

LA FALTA DE MOTIVACION COMO CAUSAL DE ANULACION DE LAUDO

1. La anulación del laudo

Cualquiera sea la parte, obtener un resultado adverso a la conclusión de un arbitraje conlleva siempre un malestar, un sinsabor frente al cual nos resistimos a admitir la decisión y más allá de la misma, con no poca frecuencia, guiados por el sentimiento, por la razón o por el temor de ser censurados por dicho resultado, buscamos la reversión de aquel, recurriendo al único medio que la legislación nos brinda, interponiendo el recurso de anulación de laudo.

Como bien sabemos, y así expresamente lo refiere el artículo 59 de la Ley de Arbitraje, todo laudo es definitivo, inapelable, y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, y produce efectos de cosa juzgada.

Sin embargo, pese a la referida aseveración, y con el objeto de tutelar aquellos extremos que el legislador ha considerado mínimos indispensables que deben ser cuidados en la decisión arbitral para que posea validez, instituye el recurso de anulación (art. 62), el mismo que es definido como *“la única vía de impugnación del laudo y tiene por efecto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas...”* en la propia norma.

Hugo Alsina, define a la nulidad de laudos arbitrales de la siguiente manera: *“La acción de nulidad de laudos arbitrales es un medio de impugnación característico y específico del juicio arbitral, existente en la generalidad de legislaciones y constituyendo una figura sui generis fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso ordinario y sin parangón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces. Tal acción de nulidad provoca un juicio de control a posteriori sobre la existencia de los presupuestos y de los caracteres funcionales y formales que la ley exige para la eficacia y validez de los procedimientos y de las decisiones arbitrales”*

. 2

Luis Augusto Cangrejo Cobos por su parte expresa, *“En este orden de ideas, el recurso de anulación es un recurso extraordinario que procede sólo por excepción; el proceso arbitral es de única instancia y a través del recurso no se abre una segunda instancia, pues el tribunal al que compete conocer el recurso no es superior jerárquico el tribunal de arbitramento. Por la especialidad del recurso y las causales taxativamente consagradas, la jurisprudencia nacional lo ha asimilado al recurso de casación por errores in procedendo”*. 3

1 Abogado, Arbitro, Consultor

2 Alsina Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VII, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1.965, p. 87.

3 Cangrejo Cobos, Luis Augusto, Arbitraje y conciliación, setiembre 2002, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, p. 87

Raúl Ferrero Costa sostiene que el recurso de nulidad tiene por finalidad *“revisar defectos de índole formal contenidos en el laudo, y cuya naturaleza impide toda posibilidad de revisión de elementos de fondo. El recurso de anulación, aún cuando se tramita en sede judicial, no configura bajo ninguna circunstancia, una demanda, una acción o una apelación”*⁴

Alfredo Bullard por su parte al tratar sobre el recurso de anulación señala, *“El arbitraje no es, sin embargo, un “coto de caza” donde los árbitros pueden hacer lo que les da la gana, libres de control. El recurso de anulación es la forma como la ley preserva el derecho de las partes de que los árbitros actúen correctamente, y sobre todo, respeten el pacto arbitral. Siempre digo que el recurso de anulación es justamente un sistema de protección del convenio arbitral. Y la esencia del convenio arbitral es, como ya dijimos, que los árbitros resuelvan, dentro del marco de lo acordado, el fondo de la controversia. Por eso es un recurso limitado diferente a la apelación”*⁵ que el recurso de anulación no tiene por objeto revisar el contenido del fondo de la decisión, sino de modo exclusivo, revisar, verificar, que el Tribunal Arbitral no ha incurrido en algún comportamiento al momento de la decisión, que constituya afectación a ese mínimo que se considera. Es por ello que el mismo numeral citado puntualiza que la decisión jurisdiccional se limita a declarar *“la validez o nulidad del laudo”*, y por ende, *“Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el Tribunal arbitral”*

Una rápida lectura de las causales de anulación del laudo, sin embargo, nos permiten apreciar que dentro de las mismas no se encuentra la referente a *“falta, aparente o defectuosa motivación”* explícitamente señalada, por lo que es necesario ubicarla en alguno de los alcances de la misma norma. Sobre este particular, se han alzado voces que señalan que la causal de anulación por ausencia o vicio de motivación podrían encontrarse comprendida dentro de los denominados defecto de las actuaciones arbitrales, extremo que no compartimos al entender que la motivación, dada su importancia y trascendencia, como está explicado, posee identidad propia proveniente de disposición específica y que para que se encuentre comprendida o subsumida en otras requiere que la compatibilidad sea mayor y de máxima consistencia.

Es por ello, que en el mismo inciso b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, encontramos tal consistencia en la expresión *“que una de las partes no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”*, por cuanto ello implica necesariamente el ejercicio del derecho de defensa, y éste tiene su expresión conclusiva en recibir del árbitro una decisión motivada en función de las actuaciones producidas.

2. La motivación del laudo

El artículo 56 de la Ley de Arbitraje establece como requisito del contenido del laudo *“la motivación”*. Así expresa, *“Todo laudo debe ser motivado, salvo que las partes hayan convenido algo distinto...”*.

⁴ Ferrero Costa, Raúl. “Anulación del laudo arbitral. Modificaciones introducidas por la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 1071)”. En: Libro Arbitraje. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Volumen N.º 8. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, p. 586.

⁵ Bullard Gonzáles, Alfredo. “El control judicial del arbitraje”. En: Libro Arbitraje. Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010. Volumen N.º 20. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 30.

