

Compensación por Tiempo de Servicios

PRINCIPALES LINEAMIENTOS LEGALES PARA
EL PRÓXIMO DEPÓSITO DEL BENEFICIO

PÁGINAS 4-5 CÉSAR PUNTRIANO ROSAS



PÁG. 2. MEDIDAS CAUTELARES PARA
REACTIVAR LA ECONOMÍA EN EL PAÍS.
RICARDO GANDOLFO CORTÉS

PÁG. 3. TRES CAMBIOS TRIBUTARIOS
NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE
LAS FINTECH. **VÍCTOR VALDEZ**

PÁGINAS 6, 7 Y 8. SINERGIA ENTRE EL
ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL.
MARÍA-FERNANDA HIDALGO DÍAZ

MECANISMOS QUE PROTEGEN DERECHOS

Medidas cautelares para reactivar la economía

La necesidad de amparar a la parte que carece de los medios para mantenerse en el mercado mientras dure el proceso en el que ella está inmersa, sugiere el autor en el presente artículo.

La Ley de Arbitraje promulgada mediante Decreto Legislativo N° 1071 estipula, en virtud de la modificación dispuesta por el Decreto de Urgencia N° 20-2020, que en los casos en que interviene el Estado y cuando su contraparte solicite una medida cautelar se exigirá como contracautela la presentación de una fianza solidaria, incondicionada y de realización automática por el tiempo que dure el proceso. El monto de la contracautela no puede ser menor al monto de la garantía de fiel cumplimiento que se hubiere entregado para la suscripción del contrato, con lo que desaparece la caución juratoria que suscribe quien se compromete a asumir los costos de los daños y perjuicios que la medida genere.

La Ley N° 31583, a su turno, modifica diversos artículos del nuevo Código Procesal Constitucional. En materia de medidas cautelares “respecto de procesos



RICARDO GANDOLFO CORTÉS

ABOGADO CATEDRÁTICO DE POSGRADO DE LA UPC.

de selección de obras públicas o de ejecución de estas” preceptúa que no se puede obviar la notificación de la solicitud a la parte demandada, con lo que se elimina la ‘medida cautelar inaudita altera pars’ que se expide sin correr traslado cuando ello pudiera poner en grave riesgo el derecho que se pretende proteger. Esta potestad jurisdiccional no afecta en modo alguno el derecho de defensa de quien recibe y debe cumplir la medida, pues siempre puede contradecirla y conseguir que se deje sin efecto. Esta ley faculta al juez a desestimar la contracautela que estime insuficiente para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar.

La Ley N° 31589 sobre reactivación de obras públicas paralizadas establece nuevas reglas para las medidas cautelares que se presentan “respecto de los contratos de ejecución de obras públicas, tanto en la vía judicial como en la arbitral”. El

juez competente es el especializado en lo comercial o, en su defecto, en lo civil del domicilio principal de la entidad, bajo causal de nulidad. Con ello, evita el ruleteo y la búsqueda del juez más favorable a algún pedido manifiestamente inviable. La contracautela debe tener una vigencia no menor de seis meses y debe ser renovada hasta que concluya el proceso.

Aclara que el monto de la contracautela es fijado por el juez o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida. Ese monto no puede ser menor a la garantía de fiel cumplimiento, salvo que el monto de la solicitud sea menor a esta garantía, en cuyo caso el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida. Evita que se tenga que presentar una fianza por un monto mayor al que se pretende. Pero no es suficiente.

Si una empresa en litigio necesita que se le pague una valorización para cumplir con sus planillas y con sus pro-

veedores, y con ese propósito pide una medida cautelar, no se le puede exigir que consigne como contracautela una fianza por el mismo monto de lo que está solicitando. Si tuviera ese dinero, no pediría que se le adelante el pago en vía cautelar. Lo hace porque no tiene cómo afrontar sus obligaciones. No se le puede condicionar la expedición de la medida que pide que ponga el mismo dinero que está solicitando como contracautela. Para eso existía la caución juratoria que ahora se ha proscrito. Si se insiste en que ponga una fianza, por lo menos que sea del mismo porcentaje de la garantía de fiel cumplimiento respecto del monto que está pidiendo.

Los bancos para extender garantías exigen a menudo que se tenga en depósitos una suma equivalente al valor por la que se emite. Y cobran costos financieros cada vez más elevados en consideración al hecho de que comprensiblemente no quieren seguir involucrándose en procesos constructivos en los que participa el Estado que les ocasionan diversas complicaciones.

Adviértase, sin embargo, que la caución juratoria se ha eliminado para toda clase de contratos regulados por la Ley N° 30225 o por otras normas. La medida cautelar inaudita altera pars, esto es, sin escuchar al otro antes de emitirla, se ha eliminado de los contratos de ejecución de obras públicas. No para otros contratos regulados por la misma Ley N° 30225 o por otras normas.

Esta precisión no cambia el hecho de que ambas modificaciones desarticulan la estructura sobre la que reposa la filosofía de las medidas cautelares que se expiden para cautelar un derecho que está en peligro. Si el peligro es inminente, se emite la medida de inmediato con cargo a las verificaciones posteriores. Si el peligro no es inminente, se notifica a la contraparte para adelantar las verificaciones. Independientemente de la inminencia o no del peligro, si una parte solicita que en vía cautelar se le adelante un pago que se le adeuda, no se le puede exigir como requisito para su procedencia que ponga la misma cantidad como contracautela. Basta en realidad con que suscriba una declaración jurada como era antes.

