By cross-referencing the relevant Sub-Clauses 8.2, 8.3, 8.4 and 10.1 of the general conditions of the contract of the FIDIC Red and Yellow Books, it is possible to determine appropriate time extension quantum methodologies and to resolve the float ownership question unambiguously. (...)

Sub-Clause 8.4 concludes by confirming that the total of all extensions of time, either for the works or for a particular section, cannot be subsequently decreased. This is so even if a number of omissions are instructed as variations and the contractor is able to achieve completion sooner than is required under Sub-Clause 8.2. The employer or engineer is not then empowered to reduce the time for completion in this respect. The terminal float therefore legitimately belongs to the contractor. (...) Cross –referencing and literal interpretation of Sub-Clauses 8.2, 8.4 and 10.1 clearly establish the fact that the contractor owns any float existing between its “originally as planned completion date of the Project” (the PCD) and the “date of time for completion” agreed in the contract (the CCD)”

En línea con el autor, encontramos que la interpretación sistemática de las Subcláusulas 8.2, 8.3, 8.4 y 10.1 de las Condiciones Generales de los Libros Rojo y Amarillo de la edición 1999 se mantiene vigente en la actual edición 2017 de los referidos libros (Subcláusula 8.5), lo que permite sostener que bajo la filosofía FIDIC las holguras le pertenecen y están en beneficio legítimo del contratista.

b) Experiencia Estados Unidos

La corriente doctrinaria de los Estados Unidos se inclina en atribuir la propiedad de las holguras al “proyecto”, a menos que, la holgura esté específicamente asignada en el contrato; es decir, si el contrato contiene una previsión clara al respecto no existe más discusión. De no existir esta expresa atribución, cualquiera de las partes puede servirse de una holgura en el cronograma, observando la regla “*first-come, first-served*”; es decir, el primero que pretenda su utilización será a quien le corresponda, pero siempre que -y esto es fundamental- actúe de buena fe.

- *Damage compensation;*
- *Loss of performance bonuses (...)*”.

KLEE, Lucas. *International Construction Contract Law*. Primera Edición. Reino Unido: Wiley and Sons Ltd, 2015, pp. 128-129.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 134-143.

Decisión final: ¿Quién se beneficia con las holguras del cronograma en los proyectos de construcción?

Así lo confirma KELLEY:

“Issues often arise if the owner does something that reduces the float in the schedule, thus depriving the contractor of scheduling flexibility. Unless float is specifically addressed in the contract, however, most courts hold that it is a resource that belongs to the project, and that it can be used by any party on a first-come, first-served basis, as long as the party acts in good faith will not be held liable for a project delay, even if the party delayed an activity until its float was exhausted. Although disputes over how changes affect float are typically over total float, free float values can also be important, particularly when there are resource constraints¹⁵”.

Por su lado, LEVIN remarca:

“In other words, the float belongs to neither party but is for the use of both parties. If the owner orders 10-day suspensions of an activity, the contractor is still on schedule and has five days float left on that activity. Subsequently, the contractor falls behind in his work by 20day, finishes the contract five days late but is not granted a contract extension. Why? Because at the time the suspension occurred, the overall contract completion date was not affected. If the contractor, however, was 10 days late on the item before the suspension occurred (and had only five days float on the item), he would then be entitled to a five-day contract extension¹⁶”.

Finalmente, KELLEHER, MASTIN y ROBEY sostienen que:

“There can be a difference between owners and contractors as to who “owns” float. Some government agencies and private owners have begun to use clauses specifically dealing with ownership of float. Two possible solutions to this issue have been suggested. One position is that the contractor owns float. In that contexts, the owner may use float without cost unless and until the contractor can show it needed that same float for its own planning and performance purposes. Once the contractor can show a need for the float that the owner has taken, the owner must compensate the contractor for taking the float.

The alternative and much more common position is that float belongs to the party that first uses it and no party can complain if the other consumes float for its own purposes¹⁷”.

Estos tres autores muestran de la tendencia doctrinal mayoritaria con relación a la titularidad de las holguras en los EEUU; sin embargo, hay posiciones diferentes como la de KNOWLES para quien no existe una regla rígida o exacta para atribuir la holgura.

KNOWLES considera que las holguras son del contratista, ya que es él quien normalmente las incluye en el cronograma para manejar los riesgos que algún evento pueda impactar la ejecución de la obra:

¹⁵ KELLEY, Gail. *Construction Law: An introduction for Engineers, Architects, and Contractors*. New Jersey: John Wiley and sons Inc., 2013, p. 130.

¹⁶ LEVIN, Paul. *Construction contract claims, changes and dispute resolution*. Segunda edición. U.S.A.: American Society of Civil Engineers Press, 1998, p. 81.

¹⁷ KELLEHER, Thomas; MASTIN, John y ROBEY, Ronald. *Smith, Currie & Hancock’s common sense construction law: A practical Guide for the Construction Professional*. Quinta edición. New Jersey: John Wiley & sons Inc., 2015, p. 372.

“There is no hard and fast rule as to who owns float, but it would seem that, as a contractor will normally include float in his programme to accommodate his risk items which cannot be accurately predetermined in terms of time involvement and also to provide time for correcting mistakes, then the float belongs to him and the employer or architect/engineer cannot object if later reprogramming by the contractor absorbs it. This is supported by legal decisions made in the USA¹⁸”.

El autor refiere que su posición se sostiene en base jurisprudencial citando para sustentar su posición los casos Natken y Co. vs George A Fuller & Co (1972) y el caso de Ascon Contracting Ltd vs McAlpine Construction (1999)¹⁹.

c) Experiencia Reino Unido

La Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido elaboró y publicó en el 2002 y en segunda edición en febrero del 2017, el Protocolo de Delay & Disruption. Este protocolo sirve de guía para el tratamiento específico de los atrasos e interferencias en los proyectos y sus principios pueden ser incorporados por referencia a los contratos de construcción.

En la edición de 2017 del referido Protocolo, se indica que la holgura no es del uso y beneficio exclusivo ni del propietario ni del contratista; y en tanto no exista una disposición expresa en el contrato, la holgura pertenecería al proyecto.

El Core Principle 8 del Protocolo trata sobre la relación entre la holgura y las extensiones de plazo; y señala:

“Float values in a programme are an indication of the relative criticality of activities and, generally, when float is exhausted, the completion date will be impacted. Unless there is express provision to the contrary in the contract, where there is remaining

¹⁸ KNOWLES, Roger. 200 *Contractual problems and their solutions*. Tercera edición. Reino Unido: Wiley and sons Ltd, 2012, p. 88.

¹⁹ *“A prudent contractor will always include an element of float in his programme to accommodate these variables. (...)*

In an earlier case, the Army Corporation of Engineer’s Board of Contract Appeals had recognized the contractor’s right to reprogramme, thereby giving him the benefit of the float. American Courts also took the line on a management dispute that total float may be used to programme jobs for all contractors; free float belongs to one contractor for programming any one activity. Neither total float or free float should be used for changes, that is, variations, as expressed in Natken and Co v. George A Fuller & Co (1972).

The matter of float was in evidence in the case of Ascon Contracting Ltd v. McAlpine Construction (1999). McAlpine was the main contractor for the construction of a five-storey building known as Villiers Development in Douglas, Isle of Man, near to the sea front. Ascon was appointed as subcontractor for constructing the reinforced concrete floor slabs, basement perimeter walls and upright columns between floors. The subcontract period was 29 weeks, commencing on 28 August 1996, with completion by 5 March 1997. (...)

McAlpine’s case against Ascon was that, had all subcontractors started and finished on time and McAlpine executed their own work on time, practical completion would have been achieved 5 weeks early. McAlpine’s argument was that the five weeks’ float was for their benefit, to absorb their own delays. As the five weeks had been used by Ascon and other subcontractors, McAlpine claimed they were entitled to recover their lost benefit.

The judge rejected this argument. He considered the float to be of value in the sense that delays could be accommodated in the float time. This would avoid an overrun to the contract period and, hence, any liability to pay liquidated damages to the employer. The judge went on to say that McAlpine, whilst accepting the benefit against the employer, could not claim against the subcontractors. The judge seems to be taking the view that if float time is available, it can be used in a first come, first served basis. (...)

Ibid., pp. 86-87.

Decisión final: ¿Quién se beneficia con las holguras del cronograma en los proyectos de construcción?

total float in the programme at the time of an Employer Risk Event, an EOT should only be granted to the extent that the Employer Delay is predicted to reduce to below zero the total float on the critical path affected by the Employer Delay to Completion (i.e. if the Employer Delay is predicted to extend the critical path to completion)".

Es claro que las holguras en un programa son un indicativo de la relativa criticidad de las actividades y, cuando la holgura se agota, la fecha de terminación será impactada; pero lo más importante que prescribe es que a menos que exista una disposición expresa en contrario en el contrato, es posible entender que la holgura le pertenece al proyecto, siguiendo una lectura sistemática con el numeral 8.5 de la Parte B del Protocolo (Guidance Part B: Guidance on Core Principles)²⁰ en la que se concluye que a falta de disposición contractual, la holgura no es de uso exclusivo ni del propietario ni del contratista:

"Core Principle 8 (and 9) set out the Protocol's position on float where the parties in their contract have not made clear provision for how float should be dealt with. This is consistent with current judicial thinking, which is that an Employer Delay has to be critical (to meeting the contract completion date) before an EOT will be due. It has the effect that float is not time for the exclusive use or benefit of either the Employer or the Contractor (unless there is an express provision in the contract)".

ii. Ensayando una respuesta

Si empezamos por buscar una respuesta en los usos y buenas prácticas de la industria a nivel internacional, parece ser que la posición no es uniforme. Se tiene por un lado, un sector que interpreta que la holgura le corresponde legítimamente al contratista (FIDIC); y, por otro, un sector que señala que aquella no le pertenece ni al contratista ni al propietario sino al proyecto (EEUU y UK) y por tanto le corresponde al primero que se sirve de ella.

Si a esto se añade que en el Perú no existe data doctrinaria ni jurisprudencial que desarrolle este tema específico que pueda ayudar al debate, la tarea no empieza fácil, ya que habría que buscar de algún modo, una aproximación regulatoria que ayude a resolver el dilema planteado.

Así las cosas, ensayar una respuesta, no buscará la razón en sí misma; sino buscará como único reto motivar la reflexión del lector para generar un debate exponencial que logre en el largo plazo crear una tendencia predecible que simplifique la solución de los conflictos relacionados a la extensión de plazo.

Una primera respuesta que podría dejar satisfecha la solución a este dilema sería la siguiente: La parte que se beneficia de la holgura del cronograma de obra será aquella que se establezca así de manera clara, expresa y no ambigua en el contrato; sin embargo, ello no sucede regularmente en la industria. En este segundo escenario, es donde se encuentra la dificultad, porque para llegar a alguna

²⁰ Sociedad de Derecho de la Construcción de Reino Unido. *Society of Construction Law Delay and Disruption Protocol* Segunda Edición. Leicester: Society of Construction Law (UK), 2017, p. 29.

respuesta es necesario observar y analizar qué principios o normas se acerca más a esta discusión.

El Código civil peruano hospeda dos principios que sirven de guía de interpretación de sus normas que podrían servir como una primera aproximación para justificar la premisa que las holguras corresponden al contratista. El primero sería el “Principio *favor debitoris*” y el segundo “Principio del contratista experto”.

El Principio *favor debitoris* ha sido ampliamente recogido en nuestra legislación civil y consiste en interpretar las condiciones contractuales ambiguas o no reguladas de manera clara y expresa, de la forma más favorable al deudor.

PUIG refiere:

“Uno de esos brocados basados en la equidad –entendida en su acepción clásica cristiana de aplicación benigna y moderada del Derecho– es el favor debitoris, que responde al deseo de suavizar, en los casos dudosos, la situación de los deudores. Algún autor define incidentalmente el favor debitoris como el principio de que “la duda no debe quedar sustituida por una certidumbre del máximo rigor contractual para el obligado, sino con la solución que para el mismo suponga el mínimo rigor”²¹”.

En esa línea, DIEZ PICAZO señala que:

“Además de la facultad de liberarse de la deuda, el deudor posee la facultad de detener toda pretensión extralimitada o abusiva de su acreedor (por ejemplo, deuda no vencida, pagadera en lugar distinto, prescrita, compensada, etc) (...) El deudor tendrá la facultad de hacer valer una limitación de su responsabilidad en todos aquellos casos en que esta posibilidad le haya sido concedida (...) El deudor es también titular de determinadas facultades que contemplan un normal desarrollo de la relación obligatoria y que tratan de proteger y de tutelar su interés. Por regla general, se entiende que la obligación, en cuanto a limitación de la libertad, debe ser considerada en cierta medida como un supuesto excepcional. El que se obliga, se obliga siempre a lo menos posible. Sobre esta idea toma su base la regla llamada del favor debitoris o de la interpretación más favorable al deudor. Este criterio de favor del deudor aparece en muchos casos en el normal desarrollo de la relación obligatoria. Por ejemplo, corresponde, salvo pacto en contrario, al deudor la facultad de determinar la prestación en el caso de elección en la obligación alternativa o de especificación de la deuda de género; la facultad de anticipar la prestación cuando el plazo se estableció en su exclusivo beneficio; la de reclamar un descuento cuando pagó anticipadamente ignorando la existencia de un plazo [entre otros]²²”.

Este principio lo encontramos, por ejemplo, en los siguientes artículos del Código Civil: En el artículo 1162 el cual señala que la elección de la prestación corresponde

²¹ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. vol. I.* Barcelona: Editorial Bosch, p. 304. Citado por: CASTÁN, José María. *El “favor debitoris” en el Derecho Español.* Anuario de Derecho Civil, IV, 1961, p. 835.

²² DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.* Sexta Edición. Volumen II. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2008, p. 147.

al deudor, si no se ha atribuido esta facultad al acreedor o a un tercero; en el artículo 1143 que dispone que en las obligaciones de dar bienes determinados sólo por su especie y cantidad, la elección corresponde al deudor; o en el artículo 179, según el cual el plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

En cuanto al plazo, que es la condición que alberga a la holgura en el contrato de obra, LORENZETTI señala:

“La obligación de entrega puede estar sometida a plazo, con las siguientes características: (...). El plazo puede ser tanto suspensivo, fijando una fecha para el comienzo de las obras, el que debe ser cumplido porque el dueño le interesa cuándo comienza la obra. Si no se cumple, puede intimar el comienzo de la obra, extrajudicial y luego judicialmente, bien resolver el contrato por incumplimiento. Si el empresario no cumple con el plazo inicial, pero sí con el final, puede ser responsabilizado de los mayores costos sufridos si se demuestra que se habría pagado menos si la obra hubiera sido empezada en término, y la obra fuese por el sistema de coste y costos. El plazo puede ser resolutorio, fijando un lapso extintivo de los efectos obligacionales del contrato²³”.

En la práctica, la finalidad de pactar el inicio y culminación de las obras es reducir la incertidumbre de las partes en torno al tiempo de ejecución y la entrega de la obra. Naturalmente bajo un esquema de *Project Delivery System* clásico o tradicional, es el contratista quien está en mejor condición de prever o estimar -en base a la información entregada por el propietario- el plazo de ejecución de la obra, a través de la elaboración de un cronograma que defina actividades y su secuencia lógica de desarrollo, basado en los niveles de rendimiento de sus recursos.

En ese sentido, el plazo ofertado por el contratista será la base de su padecimiento, ya que una vez pactado, las partes tendrán muy claro cuando las obras inician y culminan, no antes ni después. Por ello, la contratación del plazo tiene dos efectos: **i)** primero, que el deudor (contratista) no puede culminar la obra en fecha posterior al plazo pactado, de ser así le serán aplicadas penalidades por su retraso culpable o se utilizarán los remedios legales del artículo 1429 del Código Civil; y **ii)** segundo, que el acreedor (propietario) no puede exigir la entrega de la obra en una fecha anterior a la establecida, pues antes de dicha fecha la obligación no es exigible al precio originalmente pactado.

Cualquier desviación que ocurra en la planificación del proyecto que impacte en el plazo deberá ser soportada por la holgura prevista en el cronograma para una determinada actividad y cualquier duda, omisión o ambigüedad respecto a su beneficio, debería corresponder en primer orden al contratista; y esto ¿por qué?, porque en la práctica sino se concede una extensión de plazo por la afectación de

²³ LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. Segunda edición. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 725-726.

la ruta crítica que restituya y deje indemne las condiciones de iniciales de contratación, el propietario (acreedor) estaría exigiendo desproporcionalmente la entrega de la obra en una fecha anterior a la establecida contractualmente.

Adicionalmente, la previsión de una holgura en el cronograma de actividades es parte del conocimiento experto de un contratista en la planificación del proyecto, y en quién recae la obligación legal de hacer la obra en la forma y plazos convenidos como establece el inciso 1 del artículo 1774 del Código Civil: "el contratista está obligado a: 1. hacer la obra en la forma y plazos convenidos, o en su defecto, en el que se acostumbre".

Esta obligación descrita en este artículo, como también el referido en el artículo 32.6 y 40 de la Ley 30225 - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo 082-2019-PCM, son expresión del Principio del contratista experto. Este principio ayuda a entender la razón por la que la ley asigna en cabeza del contratista la obligación de hacer la obra en la forma y plazo convenido, y es porque -justamente en su condición de experto- está en mejor posición de saber cómo planificar la ejecución de la obra.

Entonces, ante esta clara asignación de riesgo normativo, tiene total sentido que un contratista diligente busque razonablemente controlar mejor la precaución de asegurar y/o distribuir mejor sus recursos para cumplir con el plazo contratado y así evitar las consecuencias de su incumplimiento.

Como lo han comentado distintos autores internacionales, uno de los motivos por los que se establecen holguras en el cronograma de ejecución de obras es precisamente para crear una garantía a favor del contratista ante eventos no previstos que retrasen sus actividades e impidan cumplir con el plazo contratado.

Siguiendo a KLEE y KNOWLES, las holguras están en beneficio legítimo del contratista, en la medida que su utilidad es lograr la obra en el plazo comprometido y así quedar liberado de su prestación.

Si lo miramos de otra forma, al momento de celebrar el contrato, el acreedor (propietario) manifestó el interés que su obra culmine y sea recibida en una fecha pactada; y, por su parte, el deudor expresó el interés de cumplir su prestación de hacer en el plazo convenido. Siendo esto así, no tendría mucho sentido asignar una holgura en beneficio del acreedor (propietario), pues si la obra termina antes no cambiaría en nada su interés en el objeto del contrato²⁴. Por el contrario, para el contratista tiene total sentido proteger su interés de conservar -en su beneficio- toda medida de precaución razonable para reducir su riesgo y cumplir con el plazo contratado.

²⁴ Además, si un propietario pudiese retrasar una actividad del cronograma hasta agotar su holgura puede generar que una actividad que no fue crítica originalmente se vuelva crítica y así directamente afecte su interés de lograr su obra a tiempo.

Decisión final: ¿Quién se beneficia con las holguras del cronograma en los proyectos de construcción?

VI. Conclusión

A manera de conclusión, se propone para el debate que, salvo la existencia de un pacto expreso sobre la titularidad de una holgura en el cronograma de obra, esta holgura se hallará en primer orden en beneficio del contratista.

La motivación de la prueba en el arbitraje local: Énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del artículo 1332 del Código Civil

Juan Manuel Loza *

Resumen. - La motivación de las decisiones probatorias en arbitraje es un tema poco tratado en la doctrina y que merece una especial atención al momento de la emisión de laudos. Salvo pacto en contrario, los arbitrajes de derecho con materias complejas requieren de una sofisticada valoración de las pruebas y un dominio de reglas esenciales de teoría probatoria que garanticen a las partes una decisión justa y razonable en términos de lo debatido jurídica y técnicamente. Antes que una visión general de la motivación de los laudos, es imprescindible aterrizar en cómo se justifican racionalmente las decisiones sobre las pruebas relevantes en arbitraje.

Abstract. - The motivation of the probative decisions in arbitration is a topic that is not very much treated in the doctrine and that deserves special attention at the moment of the issuance of awards. Unless otherwise agreed, the arbitrations of law with complex matters require a sophisticated valuation of the evidence and a mastery of essential rules of probative theory that guarantee the parties a fair and reasonable decision in terms of what is legally and technically debated. Before an overview of the motivation of the awards, it is imperative to land on how decisions are rationally justified on the relevant evidence that is acted in arbitration.

Palabras claves. - Arbitraje - Construcción - Proyectos - Prueba Técnica - Prueba Científica - Teoría Probatoria - Laudos.

Keywords. - Arbitration - Construction - Projects - Technical Test - Scientific Test - Evidentiary Theory - Awards.

* Socio fundador de la firma Loza Legal. Desempeña su función en el área de Arbitraje y Derecho de la Construcción. Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Es parte de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción.

I. Introducción

El arbitraje se ha convertido en un mecanismo poderoso y eficiente de solución de controversias¹. La doctrina aún no es del todo pacífica en considerar que el arbitraje fue la primera manifestación de lo que contemporáneamente conocemos como proceso². Lo que sí es claro desde la Roma Clásica es que la decisión del llamado árbitro compromisario siempre anheló ser particularmente respetada y acatada en sus propios términos³.

En la actualidad, un laudo dista de ser venerado -y no lo tiene que ser- pues las partes persiguen intereses contrapuestos y cada una desea salir victoriosa en la tesis de caso que propone ante un Tribunal. Sin embargo, en el Perú la proliferación del mal llamado “recurso de anulación de laudo” constituye, en su gran mayoría, un abuso procesal y una manifestación de mala fe, gatillada por la consabida alegación de los “defectos de motivación”: un constructo jurídico en nuestro medio.

Es así que la motivación del laudo se ha convertido en uno de los temas capitales del debate arbitral. Existen legislaciones en las que se faculta el pacto de no motivación entre las partes, en otras en las que se prescinde totalmente de la obligación de motivar el laudo⁴. Inclusive, en algunos reglamentos se deja a criterio del árbitro el acto de motivar o no⁵, hasta en algunos casos las partes consiguen pactar el nivel de profundización de la motivación del laudo sobre la base de la autonomía de la voluntad propia del arbitraje.

¹ Al margen de las normales discusiones, como por ejemplo, las que se generan en torno a la utilización de reglas transnacionales, *lex mercatoria* y arbitrajes en materia de comercio internacional. Véase: GAILLARD, Emmanuel. *El orden jurídico arbitral*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2015, pp. 34 y ss. En ese mismo sentido: CALLUF FILHO, Emir. *Arbitragem Internacional. O local da arbitragem*. Curitiba: Juruá editora, 2006, pp. 74 y ss.

² “El más afamado de los discípulos de Wlassak, Leopold Wenger, ya no seguía en este punto a su maestro, y el distanciamiento de esa teoría por parte de la romanística posterior ha sido ya prácticamente general. Baste mencionar, por remitir sólo a algunos de los más eminentes especialistas vivos en el ámbito del derecho procesal que se han pronunciado de forma expresa en contra del origen arbitral del procedimiento privado, los nombres de G. Pugliese, M. Kaser, A. Biscardi, M. Talamanca o B. Albanese. La pretendida génesis arbitral del proceso se aviene mal asimismo con las nuevas perspectivas sobre los orígenes del proceso privado abiertas en los últimos años por un importante sector de la doctrina italiana encabezado por R. Santoro, G. Nicosia y C.A. Cannata”.

PARICIO, Javier. *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 68.

³ Ulpiano, sostenía que se debía estar a la sentencia del árbitro compromisario, sea justa o injusta. El mismo Ulpiano refiere un rescripto de Antonio Pío, según el cual: “Debes soportar con buen ánimo incluso la sentencia menos probable, la más absurda o la más injusta”.

⁴ En algunas legislaciones se aprecia un silencio absoluto en torno a la obligación de motivar el laudo. Por ejemplo, *Uniform Arbitration Act* no contiene una regulación específica sobre tal obligación. De hecho, el mismo Tribunal Supremo de Estados Unidos ha emitido jurisprudencia en la que establece que los árbitros no están obligados a motivar los laudos.

⁵ “*Commercial Arbitration Rules - American Arbitration Association. R-46. Form of Award:*

(...)

(b) *The arbitrator need not render a reasoned award unless the parties request such an award in writing prior to appointment of the arbitrator or unless the arbitrator determines that a reasoned award is appropriate.*”

Sin embargo, hay algo que está detrás de la motivación del laudo y que muchas veces pasa desapercibido: la motivación de la prueba⁶.

Según Wróblewsky⁷, la racionalidad de la decisión probatoria debe ser controlada y ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juzgador expresadas en la motivación. Bajo un criterio analítico, tal racionalidad podrá obtenerse si se transita primero por una valoración singularizada de las pruebas y luego por una valoración conjunta de ellas.

En arbitraje, doctrina mayoritaria reconoce que la motivación del laudo debe ser flexible, breve, centrándose en aspectos claves de la controversia⁸, siempre dentro de un marco de razonabilidad⁹. Por ello, como refiere Canals¹⁰, es polémica la doctrina de la equivalencia entre la motivación de laudos y sentencias. De ahí que ejercer control de motivación sobre un laudo no es lo mismo que hacerlo sobre una sentencia. Sin embargo, la pregunta que se decanta es la siguiente: ¿los árbitros deben aplicar las reglas convencionales de teoría probatoria o estas quedan supeditadas a la flexibilidad y discrecionalidad? Y, entonces, ¿cuáles son los límites? No es una cuestión baladí, pues la motivación del laudo está íntimamente vinculada a cómo se han valorado las pruebas y a cómo se ha decidido respecto de ellas.

En sede nacional continúa el debate en torno a la motivación del laudo y al “estándar aplicable”. Sobre el particular existen dos corrientes claramente

⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 175 y ss.

⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*. San Sebastián: Universidad del país Vasco, 1989, p. 186.

⁸ Sin lugar a duda uno de los principales impulsores del arbitraje a nivel mundial es el profesor Gary Born, cuya especial forma de explicar las bondades del arbitraje calan profundamente en los países donde se práctica correctamente este mecanismo de solución de controversias. Este autor pone especial interés en remarcar lo importante que significa flexibilizar la motivación del laudo y hacerlo dinámico.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. New York: Transnational Publishers, pp. 110 y ss.

⁹ “El arbitraje debe guardar diferencias constructivas con los procedimientos judiciales, que no lo hacen mejor ni peor que éstos, pero sí –por esencia– distinto. La flexibilidad no puede, claro, conducir a un desorden ni a consecuencias que no sean comprensibles por el discurrir del entendimiento. Todo arbitraje debe guardar un balance y equilibrio entre las partes, de manera que alguien que analice una decisión arbitral, si es una persona con apreciación razonable, pueda entender su contenido u objeto, su causa, y su fin. En el arbitraje, las formas no deben considerarse fines en sí mismas. Esa misma flexibilidad tiene consecuencias en lo sustantivo. Los árbitros deben prestar atención y analizar las fuentes sustantivas del derecho, incluyendo las decisiones o precedentes judiciales relevantes y persuasivos. No deben ignorarlas so pretexto de autonomía. No obstante, los árbitros deben tener un margen de actuación o discreción sustantiva para realizar interpretaciones y aplicaciones del derecho. Deben ser rigurosos y profundos en sus métodos y técnicas de análisis, pero no rígidos ni exégetas estrictos”.

DÍAZ-CANDIA, Hernando. “Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica. Arbitraje”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://arbitrajerci.files.wordpress.com/2018/07/tendencias-actuales-del-arbitraje-en-latinoamc3a9rica.pdf>

¹⁰ CANALS VAQUER, Roger. “La falta de motivación del laudo como motivo de su impugnación por infracción del orden público”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://arbitrajerci.files.wordpress.com/2018/08/11-02-10.pdf>

identificables: una primera partidaria de la flexibilidad de la motivación¹¹; y, en la otra vereda, una posición que exige una decisión justificativa más elaborada¹².

Frente a ese debate, lo razonable es encontrar un balance y establecer criterios de buen proceder bajo las pautas del razonamiento jurídico.

En tal sentido, consideramos que el rigor básico de motivación exigible a los árbitros podría seguir la siguiente lógica, *minimum minimorum*:

“Ciertamente, la mayoría de los sistemas requieren que el laudo contenga una referencia a tales circunstancias fácticas, pero la motivación del laudo en cuanto a los hechos exige algo más que una mera referencia a los hechos. Implica que el laudo debe reseñar los hechos que han sido probados y que se vinculan a los fundamentos jurídicos, y debe existir asimismo un mínimo principio de valoración de la prueba o, si se quiere, de justificación de por qué el árbitro considera dichos hechos como probados. La ausencia de revisión de fondo del laudo no permite poner en cuestión la valoración de la prueba por el árbitro, a menos que resulte abiertamente irracional o arbitraria. Pero las partes tienen derecho a conocer qué hechos consideran los árbitros como probados y por qué. Solamente así quedará garantizado el ejercicio de sus derechos de defensa y, en particular, la posibilidad de articular un recurso o la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo. En suma, el principio de motivación del laudo se extiende por igual a los hechos y al Derecho, a menos que, como ocurre con la legislación rusa, la propia normativa limite dicha motivación, estrictamente, a los fundamentos sustantivos del laudo¹³”.

Y es que, bien vistas las cosas, no se es menos flexible y tampoco más garantista si los árbitros mantienen un esfuerzo básico de valoración probatoria y de justificación decisoria a plasmarse en el laudo. Consideramos que la labor probatoria de las partes y sus argumentaciones, en sus aspectos centrales, es decir, los que sellan la materia controvertida, deben estar capitalizadas en el laudo. Como sostiene Corchuelo¹⁴, el defecto fáctico se presenta cuando los árbitros dejan de decretar, practicar o valorar una prueba pertinente y determinante para la decisión de fondo.

Siendo así, lejos de propiciar un debate lleno de abstracciones, a veces alejado de la práctica, el tema del estándar de motivación de laudos en arbitraje doméstico

¹¹ En esta corriente se acepta como válido que el laudo pueda no ser tan estricto en cuestiones de valoración probatoria pormenorizada y de las justificaciones que deban exponerse en el arribo de la decisión. Se invoca, en respaldo de esta posición, legislación comparada que concede amplios márgenes de flexibilidad a la motivación; y, en algunos casos, la prescindencia de la obligación de motivar.

¹² En esta corriente se suelen equiparar algunas exigencias de motivación judicial al ámbito del arbitraje, aunque con algunos matices. El hecho es que esta posición es tendiente a vincular al arbitraje con las garantías constitucionales del proceso.

¹³ SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. “Un análisis comparado de la motivación del laudo en el arbitraje comercial internacional”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/12/11.3.01.pdf>

¹⁴ CORCHUELO URIBE, Daniela. *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 59.

nos obliga a repasar algunas circunstancias a fin de mejorar las buenas prácticas en el derecho arbitral peruano.

En esa tarea, traer a colación la importancia de la motivación de la prueba (especie) como manifestación de la garantía de la motivación de las decisiones (género), desde nuestro punto de vista resulta trascendente.

II. ¿Qué es la motivación de la prueba y cómo funciona en el arbitraje nacional?

i. Premisas esenciales: La fractalidad del arbitraje

La obligación de motivar las decisiones encuentra su fundamento en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, y en lo que concierne a la motivación en el arbitraje, el Decreto Legislativo 1071 -norma que regula el arbitraje en el Perú- regula la motivación exigible a los árbitros en los artículos 43¹⁵ y 56¹⁶.

En los últimos años, se ha venido cuestionando el rol de la justicia comercial en los procesos de impugnación de laudo¹⁷. Según un sector de la doctrina, como por ejemplo Cantuarias y Repetto¹⁸, la anulación de laudos basada en ‘errores’ de motivación afecta a la propia institución arbitral y a su independencia, siendo este un intervencionismo judicial intolerable que nos aleja de los altos estándares arbitrales.

En esa línea de pensamiento, abundan estudios sobre el correcto encuadramiento de la motivación en el arbitraje y su necesaria diferenciación con la motivación en sede judicial.

A nuestro ver, no hay duda de que, existen diferencias entre motivar un laudo y una sentencia. Lo que ha venido ocurriendo es que, en ocasiones, se confunde la elasticidad o flexibilidad que brinda el arbitraje con una inadecuada motivación

¹⁵ “Artículo 43.- Pruebas

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

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

¹⁶ “Artículo 56.- Contenido del laudo

1. 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 numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar”.

¹⁷ Como dato histórico de los procesos de impugnación arbitral, es interesante mencionar que en la Roma Clásica no hubo propiamente impugnación interna. Existió la *exceptio doli* que generaba un nuevo proceso donde se anulaba la sentencia. El proceso se seguía ante un *iudex* elegido por las partes y sólo por la elección se decía que el proceso era arbitral.

¹⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis. “El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas”. En *Ius et Veritas*, núm. 51, 2015, pp. 41 y ss.

de las decisiones probatorias. Y esta es una cuestión en la que casi nunca se repara.

En efecto, la obligación de motivar la decisión probatoria es el núcleo de la obligación de motivar una decisión. Al margen del estilo de motivación empleado en el laudo, éste debe cumplir con una mínima exigencia de racionalidad justificativa en la valoración de las pruebas; de lo contrario, se abriría paso a la arbitrariedad.

Teóricamente, la valoración probatoria debe seguir dos fases: (i) una valoración individualizada de los medios de prueba; y, luego, (ii) una valoración conjunta de ellas. Esto lo explica Parra:

“El estudio individualizado de cada medio probatorio, las inferencias que se hacen y las reglas de la experiencia que se aplican. Este método de estudio, muestra al justiciable y a la sociedad la manera ponderada y cuidadosa como el funcionario estudia las pruebas. Permite igualmente a las partes observar qué medio de prueba fue mal evaluado, para poder utilizar los recursos. Una vez que se hace el estudio anterior se procede a evaluar las pruebas en conjunto, haciendo una unidad intrínseca¹⁹”.

En ese mismo sentido, Ferrer Beltrán, afirma lo siguiente:

“Debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas²⁰”.

El convencional proceso de análisis antes descrito no siempre es seguido por los árbitros y, en ciertos casos, hasta es comprensible debido a la complejidad de las materias controvertidas²¹ y al número de escritos y pruebas presentados por las partes²². Es por ello común que las partes adopten las Reglas IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional. No obstante ello, en determinados laudos

¹⁹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial ABC, 2007, p. 7.

²⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007, p. 56.

²¹ Piénsese por ejemplo en los arbitrajes multicontratos. Sobre este tema, Blanco, apunta que: “El arbitraje multicontrato responde a situaciones en las que dos o más partes han suscrito una serie de contratos, vinculados por su objeto. Por tanto, una de las diferencias reside precisamente en la existencia de dicho consentimiento expreso por todas las partes involucradas en el arbitraje. Por regla general, este tipo de contratos es propios del sector de la construcción, incluso en sectores donde es típica la subcontratación. La intención con este tipo de arbitraje es, básicamente, la económica procesal, esto es, resolver arbitrajes basados en múltiples contratos en un mismo procedimiento, ahorrando los costes derivados del mismo. Asimismo, se busca evitar laudos contradictorios dado que, aunque estemos ante contratos distintos, no podemos perder de vista que están estrechamente relacionados y que existe identidad de objeto”.

BLANCO GARCÍA, Ana Isabel. *Árbitro y partes: los peligros y entresijos de la práctica del arbitraje*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, p. 159.

²² La flexibilidad con la que cuentan los árbitros en materia probatoria es bastante amplia. Por ejemplo, conforme a algunos reglamentos el Tribunal Arbitral tiene la facultad determinar la admisión de una prueba incluso con el laudo final.

se aprecia un distanciamiento a justificar la decisión probatoria, y esto sí es preocupante. Y muchas veces no solamente es responsabilidad de los árbitros.

Básicamente, un laudo debería plasmar las razones de la prueba preponderante y sus implicancias²³, así como fijar un listado de pruebas relevantes, justificar porqué son relevantes, brindar un tratamiento especial a la prueba científica o técnica, entre otros aspectos asociados. Si bien es bastante plausible que los árbitros no deban referirse a todas las pruebas practicadas, es indispensable actuar bajo parámetros mínimos de justificación²⁴. Y esto porque la técnica del relato en la motivación, que acoge la visión holística o conjunta de la valoración de las pruebas, puede, en ciertos casos, hacer perder de vista una adecuada valoración individualizada de pruebas determinantes en el arbitraje. Recordemos que un buen árbitro maneja técnica probatoria con una apropiada visión de conjunto²⁵.

Indiscutiblemente, un laudo no solamente debe plasmar las emociones que deja un caso y el impacto producido en las audiencias (sean presenciales o virtuales²⁶), lo que se necesita, además, es que los árbitros realicen una valoración profesional de las pruebas y una adecuada justificación de sus decisiones en ese ámbito²⁷. Definitivamente, no es suficiente la “íntima convicción” al momento de decidir cuando se trata de un arbitraje de derecho²⁸. Las partes requieren justificaciones concretas y razonadas dentro de un marco lógico proyectado en las pruebas²⁹.

²³ DE LUIS, J. Félix y ALBUQUERQUE, Nuno. *La prueba en el procedimiento arbitral*. Pamplona: Thomson Reuters, 2017, pp. 111 y ss.

²⁴ CHOCHRÓN GIRALDEZ, Ana. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch Editor, 2000, pp. 166-167.

²⁵ ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William. *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 107.

²⁶ En los últimos años, hemos sido testigos del crecimiento del proceso telemático en las actuaciones arbitrales. El convivio arbitral como obra teatral -esta última por esencia de naturaleza presencial- viene cediendo ante las nuevas exigencias del mercado y del tráfico jurídico.

²⁷ “(...) está empíricamente demostrado que cuanto más complicada es la decisión a tomar, más tendencia existe a acudir a la intuición, básicamente porque el sujeto sabe, en primer lugar, que no puede captar todos los detalles del caso concreto a decidir; en segundo lugar, porque los datos en un contexto complicado suelen ser poco o nada explícitos -como sucede en las situaciones de insuficiencia de la prueba-; y en tercer lugar, porque existe la extendida creencia de que en ese tipo de situaciones, hasta el más pequeño error puede provocar el desacierto de la decisión. Y por ello en este tipo de escenarios el ser humano tiende a confiar ciegamente en los datos que obtiene de su experiencia pasada en ocasiones similares, lo que constituye un atajo para conseguir decisiones acertadas. Pero como ya vimos, ese atajo resulta peligrosísimo, porque conduce a muchos errores. Por ello, existen multitud de trabajos que recomiendan directrices para controlar la intuición en los más diversos ámbitos, hasta el punto de sacar la decisión del terreno de lo inconsciente, llevándola al campo de lo empírico”. NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 206.

²⁸ Ahora bien, claro está que los árbitros tienen total libertad de aplicar en sus decisiones las máximas de experiencia que consideren adecuadas; sin embargo, en esos casos, como bien refiere, Peyrano, se requiere de un mayor esfuerzo discursivo en la motivación. PEYRANO, Jorge. *Aproximación a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles? Prueba I*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni editores, 2005, p. 223.

²⁹ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 107 y ss.

Es por ello que la disyuntiva motivación judicial estricta versus motivación arbitral flexible, a veces se acerca más a un falso dilema, puesto que existe una garantía elemental de motivación racional que tanto jueces como árbitros deben respetar al momento de decidir³⁰. **No son los mismos estándares**, claro está, aunque existen rasgos esenciales de teoría probatoria que bien pueden compartir ambos mecanismos.