En consecuencia, si el laudo adolece de motivación o ésta es insuficiente, el mismo es nulo por incumplimiento de un requisito esencial legal del marco normativo que le es propio, y cuya concordancia podemos apreciarlo en el artículo 139 de la Constitución en el que se establece como principio y derecho de la función jurisdiccional (aplicable también a los árbitros) *“La motivación escrita de las resoluciones...”* Felipe Cantuarias expresa que *“lo primero que debemos decir sobre este particular es que la falta de motivación no se encuentra relacionada con el “peso” o “tamaño” del laudo, o con la “parquedad o brevedad de los razonamientos... (tampoco en que).. la fundamentación (no) contenga cita de concretos preceptos legales o doctrina jurisprudencial...(o que no se haya confrontado) uno a uno los argumentos alegados por cada una de las partes...”* ⁶

Enrique Palacios, por su parte manifiesta que una motivación es aparente cuando *“el juzgador sustenta su decisión respecto de una pretensión, sin argumentar ni estructurar lógicamente las razones que la fundamentan. Se trata de una falta de derivación, pues de los hechos o de la ley no se desprende lo que se decide.*

Como señala Ghirardi, “el fundamento recae en factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada...En estos casos existe una negación sustancial de la finalidad que se ha propuesto el legislador al exigir la motivación de la sentencia, es decir, la necesidad de una demostración lógica del convencimiento del juez” ⁷ Así como también, respecto de la motivación defectuosa, *“cuando la decisión del juez o árbitro afecta los principios de identidad o congruencia,*

en tanto no existe correspondencia entre lo que se solicita y lo que se ordena; de no contradicción cuando se afirma o se niega una misma cosa respecto de un mismo objeto; y de razón suficiente, porque no existe un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba, o que se derive de la sucesión de conclusiones a las que llegó el juez o el árbitro” ⁸

Así planteado, sin embargo, debemos comprender el concepto “motivación” para entender cuándo estamos ante una debida motivación, una aparente motivación o una carencia de la misma. Como en tantas otras circunstancias, la mera lectura del Diccionario de la Lengua Española nos permite entender su alcance y contenido, y así expresa MOTIVAR *“Dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”*. En derecho arbitral, motivar por tanto, es justificar las razones de la decisión, no describir los hechos, ni la decisión misma, sino probarla con razones atendibles para que la decisión sea aceptable por sí misma, independientemente de la aceptación o no de alguna de las partes.

En ese orden, la motivación de la decisión debe brindar la información necesaria para comprender la lógica de la decisión, tanto en hechos como en derecho, a efectos de que quien la lea perciba, al margen de compartirla o discrepar, que el laudo emitido posee elementos concurrentes fácticos y legales que lo tornan aceptable, de modo tal, que pueda apreciarse a través de la misma, la consistencia del razonamiento y en cierto grado, la capacidad del árbitro al meritar los actuados y aplicar la ley.

⁶ Cantuarias Salaverry, Fernando, Arbitraje comercial y de las inversiones, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú, 2008, p. 322

⁷ Palacios Pareja, Enrique, La motivación de los laudos y el recurso de anulación, En: Libro Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Volumen N.º 6. Lima: Palestra Editores, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Embajada de Francia en el Perú, y Estudio Mario Castillo Freyre, 2008, p. 309.

⁸ Palacios Pareja, Enrique, obra citada anteriormente.

En buena cuenta, desde nuestra perspectiva, la motivación del laudo lo torna al mismo infranqueable o por el contrario vulnerable; confiere certeza en la idoneidad de la decisión o por sus carencias debilidad; resuelve en definitiva la controversia o abre las puertas ante sus vacíos o deficiencias a que las controversias perduren al cuestionarse la formación de la decisión ante la autoridad jurisdiccional ordinaria. Sobre ello, y aunque referido a la jurisdicción ordinaria mas aplicable también al arbitral en la que el Estado es parte, Chamorro Bernal señala que *“la motivación en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y es múltiple, ya que: 1º Permite el control de la opinión pública cumpliendo así con el requisito de publicidad (diríamos mas bien el de transparencia); 2º Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución; 3º Permite la efectividad de los recursos; 4º Pone de manifiesto la vinculación del juez(árbitro) a la Ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar porqué encajan”*.⁹ Lo escrito entre paréntesis es nuestro.

3. La debida motivación

Una decisión se encuentra bien o adecuadamente motivada cuando se da cumplimiento a la motivación interna cuanto a la motivación externa.

Entendemos por motivación interna el cumplimiento del silogismo jurídico tradicional: una premisa mayor (la disposición legal aplicable), si se da un antecedente se da un consecuente; una premisa menor (si se da el hecho establecido en la norma); una conclusión concordante (al existir consistencia entre el hecho y el presupuesto legal, la decisión es la prevista en la norma).

En cuanto a la motivación externa, es la demostración de cada una de las premisas de la motivación interna, con pulcritud a fin de evitar las incoherencias que conllevarían la afectación de la congruencia.

Ahora bien, para un entendimiento cabal nos es necesario referirnos a la sentencia del Tribunal Constitucional de octubre de 2008, expediente 00728-2008-PHC/TC, Caso Giuliana Llamoja, en que la máxima instancia establece además de criterios que luego analizaremos, el alcance de la motivación adecuada.

Así el TC, aunque referido a las decisiones judiciales aplicable también a las decisiones arbitrales, expone *“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.”* Así por tanto, si bien es un derecho la motivación debida, el simple error que esta pueda contener, no necesariamente conlleva la anulación, sino en la medida que la magnitud del mismo suponga la quiebra del derecho protegido.

El TC explicita a continuación estos errores que bien pueden ser considerados como infractores de la debida motivación.

Falta de motivación o la motivación aparente

⁹ Chamorro Bernal Francisco, La tutela judicial efectiva. Barcelona; Editorial S.A. Bosch, 1994, p. 205

Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Julio Martín Wong expresa que *“Respecto a la existencia de motivación la Segunda Sala Comercial ha sostenido, citando a Barona Villar y a Couture que “La motivación es necesaria a fin que “el contenido del laudo sea producto de una exégesis racional, y no el fruto de la arbitrariedad; se entiende que la motivación es un deber consistente en la expresión de los motivos o razones que explican la decisión y los argumentos en que se ha basado el Tribunal, constituyendo así una garantía procesal de las partes que les permite conocer las razones por las que sus pretensiones fueron estimadas o desestimadas”* ¹⁰

4. Falta de motivación interna del razonamiento.

La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el

control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

5. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.

El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento.

¹⁰ Wong Abad Julio Martín, La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 163

El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

6. La motivación insuficiente.

Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.

7. La motivación sustancialmente incongruente.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Yesque, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

8. Motivaciones cualificadas.

Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o Tribunal.

Como es fácilmente advertible, la carencia de motivación para servir de sustento de un recurso de anulación de laudo, debe apoyarse necesariamente en los alcances que el TC ha señalado, y en modo alguno, como lamentablemente se aprecia, en peticiones que lo que buscan es la revisión de la decisión emitida lo que resulta totalmente improcedente.