¿Qué daños y perjuicios podría ocasionar la expedición de una medida cautelar debidamente evaluada por el juez o por el tribunal arbitral? Cualquiera que estos sean, siempre serán susceptibles de ser resarcidos económicamente. Si se quiere reactivar la economía, hay que proteger a la parte que carece de los medios para mantenerse en el mercado mientras dure el proceso en el que ella está inmersa.

NOTAS PARA EL DESARROLLO DE FONDOS DE INVERSIÓN DE ACREENCIAS Y LAS FINTECH

Cambios tributarios necesarios

Plantean modificaciones con vista a poner en condiciones similares a la canalización de recursos por los diferentes actores que hoy efectúan colocaciones.

Un marco tributario apropiado es fundamental para el desarrollo de los negocios y, en particular, cuando nos encontramos frente a industrias en un estado inicial o en etapa de crecimiento. La industria financiera está experimentando grandes cambios, entre otras razones, producto del desarrollo tecnológico que ha dado lugar a la proliferación de las denominadas *fintech*, así como fondos de inversión especializados, sea en la compra de carteras de créditos y/o en el otorgamiento de financiamientos bajo determinadas modalidades.

En este contexto, cabe cuestionarnos si el marco tributario vigente es el óptimo para permitir el desarrollo de este tipo de vehículos. Como tema preliminar, es importante considerar que tradicionalmente los servicios financieros han sido centralizados por las empresas del sistema financiero (ESF), sujetas a la regulación y supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS). A nivel impositivo, dada la alta especialización del negocio financiero, se han previsto disposiciones específicas consistentes con su dinámica y realidad económica. La aplicación de estas disposiciones, en principio, se circunscribe a las ESF, razón por la cual partiremos de la normativa aplicable a dichas entidades a fin de reflexionar –o evaluar– sobre la necesidad de hacer extensivas, al menos algunas de estas reglas, a los fondos de inversión y *fintech*; nos referiremos a tres de ellas. Un primer punto es el referido al impuesto general a las ventas (IGV). Las ESF se encuentran inafectas del IGV por la generalidad de sus operaciones. Ello supone, entre otros aspectos, que los intereses y comisiones que cargan las ESF a sus clientes no se encuentran gravados con el IGV. Las razones técnicas de dicha inafectación son diversas y este no es el espacio para abordarlas. Lo cierto es que los créditos bancarios no se encuentran sujetos a un sobrecosto por concepto del IGV; en contraste, los créditos otorgados por cualquier otra entidad sí se encuentran sujetos a dicho gravamen, incluyendo los créditos otorgados por *fintech*, al igual que las operaciones de financiamiento canalizadas mediante fondos de inversión (a excepción del financiamiento vía emisión de instrumentos de deuda, que cuenta con un desgravamen específico).



VÍCTOR
VALDEZ

ASOCIADO
SÉNIOR DEL ÁREA
TRIBUTARIA DEL
ESTUDIO REBAZA,
ALCÁZAR & DE LAS
CASAS

Evidentemente, la aplicación del IGV en estos casos genera un sobrecosto que es trasladado a los usuarios de los servicios financieros. Desde nuestra perspectiva, las razones que motivan el desgravamen del IGV a las ESF son también válidas para los servicios financieros canalizados por otras entidades, por lo que bien valdría la pena reformular su ámbito de aplicación.

Un segundo tema viene determinado por los ‘intereses en suspenso’. Como regla general, las empresas reconocen ingresos bajo el principio del devengado; en materia de servicios financieros, ello supone el reconocimiento de intereses por el solo paso del tiempo desde la colocación de fondos hasta su vencimiento. El reconocimiento de intereses –y su imposición– se produce sean los intereses materia de pago o no. Sin embargo, las normas SBS establecen que si una colocación entra en condición de venci-

da, la ESF deberá detener el reconocimiento de intereses, poniéndolos ‘en suspenso’, y difiriendo dicho reconocimiento hasta que opere su pago efectivo. Dicha regla se hizo extensiva para fines del impuesto a la renta. Por lo tanto, cuando una colocación entra en condición de ‘vencida’, el reconocimiento de intereses se suspende tanto para fines contables, regulatorios y tributarios. El trasfondo de la regla es claro y viene determinado por el nivel de probabilidad de pago de los intereses y, en materia impositiva, por la obligación de anticipar el impuesto sobre rendimientos que si bien se han ‘devengado’, no existe certeza sobre su percepción real.

Un tercer aspecto es el régimen de provisiones. Vinculado con el tema anterior, cuando se deteriora la calificación crediticia de los deudores a quienes se efectuaron colocaciones, se incrementa también la posibilidad de incumplimiento de su repago. Para estos efectos, las normas SBS contienen una escala de calificación crediticia en las categorías de ‘Normal’, ‘Con Problemas Potenciales’, ‘Deficiente’, ‘Dudoso’ y ‘Pérdida’. La categoría ‘Normal’ supone que el deudor no presenta problemas materiales; en cambio, las demás categorías suponen un nivel de deterioro de la calificación crediticia de los deudores en

función a diversos factores (principalmente el cumplimiento de sus obligaciones con las diferentes ESF). Con la misma lógica de los ‘intereses en suspenso’, la calificación crediticia de los deudores bajo categorías diferentes a la ‘Normal’ determina que se constituyan provisiones por el posible no repago del capital colocado; dichas provisiones se reconocen como deducción, esta es admitida también para fines del impuesto a la renta. Evidentemente, si se produce el repago del capital, la provisión se revierte y se genera un ingreso gravado.

