

Contenido:

- **CULTIVANDO DERECHO:** Las estafas en la venta de oxígeno medicinal y los concentradores de oxígeno en la segunda ola del Covid-19 // Reflexiones iniciales sobre la ejecución arbitral de la hipoteca // ¿Qué debemos tomar en cuenta al redactar una cláusula arbitral?
- **ÚLTIMAS DISPOSICIONES NORMATIVAS**

CULTIVANDO DERECHO

Las estafas en la venta de oxígeno medicinal y los concentradores de oxígeno en la segunda ola del Covid-19



Fuente: Pigsels.com

En tiempos de la segunda ola del Covid-19, el mundo vive la era digital, consecuentemente el ciberespacio cada vez se encuentra más vulnerable, cada 39 segundos ocurre un ciberataque en internet, siendo evidente la utilización de nuevas plataformas tecnológicas y la proliferación de páginas web que ofrecen y promocionan venta de oxígeno medicinal, concentradores, medicamentos, mascarillas, productos sanitarios y hasta vacunas se ofrecen en la web, incrementando la ciberdelincuencia, dentro de los cuales se encuentra el delito de Suplantación de Identidad (a través de páginas web) en concurso con el delito de Estafa.

Actualmente y justo bajo el marco de las nuevas cepas del coronavirus que son más contagiosas, el oxígeno medicinal se ha convertido en un producto vital para algunas personas que padecen la enfermedad, siendo

su producción insuficiente para cubrir la demanda de usuarios.

Cabe resaltar que, aprovechando esa vulnerabilidad y desesperación de la población por adquirir dicho producto, hacen su aparición los ciberdelincuentes para suplantar la identidad de algunas empresas a través de falsas páginas webs y estafar a los interesados en comprar oxígeno y/o concentradores. La suplantación de identidad se encuentra previsto y sancionado por el art. 9 de la Ley de Delitos Informáticos y se configura con la circulación vía internet de supuestas página de Facebook falsa de las empresa que venden oxígeno, ofreciendo vía virtual la venta de balones de oxígeno, recargas, accesorios (manómetro, flujómetro, humidificador, etc.) y concentradores, mecanismo por el cual personas no identificadas estarían defraudando a muchos interesados en la compra de estos productos medicinales.

Siguiendo ese orden de ideas, dicha página web falsa brinda nombres y teléfonos para contacto, que al llamar sólo se escucha el mensaje grabado de la central telefónica de la empresa para después ser derivados al número del estafador, quien haciéndose pasar como personal de la empresa engaña a sus víctimas, los que finalmente disponen de su patrimonio para la supuesta adquisición de los balones de oxígeno, recargas, accesorios o concentradores.

Al respecto, debemos resaltar que la suplantación de identidad de las empresas no solo vulnera bienes jurídicos relativos a derechos informáticos y de identidad de la compañía, sino también mancillan su buen nombre y reputación en el mercado nacional e internacional, razón por la cual la empresa y las víctimas de estafa deben interponer su denuncia ante la División de Alta Tecnología -DIVINDAT-.

La División de Alta Tecnología procederá a realizar las diligencias tendientes a identificar la dirección IP (conjunto de números único que identifica a un equipo que tenga capacidad de conectarse a internet) desde donde se creó la página de Facebook falsa, efectuando la captura de pantalla como evidencia y realizando una constatación informática verificada con el patrullaje cibernético en la internet, ello a efectos de acreditar la información falsa e individualizar a los presuntos autores del delito.

El art. 9 de la Ley N° 30096, modificada por la Ley N° 30171, prevé la figura del delito de Suplantación de Identidad, cuya descripción típica es la siguiente:

*Artículo 9. Interceptación de datos informáticos
“El que, mediante las tecnologías de la información y de la comunicación, suplanta la identidad de una persona natural o jurídica, siempre que dicha conducta resulte algún perjuicio, material o moral, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de tres años ni mayor de cinco años”.*

Este tipo penal sanciona la suplantación de la identidad de una persona natural o jurídica que cause perjuicio, por tanto, se trata de un delito de resultado porque no basta con realizar la conducta típica de “suplantar” la identidad, sino que además es necesario para que se configure el delito que dicha acción vaya seguida de un resultado que consiste en causar un perjuicio, caso contrario quedaría en tentativa. Vgr. Crear perfiles falsos en las redes sociales (correo electrónico, Facebook, Twitter) atribuidos a personas naturales y/o jurídicas para engañar y perjudicar a terceros¹.