9. Requisito previo

Es adecuado asimismo señalar, que la anulación de laudo por ausencia o aparente motivación, requiere del cumplimiento de un requisito previo, esto es, que la señalada circunstancia haya sido puesta en conocimiento del Tribunal Arbitral a fin de que éste de ser el caso, tenga la ocasión de subsanarlo.

Tal como hemos expresado anteriormente, el inciso b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje comprende la causal de falta o insuficiente motivación y, si ello es así como lo postulamos, en cumplimiento de esa misma disposición legal, constituye un requisito de procedimiento que el vicio haya sido notificado al Tribunal Arbitral, tal como explícitamente lo consigna el numeral 2 de ese mismo artículo 63 donde señala que la referida causal de anulación, *“sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el Tribunal Arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas”*.

que lo emitió bajo cualquiera de los recursos que la norma permite presentar ante la decisión notificada, integración, interpretación, rectificación, exclusión, según corresponda, que subsane el defecto incurrido. En reciente pronunciamiento de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial en el Expediente 00224-2014, de 08.01.15, ha reiterado el criterio de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial en el Expediente 00315-2012; respecto a este requisito previo, en las que si bien se reconoce el mismo, introduce una excepción, dejando un amplio espectro discrecional sobre ello al órgano jurisdiccional, *“Esto se explica porque el recurso de anulación de laudo constituye un mecanismo de última ratio, por lo que en consonancia con la protección legal del principio de autonomía del arbitraje, la parte antes de acudir a sede judicial debe agotar previamente todo recurso o reclamo ante el Tribunal Arbitral, al ser dicho órgano el escogido por las partes para resolver sus controversias. Sin embargo resulta obvio que tal requisito será exigible en tanto y en cuanto su cumplimiento sea posible y además represente efectivamente la posibilidad de enmienda del vicio o defecto incurrido.*

Pues bien en ese sentido, se puede llegar a colegir que el citado requisito no resultará atendible en casos como éste, en los que se denuncie una indebida motivación, por cuanto con la interposición de los recursos de rectificación, interpretación, integración o exclusión contenidos en el artículo 58 del D.L. Nº 1071 no podría arribarse a una modificación del fallo; vale decir, la supuesta falta de motivación invocada no podía ser revertida aún si se hubiera interpuesto los citados recursos, por lo que estando en este orden de ideas se llega a establecer la legalidad del recurso interpuesto, al no encontrarse inmerso en causal de improcedencia ni contravenir lo establecido en el inciso 07 del artículo 63 de la prenotada Ley, por lo que en los próximos fundamentos este Superior Tribunal entrará a analizar la causal de anulación que sustenta el recurso”.

Con este criterio, se convierte en no pacífico el requisito de cumplimiento de reclamo previo ante el Tribunal Arbitral y, en nuestro criterio, al no conocer ni tener ocasión el Tribunal Arbitral de subsanar o ampliar la omisión o defecto, hace que el laudo esté expuesto, con mayor facilidad al recurso de anulación y, con ello, que la decisión arbitral pierda seguridad inmediata.

10. La experiencia

- Es evidente que la ausencia de motivación no presenta mayor problema en ser admitida.
- Las otras causas son las que pueden resultar opinables o no pacíficas.
- En el Portal del OSCE, respecto de laudos emitidos respecto de controversias en contratos regidos por la normativa de contratación pública, existen publicadas 94 sentencias que resuelven recursos de anulación de laudos.
- De ellas sólo 18 han sido declarados fundados, de manera parcial o total.
- De manera total sólo 7. Esto es, el 7.45%
- De manera parcial sólo 11. Esto es, el 11.7%
- En cuanto a la carencia o deficiencia de motivación tenemos
- Sentencia Nº 411-2011-SEC en la cual la Sala Especializada Civil se expresa: *“que el laudo carece de debida motivación”*

Sentencia de la Corte Superior de Lima, Expediente Nº 94-2011, de 10.10.11; *“Como ya se ha anotado precedentemente, el proceso de anulación de laudo arbitral no puede ser usado como medio para evaluar los criterios del o los árbitros al resolver el fondo de la controversia por encontrarse proscrito en nuestro ordenamiento legal determinar si la decisión fue o no la mas correcta. Sin embargo no puede señalarse lo mismo respecto al mecanismo argumentativo para justificar sus decisiones, cuya revisión no puede soslayarse alegando libertad de criterio,*

puesto que de por medio se encuentran principios de rango constitucional (debido proceso-motivación de resoluciones) que deben ser garantizados y por tanto observados por los encargados de la resolución de conflictos – árbitros para el presente caso.

Para el caso que nos ocupa, el cuestionamiento no radica en que el criterio asumido por el Tribunal Arbitral (respecto a que las ocurrencias de lluvias aún habiéndose perpetrado en distintas fechas deben ser considerados como un solo suceso ... puesto que muchas veces la labor interpretativa de un órgano decisorio puede dar como resultado la comprensión de una norma en contra de lo que usualmente podría desprenderse de su texto (como por ejemplo cuando existe una norma de mayor jerarquía con la que debe armonizarse) lo discutible en este caso es que los árbitros no han justificado el criterio adoptado lo que resultaba necesario por ser contrario al contenido literal de la norma habiéndose limitado a indicar que los argumentos que sostienen el criterio asumido han sido expuestos al momento de resolver la excepción de caducidad...” Así las cosas, se tiene que el laudo ha vulnerado el derecho constitucional de la motivación de las resoluciones, incurriendo en una motivación aparente.

Sentencia de la Corte Superior de Lima, Expediente Nº 0038-2012-0-1817-SP-CO-01, de 10.12.12 “Antes de iniciar el análisis de los fundamentos expuestos es menester señalar que el derecho a la debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales no incluye el derecho al acierto judicial sino que el indicado derecho se entiende satisfecho cuando la sentencia, a pesar de arribar a una errónea solución jurídica, cumple los requisitos que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha considerado como contenido esencial de la motivación, es decir, que esta exista, que no sea aparente, que se encuentre justificada interna y externamente,

que sea congruente con las peticiones de las partes y el debate realizado en el proceso y, finalmente que pueda considerarse suficiente”.