Es interesante *prima facie* revisar algunos conceptos. La doctrina recuerda que históricamente:

“En el Derecho romano existían dos tipos diferentes de sentencias viciadas, distinguiéndose perfectamente entre sentencias contra ius constitutionis y sentencias contra ius litigatoris. Las sentencias contra ius constitutionis, son radicalmente nulas porque el iudicatum del juez supone una contradicción evidente con lo dispuesto en las Constitutiones (...) Por el contrario, las sentencias dadas contra el ius litigatoris, abarcan todos los supuestos de error de hecho y el resto de error de derecho, básicamente errores de subsunción o, más en general, de mal razonamiento de cualesquiera tipos de inferencias que conducen a la decisión. (...) En definitiva, a tenor de lo expuesto, vemos como en el Derecho romano en el caso que nos ocupa, la sentencia dictada con defecto absoluto de motivación, sí que preveía una solución concreta a este asunto. Considerando, a tenor de las disposiciones legales analizadas, que la motivación se convierte en un deber jurídicamente exigible, al menos desde las extraordinariae cognitiones, la falta absoluta de fundamentación de la sentencia romana implicaba la nulidad radical de la misma, precisamente por erigirse directamente contra el ius constitutionis³¹”.

De ahí que compartamos la idea de Taruffo³², según la cual la justicia procesal es la justicia del procedimiento. La justicia substancial es la justicia de los resultados del procedimiento. El arbitraje es finalmente un procedimiento, con sus propias particularidades, y el grado de calidad y confiabilidad de sus decisiones se

³⁰ Al respecto, Merino y Chillón, advierten que: “En primer lugar, a través de la evolución de la práctica y el Derecho común de los países en que no es exigible la motivación de las sentencias. En Inglaterra es apreciable una tendencia general en el sentido de que determinados jueces y tribunales superiores o administrativos motivan ya sus sentencias. La reforma inglesa de la Ley de Arbitraje de 1979 ha introducido la posibilidad de que los árbitros motiven sus sentencias en determinadas condiciones. Así, si antes de que la sentencia se dicte una de las partes solicita de los árbitros la motivación, la High Court puede pedir al árbitro, una vez que la sentencia ha sido pronunciada, la indicación de los motivos que la han fundamentado. La práctica arbitral ha seguido también los pasos de esta evolución. En Austria y los países nórdicos, en que no es exigible la fundamentación de las sentencias, sin embargo, árbitros e instituciones las motivan de hecho. En Inglaterra mismo, donde para las relaciones del comercio internacional, la no motivación de hecho pudiera constituir un serio inconveniente en orden a la ejecución de las sentencias en otro país que considere esta exigencia como de orden público, se ha seguido la práctica de introducir los motivos o fundamentaciones de la sentencia en una hoja aparte, la cual no forma parte técnicamente de la sentencia”.

MERINO, José & CHILLÓN, José. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2014, pp. 1663-1664.

³¹ ALISTE SANTOS, Tomás. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 411 y ss.

³² TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 203.

relaciona inevitablemente con garantías básicas. Sobre el particular, en el libro *Proceso y Decisión*, el profesor Taruffo aclara lo siguiente:

“Asimismo por lo que se refiere a la corrección del procedimiento, es posible, si bien no siempre fácil, establecer un nivel mínimo por debajo del cual, el proceso no es correcto y, por tanto, falta la condición para obtener una decisión justa. En muchos ordenamientos modernos, dicho nivel se delimita elaborando y especificando las garantías constitucionales del *due process of law* o de los principios correspondientes de defensa de las partes y de la independencia del órgano jurisdiccional. Otros requisitos, como por ejemplo, la actuación efectiva de la garantía del acceso a los tribunales o del principio de libertad (valoración) de la prueba, son definidos de vez en cuando por la teoría del proceso. Consecuentemente, a pesar de varias dificultades e incertidumbre, es posible imaginar que pueda señalarse un modelo mínimo de proceso justo por debajo del cual puede haber un proceso cualquiera³³”.

Bajo ese entendimiento, consideramos que la motivación de la prueba es clave en la justificación de las decisiones. A este propósito es interesante el enfoque del profesor español Joan Picó I Junoy, quien, si bien se refiere a jueces, es factible aplicarlo también a árbitros con algunos matices:

“El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho que ponga fin al proceso.

Por ello, una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho. Así ocurre en los casos en los que la sentencia contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, en consecuencia, carente de motivación.

Esta obligación de fundamentar las sentencias no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen que la decisión esté precedida de la argumentación que la fundamente.

No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional; se trata de que la tutela judicial efectiva se anude con los extremos sometidos por las partes a debate³⁴”.

En ese orden de ideas, consideramos que la motivación arbitral no puede ser flexibilizada a puntos insospechados, salvo que haya un acuerdo distinto entre

³³ *Ibid.*, p. 243.

³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editor, 1997, pp. 60-61.

las partes³⁵.

Es claro que, como lo reconoce el propio autor español recién citado, las decisiones –y aquí incluimos a los laudos– no deben necesariamente contener una justificación pormenorizada y detallada respecto de cada alegación de las partes y de las pruebas aportadas; sin embargo, es menester que exista una motivación racional de las pruebas relevantes, esto es, de las pruebas sobre las que gira la materia controvertida, las cuales deben ser especialmente valoradas y motivadas en el laudo, puesto que son las que determinan el sentido de la decisión (sea de un laudo parcial o de un laudo final). En tal sentido, no es justificable que un Tribunal recurra fórmulas abstractas para aparentar una motivación racional de las pruebas. Al respecto, Picó I Junoy, advierte que:

“No obstante, acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica se soslaya continuamente mediante el uso torticero del denominado <apreciación conjunta de las pruebas>, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado <en conjunto> o <conjuntamente>, con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin la especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el juzgador³⁶”.

Justamente, para evitar prácticas como la descrita en la cita anterior, es necesario que los árbitros realicen una auténtica valoración de las pruebas que se traduzca en una satisfactoria justificación de las decisiones. No se trata, pues, de que el laudo refleje meras aproximaciones, tanteos o corazonadas probatorias que terminen desnudando ligereza y superficialidad en la labor de valoración.

ii. La mecanización de la prueba y su motivación

Nos ha tocado apreciar en determinados laudos una recurrencia a una suerte de adivinación. ¿Cómo es eso? Son laudos cuyos puntos resolutivos son claros y precisos, pero nos los motivos que llevaron a tales decisiones. De hecho, existen casos en los que se ganó y no se sabe exactamente las razones de la victoria. Tampoco en el caso inverso. Esto expone al laudo al riesgo de anulación en un país donde hay criterios disímiles en este tópico. Citemos algunos ejemplos de lo que venimos indicando:

- a) **Posible defecto 1.** Se incurre en el prejuicio de confirmación en materia probatoria. Vale decir, los árbitros saben y están convencidos de que alguien tiene la razón y se motiva sólo con el material probatorio de esa parte. Al respecto, Taruffo sostiene lo siguiente:

³⁵ Aun así, resulta válido preguntarse si es constitucional el pacto de no motivación y que tal posibilidad esté permitida por la Ley de Arbitraje.

³⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch Editor, 1996, p. 28.

“De no ser así, caeríamos en lo que los psicólogos definen como el prejuicio de la confirmación según el cual, si yo tengo en mente una hipótesis sobre un hecho determinado, finalmente lo que voy a hacer es una selección entre la información que tengo justo para confirmar mi hipótesis, sin tomar en consideración toda aquella información que está en contraste con mi opinión, esto es, las pruebas contrarias.

Como se verá, ciertamente no se trata de un gran razonamiento, pues al final si no tomo en consideración los argumentos o las pruebas que contradicen mi hipótesis, con toda probabilidad mi razonamiento será erróneo, pues nada excluye que la prueba contraria a lo mejor sea la decisiva³⁷”.

- b) Posible defecto 2.** Se aplica la técnica del *story-telling* sin pruebas. Es el caso de los laudos que contienen una innumerable repetición de los argumentos de las partes sin mayor referencia a las pruebas. Es más un cuento que una decisión propiamente. Al respecto, Taruffo, puntualiza:

“Los relatos coherentes pero sin sustento no deberían ser tomados en consideración; sólo una historia que, en comparación con otras historias con sustento probatorio, sea relativamente más probable sobre la base de las pruebas relevantes, puede ser apropiadamente elegida como versión verdadera de los hechos en litigio³⁸”.

- c) Posible defecto 3.** Se aplican los criterios de un jurado y no de un Tribunal de Derecho. En ocasiones es tanta la flexibilidad en la evaluación de los hechos y pruebas, que termina por desnaturalizarse la decisión que debe ser, ante todo, jurídica y, sobre la base de lo debatido y probado por las partes. Así, Taruffo recuerda que:

“Los jurados llegan a sus conclusiones sobre los hechos mediante una evaluación de la plausibilidad de las stories completas acerca de los hechos, sin llevar a cabo ningún razonamiento analítico sobre los hechos específicos o los elementos particulares de prueba. En otras palabras, los jurados estadounidenses determinan la verdad de los hechos de que se trata principalmente mediante la construcción y comparación de stories, más que evaluando críticamente la información aportada por las pruebas³⁹”.

La brevísima lista es un elenco de algunas de las falencias que podrían estar incurriéndose en varios arbitrajes y que a veces no son advertidas. Mejorar estos temas ayudaría a crear un mejor clima de atracción arbitral. Y es que, desde nuestra perspectiva, no sólo se trata de modificar normas y de mejorar las prácticas éticas, sino también la labor profesional de quienes participamos en los arbitrajes debe repensarse bajo un prisma propositivo.

³⁷ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 101.

³⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 143.

³⁹ TARUFFO, Michele (2007). “Narrativas judiciales”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n1/art10.pdf>

III. La relevancia de la motivación de la prueba en arbitrajes complejos, como son los arbitrajes de construcción

¿Qué es *complex litigation*? Los arbitrajes complejos son aquellos en los que la materia en controversia exige determinados conocimientos técnicos y especializados debido a sus particulares métodos, esquemas contractuales, metalenguaje y tamaño de los proyectos involucrados. Los arbitrajes de construcción son un claro ejemplo de ello.

Los abogados desvinculados a dicha especialidad se enfrentan a no pocas barreras: las dinámicas colaborativas, los modelos contractuales, el nivel de detalle técnico es distinto y otra la exigencia, inclusive en materia de negociaciones. Por dar un ejemplo, no es lo mismo un *Project Finance* convencional que un *Construction Project Finance*.

En disputas, el *Project Delivery System* (PDS) es esencial, es decir, el fijado por el propietario de la obra y el que decide qué riesgos retener y trasladar, anclándose su discusión en la correcta o incorrecta elección del PDS y la desviación en la asignación de riesgos. La referida temática es recurrente en este tipo de arbitrajes y su evaluación tiende a ser minuciosa junto a la interpretación de las cláusulas contractuales pactadas en cada caso y la ley aplicable.

En disputas de construcción, las partes pueden, antes que recurrir al arbitraje, intentar resolver sus controversias a través de otros mecanismos, tales como:

- i. ***Neutral evaluation***: Un técnico analiza argumentos de las partes y emite una opinión/recomendación no vinculante (propone solución más adecuada).
- ii. ***Adjudication***: Un técnico adopta decisión vinculante para las partes, de naturaleza contractual y provisional- interina.
- iii. ***Expert determination***: Un técnico emite decisión vinculante que resuelve la controversia de forma definitiva (debate en doctrina si califica o no como laudo)

En los arbitrajes de construcción se requiere, indefectiblemente, de prueba pericial, y esto está vinculado al principio de necesidad de la prueba. ¿Qué es una prueba pericial? Parra, explica sus alcances:

“Cuando en sentido general, en el proceso se requieran conocimientos especializados, es decir, de aquellos que escapa a la cultura de las gentes, puede y debe recurrirse a quienes por sus estudios, experiencia, etcétera, los posean; esos conocimientos pueden ser técnicos, científicos o artísticos. (...) El dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la

persona versada en la materia de que se trate hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos⁴⁰”.

Particularmente, el nivel de debate de pericias en arbitrajes de construcción es tan intenso, que el Tribunal y las partes pueden recurrir a métodos para delimitar las discrepancias entre los peritos, por ejemplo:

“Pre-hearing meeting”	Celebración de una reunión con los peritos <u>con carácter previo</u> a la ratificación de sus informes a los efectos de concretar el alcance de éstos y para identificar las cuestiones en las que los peritos han alcanzado un acuerdo y las cuestiones en las que su opinión técnica difiere.
“Hot-tubbing”	Conocida como ‘Conferencia de Expertos’, discusión eminentemente sobre cuestiones técnicas, limitando participación de abogados, en búsqueda de que los peritos realicen algún tipo de concesión a su contraparte.
“Scott Schedule”	Los Árbitros soliciten a los peritos y a las partes que completen un formulario en el que se identifiquen cada una de las cuestiones técnicas discutidas, los motivos en que cada parte basa su defensa técnica y los importes en que las partes cifran cada cuestión controvertida. Se suele utilizar en arbitrajes de construcción (reclamaciones por defectos y retrasos).

Como afirma Cremades:

“En definitiva, caminamos hacia la flexibilidad en el tratamiento moderno de la prueba pericial, con mayor objetividad que resulta de los deberes de transparencia y revelación de las circunstancias en las que los expertos realizan su pericia, comunicación entre los propios expertos y la supervisión del tribunal en la presentación de la pericia.

(...)

El arbitraje internacional exige hoy de los peritos que trabajen de forma colegiada más que en régimen de confrontación permanente. Deben ser conscientes de que su función consiste en ayudar al tribunal a tomar una decisión. Por eso, un árbitro experimentado consigue que los peritos de parte trabajen conjuntamente y, si no es posible, lo hagan en colaboración con el perito o los peritos designados por el tribunal⁴¹”.

En ese contexto, volvamos al tema de la valoración de la prueba y la motivación por parte de los árbitros.

Sobre el particular, el artículo 6.7 de las Reglas IBA sobre Prácticas de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, establece que:

“Cualquier Dictamen Pericial emitido por un Perito designado por el Tribunal Arbitral y sus conclusiones serán valorados por el Tribunal Arbitral con la debida consideración de todas las circunstancias del caso”.

Así, pues, para que los árbitros puedan lograr convicción, importa que se les dote con instrumentos necesarios para poner a prueba las conclusiones de los peritos.

⁴⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial ABC, 2007, p. 633.

⁴¹ CREMADES, Bernardo. (2014). “Peritaje en el arbitraje internacional”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: [http://www.caic.com.mx/boletines/PERITAJE_EN_EL_ARBITRAJE_INTERNACIONAL_\(BC_16012014\).pdf](http://www.caic.com.mx/boletines/PERITAJE_EN_EL_ARBITRAJE_INTERNACIONAL_(BC_16012014).pdf)

En ese sentido, existen dos lineamientos generales que consideramos de aplicación al momento de motivar la prueba en este tipo de arbitrajes:

- i. Salvo acuerdo de las partes, las evaluaciones periciales deben merecer un pronunciamiento expreso y motivado en el laudo, sea en sentido positivo o negativo⁴².
- ii. Para efectos de valoración de prueba científica o técnica, los árbitros deben analizar la fiabilidad de la metodología empleada, su validez y reconocimiento en la comunidad científica.

Lo anterior viene a cuento en la medida que, en el sector construcción son comunes las controversias relativas al expediente técnico, indefiniciones y errores de diseño, ampliaciones de plazo, adicionales, variaciones, *backcharges*, aprobación y recepción de obra, liquidaciones, interrupciones, sobrecostos, pérdida de productividad y daños vinculados, gerencia del riesgo, rendimientos garantizados, entre otros, que surgen entre comitentes y contratistas. Sin perjuicio de otras temáticas vinculadas como son las pólizas de seguro en contratos de construcción y la coberutra aplicable, las fórmulas compensatorias, las alternativas de *restitutio in natura* de la infraestructura afectada, la revisión de la ingeniería, el funcionamiento de centrales construidas y otros.

Este tipo de controversias requieren de una especial atención de los árbitros en el manejo de los interrogatorios, de las pericias y en la interacción con los ingenieros y abogados. Estas exigencias especiales se deben reflejar en el laudo, en el que las partes esperan encontrar justificaciones razonadas de las decisiones probatorias. De hecho, los costos periciales en este tipo de casos suelen ser muy altos, debido a que las partes invierten en contratar a firmas reconocidas mundialmente para acreditar los impactos ocasionados en los proyectos de infraestructura en los que intervienen o intervinieron⁴³. Fundamentalmente en arbitrajes de obra privada.

⁴² “La práctica predominante adoptado en el arbitraje internacional es la que sea el tribunal el que proporciona explicaciones razonadas sobre el peso que se ha asignado a los distintos elementos de prueba. Algunos principios que han sido considerados por los tribunales internacionales en su evaluación de la evidencia se exponen a continuación:

- i. Al ejercer su facultad de ponderar las pruebas ante ella, el tribunal debe examinar y explicar sus razones para aceptar o rechazar las objeciones formuladas en cuanto a la fiabilidad de una prueba concreta. Esto es cierto sólo si esas pruebas son pertinentes a la adjudicación.
 - ii. La prueba prima facie es una prueba que puede mantenerse a menos que se cuestiona eficazmente mediante la oposición de pruebas o argumentos.
 - iii. Un tribunal podrá, a su discreción, conceder un valor determinante a las pruebas circunstanciales.
 - iv. Un tribunal puede extraer como inferencia adversa la falta de evidencia en el expediente”.
- DE LUIS, J Félix. y ALBUQUERQUE, Nuno. *La prueba en el procedimiento arbitral*. Pamplona: Thomson Reuters, 2017, p. 106.

⁴³ Si acaso existe un tipo de arbitraje en el que se rompe la presunción de no necesidad de prueba pericial ese es el arbitraje de construcción. Las denominadas “Batallas de Expertos” suelen ser complejas. Cada quien tiene su “verdad” de los hechos. De hecho, en algunos arbitrajes de

Desafortunadamente, los laudos de construcción no siempre terminan reflejando la calidad de las intervenciones periciales y de las pruebas aportadas; a veces, terminan siendo sólo un relato de las posiciones de las partes y de los peritos, acompañado de una motivación probatoria escasa⁴⁴. En ese aspecto, los arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), por dar un ejemplo, suelen ser más seguros, en tanto existe una preocupación por mejorar la conducción del procedimiento arbitral en esta materia especializada⁴⁵. Desde luego que, comparativamente, son perfectibles algunas prácticas en arbitraje internacional en las que la motivación de decisiones trascendentes es relegada y, en ocasiones, sucinta⁴⁶.

A no dudarlo, las pericias son determinantes para la resolución de las controversias⁴⁷ (*l'accertamento tecnico/dichiarazione di scienza*⁴⁸). De ahí que, tendencialmente, los ordenamientos arbitrales exijan una mayor rigurosidad al trabajo de los peritos en clave de independencia y profesionalismo⁴⁹. En efecto, al ritmo que evoluciona la prueba científica en general⁵⁰, la prueba en arbitrajes de construcción también se moderniza cada vez más⁵¹ y los actores deben estar a la

construcción se cumple lo que un sector de la doctrina denomina “incontrolada proliferación de pruebas periciales en el arbitraje”.

⁴⁴ Una escasez cualitativa antes que cuantitativa.

⁴⁵ Es interesante la regulación sobre los expertos y el rol que desempeñan en los arbitrajes de construcción (Numeral 18: *Experts*). Véase: ICC COMMISSION REPORT (2019). *Construction Industry Arbitrations Recommended. Tools and Techniques for Effective Management*. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/construction-industry-arbitrations-report-icc-commission-arbitration-adr/>

⁴⁶ No son pocas las veces en las que los árbitros resuelven pedidos relevantes a través de correos electrónicos que sólo contienen la decisión y no los argumentos de justificación. Un ejemplo son los pedidos con ocasión de hechos importantes acaecidos entre la fase de emisión del laudo y la de los pedidos post laudo. Para no avocarse a resolverlos, los árbitros resuelven señalando que se encuentran *functus officio*.

⁴⁷ “Los peritos tienen un papel importante en los procedimientos de arbitraje, de modo que el abogado debe asegurarse trabajar mano a mano con ellos. A menudo, debido a los costes implicados, las partes intentan de evitar la contratación de expertos. Esto suele ser un ahorro de costes equivocado. No contratar a un perito en una disputa técnica, o contratar a uno demasiado tarde, a menudo dará lugar a un peor resultado de lo que podría haber logrado con los peritos. Si se necesita un perito, hay que contratar uno temprano e implicarlo en la estrategia del caso. Esto es particularmente importante en el caso de los peritos técnicos, donde el resultado del caso dependerá a menudo de sus conclusiones”.

DE LUIS, J Félix. & ALBUQUERQUE, Nuno. *La prueba en el procedimiento arbitral*. Pamplona: Thomson Reuters, 2017, p. 96.

⁴⁸ CAMPIONE, Francesco. *La perizia contrattuale*. Milano: Giuffrè editore, 2014, pp. 55 y ss.

⁴⁹ Para mayor referencia: Reglas IBA sobre Representación de Parte (*Guidelines Of Party Representation*) y *Chartered Institute of Arbitrators - Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*.

⁵⁰ Por dar un ejemplo, Lafita, resalta la psicología del testimonio, en virtud de la cual un psicólogo especializado en psicología del testimonio acredita la fiabilidad del medio probatorio de la testifical, como una especie de prueba sobre la prueba. Véase: LAFITA SECANILLA, Itziar. “La influencia de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba testifical del menor de edad en el proceso civil”. En *La prueba en acción: Estrategias procesales en materia probatoria*. Barcelona: Bosch Editor, 2019, p. 303.

⁵¹ Sobre la evolución de la prueba en arbitrajes de construcción, Paredes, sostiene: “La gran limitación temporal que requiere la fuente de prueba para ser idónea en un arbitraje de construcción hace que en muchos casos ni los informes de expertos ni las visitas de los árbitros a obra sean lo suficientemente adecuado para probar una situación producida con mucho

altura. De ahí que el árbitro no deba circunscribirse a una mera apreciación de las pruebas sino llegar a una efectiva valoración de ellas, sea cual fuere el resultado. Al respecto, Rivera, sostiene lo siguiente:

“Los conceptos apreciación y valoración no son equivalentes. Apreciación es un concepto más amplio que implica una visión en el contexto general en el cual se interpretan los hechos y su relación con la realidad. El juez [árbitro] tiene que interpretar el resultado de la práctica del medio de prueba, debe formarse un juicio sobre el significado de las declaraciones - partes, testigos, expertos-, y de los datos que ofrecen los elementos materiales -documentos, cosas, etc.- La valoración supone la asignación de eficacia probatoria o grado de aporte de conocimiento en el caso concreto con relación a la hipótesis fáctica contenida en la norma que se debe aplicar. El juez [árbitro] tiene el deber de exhaustividad, que significa que debe valorar todos los medios probatorios practicados, dando razón sobre cada uno de ellos. Al no valorar algún medio de prueba, implica que el juez [árbitro] incurre en el vicio que se denomina silencio de prueba, lo cual constituye una infracción de ley de motivación⁵²”.

En efecto, y siguiendo también a Chamorro⁵³, la motivación permite que las partes conozcan las razones de la decisión para intentar eliminar cualquier sensación de arbitrariedad y establecer la razonabilidad de lo que se resuelve. Esto aplica perfectamente a la motivación de las decisiones probatorias.

i. La casuística nos aclara un poco el panorama actual

Está siendo tendencia que en arbitrajes de construcción los árbitros invoquen el artículo 1332 del Código Civil⁵⁴ que permite la utilización del criterio de

tiempo de anterioridad, incluso cuando las condiciones o circunstancias que rodeaban los hechos desaparecieron. Esto es lo que agrega dificultad a esta clase de reclamos, convirtiendo en algunos casos al arbitraje en una mera competencia de argumentaciones. En un futuro ya hoy muy cercano, el aporte de la tecnología en el modelamiento de la información para la construcción marcará un hito muy importante para todos los actores de proyectos (es especial, los abogados) obligados a leer o utilizar plataformas colaborativas como el Building Information Modeling (BIM) como fuente de prueba primaria del registro contemporáneo y trazabilidad de la obra en 3D y hasta 8D, superando así el registro manual o escrito. (...) La utilización de esta plataforma se información inteligente orientará una actividad probatoria dirigida a hacer simple lo complejo; es decir, a simplificar la información y análisis crítico: el registro de la data contemporánea y la visualización de cómo se comportó la obra durante su ejecución, facilitará la confrontación de la prueba con cada uno de los eventos que impactaron en el plazo, precio y calidad de la obra. Esta muestra virtual del comportamiento de una obra impactada en el tiempo, colocará a los árbitros en un estadio muy cercano a la contemporaneidad de los hechos y con ello se hará más predecible una decisión final no solo con la realidad contractual sino también con la realidad técnica”.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo. “El BIM se pone el overall y encima la toga: La tecnología y el cambio en la gestión de las disputas en construcción”. En *Revista de Derecho Sociedad Jurídica*, Vol. 6, 2019, pp. 141 y ss.

⁵² RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 162.

⁵³ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch editor, 1994, p. 205.

⁵⁴ “Artículo 1332º del Código Civil.-

Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.”

valoración equitativa para el cálculo de los daños, estrechamente vinculado con la carga de la prueba. Paradójicamente, la invocación de dicha figura es aplicada para sustituir la obligación de motivar las decisiones probatorias. Así, por ejemplo, en no pocos casos los árbitros señalan que, ante el incumplimiento de una de las partes que afectó el avance de la obra e incrementó los costos de su contraparte, corresponde reconocer el 50% del monto reclamado por concepto de improductividad de la mano de obra. ¿Cómo llega el Tribunal Arbitral a esa conclusión? Pues, señalando que esa fórmula es la más “razonable” y “equitativa”. Una especie de mandato “salomónico” que en realidad es una petición de principio, una falacia.

Otro ejemplo son las reducciones porcentuales sin justificación. Frente a una pericia internacional que establece un monto indemnizatorio en base a un método (fiable y reconocido), el Tribunal Arbitral invoca el criterio de la “cautela” para reducir el monto en 20%, 30% o 40%. ¿En base a qué razonamiento? Ninguno en especial. Incluso, existen laudos en los que a criterio absolutamente discrecional se divide a la mitad los montos por daño emergente y lucro cesante, y eso se ordena como condena dineraria en el laudo. Sin mayores justificaciones.

En otros casos, los árbitros alteran el método pericial empleado y “crean” uno propio sin ninguna base técnica o científica y la exponen en el laudo sin debate previo. Otra irregularidad.

En otros casos ya directamente los árbitros ponen en duda los métodos reconocidos mundialmente para análisis de pérdida de productividad, cuantificación de daños y cuantificación de impactos en plazos y costos, como si fueran meros *snobismos* jurídicos.

Los métodos aplicados por las firmas internacionales encargadas de calcular los montos de compensación e indemnización son reconocidos científicamente⁵⁵; las partes realizan un esfuerzo por contratar a estos profesionales⁵⁶, lo cual debería traducirse en laudos que reflejen una apropiada valoración de las pruebas y una justificación racional de las decisiones.

Desde luego, ningún reglamento arbitral y tampoco la teoría probatoria exige a los árbitros a ajustarse fielmente a los resultados de un análisis pericial. Los árbitros tienen libertad de valorar las pruebas científicas o técnicas de la manera que mejor consideren apropiada; sin embargo, en los casos en que una pericia cause convicción de manera prevalente, se tiene que justificar porqué esa preferencia y porqué la pericia de la contraparte no es plausible. Existe, en este

⁵⁵ Véase, por ejemplo, el método *Measured Mile* para efectos del cálculo de la pérdida de productividad.

⁵⁶ En algunos casos, se recurre al financiamiento externo para el planteamiento del reclamo arbitral (*Third-party funding*).

aspecto, también un deber de motivación por parte de los árbitros en la valoración de la prueba científica o técnica⁵⁷.

En otros casos, es alarmante apreciar que se evita todo intento de valoración probatoria de los métodos internacionales apelando a formalismos contractuales y procesales excesivos que concluyen en laudos inhibitorios, luego de haber transitado por un amplio debate probatorio y técnico, en claro perjuicio en costo y plazo para las partes.

Todo esto sin mencionar los laudos sin motivación que desde hace un tiempo vienen siendo anulados por la justicia comercial y que, según algunas decisiones⁵⁸, coadyuvarían al mejoramiento del laudo en segunda revisión⁵⁹, básicamente en casos de absoluta ausencia de valoración de prueba esencial que son los más insólitos⁶⁰. Felizmente es un porcentaje marginal el de los laudos anulados; sin embargo, tampoco podemos consentir que ese número se acreciente con decisiones probatorias inmotivadas.

En pocas palabras, es necesario repensar la labor en la motivación arbitral de la prueba. No todo es flexibilidad. Si buscamos que el arbitraje ofrezca especialidad y mayor predictibilidad como pilares esenciales de su preferencia, es

⁵⁷ Al respecto, Simons, sostiene que: “El juez o árbitro no tiene por función sustituir al experto o perito, o pretender convertirse en un científico improvisado. Esto puede traer como consecuencia, que se asuma de manera pasiva o sumisa el dictamen pericial, trasladando casi literalmente su contenido o conclusiones, para sustentar una decisión sobre determinados hechos invocados por las partes. La labor del juez o del árbitro debe ser distinta. Consiste en controlar el trabajo del experto para verificar la credibilidad y la validez del resultado que proporciona al proceso la prueba científica o técnica”. SIMONS PINO, Adrián. “La prueba científica”. En *Themis Revista de Derecho*, núm. 71, 2017, pp. 209-226.

⁵⁸ Por dar algunos ejemplos, las sentencias de anulación recaídas en los expedientes N° 155-2012 (2da Sala Comercial de Lima) y N° 130-2015 (1ra Sala Comercial de Lima).

⁵⁹ Es de considerar válida la posibilidad, no contemplada actualmente en norma expresa, de que luego de la anulación del laudo, no sea el mismo Tribunal el que vuelva a emitir el laudo. Esa es una práctica atendible, por ejemplo, en arbitrajes CIADI. Al respecto, la doctrina señala que: “En adición, y mucho más afín a nosotros, nos encontramos con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, mejor conocido como el CIADI, cuyas reglas disponen la posibilidad de interpretar, revisar y anular el laudo por medio de un Comité de Anulación; las reglas CIADI no permiten acudir a reclamar la nulidad antes las autoridades jurisdiccionales. ¿Cómo funciona? La parte insatisfecha pedirá la nulidad del laudo ante el propio CIADI, quien por medio del Comité de Anulación resolverá el recurso, si el laudo es anulado, cualquiera de las partes puede pedir que la disputa sea conocida y resuelta por un nuevo tribunal, quien dictará un nuevo laudo”.

HULBERT Andrea. “La nulidad del Laudo en el Arbitraje Internacional”. Pragma - International network of law and consulting firms. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://pragma.international/article/la-nulidad-del-laudo-en-el-arbitraje-internacional>

⁶⁰ “Así las cosas, entre el sistema arbitral y el Poder Judicial debe existir una colaboración recíproca de manera que ambos trabajen para realizar una obra y lograr un fin común. Esa obra y fin es que los justiciables puedan acceder a la justicia sustantiva mediante la elección de un mecanismo de resolución de controversias que propicie razonamientos no formalistas, ni extremadamente positivistas, sino razonamientos que, antes que preferir los aspectos materiales de la realidad, integren o amalgamen los hechos con el Derecho en laudos arbitrales casuísticos”.

DÍAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p. 159.

imprescindible que los árbitros realicen un esfuerzo por entender el lenguaje técnico de las controversias, el impacto de los incumplimientos y los especiales métodos de cuantificación de daños. Esa labor de aprendizaje tiene que ser una obligación a la que los árbitros estén dispuestos a cumplir a fin de arribar a una decisión más ajustada a derecho, esto es, ajustada a lo debatido jurídicamente por las partes y a lo debatido técnicamente.

En esa orientación, es también importante examinar la labor de los abogados, puesto que muchas veces se considera suficiente acreditar el evento de incumplimiento y la responsabilidad civil, y se relega a un segundo plano la acreditación del *quantum*, pretendiendo persuadir a los árbitros del monto reclamado solamente con la presentación de las pericias y la sustentación de los peritos. Evidentemente esto no colabora a la emisión de un laudo motivado, puesto que ello forzaría a los árbitros a adoptar cuestionables fórmulas de fundamentación. En ese sentido, los abogados tenemos que ser el puente entre los peritos y los árbitros para explicar de la manera más didáctica posible los aspectos técnicos de la controversia, su relevancia e impacto.

De modo tal que, en la obligación de motivar las decisiones probatorias, la defensa técnica de las partes tiene también una obligación de desarrollar una coherente y razonada explicación de las metodologías empleadas para calcular la cuantificación de los daños. De ahí que cobra relevancia especial el principio de colaboración en el ámbito del arbitraje, específicamente en la carga del esclarecimiento de los hechos y las pruebas.

En el sector construcción existe a nivel global una tendencia a que los conflictos sean solucionados, preferentemente, a través de: (i) Negociación, (ii) Mediación, (iii) Adjudication y (iv) Dispute Boards. En ese orden de prevalencia⁶¹.

En el Perú, el sector construcción soluciona preferentemente sus conflictos a través de Arbitraje y, en un segundo escalafón, a través de los Dispute Boards.

Con ese panorama, el arbitraje local adquiere un deber mayor de mejorar sus técnicas de valoración probatoria y mejorar sus estándares de motivación, si no se quiere desincentivar a los jugadores del sector a preferir otros métodos de solución⁶² en los que puedan ser técnicamente mejor entendidos y en los que se prodiguen soluciones más justas con las pruebas con las que se cuenta.

IV. Consecuencias de la inadecuada utilización de la motivación de la prueba

Salvo en los casos que se pacta resolver en equidad o conciencia, los arbitrajes de

⁶¹ Esta data puede ser corroborada en: Arcadis (2019). Global Construction Disputes Report 2019. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.ciarb.org/news/arcadis-global-construction-disputes-report-2019/>

⁶² THOMSON, Dean & Paul LURIE. "The Guided Choice Process for Early Dispute Resolution". En *The American Journal of Construction Arbitration & ADR*, Vol. 1, N° 1, 2017, pp. 23 y ss.

derecho tienen que resolverse a través de laudos con una debida motivación de las decisiones probatorias. De modo que la utilización de la “equidad” y la “cautela”, como fórmulas que reemplazan a la valoración de las pruebas técnicas aportadas al proceso, constituye una arbitrariedad manifiesta⁶³.

De hecho, la equidad regulada en el artículo 1332 del Código Civil, de influencia italiana, está pensada para casos en los que la cuantificación del daño es muy difícil, por ejemplo, los casos de fijación del *quantum* indemnizatorio derivada de la pérdida de chance o del daño moral. Fundamentalmente, es una figura aplicable para daños no patrimoniales.

En los casos en los que exista una diligencia probatoria de las partes y elementos técnicos suficientes, es primordial que los árbitros motiven sus decisiones sobre la base de métodos y no sobre la base de criterios genéricos. Al respecto, el profesor Taruffo, afirma lo siguiente:

“[El juzgador] debe ser consciente de los límites (y también de las lagunas) de su cultura no jurídica, y debe ceder el espacio al científico siempre que un hecho pueda –y, por tanto, deba– ser probado mediante métodos científicos. Parece razonable sostener, en efecto, que siempre que se pueda disponer de pruebas científicas éstas resultan preferibles al recurso a nociones no científicas⁶⁴”.

Incluso, en los arbitrajes de equidad, conforme con lo señalado por De Trazegnies⁶⁵, se exige un razonamiento jurídico básico y necesario para evitar la arbitrariedad. Con mayor razón en arbitrajes tan sofisticados como los arbitrajes de construcción la motivación de la prueba es fundamental.

Por otra parte, no estamos aquí desmereciendo la importancia que tiene el criterio de valoración equitativa al momento de determinar un monto compensatorio y/o indemnizatorio. Es hasta aconsejable recurrir a esta figura legal en casos en los que existe una dificultad real de cálculo del *quantum* procesal. Lo que no compartimos es que dicha figura reemplace la labor de valoración probatoria de los aspectos técnicos que deben realizar los árbitros.

El estándar de motivación en el arbitraje puede ser menos riguroso, menos exigente, más flexible: aunque sea difícil encontrar a alguien que acepte pactar la

⁶³ “Ni en el plano doctrina, ni en el de la práctica fue necesariamente el arbitrio expresión de mero capricho del juzgador. Su identificación inexorable con la arbitrariedad es rechazable (...) la posición de la doctrina no es contra el arbitrio en sí, sino contra su generalización y mal uso, porque acepta sin reparo que en los casos no determinados por leyes, cánones o doctrinas pueda el juez proceder y sentenciar por su albedrío bien informado y circunspecto, regulándole y considerándole a la manera y traza del juicio legal y según el proceso y por la equidad y derecho y por parecer de los sabios y no por su cerbelo y antojo desviado de la forma, orden y disposición del Derecho”.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Madrid: Iustel, 2016, pp. 35-38.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 279.

⁶⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia”. En *Revista Ius et Veritas*, núm. 12, 1996, pp. 116 y ss.

arbitrariedad, es decir, que acepte que la decisión que resuelva una controversia no vaya a estar motivada⁶⁶. Lo cierto es que la motivación es una garantía constitucional y el arbitraje no escapa a tal obligación⁶⁷. ¿Se está cumpliendo ello en los arbitrajes locales en los que se discuten cuestiones técnicas como los arbitrajes de construcción?

Actualmente, algunas empresas optan por elegir centros de arbitraje internacionales para la resolución de sus controversias⁶⁸; es decir, instituciones que, de algún modo, garanticen una mayor exhaustividad en la valoración de las pruebas y, en general, una mejor calidad de los laudos, en especial, en arbitrajes complejos donde la significancia de lo resuelto impacta en núcleos sensibles de la economía (construcción, hidrocarburos, electricidad, minería, etc.). La idea es buscar formas de reducir los riesgos de arbitrariedad en el proceso arbitral⁶⁹. A eso tiene que apuntar el sistema peruano: a tratar -hoy más que nunca- de mejorar institucionalmente este valiosísimo mecanismo de solución de controversias, reforzando sustancialmente el compromiso por mejorar el nivel de los laudos en cuanto a parámetros mínimos de racionalidad jurídica y motivación de las decisiones probatorias.

Inclusive, debido a los temas antes reseñados, un sector de la doctrina comparada ha llegado a pretender procesalizar la labor probatoria de los árbitros. Una práctica errónea, además de exagerada. Así, Ormazabal, sostiene que:

⁶⁶ Esos pactos de no motivación, sin embargo, existen, no caben dudas. No puede desconocerse esa realidad, sobre todo en praxis arbitral foránea.

⁶⁷ Nuestro Tribunal Constitucional en los Precedentes 6167-2005-PHC/TC y 142-2011-AA/TC, ha establecido que el arbitraje al ser función jurisdiccional está sometido a control constitucional, porque no existe zona exenta de tal control. Es por ello que, la Ley de Arbitraje en su Duodécima Disposición Complementaria y Final ha dispuesto que el recurso de anulación de laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional. De manera que los árbitros también están sometidos a la Constitución y a la aplicación de los estándares de garantías contenidos en los tratados, como es el caso de los artículos 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

⁶⁸ En importantes reglamentos arbitrales se establece de que el proyecto de laudo sea sometido previamente a la aprobación por parte de los órganos de la institución administradora, por ejemplo, el artículo 34° del Reglamento de Arbitraje CCI, establece que: Antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.