Ahora, si como consecuencia de dicha conducta se logra inducir a error a un tercero para que disponga de su patrimonio, comprando los balones de oxígeno u otros, se configurará además el delito de Estafa previsto en el Art. 196 del Código Penal en la modalidad básica, cuya pena oscila entre 1 a 6 años de pena privativa de libertad, pero si son dos o más personas los que participan en la confección del engaño, se configurará la modalidad agravada de éste delito, cuya pena va entre los 4 a 8 años y 90 a 200 días multa.

Tratándose de una suplantación de identidad a través de páginas Web o redes sociales, deberá ser la

DIVINDAT quien realice las investigaciones para individualizar a las personas que vienen facilitando la comisión de estos delitos prestando sus cuentas bancarias para los depósitos o pagos de estas fraudulentas ventas de oxígeno y otros, pues presuntamente forman parte integrante de la organización, también conocidos como “muleros”.

A efectos de reducir la incidencia de estos delitos, es fundamental potenciar la ciberseguridad en las empresas a través de sus programas de prevención de riesgos, esto es identificándolos dentro de la matriz de riesgo, para convertir los riesgos inherentes a residuales.

Finalmente, y a modo de sugerencia para minimizar los riesgos de ser víctimas de esta modalidad de Estafa en la compra de oxígeno y concentradores, propongo:

- Una real concientización de la existencia de estos fraudes informáticos al realizar compras por internet, así tengamos un buen antivirus.
- No ingresar a sitios webs sospechosos, así tengan en aspecto de ser de empresas conocidas.
- No ingresar a links de acceso a una página web derivados de otra página o redes sociales, siempre será sugerirle ingresar desde un portal oficial.
- Efectuar búsquedas en internet del nombre de la empresa, verificar su web y la información que figura sobre dicha persona jurídica o natural.
- Revisar minuciosamente que el link de acceso a la empresa esté bien escrito, que no tenga faltas ortográficas o de digitación, el logo de la empresa, los colores típicos de la web de la empresa y hacer una confrontación con la página web suplantada, pudiendo comprobar la información, realizando búsqueda en redes sociales de la página verdadera de la empresa, consultando con llamadas telefónicas a los números que aparecen en internet de la web desde portal oficial de la empresa.
- Tener presente que los ofrecimientos de productos en las redes sociales no siempre son veraces, debiendo comprobar los datos de la

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Delitos Informáticos.
En:<http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/edición>



empresa previamente a la transferencia virtual de consumación de la compra.

- En el caso específico de la venta de oxígeno medicinal, verificar que la empresa se encuentre dentro de la relación de DIGEMID y que cuente con autorización para la venta.
- Por último, en caso de comprobar que se encuentra ante una página web falsa, perennizar la evidencia, con captura de pantalla o filmar videos acreditando los hechos de la suplantación y dar aviso pronto a las autoridades.



JORGE FERNÁNDEZ LOO

Asociado Senior – Área Penal

jfernandez@linaresabogados.com.pe

<https://pe.linkedin.com/jfernandezloo/>

Reflexiones iniciales sobre la ejecución arbitral de la hipoteca



Fuente: Fotocasa.es

El contexto

La realización de actos de ejecución respecto de los laudos arbitrales, por parte de los árbitros, se encuentra supeditada a dos eventos en particular²: (i) que las partes hayan establecido en el convenio arbitral o en la fijación de reglas arbitrales o a través del Reglamento arbitral, que los árbitros tienen competencia para ejecutar sus propias decisiones; y, (ii) que, luego de emitido el laudo, la parte interesada solicite la realización de dichos actos de ejecución conforme a lo pactado.

Bajo esta perspectiva, la ejecución de las decisiones arbitrales no es una característica intrínseca del proceso arbitral, ni es un poder connatural a la condición de árbitro, sino que depende del alcance que hayan establecido previamente las partes, sobre la base de una habilitación legal o constitucional.

Así, por ejemplo, las partes podrían no haber conferido la posibilidad de ejecución a los árbitros o bien podrían haberla limitado convencionalmente. Y, aún habiéndose conferido tal poder, los árbitros no tienen en ningún caso la facultad de realizar actos de ejecución de oficio e, incluso, están (discutiblemente³) habilitados a cesar en sus funciones si consideran que los actos de ejecución requieren de la asistencia de la fuerza pública⁴.

En aquellos casos en los que las partes no le hayan reconocido a los árbitros la competencia para realizar actos de ejecución de sus decisiones, aquellas cuentan con la posibilidad de recurrir al órgano judicial para que la ejecución, de lo decidido en el laudo arbitral, se realice en el proceso único de ejecución.

² Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 67.- Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

³ En este extremo concordamos con ARRARTE, Ana María, “Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial”, *Ius et Veritas*, n. 27, 2003, p. 36, quien indica que: “a) No es exacto afirmar que la jurisdicción de los árbitros concluya con la emisión del laudo arbitral. Si tenemos en cuenta que esta jurisdicción proviene del mandato de conferido por las

partes, a través del consenso plasmado en el convenio arbitral, en nuestra opinión, es perfectamente posible sostener que la jurisdicción de los árbitros concluirá donde se agoten también las facultades a ellos conferidas”

⁴ Decreto Legislativo Nº 1071. Artículo 67.- Ejecución arbitral.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución

El problema

Frente al panorama descrito surge la necesidad de establecer si, en el marco de un arbitraje, se puede realizar la ejecución de una hipoteca. Es decir, en primer lugar, si los árbitros tienen la competencia para llevar a cabo los actos de ejecución que comprendan la venta del inmueble y el pago al acreedor. Y, en segundo lugar, si el arbitraje es la vía procedimental para llevar a cabo la ejecución de una garantía hipotecaria.

El problema se presenta porque se pueden generar, entre otras, las siguientes objeciones: (i) la ejecución de una garantía no es una materia arbitrable, por lo que los árbitros se encontrarían impedidos de realizar actos dirigidos a tal fin, y, (ii) la competencia para la ejecución arbitral está reservada, únicamente, para los actos de ejecución del laudo, por lo que la vía procedimental para realizar actos de ejecución diferentes al laudo está reservada a la jurisdicción ordinaria.

Ambas objeciones son superables.

Análisis

Con relación a lo primero (arbitrabilidad de la ejecución), hay que tener en consideración que no solo son arbitrables las materias de cognición vinculadas a la ejecución⁵ (validez del contrato de constitución de hipoteca, delimitación y liquidación de la deuda), sino

que ciertos actos de ejecución propiamente dichos (valorización del inmueble, venta del inmueble, verificación del pago), también lo son, ya que todos ellos constituyen materias de libre disposición⁶. Inclusive, a pesar que se haya establecido que la ejecución de la hipoteca se deba realizar judicialmente⁷, lo cierto es que no hay una reserva de exclusividad de la jurisdicción ordinaria legalmente establecida⁸. Por el contrario, existe una habilitación para que los árbitros puedan realizar aquellas actividades que están encomendadas a los jueces.⁹

Con relación a lo segundo (el arbitraje como vía procedimental de ejecución) es correcto que la actividad ejecutiva normalmente está reservada para que sea realizada a través de las vías procedimentales dispuestas por órganos jurisdiccionales¹⁰. Sin embargo, ello no representa impedimento alguno que permita descartar que el arbitraje sea una vía procedimental idónea en la que se puedan realizar actos ejecutivos. No hay que olvidar que el arbitraje en el ordenamiento peruano, constitucionalmente, tiene la condición de jurisdicción¹¹ (asimilada, claro está). De hecho, es posible encontrar pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que expresamente se indica que la jurisdicción arbitral es la vía correspondiente para

4

⁵ En ese sentido: MEJORADA, Martín, "Derechos reales y arbitraje". Disponible en: <https://lpderecho.pe/derechos-reales-y-arbitraje-por-martin-mejorada/> (Consultado: 25/02/2021, 01:37).

⁶ **Decreto Legislativo N° 1071. Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.**

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

⁷ **Código Civil. Artículo 1097.-** Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

⁸ De hecho, desde una perspectiva histórica nacional se puede apreciar que la autotutela ejecutiva no ha sido ajena a nuestra tradición, así lo muestra: ARIANO, Eugenia, "La ejecución de garantías reales en el Perú. antecedentes olvidados y perspectivas de reformas", *Docentia et Investigatio*, vol. 18, n. 1, 2016, pp. 79-103.

⁹ **Decreto Legislativo N° 1071. Disposición Complementaria. Cuarta.**

Juez y tribunal arbitral. - A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

¹⁰ Al respecto ARIANO, Eugenia. *El proceso de ejecución*. Lima, 1998, p. 240 indica: "Efectivamente, la ejecución forzada se actúa en el proceso de ejecución no es sino una de las formas de tutela jurisdiccional de los derechos, y como tal, sólo un órgano jurisdiccional pueda efectuarla".

¹¹ **Constitución Política del Perú. Artículo 139º.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.



pronunciarse sobre la ejecución de garantías hipotecarias¹².

Absueltos estos aspectos teóricos, cabe una pregunta operativa ¿cualquier tipo de actividad de ejecución podrá ser llevada a cabo por los árbitros en el marco de una ejecución de hipoteca? La respuesta es clara: no. Siempre el límite del recurso a la fuerza pública para realizar actos de ejecución será un impedimento para la actuación de los árbitros. Si ello era un límite para la ejecución de un laudo, con mayor razón lo será para la ejecución de un título extrajudicial como lo es el acto constitutivo de la hipoteca. Por ello generará objeciones, por ejemplo, que un árbitro pueda realizar actos de remate de un inmueble con miras a la ejecución de una garantía hipotecaria.