Sentencia de la Corte Superior de Lima, Expediente Nº 00209-2013-0, de 04.11.13, “Que, en tal sentido, el objeto de este recurso no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo decidido por los árbitros, sino controlar que estos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que la ley ha considerado indispensables para el buen funcionamiento del arbitraje; así, para resolver la nulidad de un laudo arbitral carecen de eficacia los argumentos encaminados a demostrar su injusticia. Como señala Chocrón Giráldez: “... el ,) recurso de anulación no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución.

Que lo emitió bajo cualquiera de los recursos que la norma permite presentar ante la decisión notificada, integración, interpretación, rectificación, exclusión, según corresponda, que subsane el defecto incurrido.

Que, aunque existe en la doctrina opiniones en las que se refiere que en materia del derecho arbitral, para verificar el cumplimiento del requisito de motivación, será suficiente con un “(...) análisis formal en el sentido que debe bastar que de una -simple y superficial lectura del laudo arbitral aparezca que los árbitros han explicado, bien o mal, corto o largo, correcta o defectuosamente, lógica o ilógicamente (pues todo es una cuestión de fondo), las razones por las cuales ha fallado a favor de una de las partes, para que se tenga por cumplido el requisito de motivación; consideramos que el deber de motivación escrita, en cualquier ámbito -incluso en el arbitral- resulta incuestionable, “...

entonces es necesaria la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima. subjetiva y arbitraria. Así, la exigencia de la motivación supone que el juez muestre cuál es el camino recorrido, el método utilizado para arribar a la decisión entre las muchas posibles. Igualmente, la fundamentación facilitará un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones externas, y en lo posible internas, que llevaron al Juez a elegir, por eliminación o por grados de aceptabilidad, entre las varias opciones de decisión en competencia; sin olvidar además, que la exigencia de motivación tiene igualmente por función buscar no sólo el acierto sino también demostrar que el Juez tiene el genuino propósito de proscribir el arbitrio y de excluir la posibilidad de acertar sin comprender o por pura casualidad, permitiendo de esta forma que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión (de ser el caso), puedan seguir el camino que llevo al juez a determinado tipo de solución, rastreando y reconstruyendo racionalmente los procesos mentales que lo llevaron a determinada convicción. Finalmente el derecho al debido proceso incluye dentro de su contenido el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, en cualquier clase de procesos. No obstante lo anotado, como ha establecido el propio Tribunal Constitucional en reiterada Jurisprudencia, la Constitución Política del Perú no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica. congruencia entre, lo pedido y lo resuelto. y que. por sí misma. exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada. aun si esta es breve o concisa". Sobre este alcance, Wong Abad expresa que "A pesar de reconocer la necesidad de una motivación

suficiente la Sala (Comercial) ha afirmado que: "...así tenemos que dicha exigencia constitucional –esto es la motivación– no puede significar que las resoluciones deban tener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que ofrezcan las partes de la cuestión en conflicto, sino que debe entenderse suficiente apoyadas las decisiones en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales para fundamentar la decisión o, su ratio decidende" ¹¹

11. Conclusión

Como puede observarse, el recurso de anulación de un laudo por la causal de falta o aparente motivación es una opción legalmente admitida y válida. Sin embargo, su existencia y factibilidad no es ilimitada, y demanda de modo previo que ese defecto, en apreciación de la parte sea expuesto explícitamente ante el propio Tribunal Arbitral que emitió el laudo, salvo la existencia de excepción anotada, pues de no hacerse será declarado improcedente. Asimismo demanda un riguroso análisis del laudo emitido a efectos de poder determinar, con la mejor exactitud, cuál o cuáles son los extremos que poseen ese defecto de motivación, así como el grado de carencia. Recordar, que la motivación corta no es carencia y que la larga puede sí serlo, por lo que el juicio y análisis valorativo del contenido del laudo es la labor fundamental, a fin de que solo en función de las conclusiones a las que se arribe se podrá determinar la existencia o no de una motivación adecuada, independiente de la conclusión a la que hayan arribado los árbitros. Un recurso de anulación sustentado en carencia o insuficiencia de motivación porque la decisión nos fue adversa, al margen de ese análisis reflexivo, estará muy probablemente condenado al fracaso y a agudizar, innecesariamente, las tensiones entre la parte vencedora y la vencida.

¹¹ Wong Abad Julio Martín, La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 201

NOTAS SOBRE LA CULPA CONCURRENTENTE Y LA MITIGACIÓN DE DAÑOS

La culpa concurrente (CC) y la mitigación de daños (MD) son elementos muy recurrentes en los arbitrajes, por eso es que es pertinente que en un entorno de discusión sobre arbitraje se toque temas de fondo como la CC y la MD. Como veremos más adelante, los más abultados pedidos indemnizatorios pueden reducirse si una buena defensa prueba la existencia de CC, no MD o ambos. Ello, porque ambos, a pesar de sus diferencias, tienen la misma consecuencia jurídica: reducir el monto indemnizatorio solicitado por la víctima del daño.

Este artículo se encuentra dividido en las siguientes partes: Parte 1, donde se examina en qué elemento de la responsabilidad civil se ubican la CC y la MD; Parte 2, donde se esboza conceptualmente qué es cada cosa y en que se diferencian y parecen entre sí la CC y la MD; Parte 3, donde se referencia cómo éstas se encuentran reguladas en el Perú; Parte 4, donde se señalan cómo rigen las reglas de la carga de la prueba en la CC y MD; Parte 5, donde se hace un análisis específico de la CC y MD en distintos temas, empezando por una sucinta explicación de cómo operan en EEUU, luego en el sector construcción, en las compraventas internacionales y Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales.

1.- Ubicación del tema

Si bien la CC y la MD no son propiamente elementos de la responsabilidad civil (RC), constituyen genuinos requisitos de indemnizabilidad del daño. Dicho en sentido negativo, es posible que de existir CC o que no haya habido MD el deber indemnizatorio se vea reducido o, incluso, eliminado.

