



**PRECLUSIÓN Y FLEXIBILIDAD: OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN DE LA
PRUEBA EN EL ARBITRAJE**

Autora:

Sheilah Vargas Soto¹

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Relaciones Internacionales y Protección Internacional de los Derechos Humanos por la Sociedad Italiana de las Organizaciones Internacionales (SIOI), Roma. Árbitro en diversas instituciones arbitrales del Perú. Perteneció al área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Echecopar, asociado a Baker & McKenzie International.

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. CUESTIONES PREVIAS

III. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL ARBITRAJE Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

IV. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En el presente artículo se aborda la aplicación de los principios de preclusión procesal y flexibilidad en el arbitraje, respecto a la oportunidad de presentación de los medios probatorios. Suele ocurrir que, en la práctica, se invoca la aplicación del principio de flexibilidad para admitir al arbitraje medios probatorios que son presentados de manera tardía o extemporánea, sin que se haga un mayor análisis respecto a la razonabilidad de dicha presentación o al impacto que tendrá en el trámite del arbitraje, llegando incluso a afirmar que esos medios probatorios deben admitirse, porque en el arbitraje no rige el principio de preclusión procesal. En tal sentido, se analizará en qué consisten cada uno de estos principios, la aplicación de dichos principios en el arbitraje y que el principio de flexibilidad no se contrapone al de preclusión, sino que se presentan en distintas etapas del arbitraje. Asimismo, la aplicación del principio de flexibilidad no debe terminar desconociendo el derecho al debido proceso y el trato igualitario de las partes. Por el contrario, una correcta aplicación del principio de flexibilidad debiera conducir a que se respeten las reglas procesales pactadas por las partes y el tribunal arbitral, y que el arbitraje se desarrolle de manera eficiente.

PALABRAS CLAVES: Prueba, arbitraje, preclusión, flexibilidad, igualdad de trato.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se estudia al arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se afirma como una de sus ventajas el hecho de que sea un procedimiento flexible -en clara contraposición a la rigidez del proceso judicial- y que ello se traduciría en el establecimiento de ciertas reglas procesales respecto a la actuación del Tribunal Arbitral, las cuales podrían ser modificadas durante el arbitraje, estableciendo como único límite temporal, el que dichas modificaciones se den antes del cierre de la etapa de instrucción.

Esta interpretación de que el principio de flexibilidad puede ser aplicado en cualquier momento del arbitraje y, concretamente, respecto a la presentación de medios probatorios que son ofrecidos luego de ocurrida la etapa inicial, ha llevado a advertir que en determinados casos la flexibilidad resulta en arbitrariedad o, que termina desconociendo en la práctica, las reglas procesales que las partes y el Tribunal Arbitral determinaron de mutuo acuerdo, al inicio del arbitraje. Incluso, se llega a afirmar que el principio de flexibilidad se contrapone al de preclusión procesal y, por ello es valedero, desconocer los plazos inicialmente establecidos en el arbitraje.

Pues bien, dado que el principio de flexibilidad no debiera ser percibido como el remedio para legitimar ciertas actuaciones procesales que son realizadas de manera tardía o sin justificación valedera, es que consideramos pertinente analizar los alcances y aplicación de dicho principio respecto al desarrollo y oportunidad de la prueba en el arbitraje, ya que es uno de los ámbitos en que recurrentemente se invoca la aplicación de la flexibilidad.

De esta manera, se podrá apreciar que el principio de flexibilidad debe ser aplicado tomando en cuenta dos aspectos fundamentales: i) la no afectación del derecho al debido proceso arbitral y, ii) brindando un trato igualitario a las partes procesales. Si es que no se toman en cuenta dichos criterios, ello nos podría conducir a una aplicación injustificada o excesiva del principio de flexibilidad por parte de los árbitros, lo cual terminaría por desconocer otras ventajas que son reconocidas al arbitraje, como son el de ser un mecanismo eficiente para la solución de las controversias y que brinda una solución definitiva en un plazo mucho menor al que tomaría una sentencia en el Poder Judicial.

II. CUESTIONES PREVIAS

2.1. Sobre el principio de preclusión en el proceso judicial

Como es por todos conocido, el principio de preclusión es uno de los principios que rigen un proceso judicial (sea de carácter civil, penal o contencioso administrativo).