De ahí que las partes que estén interesadas en que la ejecución de una garantía se lleve a cabo a través de un proceso arbitral deben ser lo suficientemente precisas al momento de diseñar el arbitraje¹³ como una vía en la que se pueda ejecutar una hipoteca, ello a efectos que no se cuestione la viabilidad de este tipo de actuaciones por el tribunal arbitral.

¹² Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 01869-2010-PA/TC, en el que se indicó lo siguiente en el F.J. n. 9: “En el caso de autos este Colegiado considera que la jurisdicción arbitral era la vía correspondiente para pronunciarse por el asunto de: *falta de pago del saldo de precios de los contratos de compraventa y la posterior ejecución de las garantías hipotecarias*. Sin embargo, tal jurisdicción fue desviada por COFIDE y tal competencia fue usurpada por los órganos judiciales que tramitaron el proceso judicial de ejecución de garantía hipotecaria” (cursivas en el original).

¹³ Ha reflexionado sobre el arbitraje de ejecución: BULLARD, Alfredo, “Comentario al art. 67 (Ejecución arbitral) del Decreto Legislativo N° 1071”. En: Alfredo Bullard y Carlos Soto (coords.), *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 762-763.

¹⁴ **Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Artículo 40. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo**

7. En los arbitrajes nacionales, por excepción, el Tribunal Arbitral, a su entera discreción, puede disponer o efectuar actos de ejecución que importen requerimientos de cumplimiento del laudo, siempre que hayan sido solicitados por la parte interesada dentro de los treinta días posteriores a la notificación del laudo.

Escenarios

En ese sentido, por ejemplo, si las partes no reconocieron la posibilidad que los árbitros realicen ningún tipo de ejecución, ni siquiera de las decisiones arbitrales, su única opción será recurrir a la jurisdicción ordinaria para lograr la ejecución de la garantía. En este caso, el recurrir a los Reglamentos arbitrales no sirve de mucho, ya que los mismos, por lo menos los principales en el ordenamiento peruano, se centran en la ejecución del laudo¹⁴. No obstante, discutir los aspectos de cognición vinculados a la ejecución de la hipoteca en el arbitraje, sí podrá ser de utilidad para evitar lesionar el derecho de defensa de la parte ejecutada en el proceso de ejecución, dado su cuestionable (y hasta inconstitucional¹⁵) diseño a nivel procesal.

Otro escenario se plantea si las partes reconocieron una competencia genérica a los árbitros según la cual estos pueden realizar la ejecución de sus decisiones arbitrales. Ello a primera vista resulta insuficiente. Sería una cláusula patológica con miras a la ejecución de la hipoteca. Por más competencia que tengan los árbitros para llevar a cabo actos de ejecución, hay que recordar que el título de ejecución es el acto

5

Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP. Artículo 71º.- Ejecución del laudo

La ejecución del laudo se rige por las siguientes reglas:

- a) Los árbitros están facultados para ejecutar los laudos dictados, salvo que consideren necesaria la asistencia de la fuerza pública.
- b) En cualquier caso, si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y plazo que en él se establece, o en su defecto dentro del plazo de quince (15) días de notificado, incluidas sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones, la parte interesada puede pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente en la forma prevista en la Ley de Arbitraje.

Reglamento de Arbitraje de Amcham Perú. Artículo 44: Facultades de ejecución del tribunal arbitral

1. El Tribunal Arbitral está facultado para llevar a cabo la ejecución del laudo, salvo que considere necesario o conveniente la intervención judicial.
2. La ejecución arbitral del laudo puede generar el derecho a cobro de gastos arbitrales adicionales.

¹⁵ Resalta los cuestionamientos constitucionales al proceso “único” de ejecución: CASASSA, Sergio, “La sumarización y nuestro indebido proceso de ejecución”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 4, n. 1, 2010, pp. 1-16 (de la versión en pdf).

constitutivo de la garantía y no el laudo que resuelva la controversia. En este caso, claramente, no habrá ninguna duda de que los árbitros puedan realizar actividad de cognición respecto de la deuda y ejecutar sus laudos, pero sí muchas con relación a la admisibilidad de la ejecución de la hipoteca.