Los elementos de la responsabilidad civil son los siguientes:

- Primer elemento: Conducta
- Segundo elemento: Factores de atribución²
- Segundo elemento: Antijuridicidad
- Tercer elemento: Relación de causalidad
- Cuarto elemento: Daño

Sin embargo, para que el daño sea indemnizable totalmente, habría que agregarle que:

- La víctima no haya contribuido con la realización del daño (CC); y que
- Una vez efectuado el daño, la víctima haya intentado mitigarlo (MD)

Dicho de otra manera, si existe culpa concurrente o no existe mitigación de daños, o ambas se han dado de forma parcial, la indemnización se reducirá en forma proporcional al incumplimiento de estas auténticas cargas de la víctima de un daño.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en Arbitraje Internacional por New York University (NYU). Especializado en arbitraje, nacional e internacional, comercial y de inversiones, construcción, obras públicas, contrataciones del estado y asociaciones público privadas. Asociado de Amprimo & Flury Abogados. Coordinador Regional del ICC YAF (Coordinar Regional del Foro de Árbitros Jóvenes de la Cámara de Comercio Internacional). Abogado en Perú, admisión pendiente en la Barra de Nueva York. Sus correos electrónicos son rmiranda@amprimoabogados.com y rgm316@nyu.edu.

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

La CC es la actitud negligente, o incluso dolosa, de la propia víctima³ de un daño en la producción del mismo. Esta conducta de la víctima se denomina “concurrente”, porque concurre con la conducta del agente causante del daño⁴. Es una concurrencia de culpas. No solo fue la conducta del agente la que causó el daño, también lo fue la conducta de la propia víctima. Si no solo fue la conducta del agente la que causó el daño a la víctima, entonces, no es justo que solo el agente asuma los costos de dicho daño. Por eso, lo que se busca es salvaguardar la proporcionalidad y que cada parte, agente y víctima, asuman el costo del daño según su porcentaje de culpas.

Expresiones de proporcionalidad en el Código Civil Peruano (CCP), las podemos encontrar por ejemplo en:

- Derecho de Familia, cuando existen diversos obligados a proveer alimentos a un acreedor alimentario, caso en el cual, tales obligados responden según sus necesidades. Esto se denomina prorrateo de los alimentos . ⁵
- Responsabilidad Civil, cuando existen varios causantes de un daño. Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que pueda haber entre los varios causantes frente a la víctima del daño, en las relaciones internas, los diversos causantes deberán asumir la carga económica en proporción a sus culpas . ⁶

- Hay muchos ejemplos más de proporcionalidad en familia, sucesiones, copropiedad, obligaciones.

Lo que queremos decir con esto es que el Derecho busca la proporcionalidad (que forma parte de la justicia) en distintos temas, uno de ellos, precisamente, es la CC. Por su parte, la mitigación de daños, también constituye una auténtica carga de la víctima. Consiste en que, una vez sufrido el daño, la víctima debe realizar las acciones que sean necesarias para paliar los efectos del daño y, además, para evitar que se incrementen los daños.

Si la víctima no hace esto, el daño no será indemnizable, si hablamos de que el daño era mitigable totalmente y la víctima no hizo nada para mitigarlo.

Pero también podríamos tener un supuesto de mitigación parcial, donde parte del daño se mitigó y parte no. En tal caso, bastante posible, la proporción del daño mitigable pero no mitigado no será indemnizable. Sin embargo, sí será indemnizable la proporción del daño que no era mitigable.

Como dicho supra, la CC y la MD concurren con los otros elementos de la responsabilidad civil para analizar si se (in)cumplen y, de esta manera, determinar si existe o no una obligación de indemnizar. Así, la CC y la MD tienen en común que son (i) cargas⁷ y que (ii) constituyen elementos para verificar la indemnizabilidad o no del daño.

² Que pueden ser objetivos o subjetivos. Objetivos suele ser cuando existe responsabilidad por riesgo y subjetivos, en general, en los demás casos. Los factores de atribución subjetivos son el dolo y la culpa y ésta en algunos regímenes (como la responsabilidad por inejecución de obligaciones) se puede dividir en culpa inexcusable o culpa leve.

³ Que puede ser una en vía de acción o de omisión.

⁴ Conducta que también puede referirse a una acción, omisión o eventualmente ambas.

⁵ CCP Artículo 477^o.- Prorrateo de la pensión alimenticia.

Cuando sean dos o más los obligados a dar los alimentos, se divide entre todos el pago de la pensión en cantidad proporcional a sus respectivas posibilidades. Sin embargo, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el juez puede obligar a uno solo a que los preste, sin perjuicio de su derecho a repetir de los demás la parte que les corresponda.

⁶ CCP Artículo 1983^o.- Responsabilidad solidaria.

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

Pero existen ciertas diferencias conceptuales, que es importante recordar entre la CC y la MD. Mientras que la CC está más ligada a la relación de causalidad; la MD, si bien tiene ligazón con la relación de causalidad, está más ligada al daño mismo. Y es que la CC opera ANTES de la realización del daño, pues en la CC la conducta de la propia víctima causa el daño⁸; en tanto que la MD, o mejor dicho la no MD, es algo que ocurre LUEGO de realizado el daño. Ambos tienen en común que son una expresión concreta de los principios de buena fe, proporcionalidad, de proscripción del ejercicio abusivo de los derechos. Desde una óptica del análisis económico del derecho, consideramos que la MD y la CC buscan crear incentivos positivos en la víctima: la CC a que la víctima no colabore en la realización de su propio daño y la MD a que la víctima haga las acciones necesarias para eliminar el daño una vez hecho o al menos evite que se incremente. En buena cuenta, ambas buscan que todos sean diligentes, incluso la propia víctima. Para diferenciar la CC de la NO MD colocaría el siguiente ejemplo sencillo: Hay un atropello de un vehículo contra un peatón, en el que el chofer estaba manejando imprudentemente

y levemente por encima del límite de velocidad y el peatón cruzó la pista en luz verde.

Los daños son fractura de la pierna del peatón, nada más felizmente. Sin embargo, de los dos meses de terapia de rehabilitación de la víctima, solo acude los primeros quince días. Resultado: dificultades permanente e irreversibles para mover la pierna afectada. En caso la víctima reclame por el íntegro de sus daños, la defensa del conductor posiblemente se base en lo siguiente:

- La indemnización se debe reducir proporcionalmente por la concurrencia de culpas, porque si bien el conductor fue imprudente y estuvo (levemente) encima del límite de velocidad, también es cierto que la víctima cruzó la pista estando el semáforo en luz verde.
- De otro lado, la indemnización no debe comprender en lo absoluto las fracturas permanentes, pues si bien tienen conexión con el atropello, también es cierto que la víctima pudo evitar las lesiones permanentes si es que asistía disciplinadamente a sus sesiones de rehabilitación, esto es, no mitigó sus daños.