Los dos últimos temas parten de la misma lógica: la probabilidad de no pago de intereses y/o del capital colocado. En nuestra opinión, es momento de repensar la aplicación de dichos regímenes no solo a las ESF, sino también a otras entidades que cumplan una función similar, sean fondos de inversión, *fintech* o eventualmente otros vehículos. Sin duda, ello requeriría una reforma no solo tributaria, sino también regulatoria, pues los regímenes de provisiones e intereses en suspenso parten de calificaciones establecidas y definidas por la SBS. Sin embargo, creemos que ello es un cambio necesario de cara a poner en condiciones similares a la canalización de recursos por los diferentes actores que hoy realizan colocaciones.

La industria financiera experimenta grandes cambios, entre otras razones, producto del desarrollo tecnológico que ha dado lugar a la proliferación de las denominadas fintech.

PAUTAS SOBRE EL PRÓXIMO DEPÓSITO

Compensación por Tiempo de Servicios

La naturaleza de este beneficio social es servir de sustento al trabajador que lo percibe para el momento en que afronte la pérdida de su empleo, teniendo en cuenta que puede garantizar préstamos otorgados por el empleador y afectarse por retenciones por alimentos. A continuación más detalles sobre su regulación.

La Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) es un beneficio social de larga data en nuestro país, su naturaleza es la de servir de sustento al trabajador para el momento en que afronte la pérdida de su empleo. También tiene una finalidad promocional del trabajador y de su familia.



CÉSAR PUNTRIANO ROSAS

ABOGADO LABORALISTA. DOCENTE EN ESAN Y USMP

Antecedentes

Haciendo historia, podemos mencionar que en julio de 1991, con la promulgación del texto original del Decreto Legislativo N° 650, Ley de CTS, se estableció por primera vez el depósito semestral de este beneficio como viene sucediendo hasta ahora. Es a partir de la década del 2000 que entra en rigor una serie de normas del Ejecutivo, que permiten su depósito mensual, así como su libre disponibilidad. Podemos mencionar el Decreto de Urgencia N° 127-2000 (30.12.2000), que autorizó su depósito mensual hasta el 31.10.2001; en ese lapso fue de libre disponibilidad. Este plazo fue ampliado por múltiples normas hasta el Decreto de Urgencia N° 024-2003, que lo extendió hasta el 31 de octubre del 2004. A estas normas debe añadirse el retiro del 80% del fondo para la adquisición, construcción, mejoramiento de vivienda o adquisición de terreno (Ley N° 28461).

Ya en el 2009, la Ley N° 29352 permitió inicialmente disponer del 100% de los depósitos CTS que se realicen en mayo y noviembre, fijando un régimen gradual desde el 2010. El Decreto de Urgencia N° 001-2014 redujo el monto intangible a cuatro remuneraciones brutas, haciendo disponible el 100% del exceso. Esta medida está vigente a la fecha, salvo la excepción señalada más adelante. Para su ejecución, los empleadores deberán comunicar a las entidades financieras, a pedido de los trabajadores, el monto



intangible de cada trabajador. Dicha comunicación no deberá exceder el plazo de tres días hábiles contados a partir del requerimiento del trabajador.

Trabajadores con derecho

Tienen derecho a la CTS los trabajadores que se encuentran en planilla, es decir, la minoría formal, aun cuando laboren de manera indeterminada o a plazo fijo, salvo que laboren menos de cuatro horas diarias en promedio (*part time*), perciban el 30% o más del importe de las tarifas que paga el público por los servicios que brinda el empleador o trabajen en una microempresa. Tampoco tendrán depósito quienes perciben su remuneración de manera integral anual (RIA), pues la CTS se les paga en forma mensual. Para acceder a la RIA se debe percibir una remuneración básica mensual de 2 UIT, es decir, 9,900 soles.

Al personal bajo el régimen agrario

(Ley N° 31110) se le abona la CTS como parte de su remuneración mínima diaria, por lo que tampoco tendrán depósito. Excepcionalmente la mencionada ley permite que dichos trabajadores escojan que la CTS sea depositada como si pertenecieran al régimen común, en cuyo caso accederán al depósito este 15 de mayo. En el Estado, los servidores bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no acceden a la CTS.

Reglas para el depósito

La CTS que se abonará este 15 de mayo como máximo podría depositarse de manera previa durante dicho mes.

El beneficio social se determina en función al tiempo laborado durante el semestre que va del 1° de noviembre del 2022 al 30 de abril del 2023; se abona a razón de 1/12 de la remuneración por mes completo laborado, añadiéndose la proporción por los días de labor (1/30 de 1/12). Como regla

general solo se considera los días de trabajo efectivo, sin embargo, por excepción, la normativa considera como días de labor efectiva las inasistencias motivadas por accidentes de trabajo o enfermedad profesional o enfermedades debidamente comprobadas, hasta por 60 días al año, el período para estos efectos va del 1° de noviembre de un año al 31 de octubre del siguiente. También son considerados los días de descanso por maternidad, los días de suspensión imperfecta de labores (no se trabaja, pero se remuneran como las vacaciones, feriados, etcétera), los días de huelga, salvo que hubiese sido declarada improcedente o ilegal, así como los días que devenguen remuneración en un proceso de nulidad de despido.

La remuneración que se considera como parte del cálculo es la básica (ordinaria mensual) más la asignación familiar (102.50 soles), así como otra cantidad que perciba regularmente el trabajador como

contraprestación por su labor, en dinero o en especie, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. En esa medida, se incorporarán al cálculo de la CTS el promedio de las comisiones percibidas mensualmente durante el semestre noviembre 2022-abril 2023 (remuneración principal imprecisa), así como el promedio del pago por sobretiempo laborado (remuneración complementaria variable) si este se recibió al menos tres veces en el semestre. También se incorpora la gratificación por Navidad percibida en el 2022, a razón de 1/6 de su valor. Si algún trabajador recibe su bono anual por objetivos 2022 entre enero y abril de este año, 1/12 del importe de dicho beneficio también ingresará al cálculo de la CTS. La participación en las utilidades del ejercicio 2022 ya percibida, las prestaciones alimentarias de suministro indirecto, la escolaridad, movilidad, asignación por cumpleaños, canasta de

La falta de depósito íntegro y oportuno de la CTS no solo genera el devengo automático de intereses financieros, sino que también expone a la empresa a una multa por parte de la Sunafil.