Por ello, lo que cabría realizar es tratar de encauzar la ejecución de la hipoteca a la ejecución del laudo. Ello dependerá no solo un estratégico diseño de pretensiones que permita que sea el laudo, por sí mismo, el que pueda fungir como título de ejecución¹⁶, sino también de árbitros y jueces proclives a la solución de controversias, antes que a las limitaciones que el propio convenio arbitral contenga. Si se logra ello, los reparos al arbitraje como vía procedimental de ejecución desaparecen, ya que lo que ejecutarán las partes será el propio laudo. No hay que perder de vista que lo que se encuentra detrás del reconocimiento de la ejecución arbitral de la hipoteca es una concepción que atienda a que la tutela del crédito pueda ser efectiva¹⁷.

Ante estas posibilidades, lo cierto es que si el interés de las partes es que el arbitraje pueda ser el medio a través del cual se lleve a cabo la ejecución de una garantía hipotecaria, entonces lo más recomendable para allanar el camino de la ejecución arbitral es establecer de forma expresa en el convenio arbitral, por lo menos¹⁸, los siguientes aspectos: (i) la competencia específica para que los árbitros puedan llevar a cabo la ejecución de la garantía hipotecaria y (ii) el procedimiento que se deberá seguir en el marco del arbitraje (establecer la valorización convencional del inmueble materia de ejecución, determinar el procedimiento de venta del inmueble (que no consista en la convocatoria a actos de remate), indicar cuál será el destino del saldo luego de realizado el pago al acreedor, fijar los plazos en los que se llevarán a cabo cada etapa).

¹⁶ Las dificultades judiciales de la ejecución de laudos arbitrales, considerado este como título de ejecución, han sido expuestas por LEDESMA, Marianella, "Ejecución de laudos: entre la ley especial y la ley ordinaria". En: Domingo García; Ernesto, Álvarez; Mario Castillo y Pedro Grandéz (eds.), *Arbitraje y Constitución*. Lima, Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, pp. 197-220.

¹⁷ Así lo señalaba: PIZARRO, Luis, "Comentario a la Cuarta Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1071". En: Alfredo Bullard y Carlos Soto (coords.),

Reflexiones

El arbitraje es una alternativa al proceso judicial para la solución de controversias; sin embargo, por más ventajas comparativas que tenga ante este último, su diseño recae en última instancia en la voluntad de las partes. Así como las partes pueden ayudar a que los árbitros se desenvuelvan de una manera eficiente, también pueden dificultar su trabajo cuando medie un limitado diseño de ciertas actuaciones arbitrales. En el caso de la ejecución arbitral de una garantía hipotecaria, el problema se torna aún más compleja, dada la ausencia de una regulación legal o reglamentaria (por parte de los centros arbitrales) que facilite este tipo procedimientos.



HÉCTOR CAMPOS GARCÍA

Asociado Senior – Área Civil

hcampos@linaresabogados.com.pe

<https://pe.linkedin.com/hector-campos-garcia/>

¿Qué debemos tomar en cuenta al redactar una cláusula arbitral?



Fuente: Universia.net

Comentarios a la Ley peruana de arbitraje, t. II, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 226-230.

¹⁸ Realiza aportes con relación al contenido del convenio arbitral apto para la ejecución de hipotecas: PALACIOS, Enrique, "Propuesta ante las dificultades para la ejecución de hipotecas en el Perú", *Moneda*, n. 148, julio, 2011, pp. 45-45. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-148/Moneda-148-10.pdf>



En los últimos años, el arbitraje se ha consolidado como una herramienta de solución de controversias (alternativa al Poder Judicial) ampliamente empleada por el sector empresarial. Es más, a raíz de la pandemia del COVID-19, su empleo se ha tornado mucho más atractivo debido a que los procedimientos arbitrales no han experimentado mayores suspensiones de plazos y se han adaptado rápidamente al contexto virtual.

Sin perjuicio de la recepción favorable que viene experimentando el arbitraje por los empresarios y empresarias peruanas, muchas veces no se presta la atención debida a una etapa que puede llegar a ser tan importante como el arbitraje en sí: la etapa de redacción de la cláusula arbitral.

No debemos olvidar que, aunque las partes conjuntamente son libres de corregir cualquier patología de su cláusula arbitral original (es decir, aquella que suele incluirse en el contrato suscrito por las partes), usualmente la oportunidad de negociación amigable termina al momento en que surge la controversia. Lo anterior porque la parte que quiere evadir el arbitraje omitirá corregir las patologías previamente anotadas para evitar que su contraparte obtenga una solución rápida a su problema. Lo cual, lamentablemente, puede materializarse en la realidad dado que una cláusula arbitral patológica no solo conlleva a retrasos en el arbitraje, sino que también puede determinar que, por ejemplo, el propio árbitro se declare incompetente para conocer la controversia (con lo cual será necesario recurrir al Poder Judicial) o que, en el peor de los casos, el laudo sea anulado luego de su emisión.