7 Profesores italianos distinguen entre las situaciones jurídicas subjetivas (definidas como la posición de un sujeto frente al ordenamiento jurídico). Entre varias situaciones jurídicas subjetivas, encontramos al deber jurídico y a la carga. El deber jurídico es una obligación con un contenido (prestación de dar, hacer o no hacer) donde existe un obligado y un acreedor de dicho deber jurídico. La obligación patrimonial es una clase de deber jurídico, otro ejemplo es el respetar una luz roja en un semáforo. El deber jurídico tiene, como la contracara de la moneda, un derecho subjetivo del acreedor a cumplir ese deber jurídico, i.e.. a quien le deben dinero tiene derecho a su pago y el peatón tiene derecho a que el conductor cumpla su deber de respetar la luz roja. En cambio, la carga consiste en un requisito para el ejercicio de un derecho. El tercero no es acreedor de la carga, pero si la carga se incumple, el titular del derecho no puede ejercerlo ni exigirlo.

En ese sentido, considero que las categorías de CC y MD no son deberes jurídicos para con terceros, sino son cargas de la víctima para que pueda obtener un resarcimiento de su daño. El agente causante de ninguna manera es acreedor de la CC y MD, pero si la víctima concurre en la culpa o no mitiga su daño, la víctima pierde o ve disminuido su derecho resarcitorio, beneficiando –consecuentemente– al agente causante del daño.

8 CCP Artículo 1326º.- Dolo o culpa del acreedor en el daño ocasionado.

Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

9 Este tipo de responsabilidad presupone una relación jurídica previa entre agente y víctima. Y es que la fuente de las obligaciones es el contrato y también la ley. Dentro de esta categoría de responsabilidad, lo más común es la denominada coloquialmente como responsabilidad contractual, pero también podrían haber responsabilidad por el indebido uso de un poder, responsabilidad intra-familiar (donde las obligaciones no son contractuales sino que vienen impuestas por el Derecho de Familia), responsabilidad por ejemplo de un operador de infraestructura por no cumplir un mandato de acceso de un regulador o cumplirlo mal.

3.- Asidero normativo en el Perú

En el Perú, la responsabilidad civil está dividida en responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones⁹ y en responsabilidad extracontractual.¹⁰

En responsabilidad por inejecución de obligaciones, la CC está reflejada en el artículo 1326°¹¹ del Código Civil, en tanto que la MD en el siguiente, 1327°¹². En responsabilidad extracontractual, la CC total está contemplada en el artículo 1972° del Código Civil¹³ y la parcial en el 1973°¹⁴. La MD no está contemplada en la sección de responsabilidad extracontractual del Código Civil Peruano. ¿Acaso eso significa que no existe la carga de la víctima de mitigar sus daños? Lo revisaremos en el numeral 7 infra.

4.- Carga de la prueba y la CC y la NO MD como defensas dentro de las demás

Sobre el particular, cabe preguntarse quien tiene la carga de la prueba en la MD o la CC. Antes de eso, recordemos cómo generalmente se maneja la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil. Decimos generalmente, porque puede haber excepciones, inferencias en contra, entre otras razones que pueden llevar a que la carga de la prueba se invierta de una parte a otra, de víctima a agente o viceversa.

Sin perjuicio que esto varía de país en país según las reglas sustantivas y procesales, cabe señalar que como regla general, la víctima –demandante- tiene que probar el daño¹⁵, la conducta del causante (esto es, la acción u omisión) y la relación causal.

El Derecho suele “apoyar” a la víctima en la carga probatoria de algunos elementos de la responsabilidad civil. Por ejemplo, si la víctima no prueba el quantum del daño, el juez o árbitro pueden otorgar una indemnización usando la denominada valorización equitativa.^{16 17} La víctima no tiene que probar los factores de atribución, pues la culpa presume, la leve en la responsabilidad por inejecución de obligaciones¹⁸ y la ordinaria en responsabilidad extracontractual. Ya si la víctima desea probar culpa grave en responsabilidad contractual o dolo en la extracontractual, deberá probarlo.¹⁹

Volviendo a la pregunta, ¿quién debe probar la CC o la No MD? ¿La víctima o el agente causante del daño? A nuestro juicio, el agente. Como regla general, las defensas tienen que ser probadas por el demandado; esto, conforme al precepto general que quien afirma un hecho, en principio, es quien debe probarlo, «affirmanti incumbit probatio» Evidentemente quien va a afirmar la existencia de CC o de No MD es el agente en su calidad de demandado.

10 En este caso, no hay un contrato previo ni tampoco una relación jurídica previa entre agente y causante.

11 Reducción del resarcimiento por actos del acreedor

Artículo 1326.- Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

12 Liberación del resarcimiento

Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

13 CCP Irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor

Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

14 CCP Reducción judicial de la indemnización

Artículo 1973.- Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.

15 CCP Prueba de daños y perjuicios

Artículo 1331.- La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Y es que la CC y la No MD son unos ejes más de la defensa de un demandado (esto es, el agente) en un caso de responsabilidad civil. Así por ejemplo, el demandado tendrá, de manera enunciativa y no limitativa, las siguientes posibles defensas de fondo:

- Inexistencia de la conducta.
- Juridicidad de la conducta. Es decir, que la conducta del demandado (aunque haya causado daño) fue conforme a derecho.
- Ruptura del nexo causal. Es decir, factores externos –donde se puede incluir a la CC por supuesto– que interrumpieron, contribuyeron o rompieron el nexo causal entre la conducta y el daño.
- Inexistencia, improbanza o no certeza del daño.
- Culpa concurrente del demandante-víctima.
- No mitigación de daños del demandante-víctima.

Siendo así las cosas, la CC y la NO MD, como defensas que son, en principio deberán ser probadas por el demandado, esto es, por el (supuesto) causante del daño. La doctrina señala que la carga de la prueba no es estática sino dinámica. En efecto, una parte prueba un hecho, la segunda, una excusa; pero a lo mejor la primera puede contraprobar que esa excusa, pareciendo válida, en realidad, no lo es. Así, en la CC y en la MD, por lo general, las cargas probatorias serían así: la víctima-demandante probará la existencia del daño, de la relación de causalidad, de la conducta del agente.