Navidad, bonificación por cierre de pliego, entre otros ingresos no considerados como remuneración computable por la legislación vigente, no forman parte de la base de cálculo de la CTS.

Ingresa a la remuneración computable para la CTS la alimentación principal proporcionada en especie o mediante concesionarios del empleador. Se considera alimentación principal al desayuno, almuerzo o refrigerio de mediodía que

lo sustituya o la cena o comida. La alimentación debe ser valorizada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador. No ingresará si califica como condición de trabajo o se abona mediante el sistema de prestaciones alimentarias señalado anteriormente.

Entrega de liquidación

Dentro de los cinco días útiles de efectuado el depósito de la CTS, el empleador debe entregar al trabajador bajo cargo una liquidación que contenga la siguiente información: (i) fecha, número u otra señal otorgada por el depositario que identifique que se ha realizado el depósito, (ii) nombre o razón social del empleador y su domicilio, (iii) nombre completo del trabajador, (iv) información detallada de la remuneración computable, (v) período de servicios que se cancela, (vi) nombre completo del representante del empleador que suscribe la liquidación. Si el trabajador no se encuentra conforme, puede observarla por escrito, teniendo el empleador tres días hábiles para revisarla e informar el resultado al trabajador.

Falta de depósito

La falta de depósito íntegro y oportuno de este beneficio social no solo genera el devengo automático de intereses financieros (los que se hubieran percibido de haber cumplido a tiempo), sino que también expone a la empresa a una multa por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), la cual puede ascender inclusive a 129,294 soles si se afecta a más de 1,000 trabajadores, al tratarse de una infracción laboral grave.

El trabajador o extrabajador tiene la posibilidad de iniciar una acción judicial contra el empleador para cobrar su CTS adeudada, para lo cual cuenta con cuatro años contados desde el día siguiente en que se extinguió su vínculo laboral (Ley N° 27321).

Afectación en garantía

Hasta el 50% de la CTS depositada puede garantizar los préstamos otorgados por el empleador, la venta o suministro de mercaderías producidas por el empleador, préstamos y sus intereses otorgados por las cooperativas de ahorro y crédito a las que el trabajador pertenece, préstamos e intereses otorgados por el depositario.

Retenciones por alimentos

Tratándose de deudas por alimentos, la CTS puede afectarse hasta en un 60%. Si el empleador toma conocimiento de que su trabajador tiene un juicio por alimentos en curso, debe informar inmediatamente al juzgado sobre el depositario elegido y los depósitos que efectúe, así como de cualquier cambio de depositario. Si el juez ordena el embargo de los depósitos CTS, deberá notificar el mandato directamente al depositario.

Cambio de depositario

El trabajador puede disponer libremente y en cualquier momento el traslado del monto acumulado de su CTS e intereses de uno a otro depositario, notificando de tal decisión a su empleador. Este, en el plazo de ocho días hábiles, cursará al depositario las instrucciones correspondientes, que deberá efectuar el traslado directamente al nuevo depositario designado por el trabajador dentro de los 15 días hábiles de notificado.

Disponibilidad hasta el 31.12.2023

Por Ley N° 31480 se estableció que hasta el 31 de diciembre del 2023 se puede disponer del 100% de los depósitos por CTS, o de una parte de ellos. Para ello, el trabajador solicitará que la entidad financiera efectúe el desembolso mediante transferencias a las cuentas del trabajador que este indique, pertenecientes a una empresa del sistema financiero, una cooperativa de ahorro y crédito no autorizada a captar recursos del público u operar con terceros, o empresa emisora de dinero electrónico. Recibida la solicitud de desembolso mediante transferencias, la entidad financiera efectúa la transferencia a las cuentas del trabajador que este indique en un plazo no mayor de dos días hábiles.

Impacto del cese en la CTS

La CTS generada al cese del trabajador por período menor a un semestre debe cancelarse dentro de las 48 horas de producido el cese, con efecto cancelatorio. El empleador debe entregar al trabajador en el plazo indicado la certificación de su cese a efectos de que el trabajador pueda retirar sus depósitos CTS.

En caso de fallecimiento del trabajador, el empleador entregará al depositario el importe de la compensación que hubiera tenido que pagarle directamente, dentro de las 48 horas de notificado o de haber tomado conocimiento del deceso.

Si el trabajador hubiese sido despedido por la comisión de una falta grave que origina perjuicio económico al empleador, este debe notificar al depositario para que la CTS y sus intereses queden retenidos por el monto que corresponda en calidad de custodia, a resultados del juicio de indemnización por daños y perjuicios que promueve el empleador. La mencionada acción judicial debe iniciarse dentro de los 30 días calendarios de ocurrido el cese, debiendo el empleador acreditar ante el depositario el haber iniciado la demanda. Si transcurrido el plazo no se ha demandado, el trabajador puede disponer de su CTS e intereses. Si el empleador no presentase la demanda dentro del plazo indicado, quedará obligado, en calidad de indemnización, al pago de los días en que el trabajador estuvo impedido de retirar su compensación por tiempo de servicios, así como de entregar la certificación de cese de la relación laboral.