Pues bien, según el Diccionario de la Real Academia Española², la palabra preclusión se deriva del latín *praclusio*, que significa acción de cerrar u obstrucción. Dado que el proceso judicial debe transcurrir por una secuencia de actos procesales (o de etapas) para llegar al dictado de la sentencia que resolverá el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica, se dice que la preclusión consiste tanto en el cierre de etapas procesales, como en la imposibilidad de realizar determinada actuación procesal que con anterioridad sí podía llevarse a cabo.

En ese sentido, señala Ariano (2001, 73) que la preclusión alude, por un lado, a la división del proceso en etapas y, por el otro, se refiere a la consecuencia, entendida como la pérdida -para las partes- de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo. Por tanto, la preclusión puede ser definida como la extinción -en un proceso determinado- de los poderes jurídicos-procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso (Vallines, 3172).

De esta forma se ha pronunciado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 1651-2015-LIMA, 2017) al señalar lo siguiente: En virtud al principio de preclusión se reconoce que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.

Ahora bien, aplicando el principio de preclusión al tema probatorio tenemos que, en un proceso civil, los medios probatorios deben ser ofrecidos al momento de presentar la demanda y contestación de demanda, respectivamente, conforme a lo previsto en los

² Véase <https://dle.rae.es/preclusi%C3%B3n>

artículos 424 y 442 del Código Procesal Civil (en adelante, “CPC”). En ese sentido, está proscrita la presentación de medios probatorios una vez que concluyó la etapa postulatoria.

No obstante ello, nuestro ordenamiento procesal civil prevé ciertas excepciones respecto a la presentación de medios probatorios en primera instancia, luego de concluida (cerrada) esa etapa, y son los medios probatorios extemporáneos que se encuentran regulados en el artículo 429 del CPC. Dentro de estos supuestos, encontramos: i) los medios probatorios por hechos nuevos (propios e impropios), ii) los medios probatorios respecto a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. Una vez presentados esos medios probatorios extemporáneos, el juez pone a conocimiento de la otra parte para que en un plazo de 5 días se pronuncie respecto a la autenticidad de dichos documentos.

Por tanto, si bien el proceso judicial se caracteriza por la aplicación del principio de preclusión y determina que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en la etapa postulatoria, ello no significa que no haya oportunidad para que las partes procesales- sustentando la existencia de determinadas circunstancias- ofrezcan otros medios probatorios, que se refieran a hechos ocurridos con posterioridad a los actos postulatorios o, a hechos nuevos que hayan sido mencionados en la demanda o en la reconvenición, respectivamente. Es el juez el que analizará si se cumplen los requisitos establecidos en la norma, para que sean admitidos al proceso en ese momento.

Debe tenerse presente que esos medios probatorios extemporáneos deben tener relación con los supuestos antes indicados, ya que si se trata de “aprovechar” el pedido de medios probatorios extemporáneos para ofrecer pruebas que pudieron –y debieron- ser presentadas en la etapa postulatoria, el juez no debiera admitirlas a trámite.

2.2. Sobre el principio de elasticidad de las formas

De otro lado, se reconoce en doctrina que existiría un principio de elasticidad de las formas, por el cual el Juez podría adecuar las formalidades previstas en la norma procesal a los fines del proceso, tal como se encuentra recogido en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil (CPC).

En palabras de Monroy (1993, 45), el juez -como director del proceso- está en aptitud de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a dos objetivos más trascendentes, como son la solución del conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica y la paz social en justicia, que son los fines del proceso reconocidos en el artículo III del mismo Título Preliminar del CPC. Incluso puede darse el caso que la norma procesal no regule una formalidad específica para la realización de un acto procesal y, en ese supuesto, se señala que el juez reputará como válido dicho acto cualquiera sea la forma empleada por las partes.

Por tanto, el ámbito de aplicación de este principio está supeditado a que el juez adecúe la formalidad para la realización de un acto procesal determinado, y no al hecho concreto de desconocer los principios de preclusión procesal y vinculación de las formas. A través del principio de elasticidad no es posible que las partes modifiquen las etapas y plazos regulados por el legislador para el trámite de cada uno de los procesos judiciales (sea este de conocimiento, abreviado o sumarísimo) y para la presentación de los medios probatorios, ya que estas normas son de orden público y no permiten pacto en contrario de las partes.