Será el agente-demandado el que, entre otros argumentos, tenderá a probar que hubo concurrencia de culpas en la producción del daño o que la víctima no mitigó sus daños. Pero siguiendo con la dinámica de la carga probatoria y persuasiva, la víctima-demandante podrá probar y argumentar, por ejemplo, que éste no tuvo culpa concurrente o que los daños eran imposibles de mitigarse a pesar que ella hizo los esfuerzos²⁰ o que era irrazonable forzarla a tentar mitigarlos.

En fin, se aprecia que a raíz de la introducción de la CC y MD en un caso surge un debate probatorio interesante.

5.- La CC y la MD en específico

Habiendo revisado los temas generales de la CC y la MD, en las líneas que siguen, vamos a revisar estos temas en algunos países y sectores específicos. Primero, revisaremos brevemente como está regulado el tema en Estados Unidos, de forma muy general (5.1), luego revisaremos la CC en el sector construcción que básicamente se da en lo que se denomina demoras concurrentes (concurrent delays) (5.2), luego veremos cómo opera el deber de MD en el marco de las compras y ventas internacionales a través de, respectivamente, las compras y ventas de reemplazos, léxico usado por la Convención de Viena y en los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales (5.3).

16 CCP Artículo 1332^o.- Valorización equitativa del resarcimiento.

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

17 Valorización equitativa no significa valorización arbitraria. El derecho a un debido proceso arbitral implica que en los arbitrajes de derecho y de conciencia también, las facultades discrecionales de los árbitros tienen que ser ejercidas motivadamente.

18 CCP Presunción de la culpa leve del deudor

Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

19 CCP Prueba de dolo y culpa inexcusable

Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

CCP Indemnización por daño moroso y culposo

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

5.1. Estados Unidos

En los torts ²¹, en Estados Unidos se empezó con la denominada contributory negligence, donde si la víctima tenía un mínimo porcentaje de culpa (digamos 1% de culpa la víctima y 99% de culpa el agente), se eximía al agente causante de pagar una indemnización. Este criterio fue considerado injusto porque ponía demasiada carga a la víctima y beneficiaba en demasía al agente causante. Por eso, posteriormente, la mayoría de estados²² fue abandonando la contributory negligence dando paso a la comparative negligence. Ella se divide en dos, la denominada pure comparative negligence y la regla del 50%. La primera consiste en la atribución exacta de la indemnización según el porcentaje de culpa de la víctima y del agente. Así por ejemplo, si el agente tuvo 57% de culpa y la víctima 43%, el agente pagará como indemnización el 57% de los daños.

Por su parte, la regla del 50% consiste en que si la víctima fue 50% o más culpable de su propio daño, pierde totalmente el derecho a ser indemnizada. Bajo este esquema, por ejemplo, si la víctima tuvo el 48% de culpa percibirá como indemnización el 52% del daño, mientras que si tuvo el 52% de culpa no percibirá ninguna indemnización.

La doctrina y la jurisprudencia también considera el duty of mitigation of damages como una carga de la víctima y se suele manejar el criterio de la razonabilidad que se explicará en la Parte 6 infra.

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

Normalmente, cuando existe un atraso no imputable al contratista, la consecuencia jurídica es que éste tiene derecho a una ampliación de plazo, y además, según lo que diga el contrato y la ley aplicable, podría tener derecho a que se reconozcan ciertos sobrecostos incurridos, siempre que sean reales, estén probados y sean razonables . ²³ También normalmente, cuando existe un atraso imputable al contratista, la consecuencia jurídica será la aplicación de penalidades y quizás otras consecuencias jurídicas negativas, según lo que diga la ley y el contrato. Estas últimas podrían ser disposiciones back to back, en virtud del cual, el contratista –por su atraso imputable–, asuma las consecuencias negativas que, eventualmente, tenga que asumir el propietario, i.e. si por la demora del contratista, el propietario paga penalidades en un PPA (Power Purchase Agreement) a un comprador de energía, probablemente el contratista asumirá las referidas penalidades.

²⁰ Este artículo no se refiere a las cuestiones procesales y arbitrales sobre preclusión, oportunidad para presentar pruebas, hechos nuevos, entre otros, pero indudablemente estos aspectos deberán ser considerados por los abogados al momento de armar sus estrategias de ataque y defensa en el marco de la CC y la NO MD.

²¹ Responsabilidad civil.

²² Los torts son un tema de legislación estatal, por eso, aunque en general las regulaciones, jurisprudencia y principios sean parecidos, ellos pueden variar de estado a estado.

²³ Criterio usado en los contratos FIDIC.

²⁴ Ver Smith, Richard F. “Scheduling for a Construction Project”, en “Fundamental of Construction Law” ABA, USA 2001 p. 222. Al respecto, Richard Smith señala lo siguiente:

“In many instances, the contractor may have some responsibility for causing the delay. When both the owner and the contractor have caused delays in critical path activities, they are considered concurrent delays. Concurrent delays may exist when two or more independent delays occur during the same period of time, any of which would have delayed the project, even if the other delay had not occurred.

Most jurisdictions still follow the rule that neither party can recover from the other where each has contributed to the delays. Under this circumstance, the contractor would be entitled to additional time, but no compensation. Many judicial bodies, however, have struggled with how to deal with current, including recovery for compensable delays concurrent with non-compensable delays. Often they will attempt to apportion the delays and expenses attributable to each party, even though the delays are concurrent. The CPM schedule will be a major in determining whether a particular activity ultimately caused a delay in completion of the project. If one delay is on the critical path and the other is not, that will almost certainly be the determinative factor.”

Muchas veces existen demoras concurrentes, esto es, demoras que son imputables tanto al propietario como al contratista. ¿Qué se suele hacer en estos casos?

En primer lugar, tratar de dividir los días de demora según a quien le es imputable la demora. Por ejemplo, si en total hay 100 días de demora y se puede determinar que 40 son imputables al propietario y 60 al contratista, se buscará el apportionment, es decir, dividir el número de días según a quien le es imputable y a cada uno asignarle tales días. En este caso, se concederán 40 días de ampliación de plazo y 60 días de penalidades.