APUNTES RESPECTO A ESTE FENÓMENO

Sinergia entre el arbitraje y el control judicial

La no injerencia judicial de un laudo es un avance hacia la consolidación de este medio de resolución de conflictos como jurisdicción independiente.



MARÍA-FERNANDA HIDALGO DÍAZ

ABOGADA LITIGANTE | LICENCIADA SUMMA CUM LAUDE PUCP | ASOCIADA EN VIERA ABOGADOS | ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL Y ARBITRAJE COMERCIAL.

Para los que transitamos entre tribunales arbitrales y cortes judiciales, es provechoso conocer decisiones judiciales que no interfieren, cuestionan y/o pretenden revisar criterios adoptados en laudos arbitrales. Concretamente, cuando, en vía de un recurso de anulación de laudo arbitral, las cortes superiores reconocen y respetan los límites de su competencia, fijados en el D. Leg. 1071 –Ley de Arbitraje (Ley); rechazando cualquier pretensión de la parte vencida de revisar criterios de los árbitros y/o apelar a una desnaturalización de las instituciones propias del arbitraje mediante una intervención del juez desde el sesgo procesalista (1).

Sin duda, la no injerencia judicial de un laudo que analiza y resuelve un conflicto sobre la base de una institución propia del derecho arbitral, es un avance hacia la consolidación del arbitraje como jurisdicción independiente de la vía ordinaria. Asimismo, es un mecanismo para establecer los límites del control judicial de los laudos arbitrales, pues, mediante la jurisprudencia, las salas civiles-comerciales pueden definir supuestos concretos en que no pueden admitirse dentro de las causales de anulación recogidas en el artículo 63° de la ley.

Este fenómeno de sinergia (2) entre las cortes privadas y públicas dota de confianza legítima a los que se vinculan voluntariamente al arbitraje. Mediante un criterio jurisprudencial debidamente desarrollado, las partes (con asesoría de sus abogados) pueden estimar la probabilidad de que el laudo arbitral sea efectivamente definitivo e inapelable desde su notificación, conforme lo fija el artículo 59° de la ley; o que la sala superior competente lo anule. Esta coincidencia de criterios o interpretación armónica de normas e instituciones jurídicas entre árbitros y jueces contribuye a consolidar la existencia del arbitraje como uno de los más efectivos métodos alternativos de resolución de conflictos y el necesario control judicial del mismo, en un ambiente de respeto mutuo.

Con base en estas consideraciones, me propongo hacer un breve análisis del arbitraje, del convenio arbitral y de las partes no signatarias, para luego presentar, como una decisión acertada, lo resuelto por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima en un caso concreto. Esta decisión está contenida en la Resolución N° 10 del 23 de mayo del 2022, emitida en los Exp. N° 00363-2021 y N° 00365-2021-0-1817-SP-CO-01 (acumulados), mediante la cual se convalida la postura del tribunal arbitral, respecto de la intervención de las empresas miembro de un consorcio como partes no signatarias del convenio arbitral suscrito entre dicho consorcio (3) y un tercero, frente al cual se obligaron solidariamente.

Institución de larga data histórica
Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la autotutela de derechos y/o intereses jurí-

dicamente relevantes; en contra partida, regula un mecanismo hetero compositivo de solución de controversias para que un tercero ajeno a la relación material determine la solución de los conflictos sometidos a su conocimiento. Al respecto, el profesor Giovanni Priori comenta que el Estado prevé el proceso como una herramienta, “para con ello dar una protección efectiva a las situaciones jurídicas de los particulares, logrando con ello tutelar sus intereses y satisfacerlos” (4).

Esta labor, de administrar justicia, es una potestad emanada del pueblo (artículo 138° de la Constitución) y ha sido otorgada –en principio– al Poder Judicial. Sin embargo, el artículo 139° de la Constitución le reconoce al arbitraje (y al fuero militar) la calidad de jurisdicción alternativa a la ejercida por el Poder Judicial. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señala que “nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada” (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC). Sin necesidad de adentrarnos en si la calificación es doctrinariamente apropiada, es decir, si el arbitraje es o no jurisdicción en sentido estricto (5), existe un reconocimiento constitucional de que las personas podemos acudir ante un tribunal arbitral para solucionar nuestras controversias sobre materias disponibles y esperar de este proceso las garantías previstas para la jurisdicción ordinaria. (6)

Es importante reconocer que el arbitraje como institución no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya en la Constitución de 1839 encontramos una referencia expresa al arbitraje, cuando en

su artículo 164° se establecería: “Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros”. Por su parte, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, primer cuerpo normativo procesal civil promulgado el 28 de julio de 1852, reconoció en su artículo 2° del Título I, “que ejercen también jurisdicción, las personas que los interesados nombran, conforme a este Código, para que, como árbitros, conozcan algún negocio particular”. Incluso, este código reguló varios aspectos procedimentales en el título IV “de los árbitros jueces”; véase, artículos 57° y 63° (materias arbitrables), 61° (impedimento para ser árbitro), 80° (conformación del tribunal arbitral) entre otras normas.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 -Ley N° 1510 dedicó el Título V a regular el denominado “juicio arbitral” e incluso incluyó tres artículos del Título III “Recusación” para regular la “recusación de los árbitros”. En cuanto al procedimiento resaltaba la prohibición de someter a arbitraje cuestiones que versen sobre el Estado (artículo 549.1) o sobre los bienes de este (artículo 549.2); el condicionamiento de la participación de la mujer en un arbitraje a la autorización expresa de su marido, salvo excepciones (7) (artículo 550.2), la posibilidad de apelar la denominada “sentencia arbitral”; y la formalidad de

que el compromiso arbitral deba formalizarse en escritura pública bajo sanción de nulidad (artículo 552). El Código Procesal Civil – D. Leg. 768, vigente desde 1993 ya no regula ningún aspecto sustancial del arbitraje.