⁶⁹ El jurista español, José María Alonso, sostiene que: “Hay que reforzar el papel de las instituciones arbitrales. Tienen que velar por la calidad y honorabilidad de los árbitros que se eligen. La comunidad arbitral tiene que dotarse además de códigos de buenas prácticas muy estrictas donde se contemplen los conflictos de intereses y se establezca la conducta que tienen que tener los abogados y árbitros. También debe incidirse en la transparencia. Hay un cierto oscurantismo en el arbitraje que se pretende justificar con la confidencialidad. Estoy de acuerdo con eso pero hay maneras de que se puedan dar a conocer cuáles son los resultados. Cuando te hablo de corresponsabilidad, por ejemplo, la ley en España hace a las cortes corresponsables con los árbitros en supuestos de mala praxis”. Consulta realizada el día 21 de julio de 2020. Disponible en: <https://elcomercio.pe/economia/peru/debemos-sancionar-garbanzos-negros-noticia-638502-noticia/>

“En cualquier caso, por mucho que en el procedimiento arbitral no tengan vigencia las normas de la LEC, parece poco discutible que la apreciación de las pruebas por parte de los árbitros debe discurrir también por los cauces de la motivación racional, el sentido común o sana crítica. Estamos ante mucho más que una simple norma rectora del proceso civil, pues entronca con el orden constitucional y, por ende, con el orden público en su vertiente procesal. De ahí que en los supuestos en que la apreciación de la prueba por parte de los árbitros choque de modo evidente, ostensible o palmario con la racionalidad o la sana crítica, el laudo estaría incurriendo en un defecto de motivación que podría justificar su anulación.

(...)

De ahí a abominar o repudiar en el procedimiento arbitral toda norma contenida en la ley procesal civil, sin embargo, creo que va un trecho muy considerable. Porque ciertos preceptos de dicha ley no hacen sino recoger, por una parte, verdaderas exigencias de rango constitucional y, por otra, sensatas normas de proceder para dirimir controversias acrisoladas por la experiencia de siglos en la impartición de justicia.

A mi juicio, ese es el carácter que tiene el art. 217 LEC, referido a la distribución de la carga de la prueba, que plasma, al menos en lo esencial y con carácter general, un esquema atributivo similar al de todas las naciones civilizadas⁷⁰”.

Lamentablemente, tal delicada interpretación equipara las causales de impugnación de sentencias con las del laudo y, así, acabamos por desnaturalizar al arbitraje⁷¹, so pretexto de alegar que un laudo es absurdo o ilógico. Al respecto, Rivera, enfatiza lo siguiente:

“En cuanto a la logicidad quizá sea preferible indicar que en ese caso la motivación es absurda o irracional. Esto es, cuando en la sentencia la argumentación de hechos probados, sea por la conexión o interpretación, se quebrantan las leyes de la lógica, del conocimiento científico, el sentido común o las máximas de experiencia; o bien cuando los argumentos jurídicos son incoherentes, o cuando aplicando el silogismo se yerra en las premisas por confusión de los conceptos contenidos en las mismas, o asume alguna como cierta sin serlo, o cuando no se expresa con claridad qué criterios siguió el juzgador para llegar a tal resultado⁷²”.

Lo descrito precedentemente parte de la idea -errada desde nuestro punto de vista- de equiparar la probática judicial con la probática arbitral. En esa línea, Ormazabal, persiste:

“Que si los árbitros (al menos los que deben resolver según Derecho) ignoran las normas legales reguladoras de la carga de la prueba previstas

⁷⁰ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 108 y 114.

⁷¹ Desnaturalización que se agrava aún si persiste la idea de algunos procesalistas latinoamericanos de confeccionar un proyecto de ley modelo de arbitraje comercial.

⁷² RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 421-422.

en la LEC u otras disposiciones legales, están quebrantando aquella seguridad jurídica o previsibilidad que deben proporcionar las normas que regulan el tráfico jurídico y que el árbitro de Derecho debe aplicar para dictar el laudo.

Pero para que dicha infracción, cometida en un procedimiento arbitral pueda justificar la impugnación del laudo, es preciso que esté contemplada entre los motivos de anulación previstos en el artículo 41.1 LA, cuestión que seguidamente paso a examinar.

En primer lugar, si los árbitros no han hecho una expresa advertencia a las partes en relación con los criterios de atribución de la carga de la prueba diferentes de los legales que pretenden aplicar para dictar el laudo, me parece del todo claro que esta omisión implica vulnerar el derecho de defensa de la parte afectada, pues de este modo se priva de la oportunidad de levantar la carta probatoria que los árbitros <<creativamente>> le endilgan al dictar el laudo, apartándose de los criterios de previsibilidad y seguridad jurídica y lesionando su derecho de defensa⁷³”.

Tales consideraciones provenientes de la teoría procesal pura y dura⁷⁴, consideramos que no pueden ser transplantadas sin más al arbitraje⁷⁵. Ahora bien, tampoco es válido minimizar los errores de motivación de las decisiones probatorias en arbitrajes complejos que, incluso, por criterios de mala fe de alguna parte y excacervada procesalización del arbitraje pueden terminar siendo anulados cuando debieron ser laudos cuidados *ab initio*⁷⁶. Más aún cuando un sector de la doctrina prioriza garantías básicas en la praxis arbitral, así por ejemplo, Oppetit, afirma que:

“El arbitraje ya no puede reducirse a un puro fenómeno contractual, como lo reclaman los apasionados discursos críticos de Merlin: su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo

⁷³ ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 116-117.

⁷⁴ “Supone la acción de anulación el desembarco jurisdiccional en el arbitraje, la garantía irrenunciable de la tutela judicial efectiva, la garantía jurisdiccional de que el Estado no puede desentenderse totalmente del arbitraje, ya que debe ejercer un cierto control del laudo arbitral, funcionando así como termómetro necesario en la búsqueda de un equilibrio entre la flexibilidad que rige en el arbitraje y las garantías en el proceso civil”.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. *Intervención jurisdiccional en el arbitraje*. En: *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005, pp. 72-73.

⁷⁵ El jurista Jorge Santistevan de Noriega, sostenía que entre el proceso y el arbitraje existe una vecindad: Así, para este autor: “La vecindad, entonces, no necesariamente supone cercanía, menos sobreposición de territorios, pero tampoco entraña enemistad”.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral”. En *Revista Ius et Veritas*, núm. 37, 2008, p. 58.

⁷⁶ “En definitiva, la perspectiva de una acción de anulación y, por tanto, de una judicialización de la controversia, puede ser un escenario indeseable para las partes quienes probablemente hayan sometido sus controversias a arbitraje a fin de evitar los inconvenientes que pudiera presentarles la solución judicial. Por este motivo, no resultaría extraño que las partes acordaran renunciar o negarse mutuamente la posibilidad de interponer una futura acción de anulación contra el laudo”.

RIPOL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. Barcelona: Bosh Editor, 2013, p. 101.

contractual; el arbitraje es una justicia privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: ésta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar: el árbitro se ve investido de la <<jurisdictio>> en toda su plenitud, con la flexibilidad que autoriza el marco dentro del que es ejercida; este marco procesal se parece cada vez más al de los tribunales estatales, en virtud de un proceso habitual a toda institución: desde el instante en que el arbitraje afirma ofrecer a las partes las garantías inherentes a toda justicia, encuentra él mismo, en virtud de una evolución natural (y no solamente en el arbitraje internacional), así sea en formas adaptadas a sus propias exigencias, los imperativos de organización y de funcionamiento que imponen a toda jurisdicción, cualquiera que ésta sea⁷⁷".

En general, la motivación como garantía constitucional y la motivación de las decisiones probatorias en particular, son exigibles bajo un esencial orden jurídico arbitral, tanto más en arbitrajes complejos como son los arbitrajes de construcción.

V. Comentario Final

Con miras a que el arbitraje local se consolide, consideramos que se deben fortalecer no solamente las prácticas éticas⁷⁸; también se debe perfeccionar la técnica de motivación de las decisiones probatorias, con la finalidad de mejorar la calidad de los laudos y que cada vez sean menos susceptibles de anulación. El problema no solamente es porqué el Poder Judicial anula determinados laudos por defectos de motivación; la cuestión es si realmente esos laudos contienen una adecuada motivación probatoria que los aleje de la arbitrariedad⁷⁹. En tal sentido, en la comunidad arbitral tenemos una cuota de responsabilidad en mejorar ética⁸⁰ y técnicamente⁸¹ la calidad de los laudos.

⁷⁷ OPPETIT, Bruno. *Teoría del Arbitraje*. Colombia: Legis Editores, 2006, pp. 57-58.

⁷⁸ "(...) en relación al alcance de la inmunidad del árbitro, la diferencia entre los países del civil law y aquéllos del common law se acentúa en lo relativo a la inmunidad del juez. Si bien los primeros reconocen cierta inmunidad al árbitro dentro del ejercicio de sus funciones, los segundos lo protegen aún mucho más".

CLAY, Thomas. *El Árbitro*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez, 2012, p. 95.

⁷⁹ Consideramos que la regla es similar a la imparcialidad. No solamente el árbitro debe ser imparcial sino también parecerlo. El laudo igual: no solo debe dar la sensación de estar motivado (por ejemplo, con páginas innumerables) sino parecer que lo está en sus fundamentos.

⁸⁰ Es materia de debate actual la impugnación del laudo por fraude procesal. Tema de suma relevancia sobre la cual se esperan mejores iniciativas legislativas. La doctrina viene perfilando hace varios años interesantes aproximaciones. Léase, por ejemplo: CARRILLO ZAMORA, Mercedes. *La impugnación internacional de la sentencia arbitral por fraude procesal*. Cádiz: Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2011, pp. 83 y ss.

⁸¹ El proceso es un instrumento técnico y ético. Ambos van de la mano. Mejorar en ambos aspectos es clave para evitar críticas severas al sistema arbitral. Véase, por ejemplo: MONROY GÁLVEZ, Juan F. "El cuarto de siglo del CPC. ¿Algo que celebrar? No, apenas para recordar". En *Revista Jurídica del Diario El Peruano*, 2018, p. 5.

Armonizando tensiones: La necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad

Nicolás Serván Eyzaguirre*

Resumen. - En el presente artículo, el autor analiza el paradigma clásico de la confidencialidad en el arbitraje comercial y las posturas de los principales centros arbitrales del mundo. Posteriormente, profundiza sobre la necesidad de transparencia en el arbitraje. Finalmente, plantea una serie de medidas que se deberían poner en práctica para desarrollar la transparencia sin dejar de lado la confidencialidad.

Abstract. - In the present article, the author analyses the classic paradigm of confidentiality in commercial arbitration and the regulations of the main arbitral institutions in the world. Then goes deeper into the need for transparency in arbitration. Finally, he puts forward a series of proposals that should be put into practice to develop transparency without neglecting confidentiality.

Palabras claves. - Arbitraje - Arbitraje Comercial - Confidencialidad - Transparencia.

Keywords. - Arbitration - Commercial Arbitration - Confidentiality - Transparency.

* Estudiante de último año en la Universidad del Pacífico. Practicante en Navarro Sologuren, Paredes y Gray. Ex-presidente de Forseti. Miembro del equipo de Moot de Arbitraje Comercial Internacional de la Universidad del Pacífico. Miembro de ITA Young, ICCA Young y Ciarb Young.

I. Introducción

Un gran sector de expertos en el arbitraje internacional señala que urgen reformas en las que se promueva la transparencia y se deje de lado el paradigma clásico de confidencialidad, que por años se ha asumido como una característica esencial del arbitraje. Parece haberse olvidado las razones por las que la confidencialidad es tan importante para las partes. Un par de ejemplos permitirán centrar nuestra visión.

En un arbitraje que surge de un contrato entre empresas tecnológicas, en donde el aspecto central en controversia radica en la aplicación del *know how* específico del sector, las partes tienen inmensos incentivos para mantener su controversia en estricto privado. En primer lugar, encontramos que el asunto está relacionado con el secreto tecnológico y comercial, cuyas características en el mercado de la tecnología diferencian de manera clave a las empresas competidoras. Además, el conocimiento sobre cualquier incumplimiento contractual en este sector podría traer graves consecuencias reputacionales para las empresas, situación no deseable desde la perspectiva de las partes.

En casos de esta naturaleza, razonablemente, las partes esperan que la confidencialidad sea inherente al procedimiento arbitral, a fin de que su controversia no salga a la luz con las implicancias que ya hemos descrito.

Por su parte, en un sector en el que los precios son tan determinantes, como en el caso del gas natural, las partes buscan con esfuerzo que los resultados de sus controversias se mantengan en estricta reserva. Las partes buscan no solamente que sus procedimientos de negociación sean confidenciales, sino también cualquier procedimiento arbitral o laudo relacionado a ellos. Por ejemplo, las partes buscan que no sea de conocimiento público el precio de venta en los contratos de aprovisionamiento de gas a largo plazo a clientes libres.

Precisamente, en la guía de Global Arbitration Review sobre arbitrajes de Energía se señaló que

“en el contexto de las controversias sobre el examen de los precios del gas, la confidencialidad que ofrece el proceso de arbitraje es aún más importante, ya que el precio del contrato **es una de las informaciones más delicadas de la industria del gas**. Por supuesto, la confidencialidad en sí misma no distingue un arbitraje de revisión del precio del gas de un arbitraje comercial. Sin embargo, su efecto se siente de manera bastante diferente. Las cuestiones de confidencialidad suelen plantearse en todas las etapas de las controversias sobre la revisión del precio del gas, incluso durante las negociaciones previas al arbitraje, durante el propio arbitraje y después de que éste haya concluido”.

¹ BISHOP, Doak y KAISER, Gordon. *The Guide to Energy Arbitrations*. Londres: Law Business Research, 2019, p. 214.

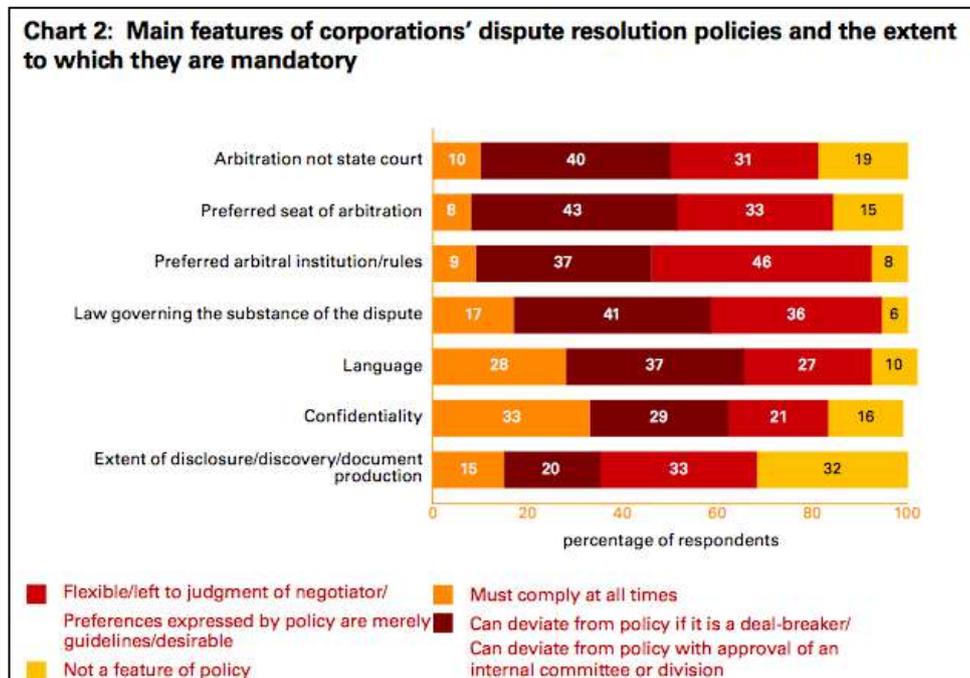
Negar de plano la confidencialidad como característica esencial en el arbitraje comercial, de momento, no aparece como una posibilidad, al menos, desde la perspectiva de los usuarios principales, las partes.

En ese contexto, el presente artículo abordará en primer lugar la idea de confidencialidad en el arbitraje comercial y su tratamiento por los centros arbitrales más importantes en el mundo. Luego, analizaremos la ley de arbitraje peruana y las disposiciones de los principales centros de arbitraje sobre la materia.

Con dicha base, profundizaremos sobre la necesidad imperante de transparencia que se clama desde diversos sectores del arbitraje. Finalmente, realizaremos una serie de propuestas que buscan compatibilizar y armonizar las tensiones existentes y definir líneas claras sobre el alcance de la confidencialidad y la transparencia.

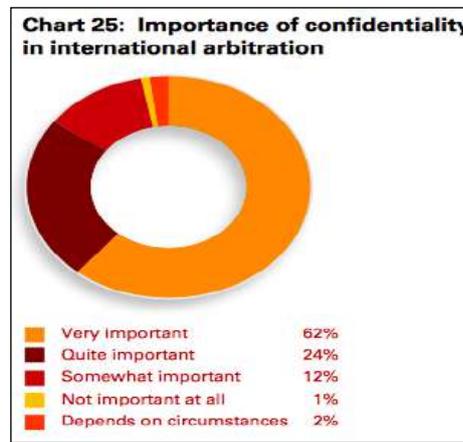
II. Confidencialidad

Negar la importancia de la confidencialidad en el arbitraje comercial es cerrar los ojos a lo que buscan las partes cuando asumen los costos de resolver sus controversias. Desde la encuesta de 2010 de *Queen Mary University* y *White & Case*, entre aquellos usuarios que tienen una política para su resolución de disputas el 84% tiene una preferencia por la confidencialidad en el arbitraje:



2 White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, p. 6. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

De la misma manera, el 86% considera importante o muy importante la confidencialidad en el arbitraje³:

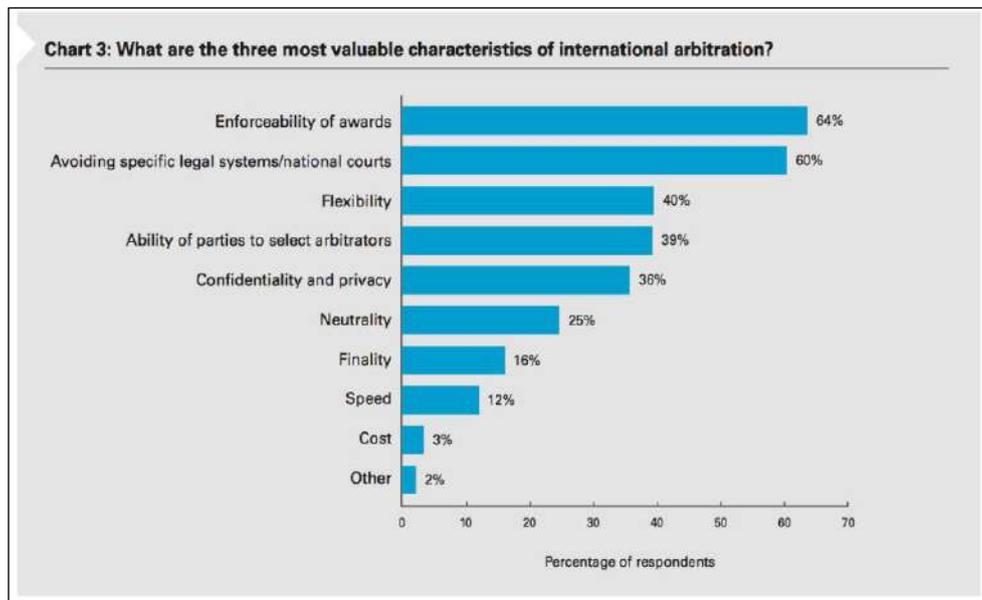


Esta situación también se repitió en la encuesta realizada por ambas instituciones en el año 2015. El 33% de los encuestados señala que la confidencialidad y privacidad es una de las tres características que más valora del arbitraje internacional⁴. Inclusive, en la última encuesta realizada por ambas instituciones en el año 2018, el 36% de usuarios señala que la confidencialidad y la privacidad es una de las características más relevantes⁵:

³ *Ibid*, p. 29

⁴ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, p. 6. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf

⁵ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution, p. 7. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration>



Estos datos no hacen más que afirmar el papel preponderante de la confidencialidad para los usuarios y empresas, pues esta genera una resolución desapasionada y eficaz de conflictos y reduce los riesgos de divulgación de información sensible⁶. Así, la estadística nos demuestra que “se trata claramente de un concepto que muchos consideran una ventaja fundamental e importante para el arbitraje”⁷. No debemos olvidar que “Inglaterra recibe muchísimos arbitrajes precisamente porque defiende celosamente la confidencialidad”⁸.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por confidencialidad y cuáles son sus fronteras? Al respecto, el profesor Born define que “la confidencialidad se utiliza típicamente para referirse a las obligaciones de las partes de no revelar a terceros la información relativa al arbitraje”⁹. Sin embargo, esta también alcanza a los representantes legales y a todos aquellos autorizados a participar en las audiencias¹⁰.

No debe confundirse la definición de confidencialidad antes descrita con la privacidad, que también es relevante en el arbitraje. La privacidad está relacionada con el hecho de que las actuaciones arbitrales, principalmente, las audiencias no

⁶ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Aspen publishers, 2da Edición, 2014, p. 2782.

⁷ LEW, Julian, MISTELIS, Loukas A., et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 8.

⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. "La publicidad en el arbitraje". En *Ius et Veritas*, núm. 35, 2007. p. 69.

⁹ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Aspen publishers, 2da Edición, 2014, p. 2782.

¹⁰ LEW, Julian, MISTELIS, Loukas A., et al. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 8.

están abiertas al público, sino únicamente a las partes, sus representantes y testigos¹¹.

Durante muchos años, la posición clásica ha sido que la confidencialidad se ha considerado como un elemento natural o implícito del convenio arbitral y del arbitraje. Esto quiere decir que por el solo hecho de existir un convenio arbitral, las partes y los árbitros están obligados por un deber de confidencialidad¹². Por ejemplo, en 1998, la Corte de Apelaciones de Inglaterra en el caso *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* señaló que “como cuestión de principio la obligación de confidencialidad (cualesquiera que sean sus límites precisos) surge como corolario esencial de la privacidad de los procedimientos de arbitraje”. La Corte propuso el término “que surge de la naturaleza que el propio contrato requiere implícitamente”.

Sin embargo, dicha postura ha sido abandonada por muchas jurisdicciones y la confidencialidad no se considera más como un elemento natural del convenio arbitral o del arbitraje. Por ejemplo, Redfern y Hunter citan el caso *Esso Australia Resources Ltd v The Honourable Sidney James Plowman and ors*, en el que la Alta Corte de Australia señaló que la confidencialidad no es un atributo esencial del arbitraje y que debe ceder ante intereses públicos legítimos frente a autoridades públicas¹³.

En ese contexto, una de las preguntas esenciales que se desprende de ello es la siguiente: ¿cuáles son los alcances de la confidencialidad? Para responder a ello, es necesario una revisión de las principales leyes de arbitraje y centros de arbitraje del mundo – aquellas sedes e instituciones que atraen más usuarios-, pues no existe uniformidad en la materia¹⁴. Sin perjuicio de ello, es preciso tener en mente qué aspectos consideran los usuarios que deben mantenerse confidenciales, en la medida que buscarán sedes o instituciones arbitrales que garanticen la confidencialidad de: el monto de la disputa, los alegatos o escritos, el laudo, los detalles del laudo que permiten la identificación de las partes, las cuestiones jurídicas decididas¹⁵.

i. La confidencialidad en la regulación internacional

¹¹ SMEUREANU, Ileana M. *Confidentiality in International Commercial Arbitration*. International Arbitration Law Library, Volume 22, Kluwer Law International, 2011, pp. 3-4

¹² SILVA ROMERO, Eduardo. “Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional”. En *Lima Arbitration*, núm. 5, 2012, p. 39.

¹³ BLACKABY, Niguel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 6ta edición, 2009, p. 127.

¹⁴ TUNG, Sherlin Hsie-Lien & LIN, Brian. “More Transparency in International Commercial Arbitration: To Have or Not to Have?”. En *Contemporary Asia Arbitration Journal*, 2018, p. 38.

¹⁵ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, p. 30.

En cuanto a las leyes de arbitraje, consideramos pertinente remitirnos a Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Singapur y Australia¹⁶ por ser algunas de las jurisdicciones arbitrales más importantes.

En lo que respecta a Inglaterra, como ya hemos indicado, en diversos pronunciamientos las Cortes consideraron que la confidencialidad es un elemento natural e implícito del arbitraje¹⁷. Sin embargo, los límites de esta obligación no resultaban absolutamente claros y se fueron estableciendo excepciones particulares. Entre las excepciones más importantes encontramos el acuerdo de las partes, una orden judicial o la interposición de un recurso contra el laudo¹⁸.

En el caso del *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos, no existe una disposición expresa con respecto a la existencia de un deber de confidencialidad. En efecto, en 1988 la Corte Distrital de Delaware señaló que no es claro que exista un entendimiento general sobre la confidencialidad en el arbitraje:

"Por ejemplo, la declaración jurada establece que al comienzo del arbitraje de Sonatrach 'se llegó a un entendimiento general por parte del abogado... de que los alegatos y documentos relacionados en el [arbitraje] se mantendrían confidenciales'. (D.I. 76 10, en 5.) **Sin embargo, esta afirmación tiene un significado cuestionable.** En primer lugar, Begley no señala ningún acuerdo real de confidencialidad, documentado o no. En su lugar, se limita a dar su opinión de que existía un 'entendimiento general'. En segundo lugar, la declaración jurada no indica convenientemente si el entendimiento, si de hecho existió, se alcanzó a petición de Sonatrach o PEPL. Esta distinción es significativa, porque en otra parte de la declaración jurada Begley afirma que 'se dio cuenta de que Sonatrach es extremadamente sensible a las revelaciones de información que considera privada'. (Id. 11, a las 5.) Basado en su experiencia con Sonatrach, Begley 'se formó la opinión' de que la privacidad y la confidencialidad eran esenciales para el éxito de los negocios con Sonatrach. (Id.) A pesar de la opinión de Begley en este sentido, sin embargo, nunca afirma que Sonatrach realmente buscó un entendimiento en cuanto a la confidencialidad¹⁹".

Sin embargo, ello no quiere decir que si las partes tienen un acuerdo (ya sea directamente o porque el reglamento arbitral al que se han sometido así lo contempla) con respecto a la confidencialidad no será respetado. Precisamente, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito confirmó una resolución que había declarado procedente una solicitud para ejecutar un acuerdo de confidencialidad contenido en un convenio arbitral²⁰.

¹⁶ En este caso es relevante dada su particular regulación sobre confidencialidad.

¹⁷ Ver por ejemplo, *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir*. Además, Born resalta también los casos "Ins. Co. v. Lloyds Syndicate [1995] 1 Lloyd's Rep. 272 (QB) (English High Ct.); Hassneh Ins. Co. of Israel v. Mew [1993] 2 Lloyd's Rep. 243 (QB) (English High Ct.)".

¹⁸ YOUNG, Michael y CHAPMAN, Simon. "Confidentiality in International Arbitration: Does the exception prove the rule? Where now for the implied duty of confidentiality under English law?" En *ASA Bulletin*, vol. 27, núm. 1, 2009, pp. 33 - 36

¹⁹ Estados Unidos contra Panhandle Eastern Corp., 118 F.R.D. 346 (1988)

²⁰ ITT Educational Services v. Arce, 533 F.3d 342 (5th Cir. 2008)

En el caso de Francia, el artículo 1464 del Código de Procedimientos Civiles, que se ocupa de la regulación del arbitraje doméstico establece que “sin perjuicio de las obligaciones legales y salvo estipulación contraria de las partes, el **procedimiento arbitral está sometido al principio de confidencialidad**”. Sin embargo, el artículo 1506 no recoge que esta disposición resulta aplicable al arbitraje internacional, en el cual dependerá del pacto de las partes (directo o indirecto vía un reglamento arbitral).

Al respecto, los profesores Derains y Kiffer señalan que la concepción de las cortes francesas ha evolucionado “en particular debido a los requisitos de divulgación de las empresas públicas. Los tribunales franceses hacen recaer incluso la carga de demostrar que este principio de confidencialidad existe efectivamente y las razones por las que se plantea sobre la parte que invoca una violación de la confidencialidad²¹”. En este caso, primará el pacto de las partes, pero si no existe acuerdo alguno, se puede recurrir a demostrar el principio de confidencialidad como regla.

En lo que respecta a la confidencialidad en Australia, la ley de arbitraje comercial define la confidencialidad en los siguientes términos:

“Por información confidencial, en relación con las actuaciones arbitrales, se entiende la información relativa a las actuaciones arbitrales o a un laudo dictado en esas actuaciones e incluye lo siguiente

- a) El escrito de demanda, la contestación y todos los demás escritos, presentaciones, declaraciones u otra información que una parte proporcione al tribunal arbitral;
- b) Toda información suministrada por una parte a otra parte en cumplimiento de una instrucción del tribunal arbitral;
- c) Las pruebas (documentales o de otra índole) presentadas al tribunal;
- d) Las notas del tribunal arbitral sobre las pruebas orales o los escritos presentados ante el tribunal arbitral;
- e) Toda transcripción de las pruebas orales o de los escritos presentados ante el tribunal arbitral;
- f) Los fallos del tribunal arbitral;
- g) Todo laudo del tribunal arbitral”

A pesar de ello, debemos tener en consideración que existen amplios supuestos regulados en los que se les permite a las partes y a los árbitros revelar información confidencial. Inclusive, se le puede requerir a los árbitros que emitan una orden a través de la cual permitan la revelación de información en supuesto adicionales a los ya regulados. Como hemos señalado con anterioridad, “la confidencialidad no

²¹ DERAINS, Ives y KIFFER, Laurence. "National Report for France (2013 through 2018)". En Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Kluwer Law International*, 2018 p. 52.

es inherente a la aceptación del arbitraje; sin embargo, la Corte [Suprema de Victoria]²² señaló que las partes pueden acordar que los documentos se mantengan confidenciales²³”.

En el caso de Singapur, los Tribunales han reconocido expresamente la privacidad y confidencialidad, tomando como referencia el modelo inglés²⁴. Las cortes han llegado a afirmar que el principio de justicia abierta no puede dejar de lado la confidencialidad que es reconocida como una consecuencia esencial de la privacidad del arbitraje e implícita al convenio arbitral²⁵.

Con respecto a los centros de arbitraje, analizaremos las disposiciones de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), las del brazo internacional de la American Arbitration Association (ICDR), las del London Court of International Arbitration (LCIA), las del Singapore International Arbitration Centre (SIAC) y las de Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC).

En el caso de la ICC, prima siempre el acuerdo de las partes. Si no existe un pacto al respecto, se le puede requerir al tribunal que dicte alguna medida relacionada con la confidencialidad del procedimiento o alguna otra materia con el objetivo de proteger información específica²⁶. Si bien no hay duda sobre la competencia del Tribunal, se discute si la parte que solicita la medida debe acreditar el fundamento jurídico de su solicitud, por ejemplo, mediante un acuerdo, la *lex arbitri* o alguna disposición legal sustantiva²⁷.

Bajo el reglamento de la ICDR²⁸, existe un deber de confidencialidad que alcanza a los árbitros y a los administradores del arbitraje (el centro), pero deja la

22 En los casos *Esso Australia Resources v. Plowman* (1995) 183 CLR 10 y *Transfield Philippines Inc v. Pacific Hydro Ltd* [2006] VSC 175.

23 PRYLES, Michael. "National Report for Australia". En Lise Bosman (ed), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Supplement No. 104*, 2019, p. 34.

24 HWANG, Michael, CHUNG, Katie, et al. "Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration". En HKIAC (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan*, Kluwer Law International, 2018, p. 74

25 *Ibid.*, pp. 31-32.

26 "Artículo 22. 3) A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes relativas a la confidencialidad de las actuaciones arbitrales o de cualquier otra cuestión relacionada con el arbitraje y podrá adoptar medidas para proteger los secretos comerciales y la información confidencial”.

27 DODGE, Kirstin & SCHRAMM, Dorothee. "Commentary on the ICC Rules, Article 22". En Manuel Arroyo (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2º edición, Kluwer Law International, 2018 p. 2320

28 "Artículo 37.- Confidencialidad

1. La información confidencial revelada durante el arbitraje por las partes o por los testigos no será divulgada por un árbitro o por el Administrador. Salvo lo dispuesto en el artículo 30, a menos que las partes acuerden lo contrario o que lo exija la legislación aplicable, los miembros del tribunal arbitral y el Administrador mantendrán la confidencialidad de todas las cuestiones relacionadas con el arbitraje o el laudo

2. A menos que las partes acuerden otra cosa, el tribunal podrá dictar órdenes relativas a la confidencialidad del arbitraje o a cualquier asunto relacionado con el arbitraje y podrá adoptar medidas para proteger los secretos comerciales y la información confidencial”.

confidencialidad al acuerdo de las partes o las medidas que dicte tribunal, con el objetivo de proteger secretos comerciales o información confidencial²⁹.

A diferencia de los reglamentos anteriores, el de la LCIA³⁰ va más allá y expresamente prevé el deber de confidencialidad para las partes. Asimismo, este deber alcanza a los árbitros con respecto a las deliberaciones de cualquier decisión. Mientras que, la publicación de laudos está sujeta a acuerdo de las partes y el propio Tribunal. Otro aspecto interesante es que define claramente el alcance del deber de confidencialidad así como las excepciones. A pesar de ello, las partes están facultadas para modificar este estándar de confidencialidad³¹.

En el reglamento del SIAC³², también encontramos un deber confidencialidad amplio tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo. Las partes, los árbitros y cualquiera que intervenga está obligado por este deber que abarca los procedimientos, los escritos, la evidencia y cualquier material producido en el arbitraje. Además, un aspecto que resalta la importancia de esta obligación es que el Tribunal puede imponer sanciones o condenar a los costos a la parte incumplidora e inclusive las cortes de Singapur ejecutarán los acuerdos sobre confidencialidad³³.

Finalmente, debemos destacar que el propio reglamento establece las excepciones al a la confidencialidad:

“a. Con el fin de presentar una solicitud a cualquier tribunal competente de cualquier Estado para ejecutar o impugnar el laudo;

²⁹ HOSKING, James & WALTERS, Gretta. "The ICDR International Arbitration Rules". En Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al. (eds.), *International Arbitration in the United States*, Kluwer Law International, 2017, p. 79

³⁰ "Artículo 30.- Confidencialidad

30.1 Las partes se comprometen, como principio general, a mantener la confidencialidad de todos los laudos del arbitraje, así como de todos los materiales del arbitraje creados a efectos del mismo y de todos los demás documentos presentados por la otra parte en el procedimiento que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que la divulgación pueda ser exigida a una parte por un deber legal, para proteger o perseguir un derecho legal, o para ejecutar o impugnar un laudo en un procedimiento judicial ante un tribunal estatal u otra autoridad legal.

30.2 Las deliberaciones del Tribunal Arbitral serán confidenciales para sus miembros, salvo que la legislación aplicable así lo exija y en la medida en que la revelación de la negativa de un árbitro a participar en el arbitraje sea exigida a los demás miembros del Tribunal Arbitral en virtud de los Artículos 10, 12, 26 y 27.

30.3 La LCIA no publica ningún laudo ni ninguna parte del mismo sin el consentimiento previo y por escrito de todas las partes y del Tribunal Arbitral".

³¹ SCHERER, Maxi, RICHMAN, Lisa, et al. *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*. Kluwer Law International, 2015, p. 366

³² "Artículo 39.-Confidencialidad. 39.1 Salvo acuerdo en contrario de las partes, una parte y cualquier árbitro, incluido cualquier árbitro de emergencia, y cualquier persona designada por el Tribunal, incluido cualquier secretario administrativo y cualquier perito, tratarán en todo momento todos los asuntos relacionados con el procedimiento y el laudo como confidenciales. Las discusiones y deliberaciones del Tribunal serán confidenciales".

³³ CHOONG, John, MANGAN, Mark, et al. *A Guide to the SIAC Arbitration Rules*. Oxford University Press, 2º edición, 2018, p. 30

- b. en cumplimiento de una orden o citación emitida por un tribunal de jurisdicción competente;
- c. con el propósito de perseguir o ejecutar un derecho o demanda legal;
- d. en cumplimiento de las disposiciones de las leyes de cualquier Estado que sean obligatorias para la parte que hace la divulgación o la solicitud o requerimiento de cualquier organismo regulador u otra autoridad;
- e. en cumplimiento de una orden del Tribunal a petición de una parte con la debida notificación a las otras partes; o
- f. a los efectos de cualquier solicitud presentada en virtud de la Regla 7 o la Regla 8 del presente Reglamento”.

El reglamento del HKIAC³⁴, ante una falta de acuerdo de las partes, estamos ante un amplio deber de confidencialidad que alcanza a las partes, los árbitros, peritos, testigos y la institución arbitral que administra el caso³⁵. Existen determinados supuestos en los que se permite la revelación de información, suficientemente razonables. La publicación de laudos se hará de manera anónima, siempre que no exista objeción alguna.

En todos los casos vistos, siempre primará el acuerdo de las partes. En los reglamentos de LCIA, HKIAC y SIAC existe un deber de confidencialidad expreso que alcanza tanto a las partes como a los árbitros y en el caso del ICDR que solamente alcanza a los árbitros. Los reglamentos de HKIAC y SIAC prevén expresamente sanciones o consecuencias ante el incumplimiento del deber, así como las excepciones al deber de confidencialidad. Por su parte, el reglamento de la ICC no contiene una disposición expresa, sino que señala que, ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la materia, se podrá solicitar al Tribunal la adopción de medidas para salvaguardar la confidencialidad de información relevante.

ii. La confidencialidad en la regulación peruana

En el Perú, la ley de arbitraje se ocupa expresamente de la confidencialidad en el artículo 51³⁶. Al respecto, el profesor Caivano al señalado que: “el artículo 51 ofrece

³⁴ “Artículo 45 - Confidencialidad

45.1 A menos que las partes acuerden otra cosa, ninguna parte o representante de las partes podrá publicar, divulgar o comunicar ninguna información relativa a..:

a) El arbitraje en virtud del acuerdo de arbitraje; o
b) Un laudo o una decisión de emergencia dictada en el arbitraje.

45.2 El artículo 45.1 se aplica también al Tribunal Arbitral, a cualquier árbitro de urgencia, perito, testigo, secretario del Tribunal y al HKIAC”.

³⁵ Desde el Reglamento de 2013, HKIAC establece un amplio deber de confidencialidad en el aspecto subjetivo.

HWANG, Michael, CHUNG, Katie, et al. *Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*. En HKIAC (ed.), *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan*, Kluwer Law International, 2018, pp. 63-64

³⁶ "Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados

una regulación que pretende ser integral sobre el régimen de confidencialidad imperante en el arbitraje³⁷.

Son pocas las leyes de arbitraje que expresamente se pronuncian sobre la confidencialidad. Como podemos apreciar este deber de confidencialidad es bastante amplio en cuanto al alcance subjetivo pues comprende a las partes, los árbitros, los secretarios arbitrales, la institución arbitral, testigos, peritos y, en general, cualquiera que intervenga en el arbitraje³⁸.

En cuanto al aspecto objetivo, el deber de confidencialidad alcanza a las actuaciones arbitrales, cualquier información que se conozca a través de dichas actuaciones e inclusive al laudo arbitral. Evidentemente, las principales excepciones establecidas son dos: i) la exigencia legal; y, ii) la anulación y/o ejecución del laudo. El profesor Caivano resalta que no se han contemplado supuestos en los que la propia Ley permite la intervención judicial³⁹; sin embargo, consideramos que en ese caso los documentos sometidos al juez dejan de ser confidenciales, pues aplica la excepción para hacer valer un derecho.

Por lo tanto, se trata de un deber bastante amplio, que surge de la ley. Desde nuestra perspectiva, la ley de arbitraje peruana entiende la confidencialidad como un elemento natural del convenio arbitral, en la medida que las actuaciones y toda información ahí revelada es confidencial. Ello, a pesar de que está permitido el pacto en contrario.

En lo que respecta los principales centros arbitrales, analizaremos las disposiciones del reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y de AmCham.

En el caso de la CCL⁴⁰, la regulación es amplia con respecto al deber de confidencialidad en el aspecto subjetivo y objetivo, siguiendo la línea establecida

a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

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

³⁷ CAIVANO, Roque. "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo". En *Lima Arbitration*, núm. 4, 2010, p 122.