Como puede apreciarse este principio de elasticidad de las formas no tiene relación alguna con el principio de flexibilidad cuya aplicación se predica en el ámbito del arbitraje, conforme veremos a continuación.

2.3. Sobre el principio de flexibilidad en el arbitraje

El principio de flexibilidad en el arbitraje puede ser definido como aquel que permite a las partes diseñar las reglas que regirán el trámite del proceso arbitral, tomando en consideración la complejidad de la materia controvertida en el caso concreto. Y en esa autorregulación, las partes establecerán los plazos para la presentación de los escritos principales (demanda, contestación, réplica y dúplica), la presentación de los medios probatorios (documentos, exhibiciones, testigos, peritos o y/o expertos), el número de audiencias a realizarse para la actuación de los medios probatorios, la fase de alegatos escritos e informes orales, el plazo para laudar, entre otros aspectos relevantes.

Este es el aspecto más conocido del principio de flexibilidad y está previsto en el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, “LA”), al señalar que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. Esta libertad de regulación de las actuaciones arbitrales es, sin duda, una clara contraposición a lo que ocurre en el ámbito de un proceso civil, en el que los plazos para la presentación de los escritos principales y de los medios probatorios vienen establecidos en la norma procesal y no admiten pacto en contrario (principio de vinculación de las formas).

En relación a la posibilidad de que las partes diseñen de común acuerdo las reglas procesales en el arbitraje, Born (2021, 2289) afirma que el diseño de los procedimientos para un caso particular puede implicar establecer un procedimiento arbitral expeditivo *‘fast-track’*, o enfatizar tipos particulares de evidencia (por ejemplo, técnicos, inspecciones de sitio), o emplear procedimientos para la presentación de evidencia innovadores (por ejemplo, conferencia de testigos, reuniones de expertos).³

La posibilidad de que las partes puedan establecer, en la cláusula de convenio arbitral, que se lleve un procedimiento arbitral rápido, es reconocida en el Informe elaborado por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, “CCI”), denominado *Controlling time and costs in arbitration* (en adelante, el “Informe”), que propone técnicas para que las partes y el tribunal arbitral conduzcan de una manera eficiente el arbitraje, estableciendo técnicas que permitan controlar la duración del procedimiento y los costos arbitrales.

Pues bien, en el punto 4 del Informe se señala que el procedimiento de *fast-track* podría darse en función a la naturaleza del contrato y de las controversias que podrían derivarse del mismo. Asimismo, podría darse el caso que se establezcan dichas reglas una vez que se presente la controversia (2018, 7).

Ahora bien, el principio de flexibilidad tiene un segundo alcance, el cual está referido a la libertad de regulación que pueden tener las partes conjuntamente con los árbitros.

³ Traducción libre de la autora. El texto original es el siguiente: “The tailoring of procedures to a particular case may involve establishing an expedited “fast-track” arbitral procedure,⁽¹⁶⁾ or emphasizing particular types of evidence (e.g., technical, site inspection)⁽¹⁷⁾ or employing specific types of evidence-taking procedures (e.g., witness-conferencing, meetings of experts).”

Así, Castillo (2009, 96), señala que las partes y los árbitros están facultados a moldear el proceso arbitral de la manera que sea más conveniente para la solución del caso concreto. Sin duda, esta posibilidad de que las partes y los árbitros diseñen las reglas procesales del arbitraje, se vio acrecentada en el contexto de la pandemia del Covid-19, tal como lo señala Pimentel (2022, 3-4) al manifestar que la flexibilidad permitió a las partes adoptar el procedimiento conforme a sus necesidades, así como a la adopción de herramientas tecnológicas para continuar con el diligenciamiento del proceso. Dentro de estas herramientas tecnológicas utilizadas por las partes encontramos la realización de audiencias virtuales vía una plataforma de internet (Zoom, Google Meet o Teams), así como la digitalización del expediente arbitral, lo cual significó que la controversia se resuelva de una manera rápida y aminorando costos para las partes.