Por su parte, en el Título XI del vigente Código Civil, promulgado por el D. Leg. 295 en 1984, se distinguía entre las figuras de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. La primera consistía en un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral (artículos 1906° y 1907°); mientras que la segunda era la materialización del compromiso de arbitrar, ya que mediante esta se convenía la controversia determinada, el tercero (juez árbitro) que la resolvería y el sometimiento expreso a su competencia (artículos 1909° -1922°). Como vemos existía un primer compromiso de que eventualmente se celebraría un convenio arbitral y posteriormente en cada caso se suscribía el compromiso arbitral propiamente.

Todas las normas referidas a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral; así como las normas procesales vigentes en ese momento, concernientes al arbitraje, fueron derogadas por la Primera Disposición Final de la que fue la primera de las tres leyes arbitrales que hemos tenido hasta hoy, la Ley General de Arbitraje – D. Ley 25935, publicado el 10 de diciembre de 1992.

Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la autotutela de derechos y/o intereses jurídicamente relevantes; en contra partida, regula un mecanismo hetero compositivo de solución de controversias.

Secuencia de leyes de arbitraje

A partir del D. Ley 25935 las partes pueden convenir resolver sus controversias en un arbitraje, vinculándose por única vez mediante el convenio arbitral. De conformidad con el artículo 4° de esta ley: “Por el convenio arbitral las partes someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros, la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso”. En cuanto a la formalidad, el artículo 5° de la referida ley señaló que este se celebra “por escrito, bajo sanción de nulidad”, admitiendo que pueda resultar de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación, pero siempre que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje se fijara literalmente por escrito.

El D. Ley 25935 fue derogado por la Ley N° 26572 publicada el 5 de enero de 1996; sobre el particular, esta norma no incorporó ningún cambio sustancial respecto al convenio arbitral, sino que mantuvo el condicionamiento de la validez del convenio arbitral a la existencia de un acuerdo escrito entre las partes. Sin embargo, ante la complejidad y rapidez de las relaciones comerciales actuales, en las cuales un negocio no solo requiere de múltiples partes, sino que además estas pueden estar localizadas en cualquier parte del mundo; ocurrió un hito histórico en la forma de comprender el convenio arbitral, pues la Ley de Arbitraje actual – D. Leg. 1071 (siguiendo el ejemplo de la Ley Modelo Uncitral) ha reinterpretado lo que puede entenderse como el requisito “por escrito”, ampliando la expresión a cualquier registro de manifestación de voluntad, ya sea mediante la suscripción de un documento o por la ejecución de ciertos actos (formalidad ad probationem).

Si bien el inciso 2) del artículo 13° de la vigente ley señala que “el convenio arbitral deberá constar por escrito”; en el inciso 3), el legislador aclara que “se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier

forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”. Por lo tanto, no cabe duda de que nuestra legislación admite la posibilidad de reconocer como parte del convenio arbitral a los que, sin haber suscrito el contrato que lo contiene, han manifestado su voluntad de quedar vinculado a este mediante la ejecución de ciertos actos. Esta idea ha sido recogida literalmente en el artículo 14° de la ley, cuando se refiere a las partes no signatarias como aquellas que no habiendo firmado el contrato que contiene el convenio arbitral, están vinculadas por este, debido a que: I) han participado activa y determinante en la negociación y/o ejecución y/o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral y/o II) pretenden derivar derechos o beneficios de este último.

Este modo de entender el convenio arbitral surgió en el Common Law, siendo la principal fuente de referencia el caso *Société Isover-Saint Gobain v. Société Dow Chemical France* (8), que versó sobre cómo los acuerdos de derechos de propiedad intelectual pueden extenderse a las partes no signatarias. La sentencia de esta disputa estableció un precedente según el cual las partes no signatarias serán responsables y pueden ser obligadas a cumplir con los acuerdos alcanzados por otras partes. A partir de esto, surgen registros en el arbitraje internacional donde se trata la posibilidad de incluir a terceros no signatarios en el arbitraje, teoría avalada por las cortes judiciales y constitucionales.

Una de las más importantes resoluciones judiciales que reconocen teorías de incorporación de no signatarios, fue el caso *Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association* (9) que ha elaborado una lista abierta de los criterios para que a terceros no signatarios les alcance los efectos de una cláusula de arbitraje, estos son: (I) incorporación por referencia, (II) el asentimiento tácito. (III) la relación de agencia, (IV) la penetración del velo societario, (V) el estoppel y (VI) la interrelación. Con esta precisión reafirmo mi posición respecto al

impacto que puede tener en el arbitraje como institución, la adecuada interpretación de los criterios desarrollados en el arbitraje, por parte de las cortes judiciales.

Partes no signatarias del convenio

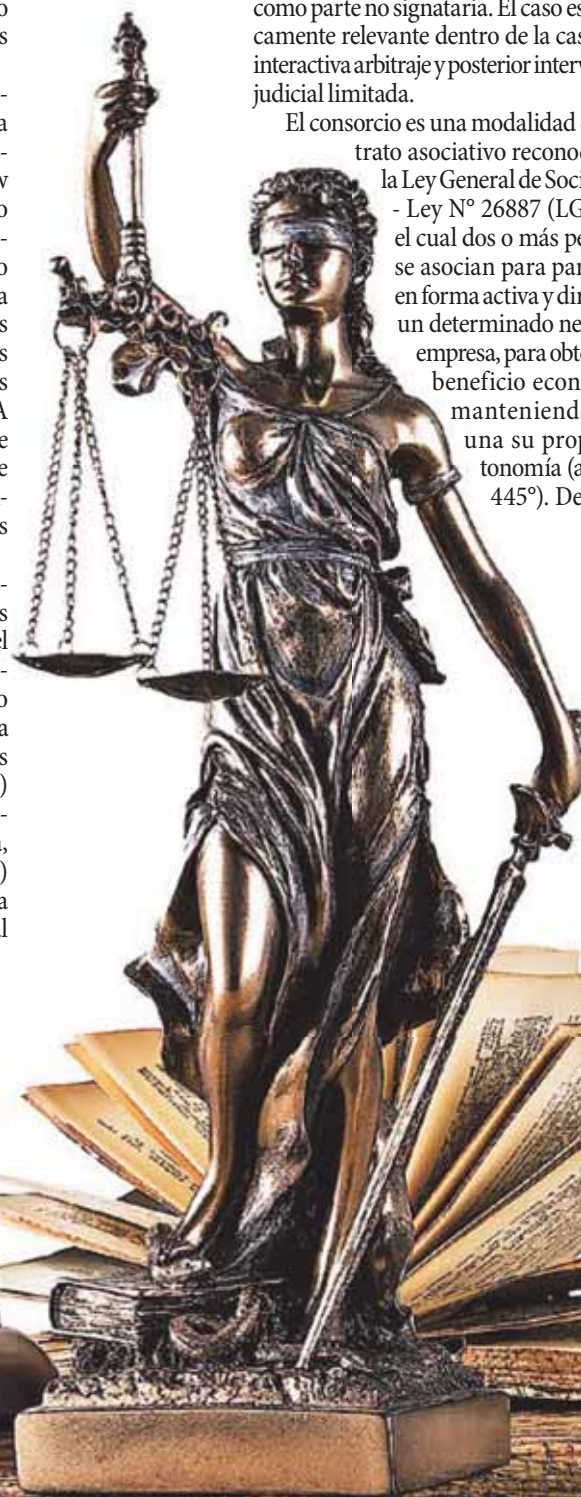
Siguiendo con el propósito trazado al inicio de este comentario, considero importante proseguir con un ejemplo. Concretamente, me serviré de la reciente sentencia emitida por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima en los Exp. N° 00363-2021 y N° 00365-2021-0-1817-SP-CO-01 (acumulados), en el marco de un proceso de anulación de laudo arbitral, en el cual se alegó la inexistencia del convenio arbitral respecto a un consorciado incorporado como parte no signataria. El caso es jurídicamente relevante dentro de la casuística interactiva arbitraje y posterior intervención judicial limitada.

El consorcio es una modalidad de contrato asociativo reconocido en la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887 (LGS), por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa, para obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía (artículo 445°). Desde un

punto de vista de la responsabilidad, de acuerdo con la LGS, cada consorciado es individualmente responsable por las operaciones que realiza frente a terceros; no obstante, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato (entiéndase contrato de consorcio) o lo dispone la Ley (artículo 447°). Por ejemplo, tomado del caso en comento, si al consorciado “A” se le asigna la ejecución de la partida eléctrica de una obra otorgada en buena pro al consorcio; cualquier daño derivado de la instalación del sistema eléctrico será imputable únicamente al consorciado “A”. Empero, si se pacta responsabilidad solidaria frente al tercero respecto de esta partida; este podrá reclamar tanto a “A” como a los otros miembros del consorcio, en la medida en que son solidariamente responsables (10). Esto concuerda con el artículo 1183° del Código Civil que establece: “La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

En el caso objeto de análisis, tres personas jurídicas, a las que denominaremos “A”, “B” y “C”, suscribieron un contrato de consorcio con el fin de ejecutar una obra, formando así un consorcio que denominaré “Consortio Y”. En el contrato de consorcio y su adenda, los consorciados se obligaron solidariamente a responder por cualquier cuestión derivada de la ejecución de la obra. En este contexto, el “Consortio Y” suscribió un subcontrato de obra con “D” para que este realice ciertos trabajos que le fueron encargados; para tales efectos, el consorcio “Y” le proveería de todos los suministros, equipos de construcción, combustibles y herramientas requeridas. El subcontrato fue suscrito solo por el “Consortio Y” y el contratante “D” y en este incluyeron un convenio arbitral.

Finalmente, “D” inició un arbitraje contra el “Consortio Y” solicitando, entre otros, una indemnización por los supuestos daños y perjuicios derivados de la ejecución defectuosa de sus obligaciones (de entregar suministros, equipos de construcción, combustibles y herramientas requeridas). Posteriormente, cuando ya se había conformado el tribunal arbitral, “D” amplió la demanda para incluir a las consorciadas “A”, “B” y “C” como codemandadas en la pretensión indemnizatoria. Luego de ser emplazada, “A” formuló una excepción de incompetencia, alegando que (I) no suscribió el convenio arbitral incluido en el subcontrato celebrado entre el





Una de las más importantes resoluciones judiciales que reconocen teorías de incorporación de no signatarios, fue el caso Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association que ha elaborado una lista abierta de criterios.

hace una distinción entre aquellas reglas procedimentales que le son aplicables a los terceros propiamente dichos y a las partes no signatarias del convenio arbitral, advirtiendo que una regla como la contenida en el artículo 8° del Reglamento del Arbitraje de la CCL está pensada para aquellos terceros que en ninguna forma manifestaron su voluntad de vincularse al convenio arbitral; y no para aquellos que sí lo hicieron, como es el caso de los consorciados que, al obligarse solidariamente frente a los terceros.