³⁸ MANTILLA - SERRANO, Fernando. "Breves Comentarios a la nueva Ley Peruana de Arbitraje". En *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011, p. 46.

³⁹ "Curiosamente, la ley no contempla otros supuestos en los cuales la misma ley autoriza la judicialización del arbitraje, como son la asistencia que puede requerirse a un juez para la actuación de pruebas, que incluye la posibilidad de que la actuación del medio probatorio se realice ante la autoridad judicial (artículo 45, numerales 1 y 2); o la asistencia para la ejecución forzada de medidas cautelares dispuestas por los árbitros (artículo 48)".

CAIVANO, Roque. "El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo". En *Lima Arbitration*, núm. 4, 2010, p. 122.

⁴⁰ "Artículo 43.-

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, estas, sus asesores legales y representantes y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otra persona que interviene en el arbitraje están obligados a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje así como de las actuaciones arbitrales. Solo se exceptúa su revelación, cuando por exigencia legal, sea

en la Ley de Arbitraje. Se faculta al centro para la publicación de laudos con fines académicos ocultando el nombre de las partes para evitar su identificación.

Por su parte, el Reglamento de la PUCP regula un amplio deber de confidencialidad⁴¹, cuyo incumplimiento permite sancionar con multas tanto a las partes como a los propios miembros del Tribunal Arbitral, sin perjuicio de las demás acciones pertinentes. También se han establecido claramente las excepciones aplicables. Finalmente, regula la privacidad de las actuaciones arbitrales.

Finalmente, el reglamento de AmCham regula un amplio deber de confidencialidad que alcanza a los árbitros, secretario, institución y las propias partes con respecto a las actuaciones y cualquier información que pudieran conocer. El incumplimiento de este deber es una falta grave, que inclusive faculta a realizar una inferencia negativa respecto de los intereses de la parte incumplidora por parte del Tribunal y a realizar una condena de costos. Transcurridos 6 meses, se autoriza la publicación del laudo, para fines académicos y/o estadísticos.

Los tres reglamentos antes analizados tienen disposiciones homogéneas. El reglamento de la CCL y el de AmCham se pronuncian sobre la publicación de laudos arbitrales, siempre que se pueda garantizar la confidencialidad de la información de las partes.

Así pues, tomando en consideración la regulación internacional de las principales sedes de arbitraje y las principales instituciones arbitrales del mundo, así como la regulación en el Perú, podemos arribar a tres grandes conclusiones.

En primer lugar, limitadas jurisdicciones consideran que la confidencialidad está implícita en el arbitraje o cuentan con alguna disposición legal expresa⁴². Sin perjuicio de ello, será el pacto de las partes el que prime en cuanto al deber de confidencialidad, ya sea porque directamente tienen un acuerdo específico sobre

necesario hacer públicas las actuaciones para proteger o hacer cumplir un derecho o cuando tiene por fin ejecutar o recurrir cualquier laudo ante una autoridad judicial competente.

2. El Tribunal Arbitral y los funcionarios y directivos del Centro tienen el deber de mantener la confidencialidad de todas las cuestiones relacionadas con el arbitraje o el laudo.

3. No obstante lo dispuesto en los numerales precedentes, el Centro puede, con fines académicos, publicar laudos o decisiones seleccionadas, de forma íntegra, por extractos o por sumario, siempre que sean previamente editados para ocultar el nombre de las partes y otros datos que permitan su identificación y ninguna parte objete su publicación dentro de los plazos establecidos por la Secretaría para estos propósitos (...)"

⁴¹ "Artículo 38°.- Las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, funcionarios del Centro, los miembros de la Corte de Arbitraje, peritos, las partes, sus representantes legales, sus asesores, abogados, o cualquier persona que haya intervenido en las actuaciones arbitrales, se encuentran obligados a guardar reserva de la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el laudo. (...)"

⁴² SILVA ROMERO, Eduardo. "Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional". En *Lima Arbitration*, núm. 5, 2012, p. 42

la materia o porque se han sometido a las disposiciones de un reglamento arbitral que se pronuncia sobre la confidencialidad.

En cuanto a su alcance, debemos diferenciar el alcance tanto subjetivo como objetivo del deber de confidencialidad. Por lo general, en el aspecto subjetivo, los árbitros, los secretarios arbitrales y el centro tienen un deber de confidencialidad. Bajo ciertos reglamentos, las partes también son alcanzadas por el deber de confidencialidad. En el ámbito objetivo, se incluyen las actuaciones arbitrales y la información producidas en ese contexto, así como el laudo arbitral.

Finalmente, los reglamentos arbitrales que más buscan resguardar la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, establecen consecuencias ante el incumplimiento. Así, por ejemplo, facultan a los tribunales arbitrales a imponer sanciones, hacer inferencias negativas o condenar a los costos a la parte que infringe el deber de confidencialidad.

III. Transparencia

La transparencia es un principio que se encuentra ampliamente relacionado con el acceso a información, aunque no son lo mismo:

“El acceso público y la transparencia se unen al facilitar el derecho del público a asistir a los procedimientos, así como al permitir el escrutinio de la actuación del juez. Si bien es tentador hacer una amalgama de estos dos conceptos, son sin embargo distintos entre sí en el contexto del arbitraje: el acceso del público es un derecho individual mientras que la transparencia se refiere al sistema en su conjunto. Existe una discrepancia notable en el tratamiento de la transparencia y el acceso público en el arbitraje comercial internacional, dado que el primero se considera a menudo un imperativo mientras que el segundo se considera prescindible. Esta diferencia de trato se deriva de los objetivos que cada concepto trata de alcanzar. **Por consiguiente, aunque el acceso público es un instrumento para estimular la transparencia, no es una característica esencial de la transparencia**⁴³”.

Por su parte, Catherine Rogers pone en relieve la diferencia entre transparencia y acceso público, en donde la transparencia busca brindarle información sobre el proceso de decisión a las partes interesadas. Mientras que, el acceso público es un derecho general de los ciudadanos⁴⁴.

En la encuesta de 2018 de *Queen Mary University* anteriormente citada se señala que el 28% de los encuestados considera que uno de los factores que tendrá mayor impacto en el futuro del arbitraje internacional, señala la mayor transparencia⁴⁵.

⁴³ AVINASH, Poorooye & FEEHILY, Ronán. *Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance*. Harvard Negotiation Law Review, 2017, p. 283.

⁴⁴ ROGERS, Catherine. *Transparency in International Commercial Arbitration*. Penn State Law eLibrary, 2006, p. 1307.

⁴⁵ White & Case LLP y Queen Mary University of London. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution. P. 7. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration>

Ahora bien, la necesidad de transparencia no surge necesariamente de un pedido de los usuarios, sino que busca darle mayor legitimidad al sistema. Así, se ha afirmado que “el arbitraje se considera cada vez más como un sistema opaco para unos pocos que interfiere indebidamente en la capacidad del Estado para proteger los valores, tradiciones e intereses del público⁴⁶”. Ante ello, se señala que

“la transparencia permite al público conocer los casos que implican políticas públicas importantes, como el acceso al agua potable sanitaria, y vigilar esas políticas. Por ejemplo, la divulgación pública de la notificación de arbitraje permite al público conocer la existencia de la controversia y expresar sus opiniones. Aumentando el conocimiento del público de estas políticas, la transparencia puede verse como una expresión de los derechos humanos⁴⁷”.

Sin perjuicio de ello, considero que la necesidad principal de transparencia está basada en la necesidad de generar mayor confianza en la institución como mecanismo de resolución de controversias, pues “el movimiento hacia la transparencia debería conducir a la eliminación de las sospechas, así como a la mejora de los sistemas de resolución de controversias entre inversores y Estados⁴⁸”. Ese movimiento hacia la transparencia o tendencia, ha llevado a que los Estados regulen nuevos estándares de transparencia en los tratados de inversión, a fin tener en cuenta los múltiples intereses involucrados⁴⁹. Por ejemplo, el TPP regula en su artículo 9.24 expresamente la materia.

Esta tendencia ha llevado a que se realicen diversas medidas tanto en el arbitraje en el que interviene el Estado, el arbitraje de inversiones y el propio arbitraje comercial. Veamos.

i. El arbitraje de inversiones

La transparencia se ha convertido en parte del día a día en el arbitraje entre inversionistas y Estados. Hay muchas razones para apoyar esa idea. Una de las más importantes es, probablemente, la relevancia o interés público de las decisiones tomadas por los árbitros. La mayoría de los casos involucran asuntos que podrían tener impactos de millones de dólares en los presupuesto públicos e impactos en la regulación. Como explica el profesor Fernández Arroyo:

“En la práctica, es difícil, por una vía o por otra, directa o indirectamente, no considerar que la participación del Estado en un arbitraje de inversiones no terminará afectando intereses generales. En efecto, la sola posibilidad de que el Estado sea condenado a indemnizar a un inversor configura una situación

⁴⁶ BREKOULAKIS, Stavros. *Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration*. En Stavros Brekoulakis, Julian Lew, et al. (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International* Vol. 37, 2016, p. 3.

⁴⁷ ZHAO, Mary. *Transparency, “International Commercial Arbitration: Adopting a Balanced Approach”*. En *Virginia Journal of International Law*, vol. 59, núm. 2, 2019, pp. 186-187.

⁴⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Current Trends in international commercial arbitration in Latin America*. En G. Cordero-Moss (ed.), *International Commercial Arbitration. Different Forms and their Features*, Cambridge University Press, 2013, p. 401.

⁴⁹ RUSCALLA, Gabriela. *“Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?”* En *Groningen Journal of International Law*, vol. 3, 2015, p. 22.

eventual de afectación de intereses generales, toda vez que la suma que el Estado deba afectar a sufragar esa condena implicará una disminución de partidas que podrían ser asignadas a otros fines⁵⁰.

Los ejemplos de transparencia en el arbitraje de inversiones son bien conocidos. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Grupo del Banco Mundial (CIADI) es la institución más importante en este campo y se enfrentó al reto de adoptar una política de transparencia⁵¹. Actualmente, publica información de cada árbitro de su lista de miembros, incluido su currículum vitae y también su participación en otros procedimientos del CIADI, como casos pendientes o concluidos y su participación como expertos.

En un gran número de oportunidades el referido centro publica documentos relevantes de los casos como las demandas o contestaciones y ciertas decisiones (laudos parciales o finales) emitidas por el respectivo Tribunal Arbitral. A raíz de ello, se ha podido crear un amplio repertorio de laudos relevantes de arbitraje inversionista-Estado que son materia de análisis y discusión por la comunidad arbitral⁵².

Otro elemento que permite destacar claramente la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado es la existencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado. La referida Convención ha sido suscrita por más de 20 países del mundo de diversas regiones y ratificada, hasta el momento, por 5 países⁵³. El objetivo de la convención ha sido facilitar la adopción de la transparencia sin necesidad de modificar los tratados bilaterales de inversión:

“Lo que pretendía hacer la Convención era brindar a todos los Estados que quisieran adoptar la transparencia como criterio general aplicable a todos o a la mayoría de los tratados que reglamentan el arbitraje de inversiones en

50 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. "La transparencia como paradigma en el arbitraje de inversiones". En Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo y Paolo Turrini (ed). *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, 2016, p. 250.

51 MARTINEZ-FRAGA, Pedro. "Juridical Convergence in International Dispute Resolution: Developing a Substantive Principle of Transparency and Transnational Evidence Gathering". En *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 10, núm. 1, 2012, p. 52.

52 Para mayor referencia: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

53 A pesar de ello, debemos tener en cuenta que se elaboró bajo un gran consenso y se espera que ese número se eleve. "Tanto el Reglamento como la Convención fueron elaborados por el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI sobre Arbitraje y Conciliación (el GT). El GT fue establecido por la Comisión de la CNUDMI para apoyar el mandato de la Comisión de fomentar la armonización y la unificación de la legislación en la esfera del arbitraje y la conciliación. El GT está compuesto por delegaciones de los 60 Estados miembros de la CNUDMI, junto con Estados observadores y observadores de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales".

SHIRLOW, Esmé. "Dawn of a New Era? The UNCITRAL Rules and UN Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration". En *ICSID REVIEW - Foreign Investment Law Journal*, vol. 31, núm. 3, 2016, p. 624.

los que ellos participan un instrumento práctico para evitarles el difícil expediente de renegociar cada uno de esos tratados⁵⁴".

Al igual que la confidencialidad tiene límites, la transparencia admite excepciones. Silva Romero admite que se puede proteger información sensible o confidencial como secretos oficiales o comerciales, así como limitar la transparencia cuando esta pudiera afectar el procedimiento arbitral. En este último supuesto pone como ejemplo el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, en el que se limitó la transparencia para salvaguardar el procedimiento y que este no se vea expuesto al escrutinio público⁵⁵. En el mencionado caso si bien se reconoció la tendencia de transparencia en las reglas del CIADI⁵⁶, consideró necesario hacer un equilibrio entre ello y la integridad del arbitraje y se justifican controles de confidencialidad⁵⁷.

ii. El arbitraje con intervención del Estado en el Perú

Como hemos visto con respecto del arbitraje de inversiones, lo que justifica en gran medida la transparencia es el interés público que subyace en ese foro. Consideramos que una premisa similar se encuentra en el arbitraje con participación de una parte estatal. Desde el Decreto Legislativo 1017, la Ley de Arbitraje establecía la publicidad de los laudos arbitrales⁵⁸. Sin embargo, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020 se ha ampliado esta obligación de publicidad a todas las actuaciones arbitrales, de acuerdo el numeral 3 del artículo 51 de la Ley de Arbitraje:

"3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte"

Sobre esta modificación se ha señalado que es "coherente, además, con la tendencia internacional de dotar de mayor transparencia al arbitraje. Este último es un aspecto que se justifica aún más en los casos en que el Estado es parte, debido al interés público que hay detrás⁵⁹".

⁵⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. "La transparencia como paradigma en el arbitraje de inversiones". En Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo y Paolo Turrini (ed). *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, 2016, p. 269.

⁵⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. "Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional". En *Lima Arbitration*, núm. 5, 2012, p. 51.

⁵⁶ El Tribunal expresamente señaló que: "*Considerations of confidentiality and privacy have not played the same role in the field of investment arbitration, as they have in international commercial arbitration. Without doubt, there is now a marked tendency towards transparency in treaty arbitration*".

⁵⁷ BLACKABY, Niguel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 6ta edición, 2009, p. 132.

⁵⁸ MANTILLA – SERRANO, Fernando. "Breves Comentarios a la nueva Ley Peruana de Arbitraje". En *Lima Arbitration*, núm. 4, 2011, p. 46.

⁵⁹ HORNA, Emily. "Principales modificaciones a la Ley de Arbitraje: Decreto de Urgencia N° 020-2020". Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en:

La razón por la que se debe publicitar los laudos en los que interviene el Estado ha sido claramente definida en la exposición de motivos, ya que “se pueden haber resuelto materias que importan al interés general o al uso o afectación de los fondos públicos, situaciones en las que por transparencia, los ciudadanos y autoridades deben contar con acceso a la información pertinente⁶⁰”.

Sobre la publicación de laudos, la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) presentó un recurso de anulación en el que alegó la vulneración del deber de confidencialidad por parte del Tribunal Arbitral. En el transcurso del arbitraje, el demandante presentó como prueba el laudo arbitral emitido en el caso entre Perú Masivo S.A.C. contra la MML. Dicho laudo fue utilizado por el Tribunal Arbitral como fundamento al momento de resolver. La Sala Comercial consideró que no se había vulnerado el deber de confidencialidad en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta lo establecido por la ley que norma el Arbitraje, el **Tribunal Arbitral no incurrió en causal de nulidad alguna por contravención al principio de confidencialidad**, cuando al emitir pronunciamiento sobre la responsabilidad de la MML (en los fundamentos 186 en adelante del laudo) tomó de base lo resuelto con motivo del Caso Perú Masivo S.A.C. y la Municipalidad Metropolitana de Lima, de fecha 18 de febrero de 2015, **ya que se trató de un caso que adquirió la calidad de público por haber terminado sus actuaciones con anterioridad al presente laudo**⁶¹”.

Un aspecto interesante que se desprende de la publicidad de laudos arbitrales es si resulta posible considerar la existencia de una especie de “jurisprudencia arbitral”, aunque el término no sea el más adecuado. Consideramos que dada la publicidad de los laudos arbitrales en donde interviene el Estado, resulta factible que sean presentados como sustento de la posición de una de las partes. Sin embargo, no podrán ser de ninguna manera considerados vinculantes para el Tribunal, ya que solamente es vinculante para las partes en controversia⁶².

Nada impide que el Tribunal utilice los criterios expuestos en otro laudo arbitral⁶³. Sin embargo, no resulta posible imponer como cosa juzgada un laudo a un tercero

<https://ius360.com/columnas/principales-modificaciones-a-la-ley-de-arbitraje-decreto-de-urgencia-no-020-2020/>

⁶⁰ La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de puede encontrar en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

⁶¹ Expediente 441-2018-01817-SP-CO-02.

⁶² Una excepción a dicha afirmación se produce cuando se trata de un caso entre las mismas partes, que tiene calidad de cosa juzgada entre ellas y sí resulta vinculante.

⁶³ “El carácter persuasivo de los laudos arbitrales anteriores implica en cierta medida que los árbitros internacionales se ven a sí mismos como parte de un grupo de árbitros internacionales cuya función y razón de ser es satisfacer las necesidades particulares de la comunidad empresarial internacional (...). Si se acepta la idea de ese sistema autónomo de justicia internacional, es perfectamente comprensible que los árbitros internacionales traten de ser lo más coherentes posible”.

MOURRE, Alexis & VAGENHEIM, A. *Arbitral Jurisprudence in International Commercial Arbitration: The Case for a Systematic Publication of Arbitral Awards in 10 Questions*. Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/05/28/arbitral-jurisprudence-in->

través de una institución arbitral). Al respecto, Rogers resalta la importancia de los centros arbitrales en la materia:

“Las instituciones de arbitraje han dirigido o promovido muchas de las principales innovaciones en materia de transparencia, **lo que no es sorprendente puesto que son los principales responsables de las políticas del sistema de arbitraje comercial internacional**. Incluso en los aspectos más sencillos de sus reglamentos de arbitraje, es evidente que, colectivamente, las instituciones arbitrales han ido añadiendo precisión y detalle para atraer a más partes comerciales al sistema y ganar cuota de mercado⁷⁰”.

De hecho, ello se corrobora con las expectativas de los usuarios con respecto a las actuaciones de las instituciones arbitrales. Los centros arbitrales tienen clara esta situación, pues reconocen que

“para ser percibidas como legítimas, justas desde el punto de vista del procedimiento y dignas de confianza, las instituciones de arbitraje deben exhibir el máximo nivel de transparencia permitido por sus normas. Los procesos de la institución deben ser, y ser percibidos como tales, disciplinados y basados en reglas, y reflejar una ética de independencia, responsabilidad y profesionalidad⁷¹”.

IV. Medidas de transparencia en el arbitraje comercial

Así, haremos un breve repaso sobre las principales medidas que han adoptado los centros de arbitraje más importantes del mundo con respecto a la transparencia y de qué manera pueden replicarse en nuestro país.

i. Publicación de información relevante

Una importante apuesta de la ICC es la publicación de información relevante de los casos. Así, de acuerdo con las Notas a las partes y al Tribunal Arbitral para la conducción del arbitraje⁷², para los arbitrajes registrados a partir del 1 de enero de 2016, se publicará la siguiente información: i) los nombres de los árbitros; ii) su nacionalidad; iii) su función en el tribunal; iv) el método de su nombramiento; y, v) si el arbitraje está pendiente o concluido. Para los arbitrajes registrados a partir del 1 de julio de 2019, también se publicará el sector de la industria involucrada y los abogados que representan a las partes en el caso.

Además, los centros de arbitraje cuentan con un gran flujo de información que es relevante para las partes. Por ejemplo, uno de los beneficios que se resalta del

⁷⁰ ROGERS, Catherine. *Transparency in International Commercial Arbitration*. Penn State Law eLibrary, 2006, p. 1307.

⁷¹ *Survey: Arbitral Institutions Can Do More to Foster Legitimacy. True or False?* En Albert Jan Van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series*, Volume 18, Kluwer Law International, 2015, p. 727

⁷² Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf

arbitraje es su rapidez frente a los procesos judiciales (al menos en países con gran sobrecarga como el Perú). Así, tanto el ICDR⁷³ como SIAC y HKIAC⁷⁴ publican el tiempo promedio.

Aparte de esa información, tanto LCIA, ICDR, SIAC, HKIAC y ICC publican un reporte con sus estadísticas anuales, que incluyen los montos en disputa, los sectores relacionados con la disputa, la nacionalidad de las partes, la ley aplicable, entre otra información relevante. Ello no solamente genera mayor confianza en estas instituciones, sino que permite a los usuarios tomar mejores decisiones.

En el Perú, la Cámara de Comercio de Lima publica información relevante sobre los arbitrajes que administra a través de su portal del Faro de Transparencia; sin embargo, hasta la fecha no ha publicado estadísticas sobre sus casos. Por su parte, la PUCP ha publicado el número de casos comerciales y casos con intervención de una parte estatal, pero no ha profundizado más en la información. En el caso de Amcham, no se ha encontrado estadística.

Considero que si bien existe se está trabajando en fortalecer la transparencia, esta información no es suficiente. Se requieren mayores estadísticas. Los costos de implementar estas medidas no son altos, pues se trata de sistematizar la información y publicarla.

En cuanto a la información sobre los tribunales, considero esencial esta información, pues los usuarios del arbitraje tendrán mayor información para tomar decisiones, así como para verificar potenciales conflictos de interés. La CCL ha tomado la iniciativa, por lo que, no vemos mayores inconvenientes en que los otros centros implementen reformas en la misma línea.

ii. Publicación de laudos

Tanto la ICC, ICDR y HKIAC tienen provisiones para la publicación de laudos arbitrales. La regulación de la ICC establece como regla general que se publicarán los laudos dos años después de su notificación, salvo que alguna de las partes manifieste expresamente su oposición. Debemos notar que, de acuerdo con las Notas a las partes y al Tribunal Arbitral para la conducción del arbitraje, “en caso de un acuerdo de confidencialidad que cubra ciertos aspectos del arbitraje o del laudo, la publicación estará sujeta al consentimiento específico de las partes”. Por su parte, HKIAC publicará laudos una vez que haya borrado cualquier dato que permita identificar a una de las partes. Finalmente, ICDR solamente publicará los laudos cuando exista consentimiento expreso entre las partes o la ley lo requiera.

⁷³ Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/AAA241_ICDR_Time_and_Cost_Study.pdf?_ga=2.82242390.1562198379.1594043737-324050970.1554421611

⁷⁴ Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>

Nos encontramos frente a tres distintos estándares; sin embargo, en cualquier caso, la objeción de cualquiera de las partes, impedirá la publicación del laudo. Esta es una clara muestra de los balances entre confidencialidad y transparencia⁷⁵.

La importancia de la publicación de laudos radica en que

“el potencial precedente de los laudos arbitrales constituye un bien público. Aunque los laudos no están sujetos a un sistema formal de *stare decisis*, las decisiones de los tribunales arbitrales pueden aportar una contribución sustancial e importante a la jurisprudencia comercial, orientando a los futuros tribunales y a los tribunales nacionales cuando se les planteen controversias similares⁷⁶”.

Como resaltar Born, aun cuando se considere que el laudo constituye un precedente, su publicación puede generar beneficios de eficiencia, coherencia y previsibilidad, ya que las decisiones previas pueden orientar a los tribunales posteriores⁷⁷.

De los reglamentos peruanos revisados, tanto la CCL como Amcham contemplan la publicación de laudos comerciales⁷⁸. Sin embargo, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, solamente la CCL publica laudos comerciales con fines académicos, siempre que ninguna parte objete la publicación. Esta medida es positiva y también debería ser seguida por las otras instituciones debido a los beneficios que ya hemos mencionado.

Sin perjuicio de ello, la puesta en marcha de esta medida debe ser con bastante cautela en la medida que el número de casos comerciales es tan alto y podría “filtrarse” información que las partes pretendían que se mantengan confidenciales.

iii. Ayuda en la selección de los árbitros y evaluación

Una de las medidas recientes por parte de la ICC es la colaboración a las partes en la selección de miembros del tribunal arbitral. De acuerdo con las ya referidas Notas, las partes de manera conjunta o los árbitros al designar al presidente del Tribunal, podrán pedir asistencia de la Secretaría. Esta última propondrá candidatos o brindará información no confidencial sobre las personas propuestas. De igual manera, la Secretaría podrá también contactar a las personas propuestas como árbitros para informarse sobre su experiencia, disponibilidad y posibles conflictos de intereses.

⁷⁵ Precisamente, en la nota de la Secretaría de UNCITRAL N° A/CN.9/2007, se señaló que lo mejor es dejar la decisión a las partes.

⁷⁶ COMRIE-THOMSON, Paul. “A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards”. En *Journal of International Arbitration, Kluwer Law International*, vol. 34, núm. 2, 2017, p. 282

⁷⁷ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Aspen publishers, 2da edición, 2014, p. 2822.

⁷⁸ Recordemos que la publicación de laudos en donde interviene una parte estatal está regulada en la Ley.

El ICDR tiene un sistema de lista para la selección de árbitros, en la que incluye las calificaciones solicitadas por las partes, la nacionalidad específica, especialización o experiencia, idioma y conocimiento del derecho sustantivo. El Centro elabora la lista con los aportes de las partes y emite una lista de nombre. Las partes pueden objetar a uno de la lista, sin expresar razones y deben numerar sus preferencias. Los árbitros con mayores calificaciones son elegidos, luego de verificar sus conflictos de interés⁷⁹. En el caso de LCIA en el pasado ha aceptado varios tipos de procedimientos por lista (nombres dados por las partes o por el centro); su objetivo es facilitar el proceso de nombramiento⁸⁰.

HKIAC ha lanzado un sistema para que las partes puedan evaluar el desempeño de los árbitros. Se trata de un esfuerzo para que las partes tengan mejor información para designar árbitros. La evaluación contempla los siguientes aspectos: i) Preparación general y familiaridad con las leyes aplicables y reglas; ii) Habilidad para facilitar la justicia, neutralidad y proceso efectivo; iii) Habilidades de manejo del caso; iv) Habilidad para el manejo de las pruebas; v) Habilidades de comunicación; y, vi) Proceso de decisión⁸¹.

Por su parte, Julio Olórtgui y José María de la Jara proponen una serie de preguntas a los árbitros, que deberán ser publicadas por los centros arbitrales sobre cinco asuntos: i) elección del tribunal; ii) disponibilidad de tiempo y método de trabajo; iii) estilo de decisiones; iv) pruebas y audiencias; y, v) deliberación y emisión del laudo⁸². Esta información también podría ser relevante para la asistencia a las partes en la selección de árbitros.

Ninguna de las instituciones de nuestro país ha adoptado medidas similares. La adopción de medidas destinadas a evaluar a los árbitros resulta más compleja de implementar, pues el mecanismo debe evitar los sesgos de la parte que perdió el arbitraje. En cambio, consideramos altamente factibles que las instituciones pueden a través de sus cortes, colaborar con la designación de árbitros a través de una lista, siempre que las partes lo hayan acordado previamente.

iv. Publicación de información sobre las recusaciones

De acuerdo con la Guía para las Partes del LCIA⁸³, este centro de arbitraje publicará extractos o resúmenes de las decisiones de la Corte con respecto a la recusación de

⁷⁹ MARTINEZ, Luis. "The ICDR's Arbitrator Appointment Process - The Institutional Role and Available Options". En *American Bar Association, Section of International Law*, vol. 1, 2013, p. 23

⁸⁰ SCHERER, Maxi, RICHMAN, Lisa, et al. *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*. Kluwer Law International, 2015, p. 109

⁸¹ Para mayor información ver: <https://www.hkiac.org/news/rate-your-experience-hkiac-launches-arbitration-evaluation-system>

⁸² DE LA JARA, José María y OLÓRTEGUI, Julio. "No pain, no gain: Nueve propuestas para mejorar el futuro del arbitraje internacional". En *Themis Revista de Derecho*, núm. 71, 2017, p. 95.

⁸³ Consulta realizada el día 18 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.lcia.org//adr-services/lcia-notes-for-parties.aspx>

los árbitros. Esta información es de crucial importancia tanto para las partes como para los propios árbitros, a fin de determinar cuál es el estándar.

Su importancia radica en que si bien no son un precedente,

“cada una de las decisiones de recusación ofrece una orientación útil en relación con la integridad del arbitraje y, en muchos casos, las decisiones abordan múltiples motivos de recusación. Varias de las decisiones se refieren a casos sencillos de recusaciones claramente meritorias o frívolas. No obstante, incluso esas decisiones son valiosas porque ayudan a enmarcar los límites de lo que puede considerarse una cuestión de buena fe de independencia o imparcialidad arbitral⁸⁴”.

En el caso de HKIAC, en el 2014 emitió una nota con respecto a la recusación de los árbitros. En esta se señaló expresamente que la Corte no estaba obligada a motivar sus decisiones. Situación que, desde nuestra perspectiva, es contraria a los estándares de transparencia. En el caso de la ICC, la Corte puede comunicar las razones de su decisión sobre una recusación siempre que sea solicitado por una parte⁸⁵.

De los reglamentos analizados en el Perú, solamente Amcham establece expresamente que su corte resuelve de manera motivada la recusación. Sin embargo, tanto la CCL como la PUCP motivan sus decisiones sobre recusaciones.

De la misma manera que se publican laudos arbitrales, consideramos que sería un acierto por parte de las instituciones locales publicar sus decisiones sobre recusaciones, siempre que sea posible anonimizar a las partes y sus datos de identificación⁸⁶. De esta manera, se genera mayor predictibilidad y se comunica a los usuarios cuáles situaciones no son aceptables y dan lugar a una recusación.

En todos los casos mencionados, como bien observa el profesor Born, se intenta mantener el deber de confidencialidad que tanto interesa a las partes:

“Estos diversos acontecimientos han hecho que la comunidad y el proceso de arbitraje internacional sean claramente accesibles. No obstante, y lo que es más importante, no tienen en principio ningún efecto sobre la divulgación de detalles relativos a las presentaciones y pruebas en los arbitrajes en curso, las audiencias arbitrales o las deliberaciones de los árbitros. Estos aspectos del procedimiento arbitral han conservado su carácter presuntamente confidencial, precisamente porque son los que más directamente sirven a los objetivos básicos del proceso arbitral⁸⁷”.

⁸⁴ WALSH, Thomas y TEITELBAUM, Ruth. "The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction". En William W. Park (ed.), *Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges*, Kluwer Law International, 2011, p. 284.

⁸⁵ Numeral 14 de las Notas de la ICC.

⁸⁶ La PUCP ha publicado la cantidad de recusaciones y renunciaciones ante su Corte; sin embargo, consideramos que podrían ir un paso más allá.

⁸⁷ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Austin: Aspen publishers, 2da edición, 2014, p. 2822.

En cuanto a los costos y beneficios de implementar estas medidas, comparto la posición de Rogers, quien señala que a pesar de no ser fácilmente cuantificables ambos factores, un sistema transparente compensa sus costos⁸⁸. Además, como ya hemos señalado generará mayor confianza en la institución por parte de los usuarios, lo que permitirá seguir expandiendo las fronteras del arbitraje.

V. Conclusiones

La confidencialidad se mantiene como uno de los elementos esenciales del arbitraje comercial en el mundo, desde la perspectiva de los usuarios. Desde nuestra perspectiva, la regla general que debe primar es el pacto de las partes, ya sea mediante un acuerdo expreso en el convenio arbitral que se pronuncie sobre la confidencialidad o la remisión a un reglamento arbitral o una jurisdicción que tenga una disposición expresa. Si se trata de una industria o una relación en la que la confidencialidad es un aspecto central (energía, construcción, tecnología, entre otros), se debe buscar claridad en cuanto al alcance tanto subjetivo como objetivo de este deber.

En contraposición, la transparencia es una tendencia actual que ha calado con profundidad en diversos usuarios del arbitraje. Principalmente, en el arbitraje en el que interviene el Estado y el arbitraje de Inversión existen amplias medidas de transparencia. Sin embargo, inclusive en estos casos resulta controvertido la publicidad de las actuaciones arbitrales durante el arbitraje, pues la opinión pública podría ejercer una indebida presión sobre los árbitros. Situación que se buscaba evitar al pactar arbitraje. Aunque controvertida, la reciente modificación del Estado peruano al menos se cuida en este aspecto y dispone la publicidad de las actuaciones arbitrales una vez concluido el procedimiento.

En cuanto al arbitraje comercial, desde nuestra perspectiva, el enfoque para su correcto funcionamiento con la confidencialidad consiste en que el objetivo de la transparencia, debe ser brindar un mayor flujo de información a los usuarios del arbitraje, respecto a los árbitros, su desempeño, los potenciales conflictos de interés, entre otros.

Las instituciones arbitrales son las llamadas a llevar a cabo las reformas necesarias, para compatibilizar los principios de transparencia y confidencialidad, con el objetivo de brindar mejor información a los usuarios del arbitraje. Este proceso, además, mejorará la toma de decisiones de los usuarios con respecto a sus controversias.

Por lo tanto, la eficacia de las reformas destinadas a brindar mayor transparencia dependerá de que no se destruya uno de los elementos más valorados por las partes en el arbitraje comercial, la confidencialidad.

⁸⁸ ROGERS, Catherine. *Transparency in International Commercial Arbitration*. Penn State Law eLibrary, 2006, p. 1327.

El deber de información y el estándar de razonabilidad en las garantías implícitas del consumidor*

Daniela Supo Calderón**

Víctor Hugo Bazán Vásquez***

Resumen. - ¿Es necesario implementar un estándar de razonabilidad dentro de las relaciones de consumo? Partiendo de una respuesta afirmativa a esta pregunta, los autores sustentan su postura desde una perspectiva integral que contemple la noción del deber de información y su relación con la realidad. Ello resulta más relevante en el ámbito de las garantías implícitas donde la normativa del legislador y las condiciones del proveedor no han sido suficientes para regular una determinada situación. Suele omitirse que las expectativas del consumidor son generadas, en su mayor parte, por la información que recibió o debió recibir el consumidor durante el desarrollo de una transacción económica con el proveedor. Por tanto, el presente trabajo recoge las reales implicancias y características del deber de información para así brindar un acercamiento de lo que representa nuestra propuesta: Fomentar el enfoque de abordar el deber de información de forma particular -en cada caso concreto-, desde el plano de las garantías implícitas, con la finalidad de poder obtener decisiones objetivas y congruentes con la realidad.

Abstract. - Is it necessary to implement a standard of reasonableness within consumer relationships? Starting from an affirmative answer, the authors support their position from an integral perspective that contemplates the notion of the duty of information and its relationship and connection with reality. This idea is more relevant in the field of implicit guarantees where the legislation and the conditions set forth by the supplier have not been sufficient to regulate a certain situation. Therefore, the present paper gathers the real implications and characteristics of the duty of information in order to provide an approach of our proposal: Approaching the duty of information in a singular way -in each specific case-, from the level of implicit guarantees, in order to be able to obtain objective decisions that are consistent with reality.

Palabras claves. - Protección al Consumidor - Deber de información - Estándar de Razonabilidad - Idoneidad - Garantías Implícitas - Transacción Económica - Parámetros objetivos.

Keywords. - Consumer Protection - Information Duty - Reasonableness standard - suitability - Implied warranties - Economic Transaction - Objective parameters.

* Las opiniones expresadas en el presente artículo son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la posición de los entes de los que forman parte y/o representan.

** Abogada por la Universidad de Lima. Actualmente se desempeña como Abogada Asociada del área de Propiedad Intelectual en Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Asistente Legal en la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI.

I. Introducción

Un componente esencial y a la vez controversial en materia de protección al consumidor, recae en el rol de la información dentro de la dinámica entre proveedores y consumidores. Su carácter esencial se genera como consecuencia del indiscutible papel que juega dicho concepto en esta materia – principalmente – a propósito de la denominada asimetría informativa, concepto vinculado con aquella situación de regular disparidad de conocimientos entre consumidores y proveedores. Por otro lado, su carácter controversial se centra, principalmente, en la crítica hacia su regulación y en la reiterada discusión académica sobre la necesidad de establecer parámetros generales de razonabilidad en relación al comportamiento del consumidor.

Al respecto, el presente artículo académico abordará el componente controversial del deber de información, teniendo como finalidad exponer una perspectiva actual y cercana sobre el mismo, a la luz de la normativa y decisiones de los Órganos de Protección al Consumidor del INDECOPI. Así, se resaltarán el papel preponderante del deber de información en el Derecho del Consumidor, pero también se propondrán criterios que modulen su interpretación de acuerdo a un contexto determinado.

Específicamente, el presente trabajo recoge las reales implicancias y características del deber de información para así brindar un acercamiento de lo que representa nuestra propuesta: Fomentar el enfoque de abordar el deber de información de forma particular -en cada caso concreto-, desde el plano de las garantías implícitas, con la finalidad de poder obtener decisiones objetivas y congruentes con la realidad. En otras palabras, buscamos resaltar la importancia de determinar un estándar de razonabilidad para el caso de garantías implícitas, el cual debe ser fijado a partir de la valoración de factores contextuales, tales como, el mercado en el que se desarrolla la transacción, el grado de especialidad del consumidor, la naturaleza del producto o servicio, entre otros.

II. Nociones generales sobre el deber de información

La protección al consumidor se constituye como un mecanismo que forma parte del sistema económico previsto en la Constitución Política del Perú y que guarda una perfecta armonización con el esquema de una economía social de mercado en el que vivimos.

Al respecto, corresponde traer a colación lo establecido en el artículo 65 del capítulo dedicado al régimen económico del país, de la Constitución Política del Perú, el cual dispone lo siguiente:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

Tal como se puede apreciar del artículo anteriormente citado, el Derecho del

Consumidor evoca un régimen de tutela jurídica especial constituido por la garantía del derecho a la información, seguridad y salud de la persona en sus relaciones de consumo o exposiciones a las mismas.

En esta línea, debemos señalar que son varias las ocasiones en las que el máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, se ha referido a los derechos que le asisten a los consumidores¹. Al respecto, ha señalado que resulta claro que la Constitución impone dos obligaciones: (i) garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que están a su disposición en el mercado; y, (ii) velar por la salud y la seguridad de las personas en su condición de consumidores o usuarios. Sin embargo, también ha precisado que los referidos derechos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa consagrada en la Constitución hacia los consumidores, sino que albergan de forma implícita e innominada una pluralidad de derechos genéricos en su naturaleza y que admiten manifestaciones diversas².

Al respecto, tal como se desprende de la sección introductoria del presente trabajo, éste tiene como finalidad abordar conceptualmente el deber de información desde una perspectiva actual y a la luz de las recientes decisiones emitidas por los Órganos Resolutivos de Protección al Consumidor del INDECOPI, para así brindar un acercamiento de lo que centralmente es parte de nuestra propuesta.

Ahora bien, habiendo abordado la justificación constitucional de la información en el marco de la protección al consumidor, corresponde referirnos puntalmente al mismo.

De acuerdo a la Real Academia Española, una de las acepciones del concepto de la palabra información consiste en definirlo como aquella comunicación o adquisición de conocimiento que permite ampliar o precisar lo que se posee sobre una materia determinada³. Justamente será el conocimiento sobre una circunstancia o un bien el que repercutirá en la situación o experiencia de una persona, ya que ello influirá directamente en su conducta, ya sea esto visto desde

¹ Ver Sentencias: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 008-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 00013-2012-PI/TC y STC Exp. N° 00011-2013-PI/TC.

² Definitivamente resulta materia de otro artículo abordar lo relacionado a la naturaleza constitucional de los derechos de los consumidores que tutela el INDECOPI. Ello, mucho más aún, teniendo en consideración que el 12 de marzo de 2020, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución No. 038-2020-INDECOPI/COD que dispuso la publicación del Documento de Trabajo Institucional No. 003-2020 denominado “Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del INDECOPI”, con la finalidad de recibir opiniones y/o sugerencias de la ciudadanía. Las propuestas contenidas en el Documento de Trabajo buscarían fortalecer institucionalmente al INDECOPI a través de una reforma constitucional que incorporaría un nuevo artículo en la Constitución Política del Perú (art. 65-A), a efectos de concederle mayor autonomía y poder reducir el riesgo de interferencias en el desarrollo de sus funciones.

En líneas generales se propone lo siguiente: (i) Que el INDECOPI pase a tener calidad de “Organismo Constitucionalmente Autónomo”, (ii) que las funciones del INDECOPI se detallen a nivel constitucional (funciones actualmente asignadas al INDECOPI de conformidad con el Decreto Legislativo No. 1033); y, (iii) que el presidente del Consejo Directivo del INDECOPI sea designado por concurso público y ratificado por el Congreso de la República.

³ Real Academia Española. Consulta realizada el día 27 de julio de 2020. Disponible en: <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>

una perspectiva fáctica o jurídica.

Al respecto, el derecho de los consumidores al acceso a la información y el deber de los proveedores de brindarla, se encuentra reconocido en los artículos 1.1 literal b) y 2 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), en los siguientes términos:

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores.-

1.1. En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b) Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios”.

“Artículo 2.- Información relevante.-

2.1. El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

2.2. La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

2.3. Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.

2.4. Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.

En pocas palabras, se involucra el deber de los proveedores de proporcionar toda la información relevante sobre las características de los productos y servicios que oferten, a efectos de que los consumidores puedan realizar una adecuada elección o decisión de consumo, así como para efectuar un uso o consumo correcto de los bienes y servicios que hayan adquirido.

Así, también teóricamente se indica que la información debe ser veraz, útil, accesible y oportuna al consumidor:

“(…) se estima que la veracidad (o el carácter real) de la información es insuficiente, si esta no posee un atributo de utilidad para el consumidor. (...) se exige que esta información sea comprensible, es decir, con un contenido intelectualmente accesible a un consumidor medio, sin que deba realizar un

esfuerzo intelectual extraordinario o requiera la asistencia de terceros o procurarse otra información adicional. (...)”⁴.

De acuerdo a la interpretación de los artículos anteriormente referidos, debe quedar claro que el deber de información de los proveedores es, a su vez, el derecho a la información de los consumidores. Los proveedores tienen la obligación de brindar a los consumidores la información adecuada o necesaria a efectos de que éstos adopten una decisión de consumo adecuada con sus intereses.

Al respecto, compartimos la posición de la Sala Especializada en Protección del INDECOPI (en adelante, la Sala) al señalar que el deber de información de los proveedores o el derecho a la información de los consumidores, constituye uno de los pilares fundamentales en torno al cual se sostiene la legislación de Protección al Consumidor. Al respecto, la Sala señala lo siguiente:

“(…) en Derecho del Consumidor –cuyo bien jurídico tutelado está constituido por el interés de los consumidores, esto es, que las transacciones económicas que realicen cubran sus expectativas– la información viene a convertirse como un pilar fundamental de esta rama jurídica –que incluso goza de un reconocimiento constitucional– al ser aquel elemento que brinda a los consumidores las herramientas necesarias para adoptar sus decisiones durante el momento de negociación de un servicio y/o producto”.

III. La vinculación entre la información y la idoneidad del producto y/o servicio

Se suele decir que la información e idoneidad son dos caras de la misma moneda, pues, el traslado de datos hacia el consumidor dota a este último de los insumos necesarios para generar una expectativa sobre la calidad y características del producto y/o servicio ofrecido.

En efecto, el artículo 18 del Código define a la idoneidad de los productos y servicios como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso⁵.

Al respecto, la asimetría informativa no es un fenómeno que se intente o pretenda corregir, ya que su sola configuración hace posible que los bienes ofrecidos en el mercado tengan un valor y así existan suficientes incentivos para ser creados y

⁴ SANZ SALGUERO, Francisco Javier. “Estado de la cuestión del deber de información de los proveedores desde una perspectiva normativa, en materia de protección al consumidor”. En *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*. 2018. p. 34.

⁵ Artículo 18.- Idoneidad. Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado. Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor.

comercializados. En vinculación a este concepto, el traslado de información relevante tiene como objetivo reducir, temporalmente, una brecha de conocimientos preexistente para hacer posible que el consumidor obtenga cierto tipo de información que le resulte importante para llevar a cabo una transacción.

Ahora bien, esta denominada “información relevante” puede ser previamente determinada en una garantía⁶, ya sea, a criterio de un legislador dentro de una norma (garantía legal), de un proveedor bajo lo expresado en un contrato u otra fuente similar (garantía expresa), o, bajo la propia expectativa que guarde un consumidor en atención a su propia experiencia y el contexto que envuelve una transacción comercial (garantía implícita).

Así, están las garantías legales, las cuales se encuentran establecidas en piezas legislativas. Por ejemplo: En el caso de los productos alimenticios, el artículo 32 del Código, obliga a los fabricantes a consignar en la etiqueta de sus productos una denominación que sea acorde a su naturaleza y composición⁷, y, en el supuesto que no se cumpla con dicha disposición, no solo estaremos ante una transgresión del deber de información - al no trasladar de manera adecuada los datos sobre la naturaleza del bien ofrecido - , sino también al deber de idoneidad, al no poner a disposición del mercado un producto que contenga aquellas características que debe poseer en su etiquetado (garantía legal).

Por otro lado, en el caso de garantías expresas, el consumidor genera su expectativa a partir de la información que pudo haber recibido, ya sea en la

⁶ El término garantía, en protección al consumidor, se entiende como el conjunto de condiciones, características y propiedades que posee un producto o contempla un servicio.

La distinción y clasificación de este término se encuentra contemplado en el artículo 20 del Código, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 20.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

- a) Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.
- b) Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.
- c) Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado”.

⁷ “Artículo 32.- Etiquetado y denominación de los alimentos .-

El etiquetado de los alimentos se rige de conformidad con la legislación sobre la materia o en su defecto a lo establecido en el Codex Alimentarius.

Los alimentos deben llevar en su etiquetado de manera destacada la denominación que refleje su verdadera naturaleza, sin generar confusión ni engaño al consumidor.

Las alegaciones saludables deben sustentarse de acuerdo con la legislación sobre la materia o en su defecto a lo establecido en el Codex Alimentarius”.

publicidad o en el contrato suscrito con el proveedor. De acuerdo a ello, cada una de las condiciones pactadas o características ofrecidas serán parte de aquello que esperará recibir al momento de la ejecución y/o adquisición de un determinado servicio o producto. Claramente, en este supuesto, en caso exista algún tipo de defecto con el servicio prestado, el consumidor podrá oponer su incumplimiento por cualquiera de las condiciones ofrecidas por el proveedor. Ello, en atención a la información previamente trasladada por este último. En virtud a lo expuesto, cuando el Órgano Resolutivo correspondiente analiza un caso de garantías explícitas, de modo casi automático evalúa el nivel y contenido de la información brindada al consumidor.

Ahora bien, en el caso de las garantías implícitas esta situación se torna un poco más compleja. En efecto, en tanto nos encontramos frente a un escenario en el cual se suscita un supuesto no contemplado en las condiciones pactadas y, por tanto, resulta necesario conocer cuales podrían ser las legítimas expectativas del consumidor respecto del producto o servicio adquirido. Precisamente en este punto es donde se convierte en un elemento trascendental el análisis de la calidad de información. En efecto, ante este supuesto, para estar en la capacidad de determinar qué es lo que hubiera esperado recibir el consumidor, es necesario establecer cuál era el tipo de información que éste hubiera podido poseer.

A continuación, un breve ejemplo que podría resultar ilustrativo para otorgar mayor claridad a esta idea: Un consumidor pone a disposición de un veterinario a su mascota para que le realice una intervención quirúrgica que, en principio, no embarga mayor complejidad. Sin embargo, una vez realizada la referida intervención, la mascota fallece producto de una *mala praxis*.

En principio, al tratarse de una actividad de medios, no debería presumirse que se garantiza el éxito de la intervención quirúrgica. Sin embargo, bajo una garantía implícita, dada la baja complejidad de la operación, resulta legítimo que el consumidor no espere que la ejecución del servicio pueda conllevar al lamentable fallecimiento de su mascota. De acuerdo a ello, la referida situación podría calificarse como una transgresión al deber de idoneidad que tiene el proveedor.

Es decir, ante un caso como el mencionado, para poder colegir la transgresión al deber de idoneidad, el Órgano Resolutivo debe asumir cuál hubiera sido el tipo de información que tenía el consumidor previo a la ejecución del servicio. Justamente, en el ejemplo referido, la información que poseía el consumidor estaba referida al nivel de dificultad del servicio y el bajo riesgo que conllevaba su ejecución.

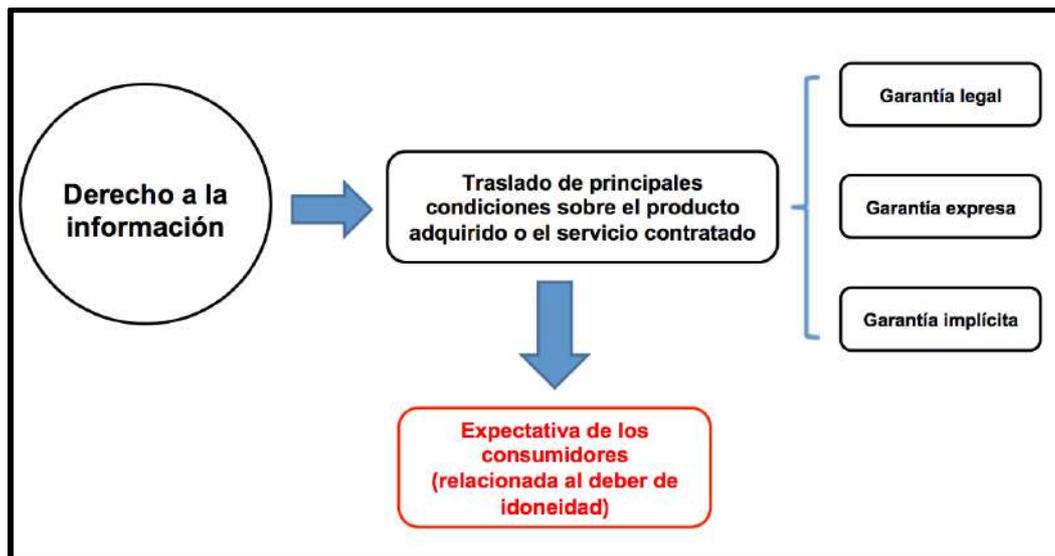
De acuerdo a lo expuesto, es claro que resulta materialmente imposible exigir un análisis particular para establecer garantías legales y expresas de información bajo este supuesto⁸, sino solo para aquellos casos de garantía implícita. En efecto,

⁸ Evidentemente, no se plantea la posibilidad de exigir un análisis individual del tipo de consumidor para poder elaborar normas y/o políticas contractuales, pues, en este tipo de situaciones será necesario partir de un estándar promedio del consumidor en un mercado relevante. Sin perjuicio de ello, dicha afirmación no nos debe conllevar a pensar que la información en materia de garantías legales y expresas deba estar exenta de un análisis estricto,

nuestra propuesta únicamente incluye que, en el caso de las garantías implícitas, el análisis de del parámetro de razonabilidad debe ser casuístico e individualizado. Es claro que lo propuesto puede resultar un tanto debatible, pero lo cierto es que este razonamiento ha venido siendo aplicado por el INDECOPI en sus últimos pronunciamientos, conforme se apreciará en la sección final del presente artículo.

En líneas generales, lo expuesto hasta el momento se grafica en el siguiente cuadro:

Gráfico 1



IV. ¿Es necesario contar con un parámetro de conducta en garantías implícitas?

La intención de incluir un estándar de “consumidor razonable” es usualmente vinculada con el análisis de aquella conducta idónea que debe adoptar el consumidor frente a una oferta. Esta relación no es ajena a la reiterada tentativa de los académicos y legisladores de establecer parámetros o estándares de referencia en relación al comportamiento que debe tener un consumidor en la dinámica de las transacciones comerciales.

En virtud de lo expuesto en el numeral anterior, consideramos que al pensar en establecer un parámetro de debida diligencia en el consumidor, no solo estaremos hablando de un estándar para analizar la idoneidad de un producto o servicio, sino también en la información que debió haber sido trasladada al inicio de una relación de consumo.

Ahora bien, es claro que sí resulta importante establecer parámetros generales de razonabilidad para escenarios donde se elaboran garantías legales y expresas, sin embargo, dentro del marco de garantías implícitas, consideramos preponderante determinar lo que asume un consumidor dentro de un contexto determinado, el cual está regido por distintos factores como la propia naturaleza de la transacción,

sino al contrario, será el legislador o proveedor quienes tendrán, bajo sus propios incentivos y obligaciones, la labor de investigación de mercado para identificar qué conocimientos deben ser trasladados en el marco de una transacción de consumo.

el lugar donde se realizó, la experiencia, entre otros. En otras palabras, en caso de garantías implícitas, no nos debemos circunscribir únicamente al grado de diligencia o un parámetro de conducta del consumidor, sino que se deben evaluar necesariamente otros factores.

Al respecto, al momento de detectar la información relevante que tiene o debía tener el consumidor, no se descarta la idea de que la denominada diligencia ordinaria esté presente en la evaluación de casos, pero debemos tomar en cuenta que este concepto no guarda un verdadero contenido sin valorar factores económicos, sociales, geográficos u otros, no solo desde la posición del consumidor –y su experiencia–, sino también desde la propia naturaleza del producto adquirido o servicio contratado.

Hasta el momento, lo expuesto puede leerse como una aseveración un tanto ambigua porque, por una parte, se considera relevante establecer un parámetro de razonabilidad (lo cual puede ser interpretado como un estándar amplio y general) pero, por otro lado, se afirma que para el caso de garantías implícitas, cabe hacer un análisis casuístico de la información e idoneidad.

Lo cierto es que, bajo nuestra postura, podría hablarse de un parámetro general – y no por ello, menos técnico– para los supuestos de garantías legales y expresas, en tanto resulta entendible que el legislador o el proveedor puedan estudiar los factores necesarios del mercado y así intentar estandarizar aquella información que debe ser trasladada al consumidor. Sin embargo, un caso distinto ocurre con las garantías implícitas consistentes en aquellas situaciones en las cuales ni la norma ni los acuerdos expresos entre un proveedor y consumidor contemplan una determinada circunstancia suscitada. Es en este tipo de casos en los cuales consideramos que el análisis de un parámetro de razonabilidad debe ser casuístico e individualizado.

De acuerdo a ello, a diferencia de lo que ocurre con las garantías legales y expresas, consideramos que las garantías implícitas deberán atenderse concretamente por el contexto de los hechos. En efecto, en las garantías legales y expresas, este tipo de parámetros son definidos de modo preliminar por el legislador y el proveedor, razón por la que en estas situaciones resulta claro que existirán criterios más amplios (manejando un estándar general⁹). Pero, si una situación no ha podido ser definida o calculada por una norma o un contrato, es evidente que el análisis de razonabilidad deberá ajustarse a un estudio del caso concreto.

Tal como lo señala Espinoza, la utilización de parámetros en distintas ramas del Derecho puede ser útil y hasta necesaria¹⁰, sin embargo, señalamos que pueden existir distinciones al momento de su aplicación. En el caso del Derecho del Consumidor y bajo los propios criterios establecidos en el Código, sostenemos que

⁹ En el caso de garantías legales se ha previsto una serie de factores objetivos que exijan obligaciones tanto a proveedores y consumidores; y, en el marco de un contrato, el propio consumidor aceptó las condiciones establecidas por el proveedor.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas, 2012, pp. 50-51.

los parámetros de razonabilidad en los casos de garantías implícitas son establecidos por la propia casuística. En relación a ello, si bien somos conscientes de que el tipo de evaluación propuesta puede resultar tediosa, a nuestro criterio, deberá primar la emisión de una decisión ajustada a la realidad y derecho.

Eludir el contexto social y económico para el caso de garantías implícitas nos puede llevar a adoptar, en algunas ocasiones, decisiones radicalmente arbitrarias contra los consumidores, generándose incentivos perversos para que los proveedores puedan omitir el traslado de cierta información relevante al momento de consolidarse una transacción. Como podrá inferirse el denominado estándar de razonabilidad no solo deberá involucrar la perspectiva de la propia experiencia del consumidor, sino también los factores que rodean la relación de consumo, esto es, la interpretación de la información recibida¹¹.

En otras palabras, lo que comúnmente se había exigido como el estándar de un “consumidor razonable” para nosotros está orientado a establecer un estándar de razonabilidad que contemple, no solo al consumidor, sino también al entorno que involucra la relación de consumo. Es decir, el lugar y momento de la ocurrencia, así como también la propia naturaleza del servicio y/o producto ofrecido.

V. La propuesta de un parámetro de razonabilidad en el deber de información

Distintos autores han señalado la necesidad de que exista la inclusión del estándar de consumidor razonable en el Código, alegando que ello permitirá generar incentivos suficientes para establecer un marco de comportamientos tendientes a formar a un modelo de consumidor diligente. Es decir, un agente consciente de las condiciones pactadas y las características mínimas que posee un producto y/o servicio.

Sin embargo, no estamos tan seguros que la referida propuesta sea la solución al problema, pues, aun cuando se incluya este término, serán finalmente los Órganos Resolutivos quienes definirán aquel parámetro de “lo razonable”, asumiéndose así el riesgo que su criterio, en ocasiones, pueda ser más cercano a lo que se califica como “ordinario”.

¹¹ Bullard manifiesta que es preciso utilizar un parámetro de consumidor razonable que debe estar recogido en la norma, basándose para ello en dos razones: (i) resulta absurdo plantear un estándar en función a lo que las personas son, ya que si los consumidores tienen algún comportamiento irracional, lo ideal consistía en buscar incentivos para que dicha conducta cese; y, (ii) los consumidores no se comportan en el mercado como idiotas, pero igual era necesario establecer un estándar para corregir situaciones aisladas de irracionalidad. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. En *Revista de la Competencia la Propiedad Intelectual*, núm. 10, p. 8.

Al respecto, coincidimos parcialmente con dicho autor, y reiteramos que nuestra postura radica en que el establecimiento de parámetros generales de razonabilidad es necesario para escenarios donde se elaboran garantías legales y expresas; sin embargo, discrepamos que un mismo nivel de análisis sea aplicado para el caso de las garantías implícitas.

En virtud a ello, nos preguntamos: ¿Nos encontramos ante un grave problema si la norma de protección al consumidor no establece expresamente un estándar de razonabilidad? Consideramos que no.

Con el fin de dotar de contexto la interrogante anteriormente planteada, es necesario remitirnos a los orígenes del referido término en la normativa de protección al consumidor.

La legislación de protección al consumidor empezó a concebirse a partir del Decreto Legislativo 716 y sus modificatorias. Al respecto, el referido Decreto Legislativo no contemplaba dentro de sus disposiciones la noción de “consumidor razonable”, “consumidor ordinario” o “consumidor con diligencia ordinaria”.

Posteriormente, en el año 2008, el Decreto Legislativo 1045 modificó el artículo 3 del Decreto Legislativo 716, artículo que se encargaba de definir el concepto de consumidor. El texto que se incluyó fue el siguiente:

“a) Consumidores o usuarios.- Las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. **La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias**” (Énfasis Agregado).

Lo incluido por el Decreto Legislativo 1045 en el artículo citado anteriormente no hace más que recoger la definición de consumidor razonable. De esta manera, el referido Decreto Legislativo incluía el parámetro de conducta comprendida en la “diligencia ordinaria”. Sin embargo, el referido Decreto Legislativo quedó derogado por la Ley 29571, el Código. Y, tal como es de común conocimiento, el Código no contempla ninguna disposición referida al “consumidor razonable”, “consumidor ordinario” o “consumidor con diligencia ordinaria”.

Al respecto, cuando ocurrió esta modificación distintos autores manifestaron su temor ante el evidente cambio que había sufrido la normativa en esta materia a partir de la vigencia del Código, pues, éste no consignaba aquella parte que indicaba lo siguiente: “La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias”, que sí se encontraba en su predecesor.

Según parte de la doctrina, dicha modificación –u omisión– tendría un efecto incidental pues habilitaría que los Órganos Resolutivos analicen los casos desde la perspectiva de un “consumidor ordinario”. Pero, ¿qué implica ser un consumidor ordinario? La jurisprudencia del INDECOPI no la ha desarrollado con amplitud, pero se desprende que viene a configurarse como un piso menor al de un “consumidor razonable”. De hecho, es posible encontrar la definición de este último concepto en un lineamiento anterior. Si bien, éste data del año 2001 y

claramente ya no se encuentra “vigente”, nos remitimos al mismo para lograr entender que se concebiría como “consumidor ordinario”:

“El principal criterio de interpretación que utiliza la Comisión es el del ‘consumidor razonable’. Se trata del estándar utilizado por la Comisión para la solución de cada caso concreto, analizando qué es lo que esperaría un consumidor razonable en la circunstancia controvertida. Ello, porque toda la normativa de protección al consumidor se encuentra dirigida a proteger a consumidores razonables, es decir, a aquel consumidor que actúa con una diligencia ordinaria previsible en ciertas circunstancias.

Este estándar no es el de un consumidor experto o excesivamente exigente y cuidadoso o de uno racional, calculador y frío capaz de analizar cada detalle de las opciones que se le presentan, sino, de una persona que actúa con la diligencia ordinaria que se puede exigir a cualquier persona que realiza una operación de intercambio en el mercado. El fundamento de este criterio de interpretación radica en formar consumidores cuidadosos y responsables, que se informen y tomen las precauciones adecuadas antes de hacer una decisión de consumo. Lo contrario llevaría a formar consumidores irresponsables y poco diligentes a los que la Ley protegería aun en situaciones producidas por su propia irresponsabilidad. Para que el mercado funcione adecuadamente, es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, de acuerdo al principio de buena fe. De la misma manera como el derecho común sólo protege la actuación responsable, el derecho de los consumidores sólo debe proteger a los consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo. (...)”¹².

Bajo dicha perspectiva, el denominado “consumidor ordinario” vendría a ser aquel que no actúa con diligencia regular, es decir que no adopta las precauciones adecuadas de manera previa a tomar una decisión de consumo y ello podría deberse a las propias limitaciones que tenga al momento de informarse sobre un producto y/o servicio.

Sobre el particular, tal como se mencionó, el aporte del presente trabajo no consiste en optar por el establecimiento de un parámetro con base en una determinada definición (“consumidor razonable” o “consumidor ordinario”), lo cual puede resultar un tanto confuso en su ejecución. Nuestro objetivo es identificar, dentro de un estándar de razonabilidad para las garantías implícitas, cuáles serían los factores que deberán estudiarse en este tipo de situaciones.

Al respecto, y tal como lo hemos mencionado, consideramos que los factores que deben ser tomados en cuenta deben estar estrechamente vinculados al contexto que envuelve la relación de consumo, y no solo la perspectiva del propio consumidor. Basándonos en esta afirmación, podrán considerarse los siguientes factores: la experiencia, el tipo de producto y/o servicio, la zona geográfica en la que se realizó la transacción, y alguna otra variable que pueda guardar relevancia con un análisis de razonabilidad respecto de la información que pudo haber

¹² Ver a detalle en el documento denominado “Lineamientos sobre Protección al Consumidor” aprobado por Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI.

recibido un consumidor y que pueda influir en la formación de su propia expectativa¹³.

Como se podrá advertir no se brinda una lista taxativa de factores dado que estamos asumiendo que la evaluación de las garantías implícitas y el estándar de razonabilidad se determina de forma casuística. De otro modo estaríamos limitando las herramientas que pueda emplear el Órgano Resolutivo correspondiente al momento de analizar un caso concreto, siendo que lo que debe definir la selección de un factor está definido por su naturaleza incidental respecto de los elementos fácticos del caso.

Al respecto, tomando como referencia las distintas normas de protección al consumidor - y sus modificatorias- en el Perú, el criterio fijado en el presente trabajo es más cercano -sin ser por ello similar- a lo establecido por el legislador en el Decreto Legislativo 1045. A través del cual se estableció el estándar del “consumidor con diligencia ordinaria”, que vendría a ser un símil del consumidor razonable, pero con la precisión de que su determinación sería casuística y adoptando factores vinculados al contexto que rodea al consumidor. En efecto, consideramos que el estándar no solo debe ser definido por aquellos elementos vinculados al consumidor, sino por el entorno de la transacción consolidada con el proveedor.

En virtud a ello, debemos precisar que a nuestro criterio, apuntar a un estándar de “consumidor razonable” resulta un tanto arriesgado, toda vez que existe suficiente literatura que puede indicar que la elección de los consumidores está en muchas ocasiones desvinculada de esta referida “racionalidad”¹⁴. Distinto es proponer que la información trasladada y la elección de consumo deba atender a situaciones regulares influenciadas por el contexto y entorno, denominando “estándar de razonabilidad” a lo que, bajo este tipo de circunstancias, podría ocurrir en un caso concreto.

A continuación, un ejemplo para ilustrar lo señalado:

Ejemplo 1

En el marco de la prestación de un servicio de taxi por aplicación (economía colaborativa), un consumidor opta por solicitar una unidad de taxi para transportarse a su centro de labores. Durante el desarrollo del servicio, el consumidor sufre el robo de sus pertenencias por parte del propio conductor,

¹³ ¿Cuál podría ser otro factor a tomar en cuenta? Consideramos que así como se valoran aspectos económicos o particulares de los consumidores, también es viable la inclusión de otras disciplinas como, por ejemplo, la psicología o el marketing. A propósito de ello, un interesante aporte teórico fue incluido en el artículo denominado “El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing” elaborado por Carlos Rojas Klauer.

ROJAS KLAUER, Carlos. “El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing”. En *Themis Revista de Derecho*, núm. 62, pp. 65-79.

¹⁴ MATHIS, Klaus y TOR, Avishalom. “Justifying competition law in the face of consumer’s bounded rationality”. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper N° 1918. p.3. 2018.

quien además lo agrede físicamente para reducirlo y poder llevar a cabo esta acción. Ante dicha circunstancia, procedió a presentar su reclamo ante el aplicativo, el cual deslindó todo tipo de responsabilidad sobre lo ocurrido al considerar que su papel únicamente se reducía a actuar como intermediario entre el conductor y pasajero.

Asimismo, en dicho contexto, el usuario tomó conocimiento sobre la identidad del conductor y pudo verificar que éste tenía antecedentes penales por robo agravado. Ante ello, procedió a interponer su denuncia contra el aplicativo ante el INDECOPI por presunta vulneración al deber de seguridad. Ello, al haber sido expuesto a un riesgo injustificado por aceptar que un conductor con antecedentes penales pueda realizar este tipo de servicio de transporte urbano.

¿Cómo debería evaluarse este caso? La Autoridad Administrativa debería valorar que, pese a que el proveedor denunciado no realiza de manera directa el servicio de transporte, lo cierto es que, en su calidad de intermediario, debía haber implementado parámetros para la selección de sus conductores, evitando o disminuyendo el riesgo que se produzcan hechos como el denunciado.

Para poder arribar a esta conclusión el INDECOPI debería evaluar la naturaleza del servicio brindado por el proveedor, el cual, si bien consiste en actuar como una plataforma de intermediación, debe tomarse en cuenta que su participación involucra el ofrecimiento de un conductor. Bajo esta perspectiva, como garantía implícita, un consumidor podría tener como expectativa que este tipo de aplicativos elaboran filtros de selección y reducen la posibilidad de que el transporte a su destino sea inseguro.

Tal como se puede advertir, dicha conclusión recoge elementos como la identificación del tipo de servicio, así como también se puede tomar en cuenta el contexto y razones por la que los usuarios prefieren utilizar economías colaborativas para los servicios de taxi. En este punto, debe destacarse que la seguridad ocupa un lugar trascendente en este tipo de decisiones y, por ende, es parte de una garantía implícita que debe brindarse a los consumidores (pese a que no exista una regulación legal o el propio aplicativo no lo ofrezca de forma expresa).

Por otro lado, este tipo de criterio de razonabilidad también es útil para identificar situaciones de error evidente. En efecto, bajo la utilización complementaria del Principio de Buena Fe¹⁵, mediante el análisis de un estándar de razonabilidad el

¹⁵ El numeral 5 del artículo V del Código contempla en Principio de Buena Fe de la siguiente manera:

“Artículo V.- Principios

El presente Código se sujeta a los siguientes principios:

5. Principio de Buena Fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular.”

Órgano Resolutivo puede estar en capacidad de detectar si una oferta o condición trasladada por un proveedor está claramente alejada de cualquier parámetro de la realidad. Ante este tipo de situaciones, dicha condición recibida –garantía expresa– no podrá ser tomada válidamente como tal, quedando como opción su evaluación como garantía implícita con base a los estándares de razonabilidad que amerite el caso concreto.

Ello permite no solo garantizar la prevalencia del Principio de Buena Fe, sino también genera los incentivos necesarios para que no exista posibilidad alguna de un aprovechamiento indebido por parte de los consumidores ante la existencia de eventuales errores evidentes en el mercado. Así, este es un claro supuesto en el cual un análisis de razonabilidad aterrizado a un caso concreto –bajo la utilización de factores contextuales– no busca favorecer al consumidor, sino brindar una decisión en la que prime la objetividad y buena disposición de las partes. A continuación, un ejemplo podría facilitar la comprensión de esta idea:

Ejemplo 2

Dentro de un establecimiento comercial un consumidor observa que el costo de una lavadora es de S/. 1.00 y procede a acercarse a la caja a efectuar la compra del bien por el referido valor monetario. Ante la sorpresa del vendedor, éste le indica al consumidor que no es posible que dicha transacción se efectúe puesto que el precio consignado es erróneo. Esta respuesta indigna al consumidor e interpone una denuncia alegando una negativa injustificada de venta y una transgresión de su legítima expectativa, exigiendo como medida correctiva la aplicación de la condición expresa ofrecida, esto es, la entrega de una lavadora por el precio de S/. 1.00.

¿Cómo debería evaluarse este caso? Consideramos que aun cuando inicialmente se advierte la existencia de una garantía expresa reflejada en el traslado de un precio del producto, resulta necesario efectuar un análisis de razonabilidad sobre su contenido, pues, el precio ofrecido claramente no se ajusta a los parámetros establecidos en la realidad. Al respecto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Válidamente un consumidor puede asumir como garantía expresa un precio con desproporción evidente? Nuestra respuesta es negativa. Claramente, para poder llegar a esta conclusión será necesario fundamentarla sobre la base de un análisis de factores contextuales como el precio promedio del producto en el mercado¹⁶, la experiencia o antecedentes de compra que pudo haber tenido el consumidor¹⁷ y la propia calidad del bien adquirido.

Ahora bien, a raíz del ejemplo citado, podría deslizarse el presente cuestionamiento: ¿Una decisión como la descrita implica que la autoridad realiza algún tipo de control de precios? Nuevamente la respuesta es negativa.

¹⁶ Para ello se puede verificar el precio de un producto de similares características, propiedades y marca en el mercado.

¹⁷ El proveedor tendrá la posibilidad de demostrar si estamos ante un consumidor que realiza transacciones con eventual regularidad.

Lo que en este caso se propone es efectuar un análisis de razonabilidad sobre la información plasmada dentro de una oferta comercial, sin embargo, no se establece cuál debió ser el precio de un producto, sino únicamente evaluar de modo concreto si se generó una legítima expectativa hacia el consumidor.

Como se puede advertir, lo que en un inicio se configura como una garantía expresa, al no guardar un parámetro de razonabilidad, amerita una evaluación propia de una garantía implícita. En la última sección del presente artículo se utilizarán casos reales para determinar cómo actuó la Sala ante situaciones como la descrita.

Ahora bien, hasta el momento, la propuesta efectuada en el presente trabajo puede ser graficada de la siguiente forma:

Gráfico 2



En virtud a lo anteriormente desarrollado, consideramos que no resulta necesaria la inclusión normativa de un parámetro de razonabilidad, en tanto la propia configuración actual del Código habilita a la Administración Pública a utilizarla en plena correspondencia con los principios que rigen la objetividad en el mercado.

Es cierto que una disposición normativa genera mayor seguridad respecto de la aplicación concreta de un razonamiento, no obstante, lo que denotamos es que su inclusión no resulta determinante para que puedan aplicarse razonamientos similares al expuesto en el presente trabajo. Así, en caso se considere pertinente establecer en el Código algún tipo de fórmula legal que contemple un análisis como el propuesto, nuestra sugerencia consistiría en no señalar parámetros que incluyan conceptos que denoten un estudio parcial de los casos, esto es, algún concepto como “consumidor razonable” o “consumidor diligencia ordinaria”. En

tanto ello dejaría entrever que la evaluación de casos únicamente valoraría la realidad del consumidor que, si bien resulta un elemento importante, no refleja un estudio integral de los casos de garantías implícitas.

Finalmente, un último factor al que merece la pena referirnos se origina por la duda en relación a si resulta factible aplicar una propuesta como la descrita para casos que busquen velar por la protección de intereses colectivos y/o difusos. Ello en la medida que si postulamos un análisis casuístico para garantías implícitas, queda el cuestionamiento si ello podría ser factible para aquellos procedimientos en los cuales no se evalúa la situación de un solo consumidor, sino de un grupo determinado o determinable.

Sobre este supuesto, consideramos que la utilización de distintos factores será factible, sin perjuicio de que la evaluación de los mismos resulte más compleja al tener en cuenta que no se identificará la expectativa de un consumidor particular, sino del consumidor peruano en una amplia expresión. Como todo caso de esta naturaleza, se deberá elaborar una ardua labor de investigación de mercado para poder estar en la posibilidad de establecer cuáles son los criterios de información y, por tanto, de idoneidad, de un grupo de consumidores.

En virtud a las consideraciones expuestas, consideramos que actualmente los Órganos Resolutivos correspondientes cuentan con las herramientas jurídicas necesarias para poder aplicar un estándar de razonabilidad en los procedimientos. Sin embargo, es importante precisar que, además, la propuesta señalada involucra un esfuerzo institucional por parte del INDECOPI, consistente en brindar a los Órganos Resolutivos las herramientas técnicas y académicas suficientes para poder efectuar un análisis integral –en ocasiones multidisciplinario– de los casos según amerite las circunstancias. Debe recordarse que, bajo la dinámica cambiante del mercado, son más recurrentes los casos de garantías implícitas y, por ende, surge con mayor urgencia la necesidad de otorgar predictibilidad al mercado respecto del modo de analizar el comportamiento de los consumidores y proveedores.

VI. Análisis de casos prácticos

Tal como lo señalamos en la sección introductoria del presente artículo, uno de nuestros objetivos es poder verificar la aplicación de los criterios utilizados sobre el estándar de razonabilidad en garantías implícitas por los órganos resolutivos de protección al consumidor, especialmente, la Sala como segunda y última instancia administrativa en materia de protección al consumidor.

Por ello, a raíz de los casos que citaremos se podrá advertir la utilidad del parámetro de razonabilidad en dos (2) tipos de situaciones: (i) casos en los cuales se determina la relevancia de información con base al análisis de distintos factores que contemplen el contexto de la relación de consumo; y, (ii) casos en los cuales se aprecia la existencia de errores evidentes en las condiciones ofrecidas por los proveedores y, en los cuales la aplicación de un parámetro de razonabilidad coadyuvó o hubiera podido facilitar la emisión de un pronunciamiento objetivo.

i. Caso 1

En el procedimiento tramitado bajo Expediente 0014-2017/CC2-INDECOPI, se denunció a una empresa automotriz por promocionar un vehículo a US\$ 149.00 y, posteriormente, negarse a realizar la venta en los referidos términos. En el referido caso, el consumidor denunciante señaló que la empresa denunciada habría difundido 2 anuncios¹⁸ a través de la radio, los cuales indicarían que es posible llevarse un auto de la marca de la empresa automotriz a US\$ 149.00. Sin embargo, cuando acudió al establecimiento de la empresa automotriz e indicó que quería dos carros al precio antes referido, el vendedor se negó a vendérselos al referido precio.

Al respecto, a través de la Resolución 3319-2018/SPC-INDECOPI de fecha 28 de noviembre de 2018, la Sala señaló que se debía efectuar un análisis objetivo y contextual del contenido de los dos (2) anuncios radiales y de la información consignada en el sitio web de la empresa denunciada, ello con la finalidad de poder determinar la relación de complementariedad o disimilitud entre ambas fuentes. Sin embargo, precisó que aun cuando la evaluación para casos en materia de protección al consumidor, está centralmente enfocado en aquel aspecto informativo de los productos o servicios, ello no implica desatender el contexto que rodea la actividad económica que enmarca la relación de consumo. Dicho en otros términos, señaló que si bien el hecho controvertido reside en poder efectuar una lectura exacta de las fuentes referidas en la oferta de la empresa denunciada, lo cierto es que la labor interpretativa no sólo abarcará un aspecto literal de su contenido, sino también valorará el tipo de mercado en el que se desarrolla.

Específicamente, señaló:

“(...) Si bien el hecho controvertido en este extremo reside en poder efectuar una lectura exacta de las fuentes referidas en la oferta de MC Autos, lo cierto es que la labor interpretativa no sólo abarcará un aspecto literal de su contenido, sino también valorará el tipo de mercado que desarrolla el agente económico que tiene la calidad de anunciante. Esta labor tiene como finalidad obtener una perspectiva objetiva y razonable sobre la oferta realizada por el proveedor, pues, conforme lo establece el artículo 2.4 del Código, al evaluarse la información debe tomarse en cuenta la naturaleza del producto adquirido o servicio contratado.

(...)

¹⁸ Anuncio 1: “Si pensabas que heredar el auto de papá era lo mejor, te equivocaste porque también lo heredas con su colección de cassettes de la ola, cinco stickers de SOAT pegados en la luna, el olor a tabaco y su cojín ortopédico. Claro pues, mejor que tu primer auto sea nuevo. Por eso, ahora Mitsubishi te trae el New Mirage con un precio que te quitará la idea de heredar. Llévatelo desde ciento cuarenta y nueve dólares (US\$. 149,00) o quinientos treinta soles (S/530,00). New Mirage, el otro Mitsubishi. Términos y condiciones en www.mitsubishi-motors.com.pe”.

Anuncio 2: “Si pensabas que heredar el auto de hermano mayor era chévere, te equivocaste porque también lo heredas con marcas de pucho en los asientos, restos de comida y la guantera rota. Mejor es que tu primer auto sea nuevo. Por eso, ahora Mitsubishi te trae el New Mirage con un precio que te quitará la idea de heredar. Llévatelo desde ciento cuarenta y nueve dólares (US\$. 149,00) o quinientos treinta soles (S/ 530,00). New Mirage, el otro Mitsubishi. Términos y condiciones en www.mitsubishi-motors.com.pe”.

Por ende para poder identificar la potencial existencia de una contradicción o disimilitud entre las fuentes de información brindadas por MC Autos, deberá evidenciarse ello, tanto desde una interpretación objetiva (literal) del contenido, como desde una interpretación de razonabilidad, esto es, bajo el propio contexto del mercado y lógica del consumidor. En caso no se configuren ambos elementos, no será posible concluir que el mensaje del anunciante pueda ser incongruente, dado que, lo contrario, podría conllevar a emitir una decisión restrictiva, desproporcional o ajena de la realidad.

(...)