Un tercer aspecto del principio de flexibilidad puede circunscribirse a las facultades que tienen los árbitros para que, ante la falta de acuerdo de las partes o de un reglamento arbitral aplicable, decidan las reglas que consideren más apropiadas a las circunstancias del caso, conforme se aprecia de la segunda parte del artículo 34.1 de la LA. Incluso, en el supuesto ~~que~~ caso que la LA se aplique de manera supletoria (por inexistencia de una disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral), el tribunal arbitral podrá recurrir a los principios arbitrales, así como los usos y costumbres en materia arbitral, conforme se recoge en el artículo 34.3 de la LA.

Finalmente, respecto a las facultades que tendría el tribunal arbitral para modificar las reglas procesales aprobadas por las partes conjuntamente con los árbitros, el artículo 34.4 de la LA reconoce que el tribunal podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Respecto a este tema, consideramos que la interpretación que se podría dar es que el tribunal arbitral estaría facultado a ampliar plazos que haya establecido el propio tribunal para una determinada actuación arbitral (por ejemplo, el plazo para la presentación de una pericia) y que no podría modificar los plazos establecidos de común acuerdo con las partes y, menos aún, el plazo fijado para laudar. Sin embargo, cierto sector de la doctrina considera que el ejercicio de esta facultad de ampliar los plazos podría darse, también, respecto a los plazos establecidos por las partes y, en esa

línea, el tribunal arbitral debería tomar en cuenta la participación de las partes y respetar su derecho al debido proceso (Castillo, 2009, 99-102).

III. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE PRESENTACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN EL ARBITRAJE Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD

Centrándonos en el tema materia de estudio, analizaremos en este punto la aplicación del principio de flexibilidad respecto a los medios probatorios en el arbitraje.

3.1. Oportunidad de presentación de los medios probatorios en el arbitraje

Asumiendo que las partes no diseñaron las reglas procesales que regirán el arbitraje o no decidieron someterse a la aplicación del reglamento arbitral de un centro de arbitraje determinado, podemos apreciar que el artículo 39.2. de la LA regula -de manera supletoria- respecto a la presentación de los medios probatorios, que las partes deben aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer, al plantear su demanda y contestación, respectivamente. Similar regulación se encuentra en los reglamentos arbitrales de los principales centros de arbitraje del país.

Esta regla de presentación de los medios probatorios con los escritos principales del arbitraje se replica también en los casos en que las partes se ponen de común acuerdo en el establecimiento de dichas reglas. Lo que varía -dependiendo de la complejidad de la materia controvertida- es que pueda existir una fase posterior de exhibición de ciertos medios probatorios (por ejemplo, pruebas documentales). Por tanto, una vez fijados los plazos para la presentación de las pruebas o establecido el calendario procesal con las principales actuaciones del arbitraje, las partes no podrían presentar sus posiciones y los medios probatorios respectivos fuera de esos plazos o fechas previamente establecidos. Ello quiere decir que en el arbitraje se aplica el principio de preclusión procesal para la presentación de los medios probatorios. Lo cual no significa, en modo alguno, que no se siga aplicando el principio de flexibilidad en el desarrollo del arbitraje y respecto a determinadas actuaciones.

En relación a la oportunidad de presentación de las posiciones de las partes y sus respectivos medios probatorios, el Informe de la CCI (2018, 12) señala -en los puntos 48 y 52- como técnicas para una conducción eficiente del arbitraje que: i) las partes deben limitar el número de los escritos principales, procurando que las partes presenten sus temas claves en los primeros escritos; ii) que se limiten la producción de documentos (sea que estos estén en papel o de manera electrónica) y iii) que el pedido de los mismos se haga a través del cuadro de producción de documentos creado de Alan Redfern, que consiste en 4 columnas donde se identifica el pedido del documento, las razones de pedido, las objeciones de la contraparte respecto a ese pedido y la posición que adoptará el tribunal arbitral frente a dicho pedido.

Por tanto, en el ámbito del arbitraje internacional se recomienda que las posiciones y las pruebas se den al inicio del arbitraje y, si se deben actuar ciertos medios probatorios luego de esa etapa, procurar que se hagan en el menor número de actos procesales y en función a determinadas reglas. De esta manera, se logrará que el arbitraje no se dilate de manera innecesaria y se desconozcan los plazos iniciales.