Si bien lo ideal es siempre recurrir a un especialista para disminuir el riesgo de terminar con una cláusula arbitral patológica, en esta nota indicaré algunos criterios generales a tomar en cuenta al momento de su redacción. Debo destacar que los criterios que enumeraré a continuación no son exhaustivos y que, principalmente, están orientados al diseño de una cláusula arbitral para un arbitraje nacional entre privados (en el marco de un arbitraje internacional, usualmente entran a tallar criterios adicionales de gran

importancia como la sede del arbitraje, la nacionalidad de los árbitros, la norma sustantiva aplicable, el idioma del arbitraje, entre otros).

He decidido clasificar los criterios en dos grandes grupos atendiendo a su finalidad. **En primer lugar**, está el grupo de criterios para determinar el alcance (o ámbito de aplicación) de la cláusula arbitral. Este primer grupo está conformado por un único criterio consistente en que la cláusula arbitral precise las controversias que serán sometidas al arbitraje pactado por las partes¹⁹.

Con relación al criterio previamente anotado existen dos opciones principales: que las partes negocien una cláusula arbitral general (las cuales suelen emplear frases como “todas las controversias relacionadas a este contrato serán resueltas mediante arbitraje”) o una cláusula arbitral delimitada. El empleo de cláusulas delimitadas, en lugar de cláusulas generales, resulta recomendable cuando se pretenda excluir algunas materias del posible futuro arbitraje (por ejemplo, se pueden excluir las controversias relacionadas al pago de una penalidad en concreto o en materia de indemnizaciones) o también cuando se desee atribuir competencias específicas al árbitro (por ejemplo, cuando se busca que el árbitro pueda ejecutar su propio laudo sin necesidad de recurrir al Poder Judicial).

En segundo lugar, está el grupo de criterios para el correcto desenvolvimiento del arbitraje; siendo que en este grupo se encuentran los siguientes:

- *La administración del arbitraje.* Con relación a este punto existen dos únicas opciones: pactar un arbitraje ad hoc o un arbitraje institucional. La diferencia entre ambos tipos de arbitraje consiste en que en el arbitraje ad hoc no habrá una institución arbitral (o centro de arbitraje) a cargo de administrar del arbitraje.

Al respecto resaltar que, si bien los arbitrajes institucionales pueden ser más costosos²⁰,

¹⁹ Dichas controversias únicamente podrán versar sobre materias de libre disposición o autorizadas mediante ley, tratados o acuerdos internacionales. Lo anterior, acorde al inciso 1 del Artículo 2 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071.

²⁰ Hay que destacar que ello no siempre es así. Actualmente existe una oferta considerable de centros de arbitraje en Lima y en algunos departamentos de nuestro país, siendo que cada uno de dichos centros de arbitraje maneja tarifas distintas. También hay que tener en cuenta que algunos centros de arbitraje en Perú (como es el caso

existe una serie de elementos distintos al costo a tomar en cuenta al momento de optar por una opción u otra. Elementos beneficiosos como el que el centro de arbitraje asignará un secretario o secretaria arbitral específico al caso y con experiencia en el rubro. Asimismo, que el centro de arbitraje contará con (i) una “cláusula modelo” (la misma que resulta altamente recomendable emplear como modelo al redactar la cláusula arbitral), (ii) un reglamento de arbitraje (en el cual se encontrarán previstas una serie de reglas procedimentales que permitirán el correcto desenvolvimiento del arbitraje), (iii) una lista de profesionales previamente seleccionados que podrán fungir como árbitros y (iv) un tarifario aprobado que permite prever los gastos a ser asumidos en el marco del arbitraje (como son la tasa administrativa a favor del Centro de Arbitraje y los honorarios de los árbitros).

Cabe destacar que tanto la cláusula modelo, el reglamento de arbitraje, la lista de árbitros y el tarifario son de acceso público y suelen encontrarse en la página web del centro de arbitraje elegido por las partes.

- *El acceso directo al arbitraje.* Sobre este punto, las partes podrán optar por incluir una “cláusula escalonada”. Dichas cláusulas disponen que, previo al inicio de un arbitraje, las partes empleen otro mecanismo de solución de controversias, que usualmente consiste en una etapa de trato directo en el que las mismas partes podrán arribar a una solución consensuada a su conflicto. Dichas cláusulas escalonadas permiten que, de arribarse a una solución mediante el mecanismo previo, no sea necesario acudir al arbitraje.

Al respecto, hay que destacar que, de optarse por incluir una “cláusula escalonada”, es

recomendable que cumpla con las siguientes características: (i) deberá ser redactada en modo imperativo (caso contrario, podría dar lugar a dudas sobre la necesidad o no de iniciar una etapa de trato directo previo al inicio del arbitraje); (ii) se deberá de determinar la vía para dar inicio a la etapa de trato directo (por ejemplo, estableciendo que sea necesario remitir una carta notarial al domicilio de la contraparte para dar inicio al trato directo); (iii) se deberá de establecer un plazo máximo para la duración de dicha etapa (caso contrario, podría dar paso a que una de las partes alegue que aún no habría terminado dicha etapa y así retrasar el inicio del arbitraje) y (iv), en caso las partes del convenio arbitral sean empresas (y no personas naturales), se deberá de determinar la instancia en la cual se desarrollarán las negociaciones (caso contrario, podría prestarse a que asistan al trato directo personas de las que no dependa adoptar una decisión final, convirtiendo las negociaciones en una mera formalidad sin mayor transcendencia).

- *La cantidad de árbitros.* Sobre este punto, las partes tendrán la oportunidad de decidir si desean someter el arbitraje a conocimiento de un árbitro único o de un tribunal arbitral. Usualmente el tribunal arbitral estará conformado por tres árbitros, sin embargo, pueden designarse más. Asimismo, hay que destacar que los arbitrajes sometidos a un tribunal arbitral suelen ser más costosos porque implican asumir, como mínimo, los honorarios de tres árbitros.

El principal elemento a tomar en cuenta al momento de optar por un tribunal arbitral o árbitro único consiste en la complejidad de los conflictos que podrían surgir entre las partes. Si los posibles conflictos serán de índole compleja (por tratarse, por ejemplo, de un contrato de obra con un plazo de más de un

del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima) prevé, además del arbitraje general, la posibilidad de acudir a un Arbitraje Acelerado cuyos costos son menores.

Sin embargo, únicamente es recomendable pactar un Arbitraje Acelerado para controversias cuyas cuantías no superen los US\$ 50,000 dólares americanos y que no revistan una gran complejidad; dado que, por ejemplo, dicho

procedimiento prevé un plazo de cinco días para presentar el escrito de demanda y de contestación de demanda y reconvencción lo que limita considerablemente la posibilidad de preparar escritos de complejidad considerable u ofrecer grandes cantidades de pruebas para ser valoradas por el árbitro.



año y por un monto que supere, por decir un monto referencial, el millón de dólares americanos) será recomendable someter el posible futuro arbitraje a conocimiento de un tribunal arbitral y no a un árbitro único.

Otro elemento adicional a tomar en cuenta consiste en que una de las ventajas de pactar un arbitraje será el que cada una de las partes tendrá la oportunidad de designar a uno de los árbitros que formará parte del tribunal arbitral (por ejemplo, en base a su trayectoria profesional o experiencia). Siendo que, de pactarse un arbitraje a ser sometido a un árbitro único, dicha posibilidad dejará de existir porque, en principio, el árbitro tendrá que ser designado de mutuo acuerdo entre las partes; de tal manera que, si no llegan a ponerse de acuerdo procederá la designación, usualmente aleatoria, del árbitro único por una entidad distinta (como puede ser el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima).

En suma, dichos son algunos criterios generales para tomar en cuenta al momento de redactar una cláusula arbitral destinada a ser empleada en un arbitraje nacional entre privados (claramente, son criterios adicionales al consejo básico consistente en que una cláusula de arbitraje debe evitar a toda costa incurrir en contradicciones elementales; como, por ejemplo, en que en una parte de esta se haga referencia a un árbitro único y luego a un tribunal arbitral).

Reitero que no se trata de una lista exhaustiva²¹, el diseño de una cláusula arbitral puede ser una actividad muy compleja y lo recomendable será siempre destinar el mismo esfuerzo y recursos a la redacción de la cláusula arbitral como a las demás cláusulas de un contrato. No debemos olvidar que, precisamente, la riqueza del arbitraje consiste en la libertad que tienen las partes para diseñar al arbitraje de acuerdo con sus

²¹ Por ejemplo, en algunos casos puntuales, puede ser recomendable que, además de los criterios anotados, se decida entre: (i) pactar un arbitraje de derecho (con abogados fungiendo de árbitros y decidiendo en base a derecho) o uno de conciencia (con no abogados fungiendo como árbitros y decidiendo en base a su leal saber y entender), siendo recomendable pactar arbitrajes de conciencia en los casos en los que se anticipan conflictos de índole técnica (no jurídica); o (ii) incluir una lista de las

necesidades y que el momento para plasmar dicho diseño se da en la etapa de redacción de la cláusula arbitral.



ALEJANDRINA MOLINA ALTAMIRANO

Asistente Legal – Área Civil

amolina@linaresabogados.com.pe

<https://pe.linkedin.com/alejandrina-molina>

ÚLTIMAS DISPOSICIONES

• Prorrogan emergencia sanitaria (Decreto Supremo 009-2021-MINSA del 19/02/2021)

Dispone la prórroga, a partir del 7 de marzo de 2021, por un plazo de 180 días calendario, la emergencia sanitaria declarada por Decreto Supremo 008-2020-SA y normas complementarias y ampliatorias.

Disponible en:

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/decreto-supremo-que-prorroga-la-emergencia-sanitaria-declara-decreto-supremo-n-009-2021-minsa-1929103-4>

• Financiamiento para compra de vacunas (Decreto Supremo 026-2021-EF en Edición Extraordinaria del 20/02/2021)

Autoriza la transferencia de partidas en el Presupuesto 2021, hasta por S/ 217'399,870 a favor del Ministerio de Salud, para financiar la adquisición de la Vacuna contra el SARS-CoV-2 y otros gastos relacionados con la adquisición de la misma.

personas que podrán fungir como árbitros en el caso concreto (identificándolos claramente y precisando su información de contacto), esto último es recomendable cuando el futuro arbitraje requerirá árbitros que cumplan con características muy específicas (por ejemplo, cuando se incluye una cláusula arbitral en un testamento y se requerirá de árbitros con experiencia previa en materia sucesoria).

Disponible en:

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/autorizan-transferencia-de-partidas-a-favor-del-ministerio-d-decreto-supremo-no-026-2021-ef-1929374-1>

• **Grupo de trabajo sectorial para la reforma de normas de contratación pública (Resolución Ministerial 077-2021-EF en Edición Extraordinaria del 24/02/2021)**

Conforma el “Grupo de trabajo para elaborar y proponer medidas de reforma normativa en materia de contratación pública”, dependiente del MEF; que estará integrado por el Director General de la Dirección General de Abastecimiento, quien lo preside; el Secretario Ejecutivo del Despacho viceministerial de Hacienda; el Presidente Ejecutivo del OSCE y el jefe de Perú Compras. Deberá presentar al Titular del MEF, hasta el 30 de abril del 2021, la propuesta de reforma de la Ley de Contrataciones del Estado, con el sustento correspondiente; y dentro de los 60 días hábiles de su instalación, las herramientas, instrumentos o medidas complementarias identificadas, que deben impulsarse para promover un régimen de contratación pública eficiente, eficaz, transparente y con estándares de integridad.

Disponible en:

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/conforman-el-grupo-de-trabajo-dependiente-del-ministerio-de-resolucion-ministerial-n-077-2021-ef54-1930224-1>

• **Plataforma digital – Crea tu empresa (Resolución Ministerial 00053-2021-PRODUCE del 25/02/2021)**

Aprueba la implementación de la Plataforma Digital “Crea Tu Empresa”, a cargo del Programa Nacional “Tu Empresa”, que tiene por objetivo facilitar a los emprendedores las herramientas necesarias para la formalización de sus empresas, ofreciendo un entorno guiado para la elección de la forma jurídica y proporciona información necesaria para fines de la constitución de sus empresas.

Disponible en:

<https://busquedas.elperuano.pe/download/url/aprueban-la-implementacion-de-la-plataforma-digital-crea-tu-resolucion-ministerial-no-00053-2021-produce-1930443-1>

• **Convenio sobre transporte marítimo de mercancías (Decreto Supremo 006-2021-RE del 26/02/2021)**

Ratifica el “Convenio de las Naciones sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, adoptado en Hamburgo, República Federal de Alemania, el 31 de marzo de 1978.

Disponible en:

<https://elperuano.pe/NormasElperuano/2021/02/26/1930817-4/1930817-4.htm>

• **Presentación electrónica en Registro de Propiedad Inmueble (Resolución 011-2021-SUNARP/SA del 26/02/2021)**

Autoriza, a partir del 26 de febrero 2021, la presentación electrónica, mediante el Sistema de Intermediación Digital de la SUNARP, SID-SUNARP, de los partes notariales, copias certificadas, documentos privados con certificación notarial de firmas y solicitudes en general, según corresponda de acuerdo a la naturaleza y formalidad del acto, suscritos con firma digital del notario, conteniendo actos inscribibles en el Registro de Propiedad Inmueble.

Disponible en:

<https://elperuano.pe/NormasElperuano/2021/02/26/1930774-1/1930774-1.htm>