Llevado el laudo arbitral al proceso (o al mal denominado “recurso”) de “anulación de laudos arbitrales”, la sala superior declaró infundada la demanda y compartió el criterio del tribunal arbitral, resaltando que “esa es precisamente la diferencia entre un tercero ajeno por completo a la relación jurídica sustancial, respecto de quien el tribunal carece de competencia, pues no se encuentra vinculado ni le es extensivo el convenio arbitral, y aquel que no habiendo suscrito formalmente el contrato ni el convenio respectivo; sin embargo, por alguna razón fáctica o jurídica, se encuentra vinculado y comprendido por los alcances del convenio, como lo prevé el artículo 14° de la Ley de Arbitraje”.

Como vemos, la sala comercial (11) no solo comparte el criterio adoptado por los miembros del tribunal arbitral al decidir sobre su competencia; sino que tiende a crear jurisprudencia para ratificar la distinción entre los terceros y las partes no signatarias de un convenio arbitral, pues

los primeros no manifestaron –de ningún modo– su voluntad de renunciar al juez natural; mientras que los segundos –mediante su conducta– aceptaron comparecer ante un tribunal arbitral en caso de que surgiera una controversia en el marco de un contrato del cual participaron activa y de modo determinante (como es el caso).

Se evidencia la sinergia a la cual hice referencia, pues una corte judicial ha desestimado anular un laudo arbitral en el cual se desarrolla un tipo concreto de intervención de partes no signatarias, reconociendo que en el arbitraje es posible distinguir entre terceros propiamente dichos y “terceros” que en realidad son genuinas partes del convenio arbitral y por lo tanto deben aceptar y ejecutar las decisiones de un tribunal arbitral. Tomando en cuenta que el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, esta decisión permite establecer un supuesto de hecho objetivo en el cual no procedería pretensión anulatoria alguna.

Por mi parte, comparto el criterio adoptado por el tribunal arbitral; así como por la sala superior, con la salvedad que es un tema pendiente en estos casos establecer un mecanismo idóneo para que los no signatarios traídos a un arbitraje cuyo tribunal arbitral ya fue constituido tenga la oportunidad de ratificar o cuestionar la conformación de este. La ley y los reglamentos arbitrales más usados en el país prevén reglas que pueden ser aplicadas para estos casos; y si no lo fuera, las partes y el tribunal arbitral, como

director del proceso, están facultados para fijarlas de acuerdo con las particularidades del caso y el soft law que resultare aplicable.

Por ejemplo, en caso de que la parte interviniente no cuestione la formación del tribunal, el artículo 8° de la ley establece que se configurará una renuncia por objetar, mientras que, siguiendo el criterio del artículo 23° de la ley, en el momento de la incorporación, si la parte interviniente no ratifica el árbitro nombrado por la otra parte demandada, debería tener la oportunidad de coordinar la designación de un nuevo árbitro que surja del común acuerdo de los demandados. En estos casos, la estrategia procesal, acompañada de la creatividad jurídico procesal, siempre deberían permitir que se subsane este tipo de situaciones procedimentales, en aras de garantizar el derecho a la defensa y tutela arbitral efectiva de todas las partes, resultando una oportunidad –sobre todo– para los abogados de maximizar los beneficios del principio de flexibilidad arbitral. Por lo demás, el caso descrito dota de contenido a lo regulado en el artículo 14° de la Ley de Arbitraje, contribuyendo al desarrollo de la jurisprudencia.

Criterios como el evidenciado y los apuntes aportados deben ser revisados continuamente por los jueces a cargo, a modo de garantizar la seguridad jurídica, en su manifestación de predictibilidad de las resoluciones judiciales y el principio-derecho de igualdad que tanto nos gustaría poder garantizar no solo a nuestros patrocinados, sino también al mundo de la contratación como motor de la economía. Preciso que el presente comentario se realizó conforme al artículo 139.20 de nuestra Constitución, de acuerdo con el cual es un principio y derecho de todas las personas formular análisis y críticas de las decisiones jurisdiccionales, lo que es perfectamente aplicable al presente artículo, por cuanto el arbitraje es también jurisdicción.

(1) Con ello me refiero a argumentos que busquen reanular una controversia resuelta con base en teorías e instituciones propias del derecho arbitral; mediante la comparación y/o extrapolación de estas figuras a campos de estudio distintos, como lo es el derecho procesal judicial. Por ejemplo, alegar una vulneración al debido proceso en su expresión de la doble instancia por no haber podido apelar el laudo arbitral o invocar el auxilio judicial para cuestionar el pago de los costos del arbitraje. (2) RAE.- Acción de dos o más causas cuyo efecto es superior a la suma de los efectos individuales. (3) Ley General de Sociedades Ley N° 26887 artículo 445.- Contrato de Consorcio Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquellas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato. (4) PRIORI POSADA, G. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. IUS ET VERITAS, 13(26), 273-292. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248> (5) Tomando en cuenta que no es autoejecutable, salvo disposición expresa de las partes y que existe la posibilidad de que este sea anulado (debilitando la teoría de la cosa juzgada arbitral). (6) Los requisitos los establece la ley. (7) Artículos 22° y 24° de la Ley N° 1510. (8) International Chamber of Commerce Award. 1982. (9) Thomson-CSF S.A. v. American Arbitration Association 64 F.3d 773, 1995. (10) Cabe precisar que la ley peruana relativa a las contrataciones con el Estado exige que los consorciados siempre pacten solidaridad (artículo 370° inciso e) de la LCE). (11) Magistrados: Martel C., Rivera G. y Prado C.