3.2. Presentación tardía o extemporánea de medios probatorios y aplicación del principio de flexibilidad

Luego de presentados los escritos principales (y sus respectivos medios probatorios) por las partes, lo que debiera continuar es la etapa de actuación de los medios probatorios. En algunos casos, antes de dar inicio a la etapa probatoria, se establece una fecha en el calendario para una Audiencia de Ilustración de Hechos, que permita a los árbitros tener una idea inicial de la controversia sometida a su decisión.

Pues bien, encontrándose el tribunal arbitral a puertas de la Audiencia de Testigos o de Peritos, una de las partes presenta en el arbitraje medios probatorios adicionales o, se plantean pedidos de ampliación de demanda o de contestación, presentando no solo nuevas pretensiones o defensas, sino también medios probatorios adicionales.

Frente a estos supuestos, ¿cómo debe proceder el tribunal arbitral? ¿Debe admitir esas pruebas, sustentando su decisión en el principio de flexibilidad y asegurarse de otorgar un plazo razonable a la contraparte para que se pronuncie sobre dichas pruebas?

Creemos que la admisión de estas nuevas pruebas -que son presentadas de manera tardía o en el marco de una ampliación de demanda o de contestación- no debe darse de forma automática, en base al principio de flexibilidad; sino que debe ser evaluada por los árbitros conforme a ciertos criterios, como son: i) la razón de la demora en que se presentan esos medios probatorios, ii) el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o iii) cualquier otra circunstancia que resulte relevante. Criterios que son recogidos en el artículo 39.2 de la LA.

En ese sentido, el tribunal arbitral debe analizar la procedencia de esos pedidos de ampliación -y, de ser el caso, de las nuevos medios probatorios-, en función a esos criterios. De tal manera, que si no hay justificación alguna para que se formulen dichos pedidos o si estos pedidos se han formulado con tanta demora que afectará el desarrollo del arbitraje, entonces no debieran ser admitidos. Las partes no pueden pretender -bajo el principio de flexibilidad- presentar posiciones y medios probatorios de forma tardía o extemporánea, más aún cuando ello ocasionará un claro perjuicio para la contraparte.

Debe tenerse presente que tanto las partes como el tribunal arbitral deben procurar respetar los plazos pactados para la presentación de los escritos principales o, de ser el caso, el calendario procesal fijado desde el inicio. En ese sentido, la CCI (2018, 10) en el punto 34 del Informe recomienda que las partes y los árbitros deben hacer todos los esfuerzos razonables para cumplir con el calendario procesal, para que de esta forma el arbitraje se lleve de una manera expedita y efectiva, y que cualquier extensión o modificación del calendario procesal debe hacerse de forma justificada.

Como puede observarse la modificación de los plazos o de las fechas previstas en el calendario procesal no es algo que deba darse de forma automática, sino que la misma debe estar debidamente sustentada. Asimismo, la admisión de medios probatorios luego de la etapa inicial del arbitraje -con motivo de pedidos de ampliación de demanda o contestación o de manera aislada- debiera darse de forma excepcional, existiendo motivación por parte del tribunal arbitral respecto a la admisión de dichos medios probatorios extemporáneos. En esa línea, señala Iñiguez (2019, 7) la

flexibilidad no permite la presentación tardía de documentos; por el contrario, permite el diseño de reglas, que una vez fijadas, deben ser cumplidas por las partes.

Otro tema que se utiliza para justificar la aplicación del principio de la flexibilidad para la admisión de medios probatorios extemporáneos es la igualdad de trato o igualdad de armas, afirmándose que, si se admite dicho medio probatorio, bastaría que el tribunal arbitral otorgue a la contraparte un plazo razonable para que se pronuncie sobre dicho medio probatorio.

Sin embargo, como bien señala Iñiguez (2019, 7) el hecho de admitir la prueba tardía y dar un trato igualitario de las partes, más bien podría interpretarse como una afectación a dicho trato igualitario, ya que el tribunal arbitral estaría permitiendo que una parte modifique arbitrariamente las reglas (previamente establecidas) o pueda mejorar su teoría del caso en cualquier momento (cuando no lo hizo en la oportunidad que tenía). Se termina actuando en desmedro de la contraparte, quien además deberá asumir los costos en tiempos y dinero de la parte que modificó las reglas.

En este punto, es interesante traer a colación el análisis que realizan Silva & Moreno (2020, 397), respecto a la ampliación de plazos en el arbitraje, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Las autoras señalan que cuando una de las partes solicita una prórroga para presentar un determinado material de defensa -cuando ambas partes tenían establecido ese plazo- significa que dicha parte no está en aptitud de cumplir con dicho plazo. En ese contexto, si el tribunal arbitral no concede la ampliación solicitada, una de las partes se encontraría en ventaja frente a la otra, ya que esta última no podría presentar su material de defensa. Sin embargo, esta ventaja no debe ser entendida de una forma ilegítima, ya que esta parte ha incurrido en ciertos costos de transacción para estar en esa posición. Por tanto, señalan las autoras que la solución que se da en base a la igualdad de armas despoja a una de las partes de esta ventaja válidamente adquirida porque pone a su contraparte en su misma situación, a pesar de que esta no ha incurrido en los costos necesarios para llegar a conseguir el material de defensa a tiempo.

Lo que termina ocurriendo es que, en base a una indebida aplicación del principio de flexibilidad y de trato igualitario de las partes, se termina otorgando más tiempo a la

parte que no preparó diligentemente su teoría del caso, lo cual termina afectando el derecho al debido proceso arbitral. Como señala Quintana (2016, 170), es importante que el tribunal actúe de acuerdo a las reglas del debido proceso y que demuestre que efectivamente actúa de ese modo, lo cual implica que las partes reciban un trato igualitario y que cada una tenga una oportunidad justa de presentar su caso. Por tanto, si no existe justificación valedera para la presentación de una posición y medios probatorios tardíos, los mismos no debieran ser admitidos.

En este punto, es relevante citar lo afirmado por la doctrina y jurisprudencia arbitral internacional respecto a una aplicación razonable y justificada del principio de flexibilidad. Así, Fouchard, Gaillard y Goldman (1999, 695-696) señalan que:

“El tribunal arbitral solo estará obligado a aceptar la presentación tardía de los documentos o evidencia si la parte que los presenta tiene una excusa válida para su retraso. Frente a la ausencia de una razón legítima, el tribunal puede tomar una posición firme y simplemente rechazar los memoriales o la evidencia presentada tarde.”⁴

Asimismo, dichos autores traen a colación lo resuelto en el Caso CCI 6465 (1999, 695-696) en el que se afirmó lo siguiente:

“Los árbitros tienen el deber de tomar en cuenta el derecho fundamental de cada parte a presentar debidamente su caso, pero también tienen el deber de asegurar que el arbitraje progrese a un ritmo razonable y de evitar retrasos injustificados o deliberados. Si una parte que ha tenido una amplia oportunidad para preparar su caso o para presentar solicitudes al tribunal arbitral en una etapa temprana de los procedimientos, acude al tribunal, de manera tardía y sin dar razones legítimas para su retraso, con solicitudes que pueden causar retrasos sustanciales, puede más bien ser el deber de los árbitros el continuar el arbitraje sin aceptar la solicitud de la parte tardía.”⁵

⁴ Traducción libre de la autora. El texto original es como sigue: “The arbitral tribunal will only be obliged to accept the belated submission of documents or evidence where the party submitting them has a valid excuse for its delay. In the absence of a legitimate reason, the tribunal can take a firm position and simply reject the memorials or evidence submitted late.”

⁵ Traducción libre de la autora. El texto original es el siguiente: “The arbitrators have a duty to take into account the fundamental right of each party to present its case properly, but they also have a duty to ensure that the arbitration progresses at a reasonable pace and to avoid unwarranted or deliberate delays. If a party which has had ample opportunity to prepare its case or to submit requests to the arbitral tribunal at an earlier stage of the proceedings, applies to the tribunal, belatedly and without giving legitimate reasons for its tardiness, with requests which are liable to cause substantial delays, it may well be the duty of the arbitrators to continue the arbitration without accepting the request of the tardy party.”

Como se puede apreciar, lo expuesto nos lleva a reflexionar sobre la ponderación que debe realizar el tribunal arbitral cuando debe pronunciarse sobre la presentación de posiciones o pruebas de manera tardía y la forma en que se afectaría el derecho de la parte –que sí ha cumplido con preparar su caso en el tiempo otorgado con suficiente antelación- y el propio arbitraje, que se dilata de manera considerable.

Ahora bien, si luego de analizados los hechos que sustentan una presentación tardía o extemporánea de los medios probatorios, el tribunal arbitral considera que deben admitirse dichos medios probatorios, entonces deberá otorgar un plazo razonable para que la contraparte se pronuncie respecto a los mismos, en estricta aplicación de la igualdad de armas que deben tener las partes en el arbitraje, lo que además está recogido en el artículo 34.2 de la LA.

Finalmente, quisiéramos referirnos a dos (2) casos –que hemos tenido en nuestra experiencia- en el que consideramos que el tribunal arbitral aplicó el principio de flexibilidad sin realizar un mayor análisis respecto a la admisión y actuación de medios.

- En el primer caso, la demandante planteó una demanda en el que básicamente se pretendía el pago de unas facturas por la prestación de un servicio más el pago de una indemnización. Las pruebas presentadas básicamente eran documentales y una pericia económica. Posteriormente, la demandada contestó la demanda y formuló reconvencción indicando que el servicio no se había realizado adecuadamente (por temas técnicos) y se solicitó una indemnización. Las pruebas presentadas eran documentales, y pericias económicas y técnicas. El caso es que la demandante absolvió la contestación de demanda y, a propósito de este escrito - de 300 páginas- replanteó su estrategia de la demanda -que tenía 40 páginas- y presentó –adicionalmente- 245 medios probatorios (11 files de palanca). Información y pruebas que pudieron haber sido presentados desde el inicio del arbitraje y no se hizo.

El tribunal arbitral “corrió traslado” de este voluminoso escrito y de las pruebas y posteriormente las admitió al proceso. No hubo mayor análisis. El procedimiento arbitral que ya llevaba un año, con esta “modificación” duró dos (2) años más (debido a la actuación de todas las pruebas ofrecidas). En total, el arbitraje duró 3 años.

- El segundo caso, la demandante plantea una pretensión de indemnización por daños y perjuicio y ofrece pruebas documentales y una pericia económica (cuyos anexos se encontraban colgados en un enlace de Google Drive). La demandada contesta la demanda, no cuestiona la pericia ni presenta una contra pericia. Solamente pruebas documentales. Hubo una Audiencia de Ilustración de Hechos y el tribunal arbitral señala fecha para la Audiencia de Sustentación Pericial. Llega el día de la audiencia, el perito sustenta su Informe Pericial, y cuando se realiza el interrogatorio de la parte demandada señalan que la pericia no tiene sustento porque no se había adjuntado los anexos de la misma. Lo que había pasado es que la parte demandada no había advertido que los anexos estaban en un enlace y demostraba –por lo menos negligencia- en no haber revisado con la suficiente antelación la pericia y sus anexos y, recién, decirlo el mismo día de la audiencia. La audiencia se siguió realizando y al finalizar la misma, el tribunal arbitral solicitó que la parte demandante enviara nuevamente el enlace de los anexos de la pericia y se le daba un plazo de cinco (5) días a la parte demandada para que se pronuncie sobre los mismos.

Es importante precisar que entre la presentación de la pericia y sus anexos y la realización de la Audiencia de Sustentación Pericial había pasado casi un año. Sin embargo, se le dio ese plazo adicional a la parte demandada. En ese momento, la parte demandada se pronunció respecto a la pericia y sus anexos, y ofreció una contra pericia económica. Todo ello fue aceptado por el tribunal arbitral, que terminó otorgando un plazo adicional para que la demandante se pronuncie por la contra pericia. Y luego de ello, hubo 2 documentos más preparados por el perito de la parte demandada. Todo ello, luego de un año. Creemos que, en este caso, la aplicación del principio de flexibilidad premió a la parte demandada que no fue diligente en la defensa de su posición y el hecho de otorgar plazos para que la

parte demandante se pronuncie sobre esas pruebas –manifiestamente- extemporáneas, perjudicando el trámite del arbitraje.

IV. CONCLUSIONES

- El principio de flexibilidad implica que las partes puedan diseñar las reglas que regirán el trámite del proceso arbitral, tomando en consideración la complejidad de la materia controvertida en el caso concreto. Y en esa autorregulación, las partes establecerán los plazos para la presentación de los escritos principales (demanda, contestación, réplica y dúplica), la presentación de los medios probatorios (documentos, exhibiciones, testigos, peritos o y/o expertos), el número de audiencias a realizarse para la actuación de los medios probatorios, la fase de alegatos escritos e informes orales, el plazo para laudar, entre otros aspectos relevantes.
- Una vez establecidos los plazos para la presentación de los escritos iniciales y los respectivos medios probatorios, las partes se encuentran sometidos a ellos. Por tanto, luego de transcurridos esos plazos, las partes pierden la oportunidad de presentar sus posiciones y las pruebas que las sustentan. Por tanto, el principio de preclusión procesal se presenta también en el arbitraje y ello no se contrapone en forma alguna al principio de flexibilidad.
- Dentro de los alcances del principio de flexibilidad también se encuentra la posibilidad de que las partes y el tribunal arbitral adopten o modifiquen ciertas reglas durante el transcurso del arbitraje.
- De presentarse un supuesto de presentación de pruebas tardías por las partes (con posterioridad a la etapa inicial) o en el marco de pedidos de ampliación de demanda o contestación de demanda, el tribunal arbitral deberá analizar la admisión de dichos medios probatorios atendiendo a la razonabilidad del pedido, a la demora con la cual se formula, al perjuicio que se pudiera ocasionar a la contraparte y a la demora que se pudiera ocasionar en el trámite del arbitraje.
- Finalmente, si el tribunal considera que existe una justificación razonable para admitir los medios probatorios presentados de manera tardía o extemporánea por alguna de las

partes, deberá conceder un plazo razonable para que la contraparte pueda pronunciarse respecto a dichos medios probatorios, atendiendo al derecho al debido proceso y al trato igualitario que deben recibir las partes en el arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

ARIANO DEHO, E.

2001 Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano. *IUS ET VERITAS*, 12(23), 72-82.

BORN, G.

2021 Chapter 15: Procedures in International Arbitration. *International Commercial Arbitration*, p. 2289.

CASTILLO FREYRE, M.

2009 El principio de flexibilidad en el arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje, Palestra Editores, 95-103.

FOUCHARD, Phillipe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold.

1999 Part 4: Chapter II - The Arbitral Proceedings. *International Commercial Arbitration*, pp. 695 - 696.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (2018). ICC Commision Report Controlling time and cost in arbitration.

Iñiguez, E. (2019). De la flexibilidad y otros demonios (o lo que implica y no implica la flexibilidad en el arbitraje)

<https://www.enfoquederecho.com/2019/11/13/de-la-flexibilidad-y-otros-demonios-o-lo-que-implica-y-no-implica-la-flexibilidad-en-el-arbitraje/>

MONROY GÁLVEZ, J.

1993 Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992. *THEMIS Revista De Derecho*, (25), 35-48. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11057>

PIMENTEL, B.

2022 Las herramientas tecnológicas en beneficio de la celeridad y eficiencia en el arbitraje internacional.

<http://www.medyar.org.ar/herramientastecnologicas-beatriz-pimentel-rosales.pdf>

QUINTANA SÁNCHEZ, A.

2016 Márgenes de la Irritabilidad del Proceso Arbitral. *Arbitraje PUCP*, (6), 168-174.

SILVA LONGOBARDI, P., & MORENO MACHÍN, V.

2020 ¿La rapidez o flexibilidad?: Un análisis económico de la ampliación de plazos en el arbitraje. *THEMIS Revista de Derecho*, (77), pp. 395-407.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República (2017). Casación N° 1651-2015-LIMA. *Sentencias en Casación. Diario Oficial El Peruano del 28 de febrero de 2017*, (724), Año XXI, pp. 89158- 89161.

VALLINES GARCÍA, E.

2016 Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 3171-3195.

https://eprints.ucm.es/id/eprint/48150/1/Preclusi%C3%B3n_cosa_juzgada_y_seguridad_jur%C3%ADca_ENRIQUE_VALLINES.pdf