Pese a que, de una interpretación literal de los anuncios radiales no puede advertirse la precisión de que el precio consignado esté referido al pago de cuotas mensuales necesarias para la adquisición de un vehículo – lo cual fue reconocido por MC Autos –; ello no puede implicar que resulte razonable, en el caso particular, que un consumidor pueda comprender dicho ofrecimiento como el valor total del bien promocionado. Conviene subrayar que, conforme se expuso en líneas anteriores, los elementos fácticos particulares de cada caso podrán determinar el nivel de razonabilidad que pueda tomarse en cuenta para este tipo de controversias”.

Comentario:

Nos encontramos ante un caso que grafica claramente una situación de error evidente dentro de la cual se advierte que, aun cuando exista una condición expresa otorgada por el proveedor (reflejada en el traslado de un precio), dicha información no puede generar una legítima expectativa en el consumidor, pues su contenido no guarda congruencia alguna con la realidad.

Al respecto, consideramos que la Sala efectuó un análisis correcto, pues, para arribar a esa conclusión, tomó en cuenta factores tales como: el tipo de mercado, la naturaleza del producto y la zona geográfica donde se realizó la transacción. En efecto, la referida instancia administrativa concluyó que, dentro de la ciudad de Lima, lugar donde se realizaba el mayor número de adquisiciones vehiculares al año, no podía concebirse que un consumidor pueda tener como legítima expectativa que el precio de una unidad vehicular –que además no es un bien de consumo masivo– tenga un precio tan bajo.

Al respecto, podría alegarse que el contexto del traslado de información fue a través de un anuncio publicitario y, por tanto, el consumidor podía comprender que el precio correspondía a una promoción especial. Sin embargo, consideramos importante señalar que todo tipo de publicidad tiene dos (2) componentes: (i) el elemento persuasivo, definido como aquel que tiene como finalidad atraer la atención del consumidor e incentivar la adquisición de un producto y/o servicio, sea mediante una oferta, promoción o la puesta a disposición de imágenes que hagan referencia al bien ofrecido; y, (ii) el elemento informativo, definido como aquel que tiene como finalidad trasladar al consumidor de modo objetivo e imparcial un determinado conocimiento sobre las características y propiedad de un producto o servicio.

En este caso si bien la información sobre el precio del vehículo fue trasladada a través de un anuncio publicitario, ello no da pie a que el consumidor pueda interpretar que el valor económico haya correspondido a una promoción especial brindada por el proveedor. En tanto, del contenido del referido anuncio se desprende que ello fue trasladado como un elemento informativo, sin advertirse algún tipo de particularidad que pueda dar una interpretación contraria. Al guardar dicha característica, correspondía efectuar un análisis objetivo de la información trasladada tal como acertadamente hizo la Sala en el presente caso.

ii. Caso 2

En el procedimiento tramitado bajo Expediente 0054-2018/CPC-INDECOPI-JUN, un consumidor denunció a una reconocida empresa de juegos de apuesta por presunta infracción al deber de idoneidad.

Lo ocurrido se remonta a los días 26 y 27 de septiembre de 2017, cuando el consumidor denunciante apostó en el juego denominado “¿Qué país clasifica al Mundial 2018?”, eligiendo que las selecciones de Brasil, México, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Perú lograrían la clasificación.

Posteriormente, una vez, culminadas las clasificatorias, el consumidor solicitó el pago del premio respectivo, pues había acertado en la totalidad de sus jugadas. Sin embargo, el proveedor le negó tal solicitud alegando que había existido un error en la elaboración del juego, razón por la cual las apuestas efectuadas eran inválidas y correspondía la devolución del monto total apostado. Específicamente, la casa de apuestas le explicó que había existido un error en el juego, razón por la que habían publicado una fe de erratas en la cual especificaron que la verdadera premisa del juego era: “¿Qué país ganará el Mundial 2018?”.

Al respecto, a través de la Resolución 1461-2019/SPC-INDECOPI de fecha 3 de junio de 2019, la Sala decidió declarar infundada la denuncia al considerar que, en atención de la propia experiencia del consumidor y al detectarse la existencia de un error evidente en el juego denominado “¿Qué país clasifica al Mundial 2018?”, no correspondía considerar como válidas las jugadas efectuadas por el denunciante.

A mayor abundamiento, la última instancia en materia de protección al consumidor del INDECOPI valoró lo siguiente: (i) el juego publicado contaba entre sus alternativas errores evidentes, pues, entre una elevada cantidad de alternativas, no existía el componente de incertidumbre presente en todos los juegos de apuestas¹⁹; y, (ii) el nivel de especialización de este tipo de juegos, más aún tomando en cuenta el número de jugadas y el monto de las apuestas.

Específicamente estableció lo siguiente:

¹⁹ A la fecha de publicación de la apuesta habían clasificado varias selecciones de fútbol que se encontraban dentro de las alternativas del juego.

“Por ende, para poder identificar la potencial existencia de una infracción en el juego de apuesta ofertado por Intralot, deberá efectuarse una interpretación objetiva (literal) del contenido de su apuesta, así como una interpretación de razonabilidad de la misma, esto es, tomando en cuenta el propio contexto del mercado y lógica del consumidor para este tipo de eventos. Hay que mencionar que resulta necesaria la configuración de ambos tipos de interpretación; dado que, una omisión de este tipo de análisis, podría conllevarnos a emitir una decisión restrictiva, desproporcional o ajena de la realidad.

Con la finalidad de poder obtener un acercamiento a este tipo de análisis es pertinente efectuar una observación y comprensión integral del juego materia de cuestionamiento; pues, ello posibilitará identificar aquellos rasgos que permitan brindar a este Colegiado una aproximación del contexto en el cual se desarrollaron los hechos, y, así poder tener un nivel de certeza sobre los componentes que envolvieron la relación de consumo entablada por las partes. Así, al hacer referencia a un estudio integral del juego de apuesta, esta Sala resalta la importancia de valorar aquellos aspectos fácticos que inciden o pueden incidir en la percepción de un consumidor, pese a que estos no hayan sido mencionados o precisados por las partes durante la elaboración de argumentos en el presente procedimiento” (Énfasis Agregado).

En virtud a las consideraciones anteriormente citadas, señaló lo siguiente:

“De esta manera, en atención a que el juego materia de evaluación fue elaborado en base a probabilidades, y, el otorgamiento de premios estaba sujeto a las mismas; no resulta razonable que el proveedor haya otorgado un margen de probabilidad de acierto respecto de escenarios que, al momento de su publicación, se habían cumplido. En efecto, tal como se mencionó con anterioridad, dentro del juego con premisa “¿Qué país clasifica al Mundial 2018?”, el proveedor otorgó un nivel de probabilidad respecto de selecciones de fútbol ya clasificadas, siendo apreciable la existencia de un error evidente en el contenido del juego, cuestión que, en dicho contexto, no permitía amparar y favorecer la obtención de un beneficio por parte del consumidor.

Por tanto, al no evidenciarse una relación de congruencia entre los elementos objetivos y razonables del juego de apuesta denominado “¿Qué país clasifica al Mundial 2018?”, así como verificar que sus jugadas fueron realizadas con posterioridad a la publicación de la fe de erratas, esta Sala considera que no se configuró la vulneración de una legítima expectativa del denunciante, en tanto un consumidor no podría albergar la posibilidad de poder obtener un tipo de beneficio respecto de una oferta cuyos componentes tienen un evidente error; caso contrario, podría estarse amparando circunstancias no deseadas y ajenas a la realidad dentro del marco de una relación de consumo” (Énfasis Agregado).

De acuerdo a las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala declaró infundada la denuncia.

Comentario:

Tal como se puede apreciar, la Sala tomo en cuenta factores como el tipo de mercado y la propia experiencia y nivel de especialización del consumidor. Claramente el nivel de análisis efectuado utiliza un estándar de razonabilidad, sin embargo, éste no se circunscribe únicamente al consumidor, sino que abarca el tipo de juego así como las propias particularidades del mercado en la cual se realizó la transacción. Ello, se ve reflejado al momento de poner relevancia el alto grado de especialización y la detección de los errores evidentes dentro del referido juego.

Al respecto, debemos precisar que existe un extracto del pronunciamiento de la Sala que resume claramente uno de los puntos centrales de nuestro trabajo:

“Para efectos de evaluar este caso debe tenerse presente que, aun cuando la evaluación de procedimiento en materia de protección al consumidor está centralmente enfocada en velar por el cumplimiento del deber de idoneidad e información en los productos o servicios que se ofrecen en el mercado; ello no implica el hecho de desatender el contexto que dora la actividad económica que enmarca dicha relación de consumo”.

Tal como se precisó en este trabajo académico, lo que se propone es efectuar un análisis ajustado a la realidad de los hechos, razón por la cual es congruente valorar los elementos que componen las circunstancias del caso, más allá de la manifestación inicial de voluntades expresada por el proveedor y consumidor. En este punto prevalece el Principio de Buena Fe, pues, aun cuando en un principio la casa de apuestas aceptó la jugada realizada por el consumidor, lo cierto es que, en aras de aplicar el referido principio debe determinarse si la apuesta era válida en el marco de la normativa de protección al consumidor.

Una vez que se realiza este tipo de análisis, puede arribarse a la conclusión que la jugada efectuada por el consumidor no puede considerarse como válida al tener un contenido evidentemente erróneo, no siendo factible otorgar legitimidad a una transacción como ésta, en tanto ello transgrediría cualquier tipo de concepto primario de una economía social de mercado.

iii. Caso 3

En el procedimiento tramitado bajo Expediente 189-2009/CPC-INDECOPI, una asociación de consumidores denunció a dos empresas que importaban y comercializaban un producto alimenticio (aceite de soya), respectivamente. A criterio de la parte denunciante, en el etiquetado de este tipo de producto se había omitido consignar que se había utilizado como insumo soya transgénica, configurándose así una transgresión de los artículos 5 literal b y 15 del Decreto Legislativo 716 (derogada norma de protección al consumidor²⁰).

²⁰ Cabe precisar que estas disposiciones normativas contemplaban obligaciones muy similares a las contenidas en la normativa actual. Dichos artículos establecían lo siguiente:

Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:
(...)

Al respecto, a través de la Resolución 0936-2010/SC2-INDECOPI de fecha 6 de mayo de 2010, la Sala efectuó un análisis dividido en tres partes: (i) el desarrollo del deber de información dentro de una economía social de mercado, (ii) la utilidad y relevancia de rotular productos alimenticios; y, (iii) el deber de información sobre la condición transgénica de productos alimenticios. En este último punto, la Sala estableció que, aun cuando no existiera norma que obligara expresamente a los proveedores a consignar en su etiquetado sobre la condición transgénica de sus insumos, lo cierto era que, bajo la aplicación del Principio Precautorio, y debido a la incertidumbre sobre los efectos que tienen los alimentos transgénicos en la salud de las personas, dicha condición resultaba información relevante y, por tanto, debía trasladarse de manera clara y oportuna a los consumidores²¹.

Específicamente, la Sala realizó la siguiente precisión

“En cualquier caso, negar a los consumidores información sobre la condición transgénica de un alimento o de los insumos empleados en su elaboración implica negarles la posibilidad de asumir los riesgos que ello implica por remotos o inciertos que sean, así como impedirles elegir entre premiar o castigar con sus decisiones de compra un modelo de producción o la aplicación de determinadas tecnologías, es decir diluir su poder de definir condiciones en el mercado, y en general eliminar el presupuesto básico para que sean ellos quienes decidan qué productos desean consumir.

(...)

La presente Resolución desarrolla por primera vez la noción de información relevante en el caso de alimentos elaborados con insumos transgénicos, hecho que aunado a la posición que ocupan ambas denunciadas en la cadena de comercialización del aceite “Soya” (desarrollado en el punto 47) configura una causal de justificación que elimina la antijuridicidad de haber comercializado el referido producto sin informar a los consumidores que los insumos empleados en su elaboración eran transgénicos”.

b) derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

(...)

Artículo 15.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

Está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medida, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

²¹ Es importante señalar que en este caso la Sala no determinó la responsabilidad administrativa de los proveedores denunciados por dos razones: (i) los proveedores tenían calidad de importador y comercializador, sin tener conocimiento preciso sobre la composición de los productos, razón por la que la función de etiquetar el producto recaía, primordialmente, sobre el fabricante del mismo; y, (ii) era la primera vez que el INDECOPI establecía un criterio similar, motivo por el cual consideró, bajo la aplicación del Principio de Confianza Legítima, no sancionar a los administrados.

Comentario:

La cuestión resaltante en el presente caso está vinculada al análisis de fondo elaborado por la Sala para llegar a colegir si la condición transgénica de los insumos alimenticios se consideraba información relevante y, por ello, debía ser consignada en el etiquetado de los productos. Ello resulta importante, toda vez que para determinar la relevancia de la información se tomó en cuenta factores de naturaleza esencial como el aspecto sanitario y social. De este modo, pese a no mencionarlo de manera expresa, mediante un parámetro de razonabilidad, la Sala identificó cuál era aquella información que debía ser trasladada a los consumidores en el caso particular²².

Conforme lo hemos mencionamos de manera breve, no es sencillo poder identificar el contenido de información relevante para casos que evalúan intereses colectivos y/o difusos de los consumidores. En este procedimiento, la Sala realizó un ensayo de justificar por qué para el consumidor peruano sería importante conocer si un producto alimenticio posee un insumo transgénico, siendo esta una cuestión que - más allá de poder coincidir o no con su decisión final - resulta acertada en su razonamiento dada la trascendencia del bien jurídico que busca tutelarse (salud de los consumidores).

Para ello, valoró la importancia del deber de información y desarrolló que, en aquel periodo, no se tenía certeza sobre las consecuencias de la ingesta de este tipo de productos en la salud humana, siendo por ello relevante que un consumidor tenga previo conocimiento del riesgo en el que podría incurrir por la adquisición e ingesta de un bien como el descrito.

iv. Caso 4

En el procedimiento tramitado bajo Expediente 809-2014/CC2-INDECOPI, un consumidor denunció a una conocida tienda por departamento, en tanto habría efectuado una compra por su portal web y, posteriormente, los representantes de la tienda se comunicaron a indicarle que las compras no habían sido correctamente realizadas y no procederían. Específicamente, el consumidor denunciante había adquirido tres colchones (valorizados en S/ 1,499.00 cada uno aproximadamente) al precio de S/ 1.00.

Al respecto, a través de la Resolución 3816-2019/SPC-INDECOPI de fecha 2 de diciembre de 2015, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, señaló que en tanto el denunciante puso en conocimiento de la tienda por departamento su aceptación a las ofertas por los colchones y al emitir ésta las respectivas órdenes de compra, la referida tienda por departamento se encontraba en la obligación de

²² Debe tomarse en cuenta que, posteriormente, con la entrada en vigencia del Código se incluyó en su artículo 37 la exigencia legal de informar sobre la utilización de insumos transgénicos en el etiquetado de productos alimenticios. Para mayor información, puede revisarse la Resolución 2051-2019/SPC-INDECOPI del 31 de julio de 2019.

reconocer la oferta publicitada, dado que de lo contrario se estaría afectando las expectativas del denunciante como consumidor.

Específicamente señaló lo siguiente:

“(…) frente a un contrato de compraventa singular llevado a cabo a través de la web, es decir internet, por lo tanto se necesitaba que la propuesta ofertable del proveedor esté bien diseñada y estructurada en la plataforma virtual del propio proveedor las garantías pertinentes y según fluye de las pruebas presentadas en el presente caso, el señor Chinchay entró a la plataforma virtual de Ripley inició el proceso técnico de compra por internet, seleccionó el producto a adquirir (tres (3) colchones) ingresó su número de tarjeta, se emitió la confirmación por parte del proveedor, quien le otorgó un número de orden por cada compra (5038262, 5035972 y 5038277) con la frase “Gracias por su compra”, es decir, validó y confirmó la transacción otorgando el visto bueno final, emitiéndose las referidas ordenes donde se incluía la fecha correspondiente para que el denunciante se apersona a recoger el producto”.

De acuerdo a ello, la Sala señaló que no se puede admitir que se desconozca una operación que ha sido validada y confirmada por el propio proveedor en su propia plataforma web. Además, especificó que en el presente caso no existe ningún elemento probatorio que demuestre que la operación de compraventa por internet haya quedado pendiente de validación o que hubiera existido alguna advertencia u observación en el propio proceso técnico de la plataforma web.

Durante el procedimiento, la tienda por departamento alegó que un consumidor razonable no podría esperar que un colchón de las características ofertadas pueda venderse a un precio tan bajo, siendo que el denunciante pudo haber evidenciado en el mercado que los productos que pretendió adquirir cuentan con un valor aproximado de S/. 1,499.00. Ante ello, la Sala señaló:

“Esta Sala es de la opinión que contrariamente a lo señalado por Ripley, ya se le había generado al señor Chinchay una expectativa válida por los productos ofertados, por lo que el denunciante tenía el derecho a efectuar la compra pues consideró que era una oferta proporcionada por Ripley a través de su página web”.

En virtud a lo expuesto, resolvió declarar fundada la denuncia y, como medida correctiva, ordenó que se le entregue al denunciante los tres colchones adquiridos al mismo precio.

Comentario:

Si bien la decisión adoptada por la Sala en el presente caso resulta totalmente contraria a nuestra propuesta, consideramos pertinente traerla a colación, en tanto, consideramos que es un claro ejemplo sobre un análisis totalmente alejado a la realidad que no considera componentes esenciales para así lograr una decisión coherente.

En efecto, contrariamente a lo señalado en los casos anteriores, en el presente caso la Sala no entra a analizar ningún otro elemento que no sea ceñirse estrictamente

a la operación de compra venta realizada. Es claro que el presente caso tiene matices particulares, como por ejemplo, un contrato de compra venta debidamente perfeccionado.

Estimamos que es precisamente por ello que la Sala no quiso emitir un pronunciamiento que interfiera directamente con un contrato celebrado entre las partes. Sin embargo, consideramos que la Resolución citada representa un claro ejemplo sobre el análisis que no deben efectuar los Órganos Resolutivos. En efecto, se trata de un análisis que no incluye factores determinantes, como lo son, las características del mercado, el producto ofertado, la experiencia del consumidor, entre otros. Una decisión que haya podido realizar un análisis como el “Caso 2” expuesto, sugeriría que el operador jurídico hubiera podido arribar a una distinta conclusión, haciendo prevalecer el Principio de Buena Fe contemplado en el Código vigente.

VII. Conclusiones

La información guarda un papel trascendental en la dinámica de una relación de consumo, pues, es a través de este elemento que se generan las distintas garantías que podrá exigir un consumidor en el marco de una transacción económica. De acuerdo a ello, el deber de información viene a ser una obligación inalienable de los consumidores y cuyo contenido deberá guardar plena congruencia con los elementos que envuelven el contexto de la contraprestación.

Al respecto, en virtud a lo señalado en el presente artículo, la identificación del contenido de lo que debe informar un proveedor posee una mayor complejidad en aquellas situaciones en las que prevalece la aplicación de las denominadas garantías implícitas. Ello, toda vez que, en este tipo de casos no se tiene referencia sobre algún ofrecimiento expreso hacia el consumidor, siendo necesario establecer lo que debería primar como expectativa en las condiciones y cualidades de un producto y/o servicio.

En este contexto, consideramos óptimo resaltar la importancia de determinar un estándar de razonabilidad para el caso de garantías implícitas, el cual debe ser fijado a partir de la valoración de factores contextuales que permitan obtener una decisión de carácter objetivo y congruente con la realidad. De acuerdo a ello, a criterio de los autores, lo recomendable es tomar en cuenta una visión integral de los hechos y no solo estudiar el particular entorno que rodea al consumidor, esto es, analizando factores como el tipo de mercado, la característica del bien o servicio, o algún otro tipo de parámetro que coadyuve al operador jurídico a poseer predictibilidad y claridad en la resolución de casos.

¿Regla de subcapitalización o *earnings stripping rule*?: Análisis evolutivo y comparativo de las normas que limitan la deducción de gastos financieros y su enfoque en el Perú

Raúl Alfredo Campos Ramírez*

José Julio Hernández Morales**

Resumen. - En el 2018, se produjo una de las reformas tributarias más importantes en los últimos años y, como parte de tal reforma, se modificó el conocido régimen de subcapitalización del artículo 37.a de la Ley del Impuesto a la Renta. De esta manera, en el presente trabajo, buscamos desentrañar los fundamentos y antecedentes de esta norma antielusiva, así como sus características y falencias de acuerdo con el panorama jurídico y económico que atraviesa el país.

Abstract. - In 2018 one of the most important tax reforms in recent years took place. As part of this reform, the well-known thin capitalization regime stipulated in Article 37 of the Income Tax Law was modified. Therefore, in this paper, we aim to unravel the foundations and antecedents of this anti-avoidance rule, as well as its characteristics and shortcomings according to the legal and economic situation that the country is going through.

Palabras claves. - Deducción - gastos financieros - *earnings stripping rules* - OCDE - endeudamiento - EBITDA - grupos multinacionales - subcapitalización - préstamos - intereses - antielusivo - erosión - base imponible - patrimonio - BEPS - MNEs - *profit shifting* - ratio.

Keywords. - Deduction - financial expenses - *earnings stripping rules* - OECD - debt - EBITDA - multinational groups - thin capitalization - loans - interest - anti-avoidance - erosion - tax base - equity - BEPS - MNEs - *profit shifting, ratio*.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Senior Associate en el área de Tax Consulting de PricewaterhouseCoopers Perú (PWC). Se ha desempeñado como Jefe de Prácticas del curso de Derecho Tributario II en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

** Estudiante de derecho de décimo segundo ciclo de la Universidad de Piura (UDEP). Practicante Pre-Profesional en el área de Tax Consulting de PricewaterhouseCoopers Perú (PWC).

*** Agradecemos a Katarzyna Dunin-Borkowski y Ronald Vargas por su valioso aporte en la redacción del presente artículo.

I. Introducción

La Ley 27356, vigente a partir del 1 de enero de 2001 incorporó por primera vez la regla de subcapitalización al ordenamiento jurídico peruano. Esta regla estableció un límite a la deducción del gasto de intereses provenientes de operaciones entre empresas vinculadas: **solo podían deducir intereses por un monto de endeudamiento de hasta 3 veces el patrimonio neto de la empresa.**

El objetivo de la norma era claro. El Estado buscaba evitar que una empresa abuse de la deducción de gasto financiero a través de financiamientos otorgados por empresas del mismo grupo con el único propósito de reducir la base imponible.

Dicha norma permaneció, en esencia, invariable por casi dos décadas. Sin embargo, a raíz de los lineamientos emitidos por la OECD, puntualmente, la Acción 4 del Plan BEPS¹, el Gobierno modificó la regla de subcapitalización. Los cambios fueron introducidos por el Decreto Legislativo 1424 (D.L. 1424).

El referido decreto introdujo una modificación gradual del régimen. En primer lugar, estableció un régimen transitorio para los años 2019 y 2020. La principal – y relevante – modificación consistió en ampliar la aplicación de la norma a todos los préstamos, sin distinguir si fueron otorgados por empresas vinculadas o por terceros no vinculados. En segundo lugar, se estableció un régimen que, salvo cambio legislativo, entrará en vigencia el 1 de enero de 2021. Este último supone un gran cambio en el modo de calcular la limitación a la deducción de intereses: **solo se podrán deducir los intereses que no superen el 30% del EBITDA² del ejercicio anterior.**

Desde la publicación del D.L. 1424 la reforma normativa ha sido materia de críticas de todo tipo. Principalmente, los comentarios se orientan a criticar que el Gobierno peruano ha adoptado las recomendaciones de la OECD plasmadas en el Reporte Final de la Acción 4 de BEPS, sin tomar en consideración la realidad económica y jurídica de nuestro país.

Bajo este contexto, el objetivo principal de este trabajo es analizar los conceptos que están detrás de las recomendaciones de la OECD, así como de la modificación de la norma de subcapitalización peruana. Justamente, a partir de dicho marco conceptual se evaluará si tales modificaciones son pertinentes o no; y, si causan más perjuicios que beneficios.

Con este propósito, se partirá analizando – y diferenciando – los conceptos de subcapitalización y *earnings strippings*³, siendo este último el problema que busca combatir la Acción 4 del Plan BEPS. En segundo lugar, describiremos la evolución

1 OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*. París: OECD Publishing, 2017.

2 Se debe entender por EBITDA a la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

3 Desde nuestro punto de vista, la OCDE se refiere a este término como *base erosion and profit shifting* (BEPS).

histórica de los mecanismos que combaten ambos fenómenos, analizando el contexto y problemática que suscitó su evolución legislativa.

Una vez desarrollado el marco conceptual, evaluaremos la idoneidad de adoptar los lineamientos de la OECD en un contexto como el nuestro. Posteriormente a ello, explicaremos cómo, la falta de un análisis profundo, no solo de la Acción 4 del Plan BEPS, sino en general del funcionamiento y utilidad de los mecanismos para enfrentar la subcapitalización y el *profit shifting* generan diversas problemáticas que requieren ser corregidas. Finalmente, haremos énfasis en cómo la crisis suscitada por el Covid-19 dejan al descubierto las graves falencias de la nueva norma.

II. La subcapitalización y *Earnings Stripping*: desencuentros y mecanismos de combate

i. El problema de la subcapitalización

Como punto de partida, es importante tomar en cuenta que la subcapitalización proviene de las ciencias económicas y empresariales. Por lo mismo, este concepto ha sido analizado – en primera medida – por el derecho mercantil, antes que por el derecho tributario.

Según el profesor PAZ ARES la subcapitalización es “[c]ualquier desproporción conmensurable- o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital (...) y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social⁴”. Dicho de otro modo, una sociedad se encuentra subcapitalizada cuando sus socios no han realizado los aportes (fondos) necesarios para desarrollar su objeto social⁵.

Según la definición mercantil de este fenómeno, es posible distinguir dos tipos de subcapitalización: (a) material y (b) nominal. La primera hace referencia, justamente, al hecho que una empresa no cuente con los recursos suficientes para llevar a cabo su objeto social. La segunda, en cambio, se produce cuando las sociedades tienen un capital social insuficiente; sin embargo, estas necesidades son cubiertas por los socios a través de créditos y no mediante aportes de capital⁶. Y, por lo mismo, existe una preponderancia de la deuda (préstamo) frente al patrimonio (capital).

⁴ GUASCH MARTORELL, Rafael. “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”. En *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999, pp. 1489-1514.

⁵ SÁNCHEZ RUS, Heliodoro. *El capital social: presente y futuro (tesis doctoral)*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2011, p. 364.

⁶ GUASCH MARTORELL, Rafael. “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”. En *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 234, 1999, pp. 1489-1514.

Así pues, a pesar de ser un concepto propio de las ciencias económicas, la subcapitalización – nominal – tiene especial relevancia dentro del derecho tributario.

Esto se debe, principalmente, a la diferencia en el tratamiento tributario – y a las ventajas que se pueden obtenerse de él – de un aporte de capital y un préstamo. En efecto, en un préstamo, la retribución percibida por el préstamo es el pago de intereses. En cambio, en el caso de un aporte de capital, el accionista recibirá dividendos (o retiro de utilidades).

Como consecuencia de esta diferencia, la gran mayoría de jurisdicciones del mundo otorga diferentes efectos tributarios a cada uno⁷. Así, por regla general, el pago de intereses es un gasto deducible en la determinación del IR_s; por consiguiente, supone una reducción de la base imponible del tributo. En contraste, generalmente el pago de dividendos no solo no es deducible, sino que implica la previa declaración de la utilidad tributaria, que es gravada con el IR_o.

En ese sentido, cuando una empresa se encuentra subcapitalizada (i.e. tenga una desproporción entre el capital social y el nivel de financiamiento), en lugar de reconocer una utilidad – y posteriormente pagar dividendos – reducirá su base imponible a través del pago de intereses. Cuando este fenómeno se produce a gran escala, inevitablemente, la recaudación de un país se verá afectada. Precisamente, las primeras reglas de subcapitalización se originaron para combatir las estructuras excesivamente apalancadas, las cuales privaban a los gobiernos de los ingresos fiscales necesarios¹⁰.

De lo anterior, tenemos que, para el derecho tributario¹¹, la subcapitalización es “aquella situación en la que la prevalencia de los recursos ajenos [financiamiento

7 Precisamente, dado que el origen del problema ocasionado por la subcapitalización es la diferencia entre el tratamiento tributario de los intereses de dividendos, se han propuesto medidas que eliminen o difuminen esta diferencia. Específicamente, se han planteado mecanismos: (a) *Allowance for corporate equity* (“ACE”) en virtud del cual prevé que un porcentaje del rendimiento del capital (i.e., dividendos) sea deducible de las ganancias corporativas. Los países que han introducido medidas de este estilo son Italia, Brasil, Bélgica, entre otros; y, (b) *Comprehensive business income tax* (“CBIT”), en virtud del cual se deshabilita la posibilidad de deducir los pagos de gastos financiero, eliminando el trato fiscal preferente a favor de financiamiento vía préstamos. En estricto, ningún país ha introducido una medida de este estilo, aunque las *earnings stripping rules* comparten algunas características. Los autores DE MOOIJ, Ruud A. y DEVEREUX, Michael P. analizan en detalle estas propuestas en su trabajo, denominado “*Alternative Systems of Business Tax in Europe. An applied analysis of ACE and CBIT Reforms*”, Taxation Papers 17, Directorate General Taxation and Customs Union, Comisión Europea.

8 Precisamente, el artículo 37 (inciso a) de la Ley del IR establece que, “son deducibles los intereses deudas y los gastos originados por la constitución, renovación o cancelación de las mismas (...)”.

9 AGUILAR SALDIVAR, Lourdes. “El tratamiento tributario de la subcapitalización en la legislación peruana y en la legislación comparada”. En *Ius et Veritas*, núm. 23, 2001, p. 248.

10 Traducción propia de: “*Thin capitalization rules originated in those countries to combat excessively leveraged financing structures, which deprived governments of needed tax revenue*”.

WEBBER, Stuart. “Thin Capitalization and Interest Deduction Regulations”. Discussion Paper No. 8. Copenhague, Dinamarca: Copenhagen Group on International Taxation – CORIT, p. 9.

11 Según la autora, la subcapitalización es una situación en la que una empresa disfraza la entrega de fondos propios (instrumentos de capital) vía un endeudamiento (instrumentos de deuda) con

externo] sobre los fondos propios [financiamiento interno] en la financiación de una sociedad supone una pérdida recaudatoria para la Hacienda Pública¹²”.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario dejar en claro que, la subcapitalización (tributaria) resulta un problema para el fisco, principalmente, cuando la matriz (prestamista) y la subsidiaria (prestataria) están domiciliados en jurisdicciones distintas.

En este sentido, cuando ambas empresas están domiciliadas en el mismo país el efecto tributario se diluye. Así, mientras la subsidiaria deduce los intereses de su base imponible pagando un menor impuesto a la renta (“IR”), los intereses pagados, serán recibidos por la matriz, quien terminará incorporando los intereses en su base imponible y, por tanto, pagará IR por tales ingresos. En consecuencia, aquello dejado de gravar en la subsidiaria, terminará siendo gravado en la matriz¹³.

ii. El problema del *earnings stripping*

Dentro del ámbito tributario, aparece el problema de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (utilidades) o *earnings stripping*. Pues bien, se puede definir, de manera general, a este concepto como, la modalidad de planificación fiscal consistente en que una subsidiaria localizada en un país con una alta imposición efectúe pagos de excesivos montos de interés – deducible – a su matriz u a otra afiliada, domiciliada en un país con nula o baja imposición, con el objetivo de reducir la carga tributaria global de una MNE, erosionando la base imponible del impuesto a la renta de las sociedades pagadoras de los intereses que, de otro modo, verían su actividad económica gravada con un mayor impuesto¹⁴.

Así pues, la subcapitalización (en lo sucesivo, “SC”) y el *earnings stripping* (en adelante, “ES”) tienen en común que el efecto de ambos fenómenos es la erosión de la base imponible a través del excesivo pago de intereses. Sin embargo, como

la única finalidad de erosionar la base imponible mediante la deducción de intereses, a fin de determinar un menor impuesto a la renta por pagar.

DUNIN-BORKOWSKI, Katarzyna. *¿Debe mantenerse la norma de subcapitalización en la ley de impuesto a la renta peruana?* (Tesis para optar al grado de Magister). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2019, p. 39.

¹² CENCERRADO MILLÁN, Emilio. “La Subcapitalización”. En CORDÓN EZQUERRO, Teodoro (dir.), *Fiscalidad de los precios de transferencia (operaciones vinculadas)*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2010, pp. 637-691.

¹³ Sin perjuicio de ello, es cierto que la subsidiaria deducirá un interés pagado que, no hubiera existido si se hubiera financiado mediante aportes de capital, en lugar, de préstamos.

¹⁴ Adaptación del siguiente fragmento: “A multinational enterprise (“MNE”) may use cross-border earnings stripping as a tax planning strategy. This strategy involves a higher-tax affiliate making deductible payments to a low- or zero-tax affiliate to reduce the MNE’s global effective tax rate and, in the process, erode the corporate tax bases of countries where its economic activity otherwise would be more highly taxed”.

FLEMING JR., J. Clifton, PERONI, Robert y SHAY, Stephen. “Getting Serious About Cross-Border Earnings Stripping: Establishing an Analytical Framework”, En *North Carolina Law Review*, vol. 93, 2015, p. 673.

será desarrollado en las siguientes páginas el ES es un fenómeno que excede, por mucho, a la SC¹⁵.

Como punto de partida, debe quedar claro que, el ES es un fenómeno inherente a las empresas multinacionales (“MNEs” o “MNE” en caso individual).

De lo anterior, los autores reconocen que el referido problema se origina bajo dos premisas:

- a) El principio de soberanía de los estados: si bien la economía se ha globalizado homogeneizando productos y precios en todo el mundo–, debido al mencionado principio, los estados fijan autónomamente las tasas, deducciones, entre otros criterios, para la determinación de la base imponible de sus tributos internos. Por este motivo, las tasas de los impuestos varían de país en país¹⁶.
- b) Facilidad de las MNEs para trasladar sus actividades y activos: aprovechando su tamaño, estructura y presencia en distintas jurisdicciones, este tipo de empresas tienen “facilidad” para trasladar sus actividades de un país a otro. De igual manera, las MNEs puede trasladar sus activos (en especial los intangibles y financieros) de un país a otro. Por último, estas empresas pueden elegir libremente cómo financiar sus actividades; así pueden utilizar préstamos o aportes de capital a su elección.

Fluye de lo anterior que las MNEs aprovechan la mencionada facilidad para trasladar sus activos financieros para alocar sus ganancias a jurisdicciones con baja o nula imposición a través del otorgamiento de préstamos inter-compañía y, consiguientemente, una mayor deducción por pago de intereses.

De esta manera, se aprovecha la diferencia entre las tasas impositivas en los diferentes estados para obtener un mayor un ahorro fiscal. Puntualmente, el ahorro fiscal se traduce en una menor tasa impositiva efectiva del impuesto a la renta (o ganancias) que pagaría la MNE.

15 Los autores concuerdan que el *earnings stripping* puede presentarse sin estar conectado a una inversión corporativa, siendo que puede ejecutarse mediante el pago de regalías o el *fee* de servicios a una empresa que forma parte de la MNE. Sin perjuicio de ello, un Reporte del Departamento del Tesoro (Department of the Treasury) de Estados Unidos, precisó que el uso de los préstamos entre partes vinculadas es el método más utilizado. Textualmente los autores refieren que, “(...) *earnings stripping can take place without being connected with a corporate inversion, and earnings stripping can be accomplished by means of royalty and services fees payments in addition to interest payments. Nevertheless, the 2007 Treasury report on earnings stripping seemed to endorse the view that because (1) “the use of related-party debt arguably is the most readily available method of shifting income out of U.S. corporations,”*⁵⁴ (2) *the “data on ... [inverted corporations] strongly suggests that these corporations are shifting substantially all of their income out of the United States, primarily through interest”* .
Ibid., p. 691.

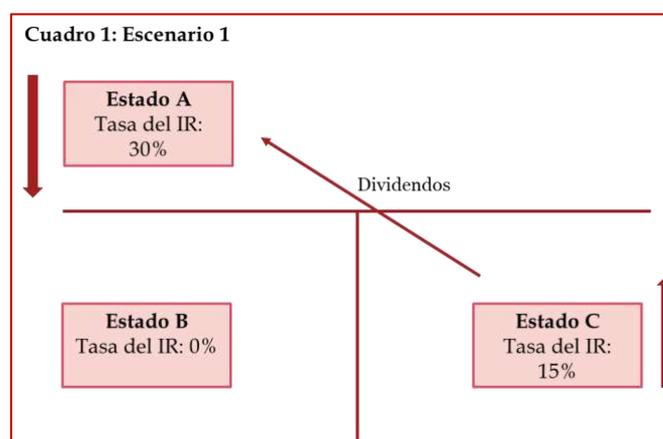
16 MASUI, Yoshihiro. “Interest Deduction, Corporate Groups and Tax Jurisdictions – A Hitchhiker’s Guide to an Aspect of the BEPS Project”. En *Asia-Pacific Tax Bulletin March/April 2014*, 2014, p. 103.

Para efectos de que lo expuesto en los párrafos anteriores pueda ser comprendido de mejor manera, a continuación, describiremos dos escenarios prácticos de cómo las MNEs utilizan la deducción de intereses para reducir el pago de sus obligaciones fiscales. Hemos tomado ambos ejemplos del trabajo del profesor MASUI¹⁷.

Escenario 1

En este ejemplo, tenemos: (a) el Estado A con una alta imposición (30%), (b) el Estado B con nula imposición (0%), y (c) es un estado con una baja imposición (15%).

En este escenario, tenemos que la MNE desarrolla sus actividades en el Estado C (baja imposición). Para financiar dichas operaciones, la compañía domiciliada en el Estado A obtiene un préstamo; y, a su vez, realiza un aporte de capital en la empresa domiciliada en el Estado C.



Fuente: MASUI (2014).

Los efectos tributarios son los siguientes:

- La compañía domiciliada en el Estado A tiene un gasto deducible (i.e. interés pagado). De esta manera, reducirá su base imponible la cual está gravada con una tasa del 30%.
- La compañía en el Estado A, eventualmente, recibirá dividendos provenientes del Estado C, los cuales si bien se incluirán en los ingresos (base), normalmente vienen con créditos de impuestos pagados en el extranjero, **por lo que el impuesto finalmente pagado se ve reducido**.
- Los ingresos de la compañía del Estado C están gravados con una tasa del 15%, que es mucho menor a la del Estado A.

Pues bien, supongamos que, en lugar de financiarse con capital, la compañía domiciliada en el Estado C opte por financiarse con un préstamo otorgado por la

¹⁷ *Ibid.*, pp. 104-105.

- c) La compañía del Estado B registra sus ingresos, pero no están gravados, debido a que es un país con nula imposición.
- d) La compañía del Estado C deduce los intereses erosionando la base el IR del Estado C.

En este escenario, las ganancias son reconocidas en un país distinto al lugar de operación de la MNE (i.e., en el Estado B, a través del pago de intereses). La Administración Tributaria de los Estados A y C se verán perjudicadas en dos formas: (a) gravarán un menor ingreso, y (b) se deducirán intereses en ambos estados.

En ambos casos se ejemplifica cómo las MNEs aprovechan: (a) su capacidad para trasladar sus activos (financieros) y actividades, así como para decidir cómo financiarse; y, (b) las distintas tasas impositivas de los estados; todo ello para erosionar la base imponible y, trasladar sus beneficios a países con menores tasas de impuestos. Precisamente, dicho riesgo puede originarse en, al menos, tres escenarios¹⁸:

- a) Las MNEs se financian con mayores niveles de préstamos de terceros en países con una tasa alta del IR.
- b) Las MNEs utilizan préstamos intragrupo para generar deducciones de intereses superiores al gasto por interés real del grupo.
- c) Las MNEs se financian con préstamos de terceros o intragrupo para generar ingresos exentos de impuestos.

iii. Técnicas legislativas para combatir la subcapitalización y el *earnings stripping*

En los dos apartados anteriores se ha distinguido que la SC y el ES son fenómenos diferentes. A pesar de ello, si bien, conceptualmente, la distinción es clara, como se desarrollará en el presente apartado, muchas veces esta diferencia no ha quedado plasmada en la legislación de los diferentes estados.

Precisamente, en este apartado se desarrollará la evolución de las técnicas legislativas que han adoptado los estados para combatir ambos fenómenos. Ello, a su vez, servirá para distinguir de mejor manera ambos conceptos.

En efecto, en una primera etapa, los estados combatían la SC sin contar con cláusulas específicas (esto es, a través del principio *arm's length*). Posteriormente, los estados incorporaron normas específicas para combatir dicho fenómeno (*thin*

¹⁸ Según la OECD, el riesgo de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) puede originarse en tres escenarios básicos: "(a) Groups placing higher levels of third party debt in high tax countries, (b) groups using intragroup loans to generate interest deductions in excess of group's actual third party interest expense; and, (c) groups using third party or intragroup financing to fund the generation of tax exempt income".

OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*. París: OECD Publishing, 2017, p. 13.

capitalization rules). Luego, los Estados ampliaron dichas cláusulas, incorporando elementos que, propiamente, no combaten la SC. Finalmente, y en especial con el apoyo de la OECD, los estados progresivamente han ido reemplazando las *thin capitalization rules* (en lo sucesivo, TCR) por normas del tipo *earnings stripping* (en adelante, ESR)¹⁹.

De lo anterior, es posible calificar todas estas herramientas legislativas de la siguiente manera²⁰. Por un lado, tenemos las herramientas que combaten la subcapitalización: (a) enfoque subjetivo o enfoque *arms' length* y, (b) *thin capitalization rules*²¹. Y, por otro lado, están las normas del tipo *earning stripping*.

Esta división no es semántica, sino que responde, justamente, al problema que busca combatir cada una de ellas. Por este motivo, las distintas herramientas tienen un alcance y una estructura diferente²².

a) Mecanismos para combatir la subcapitalización

Como señalamos en el primer apartado, la subcapitalización supone una desproporción entre el capital y la deuda de una compañía. Precisamente, las empresas (especialmente, las MNEs) prefieren financiar sus subsidiarias con préstamos en lugar de aportes de capital para obtener un ahorro fiscal, a través de la deducción de intereses.

En ese sentido, las TCR tienen como objetivo combatir la mencionada desproporción. Con este propósito, las TCR limitan, para efectos de calcular los ingresos gravables con el IR, el monto de los préstamos que originan el gasto deducible por el pago de intereses.

1. Enfoque subjetivo o “*arm's length*”

El primer mecanismo consiste en, esencialmente, la aplicación del principio *arm's length* como lo realizó el Reino Unido hasta el año 2017²³.

¹⁹ También conocidas como *interest limitation rules*.

²⁰ Esta calificación es similar a la realizada por las autoras DOURADO, Ana Paula y DE LA FERIA, Rita.

DOURADO, Ana Paula y DE LA FERIA, Rita. “Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB”. En LANG, M., et. al. (eds.), *Common Consolidated Corporate Tax Base*. Viena: Linde Verlag, 2008, p. 5.

²¹ También conocidas como *safe harbor rules*

²² Los autotres no hacen una diferencia tan tajante, pues consideran que las TCR (denominada por ellos como *safe harbor rule*) y las ESR son, propiamente, *thin capitalization rules*. Mientras que el enfoque *arms's length* sería un mecanismo distinto para combatir la subcapitalización.

RUF, Martin y SCHINDLER, Dirk. “Debt Shifting and Thin Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches”. En *Nordic Tax Journal*, núm. 1, 2015, p. 19.

²³ Reino Unido (“RU”), siendo el único país que continúa aplicando este método. Aun así, cabe recalcar que, el RU tiene una larga historia en la implementación de normas de SC. En efecto, este país modificó sus normas de SC tres veces entre 1994 y 2004. No obstante, sus normas de SC fueron denunciadas ante la Corte Europea de Justicia (“ECJ”), quien determinó que su aplicación generaba un trato desigual entre las sociedades controladas por grupos nacionales (*controlled local company*) y las sociedades controladas por grupos extranjeros (*controlled foreign*

En suma, este principio consiste en determinar si el préstamo de una empresa fue otorgado en las mismas condiciones en las que lo hubiera otorgado un prestamista independiente²⁴.

Con este fin, la autoridad fiscal de cada estado debe realizar una evaluación *ad hoc* para determinar si: (a) la tasa de interés pagada corresponde a la tasa de interés que hubiera tenido que pagar a un tercero independiente, (b) el préstamo hubiera sido obtenido de un tercero independiente, en los mismos términos; y, potencialmente si (c) la proporción entre deuda y capital de una compañía sería la misma, si los préstamos inter-compañía (i.e., entre partes vinculadas) hubieran estado restringidos. Si la operación (préstamo) no supera la evaluación, se impedirá la deducción de intereses que se originen de la misma.

De lo anterior, se puede apreciar que este enfoque tiene dos principales características: (a) su aplicación se restringe a préstamos entre partes vinculadas, pues, justamente, el baremo para su aplicación son los préstamos entre partes independientes; y, (b) la consecuencia de su aplicación es la limitación de la deducción de los intereses que se originen de dicha operación.

Precisamente, el fundamento para limitar la deducción es que, al no superar el test, se entiende que la operación realizada bajo la forma de un préstamo, en realidad camufla un aporte de capital. Por consiguiente, además de impedir la deducción de los intereses, la operación debería recibir el tratamiento jurídico de un aporte de capital (i.e., recategorización de la operación)²⁵.

2. Enfoque objetivo o *thin capitalization rule*

En definitiva, los mecanismos subjetivos para combatir son ineficientes e ineficaces para combatir la subcapitalización, dado que requieren de grandes recursos y de

company). A partir de ello, concluyó que las normas de SC de RU violaban la cláusula de libertad de establecimiento previsto – actualmente – en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A partir de ese precedente, el RU viene aplicando el enfoque subjetivo para combatir la SC.

²⁴ Al respecto, según esta autora, la aplicación de este enfoque consiste en evaluar en cada caso concreto verificando las operaciones efectuadas, a fin de determinar si el préstamo concedido corresponde a condiciones normales de mercado.

DUNIN-BORKOWSKI, Katarzyna. *¿Debe mantenerse la norma de subcapitalización en la ley de impuesto a la renta peruana?* (Tesis para optar al grado de Magíster). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2019, p. 40.

²⁵ La aplicación de este método tiene, al menos, dos ventajas: (a) su precisión, pues en la medida que el límite de intereses se calcula a partir de la deuda (préstamo) que la empresa está en capacidad de obtener (calculado a partir de un análisis independiente) y no a partir de un coeficiente o ratio abstracto, el monto es más exacto; y, (b) elimina el trato asimétrico entre empresas que formen parte de una MNE y aquellas que no.

OCDE (2012). *Thin Capitalization Legislation a Background paper for a country tax administration (Plot Version for Comments)*, p. 9. Consulta realizada el 26 de julio de 2020. Disponible en: http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf

una autoridad fiscal especializada para realizar las evaluaciones con precisión²⁶. Por este motivo, los estados introdujeron normas específicas para combatir la SC.

Bajo este enfoque, el monto máximo de los préstamos cuyos intereses pueden ser deducidos se determinan aplicando un ratio predeterminado en la norma. Este ratio se establece a través de una comparación entre el endeudamiento de una compañía y su patrimonio (o capital)²⁷. Por ejemplo, la norma puede permitir la deducción de los intereses provenientes de préstamos de hasta del triple del total de capital social de una sociedad (3/1). Los intereses que se originen de los préstamos que superen el ratio no serían deducibles²⁸.

El uso de las TCR del tipo objetivo es el mecanismo más extendido para combatir el fenómeno de la subcapitalización²⁹. Justamente, debido a la dispersión de estas cláusulas, su estructura, alcance y efectos no son uniformes en cada jurisdicción. Así, mientras que algunos países mantienen las características inherentes de una norma de SC, otros han ido incorporando elementos que son más propios de una norma del tipo de *earnings stripping*.

Justamente, consideramos que la estructura y efectos de la TCR varía dependiendo de las siguientes cuatro variables:

- a. Si el ratio de endeudamiento refleja el enfoque *arm's length*;
- b. Si el ámbito de aplicación objetivo se restringe a los financiamientos entre entidades vinculadas o se extiende a aquellos otorgados por terceros;
- c. Los efectos de la aplicación de la TCR; y,
- d. Si se aplica sólo a las inversiones extranjeras o alcanza a las inversiones nacionales.

Respecto a la primera variable, por naturaleza, una TCR debe replicar un ratio de endeudamiento que presuma cuándo una empresa está subcapitalizada (cuenta con una desproporción entre el endeudamiento y el patrimonio)³⁰. Sin embargo,

²⁶ Naturalmente, para que sea implementado con éxito se requiere grandes recursos, así como auditores con conocimientos especializados, capacitados para realizar una evaluación precisa. *Ídem*.

²⁷ Justamente, la definición de qué se entiende por capital o patrimonio es uno de los grandes problemas en el diseño de una TCR.

²⁸ OCDE (2012). *Thin Capitalization Legislation a Background paper for a country tax administration (Plot Version for Comments)*, p. 12. Consulta realizada el 26 de julio de 2020. Disponible en: http://www.oecd.org/ctp/tax-global/5.%20thin_capitalization_background.pdf

²⁹ Según las autoras, hasta el año 2008 todos los países miembros de la Unión Europea (EU) que contaban con normas de SC, aplicaban el enfoque objetivo (i.e., ratio de endeudamiento contra patrimonio), con la excepción del Reino Unido que aplicaba el enfoque subjetivo. DOURADO, Ana Paula y DE LA FERIA, Rita. "Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB". En LANG, M., et. al. (eds.), *Common Consolidated Corporate Tax Base*. Viena: Linde Verlag, 2008.

³⁰ Al respecto, el autor señala que, "(...) resultará esencial determinar los criterios para identificar una situación en que la inyección de recursos se debió efectuar a través de aportes de capital en lugar de un préstamo". Así pues, específicamente respecto a las TCR señala que, "(...) En este

ciertamente esta labor es bastante complicada para los gobiernos, pues el nivel de endeudamiento depende, en gran medida, de cada sector económico. En ese sentido, si bien idealmente, los estados deberían prever ratios diferentes dependiendo del sector, debido a su dificultad y falta de practicidad, generalmente los estados incorporan un único ratio de endeudamiento.

En línea con lo anterior, reconociendo la dificultad de establecer un único ratio preciso, una TCR debe permitir que las empresas justifiquen su nivel de endeudamiento; en otras palabras, se debe admitir la prueba en contrario.

Naturalmente, la defensa de las empresas debe centrarse en demostrar que, a pesar de que su nivel de endeudamiento supera el ratio preestablecido en la norma, dichos créditos tienen un fundamento comercial válido; y, que se otorgaron en una situación de libre concurrencia (i.e., probar que se cumple con el principio *arm's length*).

De no incluir esta posibilidad, se impondría una presunción sin prueba en contrario (*iure et de iure*), la misma que se aleja de los fundamentos de una norma de subcapitalización.

En cuanto a la segunda variable, por naturaleza, una cláusula de subcapitalización debe estar destinada a la evaluación de los préstamos inter-compañía (entre vinculadas), pues, justamente, es en ese ámbito donde ocurre la subcapitalización³¹. No obstante, en distintos países las TCR restringen, incluso, los préstamos otorgados por terceros. En definitiva, esta característica es propia de una ESR, pues como detallamos previamente, el riesgo de *earnings stripping* puede presentarse incluso cuando las MNEs se financian con terceros en países con una alta imposición³².

Precisamente, en esta misma línea, además de estar restringidas a los préstamos "inter-compañía" las TCR de algunos países solo eran aplicables a los préstamos otorgados por sujetos (personas naturales o jurídicas) que tuvieran una participación mínima en la entidad prestataria. Por ejemplo, la cláusula (vigente

método la ley define a priori el coeficiente aplicable para determinar si la relación capital vs. pasivo expresa un sobreendeudamiento".

CHIRINOS SOTA, Carlos. "Redescubriendo realidades y formas. La norma Anti Subcapitalización como cláusula Antielusiva Especial". En *Derecho & Sociedad*, núm. 31, pp. 295-304.

³¹ Es de notar que, las empresas, eventualmente, podrían utilizar a terceros como intermediarios para camuflar préstamos entre vinculadas. Precisamente, este es uno de los motivos que justifican la ampliación del ámbito de aplicación de las TCR. Sin embargo, esto no quiere decir que los préstamos entre terceros generen, por naturaleza, un riesgo de subcapitalización. Siendo ello así, si la TCR de un país está restringida a los préstamos "inter-compañía", por aplicación de la cláusula anti-elusiva general podría aplicarse, incluso, a este tipo de esquemas, donde el tercero actúa, únicamente como intermediario y, en realidad encubre un verdadero prestatario de la operación (el cual, si es una empresa vinculada).

³² Por ejemplo, hasta el 2018, la TCR peruana solo restringía la deducción de los préstamos otorgados por partes vinculadas; sin embargo, desde 2019 el alcance es a todos los financiamientos.

hasta 2008) de Alemania exigía que el inversionista tuviera una participación mínima del 25% en la sociedad para que la TCR fuera aplicable.

Ciertamente, esta es otra característica propia de las TCR, pues como se ha detallado previamente, la subcapitalización es, estricto, un problema entre accionistas (o matrices) y las subsidiarias o filiales.

Respecto a la tercera variable, las TCR pueden tener dos efectos: (a) recalificación de los préstamos que superen el ratio como aportes de capital; o, (b) simplemente limitar la deducción de estos intereses (i.e., considerarlos como gasto no deducible).

Ahora bien, por naturaleza, una TCR debería tener como efecto la recalificación del financiamiento como un aporte de capital y, con ello, gravar a los intereses como si se tratara de dividendos. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los países, incluyendo el Perú, únicamente, se restringe la deducción de los intereses³³.

Finalmente, en cuanto a la última variable, originalmente, la aplicación de las TCR estaba restringida a las inversiones extranjeras (*inbound*). Si bien es una característica que no es inherente a la subcapitalización (como fenómeno societario), su inclusión demuestra que, para efectos tributarios, dicho fenómeno es un problema para las operaciones entre empresas domiciliadas en más de una jurisdicción, pues es ahí donde, precisamente, existe un riesgo para la recaudación de un país, ocasionado por la erosión de la base imponible de la empresa local, a través del traslado de los ingresos hacia jurisdicciones con nula o baja imposición³⁴.

Conforme se puede apreciar, las TCR no son uniformes. En efecto, inicialmente las referidas cláusulas tenían las características inherentes de un mecanismo para combatir el fenómeno de la subcapitalización. Precisamente, esto se debe a que, los estados consideraban que, al combatir dicho fenómeno se combatiría eficazmente la erosión de la base imponible de las empresas locales y el traslado de sus beneficios (utilidades) a otras jurisdicciones.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo los estados fueron ampliando la aplicación de las TCR, incorporando características que no respondían propiamente a una norma de subcapitalización. Justamente, ello responde a que, el problema que estaban combatiendo (i.e., *earnings stripping*) era más amplio que la subcapitalización y, por ello requería de ajustes.

³³ Por ejemplo, en las TCR de Alemania (vigente hasta el 2008) y la de España (vigente hasta el 2012) la consecuencia de la aplicación de la TCR era la recategorización de los intereses como dividendos.

³⁴ No obstante, el precedente Lankhorst-Hohorst de la Corte Europea de Justicia concluyó que, la TCR alemana -restringida a inversiones extranjeras- contravenía el principio de libertad de establecimiento (de la misma forma que las normas británicas). A partir de este hito, los estados tomaron tres caminos: (a) ampliar el ámbito de aplicación de las TCR a inversiones nacionales (e.g. Alemania), (b) restringir su ámbito de aplicación, para excluir las inversiones de países miembros de la Unión Europea (e.g. España), (c) derogar la TCR y aplicar únicamente el enfoque subjetivo (e.g. Reino Unido).

b) Técnicas legislativas para combatir el *earnings stripping*

1. Aspectos generales

La evolución de las TCR demuestra que, el *earnings stripping* (i.e. traslado de beneficios) –propriadamente aquello que buscan combatir los estados – es un fenómeno más extenso que la subcapitalización. Por este motivo los países fueron ampliando progresivamente el ámbito de aplicación de las referidas cláusulas para incorporar nuevos supuestos (por ejemplo, los préstamos otorgados por terceros).

Sin embargo, las TCR mantenían el diseño del ratio de endeudamiento sobre el patrimonio. Justamente, diversos autores y organismos internacionales (i.e., OECD) denunciaron la ineficacia de esta estructura. En concreto, señalaban que las TCR permitían que las MNE's manipulen fácilmente el resultado del test; pues bastaba que se efectúen aportes de capital con el fin de evitar que las empresas superen el ratio. En ese sentido, a pesar que las empresas – formalmente – no estaban subcapitalizadas podían aprovechar los beneficios fiscales del *earnings stripping*.

Precisamente, por este motivo los países diseñaron técnicas alternativas para combatir el problema de la erosión de la base imponible y traslado de beneficios a jurisdicciones con baja o nula imposición, dejando a la subcapitalización como un problema secundario. El primer país en combatir el *earnings stripping* exclusivamente a través de una ECR fue Alemania, posteriormente, lo imitaron Italia y España.

Estas normas disponen que, una compañía podrá deducir como gasto los intereses hasta un límite determinado por un porcentaje de los ingresos de la empresa (usualmente, se toma como referencia el EBITDA tributario). De esta manera los estados se aseguran que, al menos, una proporción de las utilidades de dicha compañía se encontrará gravada en el país. La aplicación de este método consta de tres pasos³⁵:

- 1) Determinar apropiadamente el EBITDA de la empresa;
- 2) Aplicar (multiplicar) el porcentaje establecido en la norma al EBITDA para determinar el monto máximo de interés deducible; y
- 3) Finalmente, comparar el monto anterior con el interés neto (i.e. gastos por intereses menos ingresos por intereses) de la compañía. El monto que supere dicho límite no será deducible como gasto.

2. Las *earnings stripping rules* y la Acción 4 de BEPS

³⁵ OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*. París: OECD Publishing, 2017, p. 52.

Sin perjuicio de que algunos países europeos fueron reemplazando las TCR por ESR; en definitiva, la OECD ha jugado un papel determinante en la promoción de este tipo de cláusula. En definitiva, como se verá en el siguiente apartado, a partir de la recomendación de OECD, el uso de las ESR se ha extendido a otros continentes como Asia (e.g. Japón) y América (e.g. Perú).

El Reporte Final de la Acción 4 de BEPS, publicado en 2015, establece el marco legislativo para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de las ganancias (“BEPS o *earnings stripping*”). Precisamente, en la introducción del documento, se analiza cuál es la mejor técnica para combatir dicho fenómeno, incluyendo las TCR, el enfoque *arm’s length* y las ESR.

En este sentido, la OECD descarta la aplicación de las TCR, y se inclina por las ESR como el mejor método para combatir el problema del *earnings stripping*. Esto es entendible dado que, este tipo de normas combate directamente el problema de fondo, es decir, el abuso de la deducción de intereses con el fin de erosionar la base imponible.

Por otro lado, la Reporte Final de la Acción 4 de BEPS desarrolla el alcance y estructura de las ESR. En esa línea, partiendo las variables utilizadas para analizar las TCR, la OECD recomienda la aplicación de una ESR con las siguientes características:

- a. El límite de intereses deducibles es un porcentaje (entre el 10% o 30%) del EBITDA de los ingresos del ejercicio anterior.
- b. Coherentemente con el punto anterior, se recomienda una limitación general de los intereses, dejando de ser relevante su origen (i.e., si fue otorgado por una parte vinculada o por un tercero).
- c. De igual forma, la consecuencia de la aplicación de la ESR es la prohibición de los intereses que excedan el límite. De hecho, en ninguna parte del documento se considera que la consecuencia sea la recategorización a dividendos.
- d. En cuanto a su objeto, la OECD reconoce que el *earnings stripping* es un fenómeno propio de los grupos empresariales y, particularmente de las MNEs. Por lo mismo, recomienda que los estados apliquen la ESR como mínimo a las empresas que formen parte de un grupo multinacional³⁶.

En definitiva, se corrobora que las ESR recomendadas por la OECD reúnen las características que se fueron incorporando progresivamente los estados en las TCR y añade una nueva forma de calcular el límite máximo de intereses deducibles. Ciertamente, esto es una muestra que, los estados han dejado de combatir –

³⁶ Sin perjuicio de ello, la OECD prevé la posibilidad que los países amplíen el ámbito de aplicación de las ESR a las empresas que formen parte de un grupo nacional, e incluso a las empresas que no formen parte de ningún grupo.
Íbid., p. 39.

propriadamente – la subcapitalización y han ido enfocando sus esfuerzos para combatir el *earnings stripping* que, al ser un fenómeno más amplio, requiere de normas con un mayor alcance.

Ahora bien, reconociendo que la norma recomendada tiene un alcance sumamente amplio; la OECD también plantea una serie de medidas adicionales para excluir del ámbito de aplicación a aquellas empresas que no representan un riesgo real de *earnings stripping*.

- a. En primer lugar, recomienda incorporar un umbral mínimo de intereses netos cuya deducción se encuentre permitida, que excluya a las entidades que representen un riesgo mínimo de *profit shifting*.
- b. En segundo lugar, recomienda la incorporación del arrastre de: (a) los intereses que hubieran superado el límite establecido por el ratio; y, (b) arrastre de la capacidad de intereses no utilizada (i.e. sí en un periodo los intereses deducidos son menores al límite determinado por la ratio, la diferencia podrá utilizarse en los ejercicios siguientes).
- c. Asimismo, se recomienda establecer disposiciones específicas para el sector financiero.
- d. Por último, la OECD recomienda incorporar un ratio especial, subsidiario, para los grupos empresariales, mediante el cual se permita la deducción de intereses mayor al límite general.

Bajo este escenario, la Acción 4 del Plan BEPS realiza recomendaciones para atacar la elusión de grupos multinacionales, la cuales se esquematizan en:



iv. Mecanismos para combatir la subcapitalización y el *earnings stripping* en la legislación comparada

En el apartado anterior se ha descrito, conceptualmente, los principales mecanismos para combatir la subcapitalización. Asimismo, se pudo apreciar cómo los estados fueron ampliando las TCR, incorporando características que no eran propias de las cláusulas de este tipo. Este periodo intermedio derivó en el diseño nuevas cláusulas para combatir un fenómeno más amplio; esto es, el *earnings stripping*. Así pues, con el propósito de aterrizar los conceptos descritos previamente, en el presente apartado se describirán las TCR o ESR de cinco países.

a) La “Zinsschranke” alemana.

Alemania fue el primer país en reemplazar su TCR por una ESR, a partir de las modificaciones introducidas en el 2008³⁷.

En virtud de la “Zinsschranke” son deducibles los intereses netos (i.e., diferencia entre el interés pagado menos el interés percibido como ganancia) que no superen el 30% del EBITDA³⁸ del ejercicio anterior de una compañía. Su aplicación alcanza a los préstamos otorgados por empresas vinculadas y por terceros son vinculados³⁹. De igual forma, se aplica a las inversiones extranjeras y nacionales, con el propósito de cumplir con los precedentes de la Corte Europea de Justicia⁴⁰.

La norma alemana incorpora varias exclusiones con el objetivo de que las pequeñas y medianas empresas no se vean afectadas con la aplicación de la norma. Así pues, establece un umbral mínimo de intereses deducibles de 3 millones, el cual es deducible incluso si el endeudamiento total de la empresa supera el 30% del EBITDA. Asimismo, la norma no aplica si es que la sociedad no forma parte de

³⁷ Según los autores, la modificación se debió a dos motivos: (a) por un lado, aumentar el (bajo) coeficiente de patrimonio en el financiamiento de las compañías alemanas, y (b) por otro lado combatir la erosión de la base imponible de compañías alemanas a través del traslado de sus ingresos a países del extranjero (i.e. *earnings stripping*).

RUF, Martin y SCHINDLER, Dirk. “Debt Shifting and Thin Capitalization Rules - German Experience and Alternative Approaches”. En *Nordic Tax Journal*, núm. 1, 2015, p. 23.

³⁸ El EBITDA se calcula sobre los ingresos grabados (i.e. considerando la aplicación de pérdidas arrastrables) más los intereses netos y más la depreciación.

³⁹ Los autores agregan que, las autoridades fiscales alemanas habrían estado preocupadas respecto al uso del crédito otorgado por terceros no vinculados (crédito externo) como parte del esquema del *earnings stripping*. Por este motivo, se amplió el ámbito de aplicación, de tal manera que abarque los préstamos otorgados por entidades vinculadas y por terceros no vinculados.

RUF, Martin y SCHINDLER, Dirk. “Debt Shifting and Thin Capitalization Rules - German Experience and Alternative Approaches”. En *Nordic Tax Journal*, núm. 1, 2015, p. 23.

⁴⁰ El autor desarrolla el caso *Lankhorst-Hohorst* (C-324/00). La Corte Europea de Justicia determinó que las TCR Alemanas violaban la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 del *Treaty Establishing the European Community* (EC Treaty). El autor, citando a los profesores VON BROCHE, K. y GARCÍA PEREZ, E., señaló lo siguiente: “*In that case a Dutch firm lent €1.5 million to its German subsidiary, Lankhorst-Hohorst GmbH, in which it owned 100 percent of the shares. As part of the loan, the parent wrote a letter of support that waived the right to repayment in the event third-party creditors made claims against the German subsidiary. This loan enabled the subsidiary to reduce its bank borrowing and its interest expense. German tax authorities denied the interest deduction and deemed the interest payments to the Dutch owner a dividend distribution, reasoning that a third party would not have made a loan under the same conditions, given the firm’s high level of indebtedness and the parent’s agreement to waive repayment in favor of other creditors*”

WEBBER, Stuart. “Thin Capitalization and Interest Deduction Regulations”. Discussion Paper No. 8. Copenhagen, Dinamarca: Copenhagen Group on International Taxation - CORIT, p. 692.

un grupo empresarial. Por último, se prevé que las normas no serán aplicables si la sociedad alemana demuestra que su ratio de endeudamiento es igual o menor que el promedio del ratio de endeudamiento del grupo.

Conforme se puede apreciar, la norma alemana (anterior a las recomendaciones de la Acción 4 de BEPS) comparte la mayoría de las características recomendadas por la OECD.

b) El caso español

El año 2012, España introdujo grandes modificaciones a sus normas tributarias con la finalidad de reducir el déficit público y la corrección de los desequilibrios de su economía. Al respecto, nos parece importante citar a la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 12/2012 (RDL), norma que introdujo las mencionadas modificaciones:

Se considera una, “prioridad conseguir un incremento de los ingresos fiscales procedentes del Impuesto sobre Sociedades⁴¹, esfuerzo recaudatorio que se recaba, fundamentalmente, de las grandes empresas, poseedoras de la capacidad contributiva necesaria para coadyuvar al sostenimiento de las finanzas públicas, a través de la figura del mencionado tributo⁴²”.

Así pues, la modificación del 2012 derogó la TCR⁴³ e introdujo una ESR bastante similar a la norma alemana previamente detallada. Precisamente, la norma establece un límite de intereses deducible equivalente al 30% del beneficio operativo del ejercicio (concepto similar al EBITDA). En cuanto a su alcance, la ESR se aplica a préstamos provenientes de entidades vinculadas y no vinculadas.

En cuanto a sus limitaciones, también incorpora un umbral mínimo de deducción de 1 millón de euros. Asimismo – de manera similar a la norma alemana – incorpora: (a) un arrastre de los intereses netos no deducibles hasta por los 18 ejercicios siguientes; y (b) si los gastos financieros netos no alcanzan el límite de endeudamiento, la diferencia podrá consumirse (añadirse) en los cinco años inmediatos y sucesivos⁴⁴.

c) El caso mexicano

De acuerdo con el artículo 28 (parágrafo XXVII) de la Ley del Impuesto sobre la Renta Mexicana los intereses que excedan del tripe de su capital contable y, que

⁴¹ Impuesto equivalente al IR de tercera categoría.

⁴² SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, Luis y VIANA BARRAL, Víctor. “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: análisis normativo y comentario crítico”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33, 2012, p. 19.

⁴³ Que había quedado bastante mermado, pues debido a las modificaciones introducidas debido al precedente *Lankhorst-Hohorst*, excluyó de su aplicación a las deudas con entidades residentes de la Unión Europea.

⁴⁴ SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, Luis y VIANA BARRAL, Víctor. “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: análisis normativo y comentario crítico”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33, 2012, p. 23.

provengan de deudas contraídas con partes relacionadas residentes en el extranjero **no serán deducibles** (esto es, ratio de 3/1 entre el importe del endeudamiento y el capital contable).

Si bien no establece, en estricto, una prueba en contrario, la norma permite que las empresas puedan ampliar el límite de deducción "(...) en los casos en que los contribuyentes comprueben que la actividad que realizan requiere en sí misma de mayor apalancamiento". Para este efecto, se deberá obtener una autorización en los términos previstos en el Código Fiscal⁴⁵.

Conforme se puede apreciar, la norma mexicana es una TCR. Asimismo, mantiene la mayoría de las características propias de las cláusulas de este tipo. En efecto, su ámbito es restringido únicamente a los créditos obtenidos de partes relacionadas y, que estén localizados en el extranjero. Sin embargo, se aleja de las características de este tipo de normas, en tanto que el efecto de su aplicación es el impedimento de la deducción de los intereses, más no la recalificación de los intereses como dividendos, lo cual se condice con la naturaleza y fundamento de la TCR⁴⁶.

d) El caso chileno

De acuerdo con el artículo 41-F de la Ley sobre el Impuesto a la Renta de Chile los intereses⁴⁷ en beneficio directo o indirecto de otras empresas relacionadas en el exterior que superen el límite de endeudamiento equivalente a tres veces el patrimonio al final del ejercicio (i.e., ratio de 3/1 entre el importe del endeudamiento anual y el patrimonio) se gravarán con un impuesto único (I.U.) de tasa de 35%. Sin perjuicio de ello, el I.U. podrá ser deducido como gasto⁴⁸.

La norma no se aplicará cuando el deudor sea una entidad cuya actividad haya sido calificada como de carácter financiero por el Ministerio de Hacienda. Sin perjuicio de lo anterior, su endeudamiento con entidades relacionadas e independientes no podrá, durante el año comercial, ser superior al 120% del total de los créditos otorgados o de los bienes entregados en arrendamiento financiero (como parte de sus actividades); así pues, en caso de que no se corrija el exceso en el plazo de 90 días, se aplicará la norma de subcapitalización.

Conforme se puede apreciar, la norma chilena no es propiamente ni una ESR ni una TCR, en los términos descritos en el presente trabajo. En efecto, la consecuencia de su aplicación no es ni la recalificación de los intereses en

⁴⁵ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2013). *Ley del Impuesto Sobre la Renta*, artículo 28. Consulta realizada el 26 de julio de 2020. Disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR_091219.pdf

⁴⁶ CHIRINOS SOTA, Carlos. "Redescubriendo realidades y formas. La norma Anti Subcapitalización como cláusula Antielusiva Especial". En *Derecho & Sociedad*, núm. 31, pp. 295-304.

⁴⁷ El concepto de interés incluye a las comisiones, remuneraciones por servicios y gastos financieros y cualquier otro recargo convencional, incluyendo los que correspondan a reembolsos, recargos de gastos incurridos por el acreedor.

⁴⁸ Gobierno de la República de Chile (1974). *Ley sobre Impuesto a la Renta*. Consulta realizada el 27 de julio de 2020. Disponible en: <https://nuevo.leychile.cl/navegar?idNorma=6368>

dividendos, ni el impedimento de su deducción como gasto; sino, la aplicación de un impuesto adicional.

Sin perjuicio de ello, su estructura y alcance comparte la mayoría de las características de una TCR. Así pues, el límite de intereses se establece con base en un ratio de endeudamiento sobre patrimonio; y, su alcance se restringe a los intereses originados en préstamos otorgados por partes vinculadas que estén domiciliadas en el exterior.

Finalmente, es importante destacar que, la norma chilena incorpora las recomendaciones de la OECD respecto a la necesidad de establecer disposiciones específicas para las empresas del sector financiero, debido a las particularidades de esta actividad.

v. Diferencias entre la subcapitalización y el *earnings stripping*

En los apartados anteriores se analizó, en primer lugar, la diferencia entre los fenómenos de la subcapitalización y del *earnings stripping*. Posteriormente, se abarcó cuáles han sido las técnicas legislativas utilizadas por los estados para combatir ambos fenómenos. Precisamente, con ello, se pudo verificar que las características de estas técnicas responden al tipo de fenómeno que combaten.

En ese sentido, a modo de conclusión de la primera parte del trabajo, se destacarán las diferencias de cada uno de estos fenómenos y, mostrará cómo estas diferencias repercuten en el diseño de las normas.

La primera diferencia es conceptual. Mientras que la subcapitalización, como fenómeno societario, es la situación de desproporción (prevalencia) del endeudamiento sobre el patrimonio en el financiamiento de una compañía; el *earnings stripping* es, específicamente una modalidad de planificación fiscal propia de las MNEs, mediante la cual se erosiona la base fiscal de una compañía y se traslada los ingresos gravables a otras jurisdicciones.

Sin embargo, en el ámbito tributario, esta diferencia pierde claridad. Precisamente, los autores definen a la subcapitalización (tributaria) como la situación de desproporción (prevalencia) entre el endeudamiento sobre el patrimonio ocasionada por la decisión deliberada del accionista con el objetivo de erosionar la base imponible y, así obtener una ventaja tributaria.

Así, sin perjuicio de la definición tributaria de subcapitalización, el *earnings stripping* sigue siendo un fenómeno más amplio. El cual puede aparecer, incluso, cuando la compañía no se encuentre subcapitalizada. Véase, el aprovechamiento de esta práctica puede realizarse a través del otorgamiento de préstamos (en países

con alta imposición), e incluso, a través de aportes de capital (en países con baja imposición).

La segunda diferencia es de carácter subjetivo. Cabe recordar que, la subcapitalización es la desproporción entre el endeudamiento de una sociedad y su capital social, ocasionada por la decisión deliberada de los accionistas de financiar a la empresa mediante préstamos, en lugar de aportes de capital. Siendo ello así, los agentes relevantes en la subcapitalización son: (a) el accionista (el cual, regularmente es la sociedad matriz); y, (b) la empresa subcapitalizada (la cual, regularmente, es la subsidiaria o filial). Nótese que, la subcapitalización se puede presentar, aún cuando el accionista y la empresa estén establecidas en el mismo territorio. De igual forma, los terceros (esto es, sociedades ajenas al grupo empresarial) no tienen participación dentro de este fenómeno⁴⁹.

En cambio, *el earnings stripping*, es un fenómeno propio de las MNEs (grupos multinacionales); por lo que, en estricto, resulta necesario que el accionista y la empresa financiada estén establecidas en distintas jurisdicciones. De igual forma, los terceros, sí juegan un papel relevante en el *earnings stripping*. Conforme hemos detallado, las MNEs puede ejecutar esta práctica a través de financiamientos obtenidos de terceros en jurisdicciones con una alta imposición. En suma, los agentes relevantes en el *earnings stripping* son: (a) el accionista (parte de un grupo multinacional), (b) el prestatario (matriz u otra entidad parte de un grupo multinacional); (c) eventualmente, terceros prestatarios (por ejemplo, bancos).

Relacionado con el punto anterior, la tercera diferencia se verifica en el tipo de financiamiento relevante para cada fenómeno. Precisamente, en la medida que los terceros son completamente ajenos al fenómeno de la subcapitalización; por naturaleza, la TCR solo restringirá la deducción de los intereses originados en préstamos de partes vinculadas. En cambio, dado que el *earnings stripping* puede generarse con el financiamiento de terceros; las ESR establecen una limitación general a la deducción de gastos financieros (sin distinguir si se originan en préstamos de terceros o de partes vinculadas).

Estas diferencias en cada uno de los conceptos han quedado plasmadas, a su vez, en la estructura, alcance y efectos de las técnicas legislativas empleadas por los estados para combatir ambos fenómenos; conforme se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Característica	Thin capitalization rule	Earning stripping rule
----------------	--------------------------	------------------------

⁴⁹ Conforme fue detallado previamente, es posible que los accionistas encubran sus financiamientos, utilizando a un tercero como intermediario (estructuras *back to back*). No obstante, en esta situación, el tercero continúa siendo ajeno a la subcapitalización, puesto que actúa como un simple intermediario; siendo que el accionista continúa siendo el verdadero prestatario.

¿Regla de subcapitalización o *earnings stripping rule*?: Análisis evolutivo y comparativo de las normas que limitan la deducción de gastos financieros y su enfoque en el Perú

Estructura de la cláusula	Ratio de endeudamiento sobre patrimonio (<i>debt to equity</i>).	El límite de la deducción de intereses es un porcentaje de los ingresos, generalmente se toma como referencia el EBITDA.
Créditos relevantes	Otorgados por partes vinculadas. En algunas jurisdicciones, se establece el requisito de que el prestamista cuente con una participación mínima en el patrimonio de la prestataria.	Otorgados por partes vinculadas y por terceros.
Procedencia de las inversiones	Por naturaleza, no debería ser relevante el origen. No obstante, era usual que la aplicación de la TCR se restringiera a las inversiones (financiamientos) extranjeras ⁵⁰ .	Por naturaleza, debería restringirse a las inversiones (financiamientos) extranjeros (pues es el ES es un fenómeno inherente a las MNEs ⁵¹)
	Sin perjuicio de lo anterior, en la actualidad, no es usual que las TCR o ESR - especialmente de los países europeos - discriminen la procedencia de las inversiones debido a los precedentes de la Corte Europea de Justicia y el principio de libertad de establecimiento dentro de la Unión Europea.	
Efecto	Recategorización de los intereses como dividendos, gravándose con el impuesto correspondiente.	Limitación general a la deducción de intereses (gastos financieros).

Fuente: Elaboración propia

No obstante, si bien estas diferencias son, conceptualmente, claras, los diferentes estados no han plasmado con exactitud tales diferencias.

En efecto, conforme se ha podido apreciar, inicialmente, las TCR fueron diseñadas siguiendo las características que hemos detallado (e.g., la norma alemana y española en su versión original). Sin embargo, progresivamente, fueron incorporando elementos que, propiamente, no responden a su naturaleza.

Por ejemplo, la TCR mexicana vigente no sanciona con la recalificación de los intereses a dividendos, sino con su no deducibilidad. De igual, en otros países se amplió el ámbito de aplicación a préstamos otorgados por partes vinculadas y no vinculadas.

Desde nuestro punto de vista, la evolución responde a que los Estados fueron progresivamente girando su objeto de preocupación, que originalmente, era la subcapitalización a un fenómeno más amplio, como el *earnings stripping*.

⁵⁰ Esto es una muestra que, para efectos tributarios, la subcapitalización solo genera un perjuicio del fisco cuando intervienen empresas de distintas jurisdicciones.

⁵¹ Quienes aprovechan: (i) la facilidad para trasladar sus actividades y activos financieros y, (ii) la diferencia de las tasas del IR de los distintos países.

El paso final de esta evolución es el reemplazo de las TCR por la ESR, que resultarían ser más eficaces para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones.

III. Técnicas legislativas para combatir la subcapitalización en el Perú

El Perú cuenta con un norma de subcapitalización desde hace casi dos décadas; la misma que había permanecido, prácticamente, invariable hasta el 2018, año en el que el gobierno modificó sustancialmente la referida norma. Precisamente, en el presente apartado se analizará la evolución de la norma de subcapitalización peruana, tomando como referencia, el marco teórico expuesto en la primera parte del presente trabajo.

i. Historia de las normas de subcapitalización en el Perú

a) Primera norma de subcapitalización

La primera norma de subcapitalización data del año 2001. Específicamente, mediante el artículo 6 de la Ley N° 27356, vigente a partir del 01 de enero de 2001, se incorporó por primera vez una norma de subcapitalización al inciso a) del artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta (IR), la cual establecía que:

“Serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos de contribuyentes **con sujetos o empresas vinculadas** cuando dicho endeudamiento **no exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine mediante decreto supremo sobre el patrimonio del contribuyente**; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles” (el énfasis es nuestro).

Pues bien, el inciso a) del artículo 21 del Reglamento de la Ley del IR estableció que el límite de deducción de intereses se hallará aplicando un coeficiente de tres (03) sobre el patrimonio neto de una compañía al cierre del ejercicio anterior (ratio de 3/1). De esta manera, los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento no son deducibles a efectos de la determinación del IR.

En sus 18 años de vigencia, la única modificación que sufrió la referida norma fue introducida mediante el artículo el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 945 al reemplazar la referencia de “sujetos o empresas vinculadas” por “partes vinculadas”. Como se podrá apreciar, se trata de una modificación terminológica, que no altera la estructura de la norma.

Bajo el marco teórico expuesto en este trabajo, la norma de subcapitalización peruana se trata, en efecto, de una norma de subcapitalización del tipo “objetivo”, más precisamente una TCR. Justamente, consideramos que se trata de una norma de subcapitalización porque el ratio de endeudamiento se calcula tomando como referencia una comparación entre el endeudamiento y el patrimonio de una sociedad.

Esto último se condice con el alcance de la norma peruana, la cuál era aplicable únicamente a los endeudamientos de contribuyentes con empresas vinculadas, lo que es propio de una verdadera TCR. Por el contrario, los efectos de la aplicación de la norma sí se alejan de las características propias de una TCR. Así pues, el efecto previsto fue el impedimento de la deducción como gasto de los intereses que excedieran el límite, más no su recalificación como dividendos.

De igual forma, es de notar que, la norma tampoco preveía la posibilidad de que el contribuyente pruebe que, a pesar de superar el límite, en realidad no se encuentra subcapitalizada (esto es, probar que el endeudamiento cumple con el principio de plena competencia o *arm's length*).

Por otro lado, conforme se puede apreciar, la estructura de la norma sigue la estructura de las TCR que introdujeron, inicialmente, los países europeos, y, es bastante similar a la norma mexicana (aunque sin las excepciones y disposiciones específicas).

Esta semejanza es lógica, teniendo en consideración los siguientes puntos: (a) las primeras TCR empezaron a introducirse desde finales de los años noventa hasta mediados de la primera década del presente siglo; y, (b) hasta el 2008, **todos** los países, a excepción del Reino Unido, utilizaban TCR para combatir la subcapitalización. Siendo ello así, es lógico que la norma comparta la estructura de las normas europeas.

Por último, otro aspecto que aleja la norma peruana de la de los países europeos es que su aplicación no está dirigida exclusivamente a los grupos empresariales. Como señala, Katarzyna DUNIN, en el Perú no existe una regla de consolidación grupal de resultados financieros⁵². Por tanto, no sería eficiente estructurar la cláusula de esta manera; por este motivo, la norma simplemente hace referencia a “partes vinculadas”.

b) Nueva norma: ¿Dejaremos de tener una norma de subcapitalización en 2021?

Con la publicación de Decreto Legislativo 1424, se introdujeron dos regímenes: (a) uno transitorio aplicable en los años 2019 y 2020 y, (b) uno definitivo, que aplicará, salvo cambio legislativo, desde el 1 de enero de 2021.

El régimen transitorio extendió la aplicación del límite para la deducción de intereses, tanto para partes vinculadas como independientes, que decidan realizar operaciones de financiamiento a partir del 01 de enero de 2019.

Así pues, con la reciente modificatoria a la regla de subcapitalización, se establece que sólo serán deducibles los intereses provenientes de endeudamientos, cuando

⁵² DUNIN-BORKOWSKI, Katarzyna. *¿Debe mantenerse la norma de subcapitalización en la ley de impuesto a la renta peruana?* (Tesis para optar al grado de Magister). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), 2019, p. 40.

dichos endeudamientos no excedan del resultado de aplicar el coeficiente 3 sobre el patrimonio neto del contribuyente al cierre del ejercicio anterior; los intereses que se obtengan por el exceso de endeudamiento que resulte de la aplicación del coeficiente no serán deducibles.

La nueva regulación excluye de la aplicación del límite a los contribuyentes que pertenezcan a empresas del sistema financiero y de seguros; contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio sean iguales o menores a 2,500 UIT; contribuyentes cuyo endeudamiento se destinen para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica, bajo la modalidad de Proyectos en Activos; y contribuyentes cuyo endeudamiento provenga de la emisión de valores mobiliarios nominativos representativos de deuda que cumplan con las condiciones que establece el Decreto Legislativo en mención.

Respecto a este régimen, debemos mencionar que, en estricto continúa siendo una norma de subcapitalización, en la medida que el ratio de endeudamiento se calcula tomando como referencia el patrimonio de una sociedad.

Ciertamente, al haber tomado como referencia las recomendaciones de la OECD, la modificación ha introducido elementos que son más propios de una ESR⁵³. Precisamente el gran cambio de la norma radica en la ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la TCR a endeudamientos de cualquier tipo (sin distinguir si fueron otorgados por partes vinculadas o por terceros). Justamente, los países europeos ampliaron sus TCR, esencialmente, por dos motivos: (a) las MNEs erosionan la base imponible de sus filiales, incluso, a través del endeudamiento proveniente de terceros (por ejemplo, al endeudarse obteniendo préstamos en países con una alta imposición); y, (b) las MNEs utilizaban operaciones del tipo *back to back*, en las que utilizaban como intermediario a una sociedad no vinculada y, con ello burlaban las normas de subcapitalización. Es de notar que, el primer motivo es completamente ajeno a la subcapitalización.

Al respecto, nos preguntamos si el Estado peruano ha detectado prácticas de este tipo – que conlleven un real perjuicio para el país – o se dejó llevar por consideraciones ajenas (Acción 4 de BEPS).

A partir de 2021, el régimen cambiará drásticamente, tanto así, que, en estricto, el Perú dejará de tener una norma de subcapitalización y se unirá al resto de países que las han reemplazado por las *earnings stripping rules*.

La norma aplicable desde el 1 de enero de 2021 incorpora como regla general el límite para la deducción de gastos por intereses con una ratio fija equivalente al 30% del EBITDA⁵⁴ del ejercicio anterior, es decir, los intereses netos que excedan

⁵³ Esto es lógico, dado que la Acción 4 de BEPS establece el marco recomendado para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de ganancias, más no contra la subcapitalización.

⁵⁴ Se debe entender por EBITDA a la renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización.

el 30% del EBITDA del ejercicio anterior serán sancionados a efectos del cálculo del IR⁵⁵.

Siguiendo la línea de este trabajo, consideramos que la nueva normativa (que entrará en vigencia en 2021) introduce una ESR, pues no combate la subcapitalización (desproporción entre el patrimonio y el endeudamiento (externo) de una sociedad); si no, de manera general, el *earnings stripping* (erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones); justamente, a través de una limitación general a la deducción de intereses (sin importa si hay o no subcapitalización)⁵⁶.

Al respecto, cabe mencionar que, los países que han adoptado este tipo de norma justifican su adopción por dos motivos: (a) porque quieren combatir de manera efectiva el fenómeno del *earnings stripping* o BEPS, y/o (b) porque se ha demostrado que el ratio de endeudamiento *debt/equity* es ineficiente.

Sobre lo primero, cabe mencionar que, como señalamos previamente, el *earnings stripping* es inherente a las compañías multinacionales (MNEs). Al respecto, planteamos unas preguntas que, exceden por mucho el alcance del presente trabajo, pero pueden ser materia de un estudio posterior: ¿Cuántas compañías de este tipo hay en el Perú? ¿Justifica este número adoptar una normativa orientada exclusivamente hacia ellas? ¿La legislación tributaria peruana es atractiva para las MNEs a fin de realizar prácticas de este estilo?, ¿El *earnings stripping* es realmente un problema para el Perú?

En resumen, tanto la primera norma de subcapitalización, incorporada en 2001 y la nueva norma de “subcapitalización” vigente desde el año pasado, han sido el resultado de acoger las tendencias del momento. La primera, sería el resultado de seguir la tendencia de los países europeos de adoptar normas de subcapitalización basadas en un ratio de endeudamiento del tipo *debt/equity*. La segunda, adopta la tendencia de los países europeos, que finalmente ha sido recogida por la OECD en la Acción 4 del Plan de BEPS de abandonar las viejas TCR y optar por una del tipo *earnings stripping*.

Ciertamente, seguir las tendencias mundiales no tiene nada de malo, sin embargo, ello debe ir acompañado de un profundo análisis de la realidad de los países y de cuál es su problemática real. Por eso, consideramos que la nueva normativa tiene problemas estructurales y funcionales que analizaremos las siguientes páginas de este trabajo.

⁵⁵ El Decreto Supremo 338-2018-EF modificó el Reglamento de la Ley del IR e introdujo, entre otras disposiciones el procedimiento para determinar el Interés Deducible Máximo (IDM) a partir de una operación aritmética entre el Monto Máximo de Endeudamiento (MME), el Monto Total de Endeudamiento y el Monto de Interés (MI) que cumpla con el principio de causalidad. Dicha reglamentación entró en vigencia el 01 de enero de 2019.

⁵⁶ A pesar de esto, la Exposición de Motivos fundamenta la adopción de la nueva norma porque ayudará a combatir con la subcapitalización.

ii. Problemas estructurales de la nueva norma

En este punto analizaremos los problemas estructurales de la regla de limitación de intereses establecida por el D.L. 1424 y el Decreto Supremo 338-2018-EF. Para ello, tendremos en consideración las Acción 4 del Plan BEPS y las características propias nuestro ordenamiento jurídico tributario.

a) Finalidad Antielusiva

La principal finalidad para implementar una regla que limita la deducibilidad de gastos financieros es combatir la elusión tributaria. Así, como se explicó en los apartados anteriores, la forma elusiva en este caso se configura erosionando la base tributaria de países de alta imposición a través de deducción de intereses y transfiriendo el rendimiento a través de intereses hacia un país de menor imposición.

Siendo este el principal objetivo de dicha norma y considerando que existe una norma predecesora en nuestro ordenamiento, resulta coherente que el legislador tributario haya identificado dos cosas: (i) que en el Perú es frecuente la utilización de este mecanismo para erosionar la base tributaria y (ii) que la actual norma de limitación de intereses fracasó en su fin antielusivo y los motivos de tal fracaso⁵⁷.

Un primer indicio de la exigua investigación que se ha hecho para implementar esta medida se observa cuando la Exposición de Motivos del D.L. 1424 señala que “[e]n efecto, a fin de aprovechar las ventajas tributarias y sin tener en cuenta razones empresariales, los contribuyentes **pueden optar** por realizar aportes de capital encubiertos mediante la asignación de recursos a una empresa bajo la modalidad de un préstamo”.

Del texto citado, se desprende que el legislador no asegura que los contribuyentes del fisco peruano utilizan un esquema elusivo basado en la deducción de intereses, sino que simplemente existe la posibilidad abstracta de que lo hagan. Y remarcamos “posibilidad abstracta” porque tampoco se sustenta que los contribuyentes peruanos están en las condiciones para poder realizar estos esquemas (cuyo *benchmark* está pensado en las MNEs).

Por otro lado, la Exposición de Motivos señala que:

“A pesar de la incorporación de dicho límite en la LIR, en los últimos años los gastos financieros de los contribuyentes se han incrementado significativamente. En efecto, se ha observado que en el 2017 estos gastos aumentaron en un 32,1% respecto del 2012, porcentaje elevado en comparación al incremento al incremento del número de contribuyentes en dicho periodo el cual ascendió a 8.6%. Asimismo, en el 2014 como

⁵⁷ Este punto es sumamente importante porque la Acción 4 de BEPS propone (a su entender) el mejor mecanismo para evitar la erosión de la base tributaria a través de la deducción de intereses, pero reconoce que existen otras fórmulas que podrían funcionar de acuerdo con las características propias de cada país.

consecuencia de la reducción de la base imponible por la deducción de gastos financieros disminuyó el IR determinado”.

Al respecto, debemos señalar que no se demuestra que el aumento de los gastos financieros corresponde al uso de mecanismos elusivos, ello sobre todo considerando que el aumento de gastos por intereses puede estar relacionado a otros factores de mercado o de inversión, ajenos a fines elusivos.

Asimismo, no se sustenta que los gastos financieros están relacionados préstamos provenientes de países de baja o nula imposición, para que de manera conjunta se refleje en una mayor “eficiencia tributaria” en favor de la compañía multinacional que realiza este tipo de mecanismos. Por otro lado, se debe de considerar que los préstamos pueden venir de contribuyentes localizados en el país (operaciones dentro de una misma jurisdicción) cuyo rendimiento por intereses estará gravado por la misma tasa del impuesto a la renta le correspondería a la empresa cuya base impositiva fuera presuntamente erosionada.

Cabe resaltar que, una reducción del pago del impuesto a la renta por la deducción de gastos financieros no demuestra *per se* que se estén utilizando mecanismos elusivos. En ese sentido, no entendemos por qué se ha hecho esa precisión, a menos que esta parte de la Exposición de Motivos revele que la verdadera intención de la norma tiene cariz recaudatorio más que anti-elusivo.

Por otro lado, debemos resaltar que otro de los argumento en los que se basa la Exposición de Motivos para sustentar la reforma a la regla del límite de deducción de intereses es la evidencia internacional que demostraría que los contribuyentes pueden adoptar esquemas complejos bajo los cuales no es posible verificar si se están realizando operaciones entre partes vinculadas tales como aquellos en los que se utiliza un tercero como intermediario, lo que se denomina *back to back*.

Sobre este punto, no solo llama la atención que la Ley del Impuesto a la Renta ya prevé un tratamiento específico a este tipo de operaciones “castigando” con una tasa de retención del 30% en el inciso j) del artículo 56⁵⁸ del mencionado cuerpo normativo, sino que, adicionalmente y de manera reiterativa, se omite demostrar que los contribuyentes del fisco peruano efectivamente realizan esta operación como mecanismo elusivo (o incluso si están en las condiciones económicas para poder realizarlas).

Cabe señalar que en tal referencia se ampara la Acción 4 del Plan BEPS para sugerir que los límites a la deducción de intereses deben ser aplicados también a partes independientes, debido a que estas al ser MNEs estarían estructuradas bajo figuras societarias complejas, hecho que tampoco ha sido sustentado en la Exposición de Motivos y que, claramente, podría diferir mucho de la realidad nacional.

⁵⁸ Esta norma señala que se entiende que existe una operación de crédito en donde la intervención del acreedor ha tenido como propósito encubrir una operación entre empresas vinculadas, cuando el deudor domiciliado en el país no pueda demostrar que la estructura o relación jurídica, adoptada con su acreedor coincide con el hecho económico que las partes pretenden realizar.

De todo lo expuesto, consideramos que el aumento de gastos financieros y la subsecuente disminución en la determinación del IR no resultan por sí solos argumentos válidos para establecer una nueva regla a la limitación a la deducción de intereses, pues dichos fenómenos no sustentan que se estén utilizando dichas operaciones como mecanismos elusivos.

Por otro lado, la Exposición de Motivos señala que “Existen indicios de que estas formas de endeudamiento se vienen realizando en nuestro país, ya que empresas sin patrimonio o con bajas utilidades reciben préstamos desproporcionados”.

En este punto, debemos reiterar que, como se señaló en apartados anteriores, si bien el fenómeno de la subcapitalización está relacionado con la erosión de la base impositiva a través de la deducción indebida de interés, dicho fenómeno por sí solo no suponen actos elusivos entre los contribuyentes.

Ahora, si bien el texto es claro al señalar que este hecho se trata de un indicio, consideramos que tal indicio no sería suficiente para sustentar un cambio de régimen más riguroso que implique la inclusión de operaciones de financiamiento entre partes vinculadas y el uso del EBIDTA para establecer el límite de interés deducible.

Finalmente, consideramos que una de las deficiencias más notorias de esta norma se encuentra en que no explica las falencias de la anterior regulación en combatir la elusión tributaria y, en ese sentido, tampoco sustenta cuáles serían las ventajas con la nueva regulación (ni la actual ni la aplicable a partir del 2021).

b) Punto de referencia y contexto OECD

Como se señaló en el apartado anterior, la Exposición de Motivos usa como fuente al Reporte Final de la Acción 4 publicado en el 2015. A su vez, dicho reporte contextualiza su propuesta en las operaciones realizadas por empresas que califican como grupos multinacionales (MNEs) y países miembros de la OECD y del G20.

En relación con los MNEs podemos señalar que, como se explicó de manera previa, se tratan de empresas que por su capacidad productora y la economía globalizada se encuentran operando en más de un país. Hecho que, considerando las variaciones impositivas de cada país, le permite generar eficiencias tributarias indebidas.

Sobre la base de este grupo de empresas, la Acción 4 reconoce que la indebida deducción de intereses resulta ser una práctica frecuente en grupos económicos multinacionales que por su naturaleza se rigen como si fueran un solo ente, esto es, que aun cuando jurídicamente puedan representarse como diferentes personas jurídicas en cada jurisdicción, toman sus decisiones como si fueran uno solo (justamente por pertenecer a un solo grupo comercial).

Estos grupos pueden realizar operaciones de financiamiento transfronterizo que, alocando de manera oportuna los ingresos y gastos por intereses en sus transacciones de financiamiento, “construyen” operaciones que sobrepasan el límite de la economía de opción.

En este sentido, los principales riesgos que se identifican en la Acción 4 se relacionan a grupos multinacionales que podrían: (i) trasladar sus gastos por intereses a países de alta imposición, (ii) generar gastos de intereses en exceso en el grupo en comparación con los intereses que paga el grupo a terceros no vinculados y (iii) utilizar financiamiento para generar ingresos no gravados.

Ahora bien, siendo este el marco de referencia o *benchmark* de la Acción 4 del plan BEPS, nos queda preguntarnos si la norma introducida por el D.L. 1424 está dirigido para el mismo grupo contribuyentes en el Perú.

Ante tal interrogante un primer indicio de respuesta la encontramos cuando la Exposición de Motivos indica que “(...) en el 2016 las empresas con ingresos superiores a 2500 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) que son principales contribuyentes (PRICOS) tuvieron una elevada concentración de gastos financieros equivalente al 98% del total de gastos declarados”.

Desde nuestro punto de vista, no cabe duda de que las empresas multinacionales a que hace referencia la Acción 4 son compañías que tienen un alto porcentaje de ingresos, sin embargo, como se explicó líneas arriba, tanto el nivel de ingresos como la concentración de gastos financieros no son características que determinen su calificación como MNEs (al menos en los términos de la OECD) que utilizan mecanismos de financiamiento para erosionar la base impositiva.

Como se puede observar, el legislador tributario no ha tomado en consideración que el grupo de referencia en la que se basa la Acción 4 no necesariamente tiene un comparable en nuestro escenario económico o, de tenerlo, tampoco queda demostrado que realicen estos mecanismos elusivos.

Por otro lado, no queda claro que el D.L. 1424 haya tomado en cuenta el contexto en el cual se enmarca las soluciones propuestas por la Acción 4; entendiendo como tal, al grupo de países que dirige las directrices planteadas y al grupo de países al que van dirigido.

Al respecto, resulta interesante los comentarios que realizó Rob Heferen, Subsecretario del Revenue Group of the Australian Treasury citado por Craig Elliffe, sobre la conveniencia de adoptar el EBITDA como ratio para el límite de deducción de intereses:

“La mayoría de los miembros de la OECD son europeos. El secretario tiene una inclinación fuertemente europea. Así, ellos ven a través de una perspectiva alemana y francesa, porque los ingleses van, pero no les interesa de todas formas, y los norteamericanos no participan. En nuestra situación con altos niveles de imposición corporativa a nivel internacional,

necesidades altas de inversión en infraestructura, ricos en recursos, y bastante dependientes de capitales extranjeros para potenciar activos potencialmente productivos en activos productivos, tengo la sensación de que estamos en una situación donde necesitamos estar seguros que nuestro criterio de *arm's-length's* se mantenga y sea aceptado por la OECD⁵⁹.

No cabe duda que, estos comentarios se pueden replicar a nuestro caso, en tanto que el D.L. 1424 toma como referencia la Acción 4 del plan BEPS sin que en la Exposición de Motivos se haga referencia a una evaluación previa de las especiales condiciones de nuestro entorno económico y nuestro ordenamiento jurídico tributario.

Asimismo, llama la atención lo expresado por Suárez de Centi y Viana cuando en sus comentarios al Real Decreto-ley 12/2012 que introduce la regla del EBITDA como ratio para el límite de deducción de intereses en España, señalan que

“Como punto de partida, creemos que una norma dirigida a limitar la deducibilidad de los gastos financieros de las empresas puede suponer un claro freno a la importación de capitales por nuestro país, al reducir la rentabilidad de las inversiones realizadas a través de una sociedad o un establecimiento permanente situados en España en unas **circunstancias económicas muy adversas y una situación de difícil acceso al crédito**⁶⁰”.

Al respecto, consideramos que este comentario también resultaría aplicable a nuestro caso pues el Perú califica como país importador de capitales desde su apertura económica en la década de los 90's. Así, creemos que el legislador no ha tomado en consideración que esta nueva regla de limitación intereses tendrá como consecuencia no solo desalentar los comportamientos elusivos (cuya existencia no ha sido corroborada en el fisco peruano) sino, principalmente, la inversión extranjera.

No debemos olvidar que el Proyecto BEPS se ha basado, primordialmente, en la realidad y problemática de los países OCDE y del G20. Así, resulta comprensible que países como Alemania, Suecia o Italia utilicen una regla única de EBITDA en su calidad de países exportadores de capitales y que, en tan sentido, cuentan con reconocidas empresas multinacionales que tienen la opción real de alocar préstamos con fines elusivos⁶¹.

⁵⁹ Traducción propia de: “*The majority of the OECD members are European. The secretariat is heavily European based. So they look at it through a German and French perspective, because the British come in and go out and ignore it anyway, and the Americans do not participate. In our situation with relatively high corporate rates internationally, high infrastructure investment needs, resource rich, and pretty reliant on foreign capital to turn potentially productive assets into productive assets, we felt we were in a situation where we needed to make sure that the arm's-length's test was retained, and the OECD accepted that*”. ELLIFFE, Craig. “Interest Deductibility: Evaluating the Advantage of Earnings Stripping Regimes in Preventing Thin Capitalisation”. En *New Zealand Law Review*, vol. II, 2017, p. 266.

⁶⁰ SUÁREZ DE CENTI MARTÍNEZ, Luis y VIANA BARRAL, Víctor. “La limitación en la deducibilidad de gastos financieros en el impuesto sobre sociedades: análisis normativo y comentario crítico”. En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 33, 2012, p. 23.

⁶¹ Incluso en países con características semejantes pero más conservadores en su política fiscal, tales como Dinamarca y Japón, han optado por una regla doble de limitación de intereses

c) Umbral mínimo y Reglas Anti -fragmentación

En línea con la recomendación del Reporte Final de la Acción 4 del plan BEPS de establecer un mínimo de contribuyentes exceptuados de la regla de subcapitalización, el D.L. 1424 establece como una excepción a todos los contribuyentes cuyos ingresos netos en el ejercicio gravable sean menores o iguales a 2500 UIT.

En primer lugar, no queda del todo claro cuál ha sido el criterio del Estado peruano para establecer la regla de exclusión con base en los ingresos netos de una empresa. Consideramos que, el umbral mínimo elegido por un país debe ser coherente con el alcance de su TCR o ESR. Así pues, si un país adopta una norma del tipo *earnings stripping*, el umbral mínimo deberá estar basado en un mínimo de intereses neto deducible, tal como lo ha hecho España y Alemania.

Al respecto, la OECD ha señalado lo siguiente:

“Los países podrán incluir un umbral mínimo (*de minimis threshold*) a fin de excluir sociedades que representen un riesgo bajo del ámbito de aplicación de la norma (*fixed ratio rule*). Es recomendable que este umbral esté basado en el total de intereses netos de todas las entidades que conforma el grupo local. Si el país quiere aplicar un umbral basado en los intereses netos de cada entidad por separado, es importante que tales reglas no sean abusadas. Por lo tanto, el país deberá considerar la inclusión de normas anti-fragmentación (...)”⁶².

Pues bien, el Estado peruano debería haber adoptado un umbral mínimo para el régimen transitorio vigente en 2019 y 2020 (basado en los ingresos netos de la Compañía); y, otro para el régimen que entraría en vigencia en 2021, estableciendo un mínimo de intereses deducible.

En segundo lugar, la norma peruana tampoco observa la recomendación de la OECD respecto a la necesidad de establecer reglas “anti-fragmentación” Dichas reglas evitarían que compañías con el único ánimo de alocarse dentro del mínimo de exclusión establecida por la norma, atomicen sus operaciones a través de otras personas jurídicas y, finalmente, logren deducir intereses sin ningún tipo de limitación.

Al respecto, el Reporte Final de la Acción 4 señala que cuando se aplica una regla a nivel de una entidad individual, esto es, cuando no se ha considerado una regla de ratio grupal (como en nuestro caso), el país debe considerar establecer reglas de

considerando el EBIDTA junto a un coeficiente del patrimonio o activos como ratios para tal limitación.

⁶² Traducción propia de: “Countries may therefore introduce a *de minimis threshold* to exclude low risk entities from the scope of the *fixed ratio rule* and *group ratio rule*. It is recommended that such threshold should be based on the total net interest expense of all entities in the local group. Where a country wishes to apply a threshold based on the net interest expense of each entity separately, it is important that these rules are not abused. Therefore, a country should consider introducing *anti-fragmentation rules*”.
OECD. *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*. París: OECD Publishing, 2017, p. 39.

anti-fragmentación para evitar que un grupo evite la aplicación de una regla de limitación de intereses al establecer un número de entidades donde cada una de las cuales cae por debajo del umbral mínimo establecido por la norma.

En efecto, la excepción a la aplicación del límite de deducción de intereses para contribuyentes con ingresos menores a las 2500 UIT podría resultar incluso más nociva considerando la finalidad antielusiva de dicha norma, pues compañías que logren atomizar sus operaciones en diferentes empresas de tal forma que de manera individual no superen los 2500 UIT, podrán deducir la totalidad de sus gastos financieros sean estos provenientes de partes vinculadas o no, hasta incluso de aquellos que provienen de paraísos fiscales⁶³.

Adicionalmente, consideramos que esta ausencia de regulación se agravaría en tanto que existen argumentos para señalar que la Norma Anti-elusiva General (regulada en los párrafos del segundo a quinto de la Norma XVI del Código Tributario) no resultaría aplicable en este escenario.

Ello, debido a que de la lectura del D.L. 1424 y de la Exposición de Motivos se observa que la finalidad del legislador es perseguir la elusión tributaria en operaciones que generen deducciones de gastos financieros, esto es, una norma anti-elusiva específica para este tipo de operaciones.

En consecuencia, ante una eventual fiscalización donde se observe operaciones de fragmentación con la única intención de aprovecharse indebidamente de la excepción de la regla de subcapitalización, la Administración Tributaria no podrá someter dicha operación a un análisis de la Norma Anti-elusiva General, pues en virtud del principio de especialidad corresponderá aplicar lo establecido en el D.L. 1424 (donde como se mencionó) no existe regulación al respecto.

d) Norma antielusiva específica, motivo económico y principio de causalidad

En este punto debemos preguntarnos si la regla de limitación a la deducción de gastos financieros introducida por el D.L. 1424 tiene un fin antielusivo, corresponde que los contribuyentes tengan la posibilidad de probar en contrario.

Así, en vez de ser una regla objetiva que se configura con el solo cumplimiento del supuesto de hecho normativo, consideramos que debería de darse la posibilidad de que el contribuyente demuestre que las operaciones de financiamiento realizadas responden a motivos económicos válidos sin que medie un fin elusivo alguno.

⁶³ Esto en el marco del Reporte Final de la Acción 4 donde se señala como grupo de riesgo a las empresas multinacionales y sus vinculadas y empresas que tienen subsidiarias en paraísos fiscales.

Para tal efecto, coincidimos con Soler cuando señala que, tanto en las cláusulas generales como específicas, la prueba se sustenta en indicios, dada la dificultad de probar la intención de eludir del contribuyente y que en el supuesto de que la carga de la prueba se traslade al contribuyente, **esta debe ser impuesta respetando un criterio de proporcionalidad**⁶⁴.

Así pues, somos de la opinión que, si bien para el contribuyente sería muy gravoso probar que no ha tenido una intención elusiva, sí podría ser factible que a partir de elementos objetivos pruebe que su decisión de realizar operaciones de financiamiento corresponde a un fin económico válido en conveniencia de sus actividades comerciales.

Cabe resaltar que aplicar el nuevo límite a la deducción de gastos financieros de manera inflexible no solo iría en contra de su propia finalidad de perseguir comportamientos elusivos, sino que incluso podría ir en contra del principio de causalidad. Ello en tanto que si el contribuyente tiene elementos suficientes para probar que los préstamos realizados están conducidos por motivos económicos (para generar renta o mantener su fuente productora), en aplicación de la regla de subcapitalización no podrán ser deducibles aun cuando cumplan con el referido principio.

Finalmente, resulta alarmante que en el contexto socioeconómico en el que nos encontramos, hasta el momento no haya pronunciamiento oficial que esclarezca si a los intereses generados por los créditos otorgados en el marco del programa Reactiva Perú -cuya finalidad consistió en asegurar la continuidad de la cadena de pagos ante el impacto del Covid-19- se encontrarán incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma de subcapitalización.

De ser tal respuesta afirmativa (como no parece de otra forma porque no se ha dictado una norma de excepción y una norma posterior no sería aplicable a los intereses hasta el momento devengados) generará una gran inconsistencia en las políticas públicas, pues mientras que por un lado se intenta rescatar a las empresas con préstamos a bajo costo, por otro lado, no se le permitirá deducir los intereses generados por dichos préstamos.

e) Problemas en la regla aplicable a partir del 2021 y post Covid-19 y el arrastre de gasto financieros.

El 2020 será recordado como el año de la proliferación del virus del Covid-19, donde no solo ha dejado una gran cantidad de pérdidas humanas a lo largo del mundo sino también estragos incalculables en materia económica.

Así las cosas, no cabe duda de que las empresas peruanas no generarán ingresos este año si no que incluso (lo más probable), aquellas registrarán pérdidas

⁶⁴ SOLER, María. "Lecciones de derecho tributario: Principios Generales y Código Tributario". En Instituto Peruano de Derecho Tributario (ed.), *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*. Tomo II. Lima: Grandez Gráficos S.A.C., 2014, p. 35.

arrastrables para los siguientes periodos, como parte de una lenta recuperación económica.

En este contexto de necesaria atracción de capitales para la reactivación económica, llama poderosamente la atención que al día de hoy no existan proyectos de ley para modificar la regla de subcapitalización que será aplicable a partir del 2021. Ello en tanto que dicha norma prevé **que no serán deducibles los intereses netos en la parte que exceden el 30% del EBITDA del ejercicio anterior**, esto es, del ejercicio 2020.

El EBITDA es definido por la misma norma como “*Renta neta luego de efectuada la compensación de pérdidas más los intereses netos, depreciación y amortización*”. En consecuencia, para poder deducir gastos financieros, se debe tener una base de renta neta, hecho que, por las circunstancias actuales donde ninguna compañía está generando ingresos, no resultará posible.

Al respecto, consideramos que, incluso más allá de todos los problemas estructurales que hemos expuestos en los apartados anteriores, dada las circunstancias actuales que atraviesa la economía nacional, no corresponde aplicar un porcentaje del EBITDA como ratio para establecer el límite de intereses deducibles. Ello hará prácticamente nula la posibilidad de deducir intereses, situación que excede el fin antielusivo de la norma.

Cabe resaltar que el establecimiento del EBITDA como ratio para establecer el límite de gastos financieros deducibles resulta criticable incluso en circunstancias económicas normales, en tanto que dicha regla no prevé aquellos sectores que son muy volátiles como los mercados que están sujetos al valor internacional establecido para commodities o sectores cíclicos con fuertes inversiones en sus operaciones pre-operativas.

En este sentido se ha manifestado la profesora Johanna HEY quien sugiere que establecer un límite teniendo como referencia al EBITDA para la deducción de intereses podría dañar industrias con economías cíclicas y compañías en economías que se encuentren en crisis⁶⁵.

Por último, aun cuando muchos especialistas aseguran que establecer una ratio en base al EBITDA resulta una metodología menos manipulable (en comparación de las reglas que utilizan el patrimonio o el activo de las empresas), en tanto no existe norma reglamentaria que complemente la breve definición propuesta por el D.L. 1424, quedan dudas sobre lo que se debe de considerar como parte de su determinación.

En otras palabras, aún en el supuesto que la utilización de un porcentaje del EBITDA como ratio para determinar el límite de intereses deducibles sea la “panacea” contra la elusión tributaria en las operaciones de financiamientos, la

⁶⁵ HEY, Johanna. “Base Erosion and Profit Shifting and Interest Expenditure”. En *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, 2014, pp. 332-343.

deficiente determinación legislativa de los conceptos amortización y depreciación, le restará eficacia para sus fines.

Si bien el problema se atenúa con la incorporación de la posibilidad de arrastrar los gastos financieros no deducidos a los siguientes cuatro ejercicios; lo cierto es que, como efecto inmediato, los costos de los financiamientos se verán incrementado, lo cual afecta directamente a las empresas que han visto incrementadas sus necesidades de endeudamiento.

Asimismo, es importante tomar en consideración que el Estado peruano tampoco ha seguido en su totalidad las recomendaciones de la OECD sobre el “*carry forward*”. El Reporte Final de la Acción 4 recomienda dos tipos de arrastre:

1. Arrastre de los intereses que hubieran superado el límite establecido por la ratio.
2. Arrastre de la capacidad de intereses no utilizada (i.e. sí en un periodo los intereses deducidos son menores al límite determinado por la ratio, la diferencia podrá utilizarse en los ejercicios siguientes).

En definitiva, la norma peruana solo ha acogido el primer tipo de arrastre, con un límite de cuatro ejercicios. Justamente, cabe preguntarse, ¿cuál es la justificación para establecer dicho plazo? Si bien, la Acción 4 no recomienda un límite temporal específico, la legislación comparada demuestra que los países que han adoptado las ESR establecen un arrastre de intereses no deducidos por largos periodos. Inclusive, en el caso de la ESR italiana, se establece un arrastre sin límite temporal.

IV. Conclusiones

- i. La subcapitalización y el *earnings stripping* son fenómenos distintos.
- ii. La subcapitalización originado en las ciencias económicas, puede ser de carácter real o nominal. La subcapitalización nominal (relevante para efectos tributarios) se define como la desproporción entre la deuda (pasivo) y el capital social de una sociedad, ocasionado por la decisión deliberada de los accionistas de financiarla a través de préstamos, en lugar de aportes de capital.
- iii. En el ámbito tributario, generalmente, se asocia a la subcapitalización con la erosión de la base imponible de una sociedad mediante la deducción de intereses, a fin de determinar un menor impuesto a la renta.
- iv. El *earnings stripping*, en cambio, es un tipo de planificación fiscal inherente a los grupos multinacionales (denominados en el presente trabajo como, MNEs), consistente en que una empresa (parte del grupo empresarial) erosiona su base imponible a través del pago de intereses a su matriz (o a otra empresa del grupo), obteniendo una ventaja fiscal. No obstante, este fenómeno es más amplio que la subcapitalización: (a) no se restringe al pago

- de intereses, pues se puede originar en el pago de regalías u otros pagos; y (b) puede originarse en el financiamiento de terceros.
- v. Así pues, las diferencias entre ambos conceptos son de tres tipos: (a) conceptual, (b) subjetiva (i.e., sujetos intervinientes) y, (c) objetiva (financiamientos que son objeto de la limitación).
 - vi. Tales diferencias se reflejan en la estructura, alcance y efectos de los mecanismos legislativos empleados por los Estados para combatirlos.
 - vii. Así pues, el mecanismo aplicado por excelencia para combatir la subcapitalización han sido las *thin capitalization rules*. Por naturaleza, las TCR sancionan con la recategorización de los intereses (como dividendos) provenientes de préstamos otorgados por partes vinculadas que excedan el límite calculado a través un ratio de endeudamiento sobre patrimonio.
 - viii. En contraste, el reciente mecanismo empleado para combatir el *earnings stripping* es la aplicación de las *earnings stripping rules*. Por regla general, las ESR establecen un límite general a la deducción de intereses (sin distinguir si provienen de partes vinculadas o de terceros) equivalente a un porcentaje de los ingresos de una sociedad (usualmente, se toma como referencia el EBITDA).
 - ix. No obstante, la legislación comparada demuestra que las diferencias conceptuales no siempre han sido plasmadas con exactitud. En efecto, los estados fueron modificando sus TCR incorporando características que no respondían, propiamente, a su naturaleza, si no a la de una ESR. Justamente, la última etapa de esta evolución es el reemplazo de las TCR por ESR. Esto es una muestra que, los estados progresivamente cambiaron el objeto de su lucha al *earnings stripping* en lugar de la subcapitalización.
 - x. El Perú incorporó por primera vez una TCR en 2001, la cual se mantuvo – prácticamente – sin modificaciones hasta 2018. Justamente, dicha modificación introdujo modificaciones sustanciales a la referida norma. Dicha norma introdujo dos regímenes: (a) uno transitorio aplicable en los años 2019 y 2020; y, (b) uno definitivo aplicable a partir de 2021.
 - xi. Tales modificaciones reflejan la evolución que han tenido las TCR a nivel mundial. Precisamente, el régimen transitorio, mantiene en esencia una TCR, aunque con un ámbito de aplicación objetivo más amplio (i.e., incluye financiamientos otorgados por terceros), característica propia de una ESR. En cambio, el régimen definitivo, reemplaza dicha TCR por una ESR, estableciendo un límite general a la deducción de intereses del 30% del EBITDA tributario.
 - xii. Es de notar que, las modificaciones introducidas en 2018 no responden a un análisis del contexto económico o jurídico-tributario de nuestro país, sino que responden a las recomendaciones de la OECD, quien a través de la

Acción 4 del Proyecto BEPS recomendó a los países miembros adoptar una ESR en lugar de una TCR.

- xiii. No obstante, las recomendaciones de la OECD fueron pensadas para las economías de los países miembro y, específicamente, para los miembros del G-20. Ciertamente, la economía de nuestro país no tiene las mismas características por lo que, la adopción de estas recomendaciones conlleva una serie de problemas estructurales.
- xiv. De igual forma, la entrada en vigor del régimen definitivo a partir del 1 de enero de 2021 dada las circunstancias actuales que atraviesa la economía nacional tendrá más perjuicios que beneficios. En concreto, debido a la paralización de la economía ocasionada por el Covid-19 y posteriores medidas de aislamiento social obligatorio, significará un número significativo de empresas tengan pérdidas en los siguientes ejercicios. Por lo tanto, al poder aplicar el porcentaje del EBITDA tributario dichas empresas no podrán deducir gastos financieros.