Como se puede apreciar, lo que se busca es realizar un apportionment de qué segmento de los días corresponde imputar a qué parte, para lo cual, muchas veces se usa analiza qué actividad estaba en ruta crítica y qué actividad, no. Por ejemplo, si la demora del propietario estaba referida a una actividad no crítica, pero la demora del contratista, sí; entonces, la demora se imputa al contratista. Se entiende que la actividad crítica en mora ES la causa de la demora en el proyecto, siendo que la otra actividad no crítica demorada, en realidad, a pesar de su demora, no causa un retraso en las otras actividades del proyecto . 24

Empero, muchas veces no se puede hacer un el apportionment a que se refiere el párrafo anterior, en tales casos, la doctrina y la jurisprudencia, disponen que la solución es la siguiente:

- Se concede la ampliación de plazo . 25
- No se imputan penalidades contra el constructor . 26
- Pero tampoco se le reconoce ningún tipo de sobrecosto . 27

Es una solución que busca ser justa, habida cuenta que hubo una culpa concurrente que generó una demora en la ejecución del proyecto.

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

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“Convención de Viena”) también acoge el deber de mitigación de daños y contempla la culpa concurrente.

El deber general de mitigación de daños está contemplado en el artículo 77° que contempla el deber de la víctima de reducir sus pérdidas . 28 Una forma de hacer eso es a través de las denominadas compra y venta de reemplazo regulado en su artículo 75° . 29 La compra de reemplazo opera cuando un comprador es víctima del incumplimiento de un vendedor y luego tiene que comprar este producto más caro, entonces, el vendedor incumplidor le deberá pagar el diferencial de más que pagó.

En sentido similar, la venta de reemplazo, opera cuando el vendedor es víctima del incumplimiento del comprador incumplidor.

Entonces, el vendedor se ve forzado a vender su mercadería a un precio menor. En derecho anglosajón esto se denomina cover damages, y es porque son los daños incurridos por una de las partes para cubrirse del incumplimiento de la otra. Como puede apreciarse, estas operaciones de reemplazo no son otra cosa que una manifestación de la concreción del deber de mitigación de daños. En efecto, el vendedor que sufre el incumplimiento de su comprador no debe quedarse con los brazos cruzados.

25 Porque al fin y al cabo hubo demora del propietario.

26 Idem.

27 Porque también hubo una demora imputable al contratista y el no reconocimiento de los sobrecostos es una suerte de castigo al contratista.

Al contrario, debe hacer los mejores esfuerzos para salir al mercado a vender sus productos aun por debajo del precio inicial. Así, su daño no será el íntegro de la venta no efectuada sino principalmente la diferencia del valor de venta entre la operación original y la de reemplazo, más los gastos incurridos para lograr dicha venta . ³⁰

Un ejemplo de compra de reemplazo: el contrato de compraventa mencionaba que el comprador adquiriría un vehículo por 100, pero el vendedor incumplió. Luego el comprador tuvo que comprar un vehículo similar a 120. Como consecuencia, el comprador afectado por el incumplimiento del vendedor, tiene derecho a que el original vendedor pague los 20 de más que tuvo que pagar por la compra de reemplazo.

Un ejemplo parecido de venta de reemplazo: el contrato de compraventa mencionaba que el comprador adquiriría un vehículo por 100, pero el comprador incumplió. Luego el vendedor tuvo que vender dicho vehículo a 80. Como consecuencia, el vendedor afectado por el incumplimiento del comprador tiene

derecho a que el original comprador pague los 20 de menos que el vendedor obtuvo en la venta de reemplazo.

Respecto a la culpa concurrente, la Convención de Viena no cuenta con una fórmula textual que señale que la indemnización de un daño se verá reducida o incluso eliminada por la concurrencia de la víctima en su realización.

Sin embargo, a juicio nuestro, a pesar de esa ausencia, la culpa concurrente sí opera en las compraventas internacionales, en virtud de que, como veremos infra, la CC y la MD se desprenden de principios generales del derecho y por otras normas de la misma Convención de Viena, tales como la previsibilidad del daño³¹ y la imposibilidad de sancionar el incumplimiento de una parte si, a su vez, se basó en el incumplimiento de la otra . ³² Nótese, pues, que la Convención de Viena no contempla expresamente la CC en materia de daños, pero al disponer que una parte no puede aducir incumplimiento de la otra cuando ésta lo causó, está abriendo la puerta para que se aplique la culpa concurrente en materia de daños en operaciones internacionales de compraventa.

28 Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

29 Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

30 Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

³¹ Ver parte resaltada del artículo 74°.

32 Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquélla.

Los PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2010 (“Principios UNIDROIT”), que constituyen un cuerpo de soft law que busca ser un consenso de cuestiones comunes entre los distintos Derechos de Contratos³³, también contempla la CC y la MD.

En cuanto a la culpa concurrente, los Principios UNIDROIT lo regulan en dos fases: la concurrencia de los incumplimientos, esto es, que el incumplimiento de una parte no es sancionable si este incumplimiento se debe al incumplimiento de la otra

(fórmula similar a la del artículo 80 de la Convención de Viena) y también regula la contribución de la víctima al daño causado, señalando que la indemnización se reducirá proporcionalmente al grado de culpa de la víctima . ³⁵

De otro lado, en cuanto a la mitigación de daños, los Principios UNIDROIT, en forma similar a la Convención de Viena, contemplan la carga general de la víctima de mitigar sus daños (caso contrario, éstos no serán indemnizados)³⁶ y también contempla en forma más precisa las operaciones de reemplazo . ³⁷

33 Sobre estos principios, véase M^a de la Sierra Flores Doña, Los Principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional,

http://eprints.ucm.es/9556/1/PC_Congreso_Rioja2009_Eprint.pdf

“Los PCUnidroit representan una especie de “Derecho universal de obligaciones y contrato”, porque en él se integran los principios y reglas coincidentes en la mayoría de los ordenamientos. Mediante la “recopilación” de este Derecho común en un instrumento de nuevo cuño llamado Principios generales, según la sistemática institucional universalmente seguida en la estructura de los contratos, los sucesivos artículos que comprenden cada uno de los textos internacionales se agrupan y, de algún modo, armonizan los sistemas civil law y common law, como posible solución efectiva en la regulación del tráfico internacional”, p. 25

34 ARTÍCULO 7.1.2 (Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

35 ARTÍCULO 7.4.7 (Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

36 ARTÍCULO 7.4.8 (Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

37 ARTÍCULO 7.4.5 (Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional