

# UNA APROXIMACIÓN A LOS CONVENIOS ARBITRALES ASIMÉTRICOS: INTUICIONES SOBRE SU TRATAMIENTO LEGAL EN EL PERÚ

## AN APPROACH TO ASYMMETRIC ARBITRATION AGREEMENTS: INTUITIONS ABOUT ITS LEGAL TREATMENT IN PERU

Augusto Dannon Alva\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

*In this paper, the author explores the discussion surrounding the validity of asymmetric arbitration agreements and examines the bases for their treatment in Peru. In several jurisdictions, these agreements are considered as an expression of the contractual freedom of the parties that allows them to design the means to solve their controversies. However, others prohibit it as it poses one of the parties in a disadvantageous situation. Faced with this dilemma, the author seeks to determine the compatibility of these agreements with the Peruvian legal system through the study of various issues emerged around them: consent, inevitability, equality, voidance, pathology, among others.*

*The author seeks to reach an intuitive answer about the validity of asymmetric arbitration agreements, based on the scarce Peruvian legal dispositions, the foundations of arbitration and arbitration agreements and the arguments discussed both in favor and against by compared doctrine and jurisprudence.*

**KEYWORDS:** *Arbitration agreement; asymmetric arbitration agreements; dispute resolution; civil law.*

*En este artículo, el autor explora la discusión en torno a la validez de los convenios arbitrales asimétricos y examina las bases para su tratamiento en el Perú. En varias jurisdicciones está establecido que estos acuerdos son solo otra expresión de la libertad contractual de las partes, que les permite diseñar los medios para resolver sus controversias. No obstante, otras los prohíben por crear desventajosa la situación en la que se coloca a una de las partes. Frente a esta disyuntiva, el autor busca determinar la compatibilidad de estos convenios con el ordenamiento jurídico peruano a través del estudio de varios problemas surgidos alrededor de ellos: el consentimiento, la inevitabilidad, la igualdad, la nulidad, la patología, entre otros.*

*El autor busca dar una respuesta intuitiva sobre la validez de los convenios arbitrales asimétricos, en base a las escasas disposiciones normativas peruanas, a los fundamentos del arbitraje y del convenio arbitral, y a los argumentos discutidos tanto a favor como en contra por la doctrina y jurisprudencia comparada.*

**PALABRAS CLAVE:** *Convenio arbitral; convenios arbitrales asimétricos; solución de controversias; derecho civil.*

\* Estudiante de undécimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) (Lima, Perú). Contacto: a20150065@pucp.edu.pe.

El presente artículo es una versión preliminar de la investigación "La validez de los convenios arbitrales asimétricos en el Perú", ganadora del premio del Programa de Apoyo a la Iniciación en la Investigación otorgado por el Vicerrectorado de Investigación de la PUCP.

Nota del Autor: El autor agradece la asesoría de Domingo Rivarola Reisz, por su consejo esencial en la elaboración de esta investigación. Asimismo, agradece los enriquecedores comentarios y críticas formuladas por Micaela Ortiz Rivarola y Mayra Bryce Alberti. Finalmente, agradece también a Álvaro Peña Villanueva por su útil apoyo en este proyecto.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 6 de abril de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de junio de 2020

## I. INTRODUCCIÓN

Los convenios arbitrales asimétricos pueden ser definidos como aquellos acuerdos para arbitrar en los que se le asignan más o mejores derechos, facultades o poderes a una parte, y, en consecuencia, más o más intensas obligaciones o sujeciones a la otra. En la mayoría de los casos, habrá una parte en un estado de sujeción, mientras que la otra tendrá un derecho potestativo. Esta peculiar institución genera distintos problemas relacionados al consentimiento, la inevitabilidad, la igualdad, la mutualidad, la ejecución y la validez de los convenios arbitrales. En ese sentido, la presente investigación busca (i) definir con claridad qué constituye un convenio arbitral asimétrico; (ii) resaltar las principales problematizaciones surgidas en la operación de estos convenios arbitrales en otras jurisdicciones; (iii) ponderar y analizar críticamente los argumentos expuestos alrededor de esta institución; y, (iv) evaluar si los convenios arbitrales asimétricos son compatibles con el ordenamiento jurídico peruano, pese a su parcial silencio<sup>1</sup>.

A primera impresión, la sola idea de un convenio arbitral asimétrico podría resultar inaceptable. ¿Por qué debería el ordenamiento jurídico tutelar una cláusula que le dé más derechos a una parte que a la otra en el mecanismo de resolución de conflictos que han pactado cuando —justamente— este debería operar sobre la base de la igualdad entre las partes? Aún más, ¿quién en su sano juicio pactaría un convenio arbitral que lo someta a asumir todos los gastos o a elegir menos árbitros que su contraparte? A primera impresión, los convenios arbitrales asimétricos podrían parecer un pacto irrazonable, que no merece ser tutelado por el derecho.

Sin embargo, quisiera invitar al lector a pensar en la siguiente situación. Al negociar un contrato, una parte prefiere notoriamente recurrir al arbitraje para solucionar sus controversias, por lo que insiste en que se incorpore un convenio arbitral en el contrato. Sin embargo, la otra, quien concuerda con los beneficios del arbitraje, no está en capacidad de asumir sus elevados costos. Debido a ello, se opone a suscribir un convenio arbitral.

En este contexto, ambas partes llegan al siguiente acuerdo. La parte A se ofrece a pagar los costos arbitrales de todo el proceso, a efectos de persuadir a la parte B de suscribir el convenio arbitral. No

obstante, la parte A no desea darle una herramienta de presión económica a la parte B, por lo que propone también que sea solo la parte A quien pueda demandar en sede arbitral. Con esto, la parte B solo podría demandar en sede judicial. El pacto entonces plantea que solamente A puede recurrir a arbitraje, caso en el cual deberá asumir todos los gastos del proceso, sea cual sea su resultado, mientras que la parte B solo podrá demandar judicialmente. Además, dos acotaciones adicionales son planteadas. La parte A puede también demandar judicialmente, en los casos que considere que una controversia determinada no vale el pago de la totalidad de los costos arbitrales y, si B demandara en sede judicial, A podría llevarlo a la jurisdicción arbitral, a condición de solventar todos los gastos del arbitraje.

El convenio arbitral descrito luciría de la siguiente manera: cualquier controversia que pudiera surgir del presente contrato o que guarde relación con este, incluso aquellas sobre su nulidad o validez, serán resueltas por los jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima. Alternativamente, la parte A podrá recurrir a arbitraje para resolver cualquier controversia relacionada al contrato, caso en el cual asumirá la integridad de los costos arbitrales. Al ser emplazado con una demanda interpuesta por B, A podrá remitir la controversia al foro arbitral mediante una excepción de convenio arbitral, la cual no podrá ser invocada por B.

Esta solución parece estar lejos de ser problemática. Muy por el contrario, parece una solución justa y equitativa que optimiza los intereses de las partes y sus demandas de justicia, acomodándose a la situación particular de ambas. La parte A asegura que siempre tendrá la posibilidad de llevar a arbitraje las controversias que se susciten en la relación contractual, ya sea como demandante, mediante la interposición de una solicitud de arbitraje, o como demandado, mediante la deducción de una excepción de convenio arbitral, y la parte B no ve afectado su patrimonio con los altos costos del arbitraje. Sin embargo, para evitar que haya abuso de la acción, se mantiene la posibilidad de que la parte B demande en sede judicial, caso en el cual los costos y costas se distribuirán según las reglas comunes del derecho procesal.

En el caso descrito, la solución de las partes presenta dos tipos de convenios arbitrales asimétricos: uno de selección de foro y otro de distribución

<sup>1</sup> Como se verá más adelante, el ordenamiento jurídico brinda ciertos indicios sobre una postura, principalmente en cuanto a la designación de árbitros y a la distribución de costos. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje, en los artículos 19 y 23 establecen principios rectores en la designación de los árbitros. Asimismo, el artículo 45.16 de la Ley de Contrataciones con el Estado restringe la posibilidad de nombramiento del Estado en base a cualidades personales de los árbitros.

de costos. Entonces nos enfrentamos a una aporía: consideramos, en abstracto, a los convenios arbitrales asimétricos como pactos irracionales que no merecen el soporte del derecho, pero consideramos justo, equitativo y hasta eficiente el pacto descrito. El ejemplo desarrollado cuestiona la percepción inicial y nos muestra que cualquier escenario en el que no se hubiera recurrido a un convenio arbitral asimétrico habría sido subóptimo. Si el derecho no apoyara a los convenios arbitrales asimétricos, necesariamente las partes hubieran tenido que renunciar a alguno de sus intereses y la valoración subjetiva del convenio definitivamente sería menor.

## II. EL ARBITRAJE

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y la estricta revisión de ese fundamental debate no es el objetivo de este artículo. Sin embargo, es relevante sentar una postura, ya que esta afectará la preponderancia de ciertos valores por sobre otros al momento de evaluar la validez de los convenios arbitrales asimétricos. Las teorías clásicas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje son la teorías o tesis privatistas o contractualistas, las teorías o tesis publicistas o jurisdiccionales y las teorías o tesis mixtas o eclécticas.

Quienes defienden la teoría privatista equiparan al arbitraje con un contrato; en particular, el convenio arbitral (Pérez-Cruz Martín, 2011, pp. 89-94). Además, se encuentra una esencial similitud en el fundamento del contrato y del arbitraje: la autonomía de la voluntad. Al emanar del mismo valor jurídicamente tutelado, su naturaleza debe comprenderse de manera similar (Ledesma Narváez, 2014, p. 31)<sup>2</sup>. Por su parte, Bullard González sostiene que el arbitraje es enteramente un contrato, no lo es solo en su origen, con lo que el desenvolvimiento de una serie de actos procedimentales es simplemente el medio de ejecución del contrato de ar-

bitraje. En esa medida, el procedimiento arbitral sería la prestación debida (2012, p. 18). Como se hace evidente, para esta postura, la autonomía de la voluntad es el valor supremo –quizás el único– del arbitraje.

En la posición contraria se encuentran las tesis publicistas o jurisdiccionistas. El argumento central de esta postura se funda en los atributos que el ordenamiento jurídico le da al arbitraje; en particular, la autoridad de cosa juzgada del laudo. Los defensores de esta teoría sostienen que, si bien el arbitraje inicia por la voluntad de sus partes, su eficacia se la debe al ordenamiento jurídico. Asimismo, estos defensores afirman que los árbitros realizan funciones jurisdiccionales públicas (Ledesma Narváez, 2014, pp. 32-33)<sup>3</sup>. Para esta tesis, la autonomía de la voluntad no es tan relevante, sino que el valor principal sería la administración de justicia.

Esta es la posición que nuestro Tribunal Constitucional ha adoptado como precedente en la sentencia recaída en el caso Cantuarias (Expediente 6167-2005-PHC/TC). En dicho fallo, sostuvo que

la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 20 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución (2006, párr. 11).

Con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional no solo le reconoció efectos o función jurisdiccionales al arbitraje, sino que sostuvo que incluso su origen estaría en la norma, en una suerte de negación de su espontánea existencia ¿Es acaso que el arbitraje solo existe desde que la norma lo reconoce o es que la norma regula el fenómeno existente que conocemos como arbitraje?<sup>4</sup> Pese a

<sup>2</sup> Muchos argumentos han sido expuestos en la doctrina. Por ejemplo, a juicio de Chiovenda, el arbitraje solo se puede concebir como un producto privado, en tanto que carece de *executio*, uno de los atributos esenciales de la jurisdicción. Al tener menos facultades que la jurisdicción y tener un origen en la voluntad de las partes, se debe comprender que el arbitraje es un producto meramente contractual (citado por Ledesma Narváez, 2014, p. 32). Los defensores de estas tesis suelen asimilar al arbitraje con la transacción. Ambas son figuras a las cuales el ordenamiento jurídico les reconoce autoridad de cosa juzgada, pero que emanan de la voluntad de los suscribientes (Pérez-Cruz Martín, 2011, p. 90). Otros autores resaltan las diferencias existentes entre el juez y el árbitro para demostrar que el arbitraje no comparte la misma naturaleza con el proceso judicial. Entre estas, resalta que el árbitro es un privado, mientras que el juez es un funcionario público; que el árbitro tiene autoridad en virtud del acuerdo de las partes y su nombramiento, mientras que el de los jueces proviene de la ley; y que los árbitros pueden aceptar o rechazar la función en base a su sola voluntad, mientras que los jueces solo pueden hacerlo en virtud a ciertas causas establecidas por ley (Ledesma Narváez, 2014, p. 31).

<sup>3</sup> La diferencia entre una y otra sería que los árbitros son convocados para resolver un caso en concreto, con lo que sus facultades son específicas para cumplir esa función determinada, mientras que las de los jueces son generales y aleatorias (citado por Ledesma Narváez, 2014, p. 33). Sin embargo, en esencia, ambos realizan función decisoria y emanan un producto que tienen las mismas características (Pérez-Cruz Martín, 2011).

<sup>4</sup> Esta pregunta resulta de fundamental importancia en el debate arbitral actual, dada la fuerte presencia de una línea de pensamiento que considera que el poder de juzgar de los árbitros se encuentra fuera de cualquier ordenamiento jurídico nacional, sino que se funda en lo que Gaillard denomina *l'orde juridique arbitral* (Paulsson, 2013, p. 39).

las críticas y a nuestro desacuerdo, debemos reconocer el peso institucional de este fallo, en tanto precedente. En ese sentido, resulta incuestionable que, en el ordenamiento jurídico peruano, se cue- lan en el arbitraje elementos *ius publicistas*.

Las tesis mixtas entienden al arbitraje, finalmente, como una institución de naturaleza contractual, pero con efectos jurisdiccionales. Consideran que los elementos de interacción con la jurisdicción ordinaria, ya sea en colaboración, subsidiariedad o revisión, demuestran que el arbitraje no es de por sí jurisdicción, sino algo menos. Sin embargo, es un poco más que un simple contrato, pues cumple una función pública –la pacífica composición de los conflictos de interés intersubjetivos– y porque se le aplican ciertas garantías al procedimiento (Ledesma Narváez, 2014, pp. 37-40).

Esta teoría sostiene que, si bien la fuente del arbitraje es contractual, tendría poca utilidad sin el sustento legal que le da efectos jurisdiccionales (Quiroga León, 2017, p. 92). La tendencia actual del arbitraje, a nivel internacional, concuerda con esta teoría. Y es que esta posición pone a la autonomía de la voluntad en un lugar central, pero le reconoce efectos jurisdiccionales al arbitraje y lo dota de seguridad jurídica (Cantuarias Salaverry & Repetto Deville, 2014).

Creemos, pese a la persuasión de los argumentos de todas las esquinas del debate, que la naturaleza del arbitraje es principalmente contractual. El arbitraje es un producto que habita en el ámbito del derecho privado y cuya aplicación e interpretación se debe guiar por su lógica y sus principios. El principal error, a nuestro juicio, de los argumentos de la tesis jurisdiccionalista es que estos parecen buscar determinar la naturaleza de la cosa en base a lo que la ley dice de esta<sup>5</sup>. En el plano ontológico, poco tiene que ver lo que se dice de una institución, siendo que lo relevante es lo que esa institución. El arbitraje es un procedimiento que emana del acuerdo entre las partes para solucionar conflictos de derecho privado. En ese sentido, en puridad, no hay exigencia pública alguna.

A la inversa de lo que plantean los defensores de la tesis jurisdiccionalista, parecería que la ley fuera más bien un soporte para el arbitraje y no una condición de posibilidad (Cantuarias Salaverry & Caivano, 2008, p. 45). La razón de ser del arbitraje es la autonomía de la voluntad de los contratantes y la ley opera como una defensa de dicho espacio de libertad. No hace sentido, entonces, concebir al arbitraje como creación de la ley, al punto de que la ley se vuelva un límite para aquello que quiere proteger. No obstante, de la misma manera, tampoco hace sentido eliminar de la ecuación la relevancia que trae el reconocimiento legal del arbitraje para garantizar su eficiencia. No basta, entonces, solo la voluntad de las partes, sino se requiere de un ecosistema legal que permita que su pacto surta efectos debidamente (Born, 2014, p. 229).

Dado ese reconocimiento por parte del Estado y sus efectos jurisdiccionales, nacen en el arbitraje ciertas exigencias públicas. Así, el Estado le adjudica al arbitraje la función social de la resolución pacífica de los conflictos, correspondiente al ejercicio de su jurisdicción. Al darle esa finalidad, se le imputan ciertos efectos –la autoridad de cosa juzgada de los laudos, la inevitabilidad, entre otros– así como ciertas garantías –el respeto al debido proceso, el deber de motivación, entre otros. Al igual que la propiedad, se podría decir que el arbitraje es una institución privada con función social<sup>6</sup>. Debido a ello, un correcto análisis del arbitraje requerirá la reconciliación de las tesis mixtas para incorporar la autonomía de la voluntad con las exigencias normativas impuestas por la regulación de la administración de justicia de un país. Se debe entender que el arbitraje es ontológicamente privado, pero, con ciertos matices, es fenomenológicamente jurisdiccional.

### III. EL CONVENIO ARBITRAL

Para acceder al arbitraje, se requiere un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obliguen a someter la solución de sus controversias a particulares, llamados árbitros. Este sometimien-

<sup>5</sup> Como afirma Ana María Arrarte Arisnabarreta, “el «etiquetar» al arbitraje como «jurisdicción» no lo ha convertido en tal. El nombre, no puede alterar la naturaleza de las cosas” (2007, p. 71).

<sup>6</sup> La propiedad y los derechos reales son, indudablemente, un fenómeno privado del derecho civil. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno se le adjudica una función social, que sirve para justificar ciertas cargas o limitaciones al señorío de su propietario. Esta función social no solo delinea los contornos de la propiedad –es decir, limita el derecho– sino que se presenta como parte de su contenido esencial. En ese sentido, se entiende que la propiedad satisface el interés personal de su propietario, pero, a su vez, el Estado la garantiza siempre que se cumpla una función social (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, 2009, pp. 259-266). Pese a que esta función social es ahora parte de su contenido esencial, nadie niega su origen y naturaleza privada. De igual manera, una correcta comprensión del arbitraje debe incorporar que, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, el arbitraje cumple una función social, propia de la jurisdicción, que es alcanzar la paz social, a través de la justa resolución de las controversias. Esta función es parte de su contenido esencial en la comprensión constitucional. No obstante, esto no tiene por qué enervar su origen y naturaleza privada. Lo privado puede servirle a lo público, sin que este se adueñe de aquel.

to puede ser actual o futuro (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 37; Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 1; Santistevan de Noriega, 2008, p. 97; Barchi Velaochaga, 2013, p. 90). Además, las partes pueden pactar convenios arbitrales dentro de un contrato o de forma separada (Born, 2016, p. 33). Es pacífico en la doctrina afirmar que el convenio arbitral es un negocio jurídico<sup>7</sup>. Incluso el Tribunal Constitucional, pese a tener una postura jurisdiccional en cuanto al arbitraje, le reconoce al convenio arbitral una naturaleza contractual<sup>8</sup> y acepta que es una expresión de la voluntad de los contratantes<sup>9</sup>. A partir de esto, es correcto afirmar que, en nuestro ordenamiento jurídico, el convenio arbitral no está irradiado por exigencias *ius publicistas*, con lo que el único elemento constitucionalmente relevante en el convenio arbitral es la libertad contractual.

El convenio arbitral consiste en un acuerdo de recurrir al arbitraje, por lo que esa voluntad sería el único elemento esencial y de validez del mismo (Born, 2016, p. 75). Con esto, lo que se busca es privilegiar la voluntad de arbitrar que tuvieron las partes al suscribir el convenio arbitral<sup>10</sup>. Asimismo, se establece como requisito esencial que dicha voluntad sea clara e inequívoca —lo que no es igual

a exclusiva—, debido a que el convenio arbitral constituye en puridad una renuncia parcial<sup>11</sup> a un derecho fundamental, como es el juez predeterminado por ley, y a una serie de elementos de la tutela jurisdiccional efectiva, por no ser aplicables *mutatis mutandi* al arbitraje (Bustamante Alarcón, 2013, p. 403).

En el Perú, Cantuarias Salaverry sostiene que el convenio arbitral tiene dos elementos esenciales: “el compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias y la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los futuros e inciertos conflictos” (1997, p. 386). Los demás elementos relacionados al arbitraje podrán ser integrados legalmente o mediante algún reglamento, si este es pactado (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 95-99). Tanto Cantuarias como Barchi recogen el principio esencial destacado por Born y lo complementan con su consecuencia lógica: la determinación del alcance de dicha voluntad. Si lo esencial es que las partes manifiesten su voluntad de arbitrar, es necesario determinar qué arbitrarán. A estos requisitos especiales del convenio arbitral, sin lugar a dudas, se le deben integrar los requisitos de validez de todos los negocios jurídicos.

<sup>7</sup> Para Vidal Ramírez, por ejemplo, este es “un acto jurídico típico y nominado, por cuanto tiene su propia sustantividad, su propio *nomen iuris* y está sometido a un régimen legal específico” (2003, p. 572). A esto se le agrega que, en la mayoría de los casos, es un acto jurídico plurilateral, en tanto que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje lo define como un acuerdo entre las partes, lo que demuestra que no es un acto jurídico unilateral, sino que requiere el concurso de cuando menos dos voluntades (Barchi Velaochaga, 2013, p. 89).

<sup>8</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional afirma, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, lo siguiente: Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral (2006, párr. 15).

<sup>9</sup> En esa línea, el supremo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, sostiene lo siguiente:

La jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *ius publicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales (2006, párr. 11).

<sup>10</sup> De acuerdo con Born, hay siete elementos críticos de un convenio arbitral: (i) el acuerdo de arbitraje; (ii) el alcance del convenio; (iii) el uso de una institución arbitral o sus reglas; (iv) la sede del arbitraje; (v) el método de nombramiento de árbitros, su número y calificaciones; (vi) el lenguaje del arbitraje; y (vii) la ley aplicable a la controversia (2016, pp. 33-39). En línea similar, en doctrina nacional, Rubio Guerrero sostiene que, para un arbitraje doméstico, deben considerarse los siguientes cinco elementos: (i) elección del tipo de arbitraje; (ii) la elección de la clase de arbitraje; (iii) la composición del Tribunal Arbitral; (iv) las reglas del proceso arbitral; y (v) los gastos arbitrales (2007, p. 13). Sin embargo, muchos de estos pertenecen al campo de los elementos no esenciales; es decir, que no comprometen su validez, por lo que no serán analizados.

<sup>11</sup> Esta renuncia no es solo parcial en los casos de los convenios arbitrales asimétricos. Incluso con un convenio arbitral simple y sinalagmático, las partes no renuncian íntegramente al juez predeterminado por ley, ya que se mantiene la posibilidad de demandar judicialmente y que la contraparte no deduzca una excepción de convenio arbitral. En ese caso, se entenderá que las partes han renunciado al convenio arbitral en esa controversia en concreto. Es justamente por ello que la excepción de convenio arbitral no puede ser invocada de oficio por el juez. Siendo esto así, se contempla que la renuncia no debe ser total. Si no lo es en el caso del convenio arbitral simple y sinalagmático, no tiene por qué serlo en el caso del convenio arbitral asimétrico.

### A. Naturaleza jurídica del convenio arbitral

Al igual que la naturaleza jurídica del arbitraje, la naturaleza jurídica del convenio arbitral ha suscitado discusión en la doctrina. Existen dos tesis centrales: (i) la tesis formal, que plantea la eficacia dispositiva del convenio arbitral; y, (ii) la tesis material, la cual propugna su eficacia obligatoria. Determinar cuál es la postura más adecuada resulta relevante, ya que, si se considera que el convenio arbitral tiene eficacia obligatoria, este se guiará principalmente por los principios del derecho civil personal que privilegian la autonomía de la voluntad. Por el contrario, si se considera que tiene eficacia dispositiva, se dará mayor cabida a los efectos procesales del contrato, en los que la autonomía de la voluntad no cumple un rol igualmente protagónico.

La tesis formal se condice con la noción clásica del derecho procesal, en la que los sujetos del proceso no cuentan con obligaciones, sino solamente con cargas (Goldsmith, 1936, pp. 201-204). Debido a esto, es común que quienes defienden esta postura identifiquen al convenio arbitral como un contrato procesal, que impacta en ese mismo ámbito, no material, de la esfera jurídica de sus partes (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 93-94)<sup>12</sup>.

Por el contrario, quienes propugnan la tesis material del convenio arbitral sostienen que este sí genera efectos obligatorios. En virtud de ello, el convenio arbitral se ve irradiado por los principios generales del derecho de los contratos, como la autonomía de la voluntad, el *pacta sunt servanda*, la buena fe contractual, la relatividad, entre otros (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 85). En la doctrina internacional, pareciera no cuestionarse

el carácter contractual del convenio arbitral (MacKinnor *et al.*, 2016, p. 184).

Bullard afirma que el convenio arbitral es un contrato con particularidades relacionadas a su ejecución, pues no se puede recurrir a la ejecución forzada en el Poder Judicial, ya que esto desnaturalizaría la esencia del pacto. Asimismo, no cabe la resolución ni la indemnización por su incumplimiento. En ese sentido, este autor determina que el convenio arbitral es un contrato autoejecutable (2016, p. 101; 2012, pp. 20-21). Para compensar esta complejidad, la norma refuerza los efectos del convenio arbitral mediante el principio de inevitabilidad.

La inevitabilidad supone que el arbitraje se vuelva ineludible cada vez que se concluya que hay un convenio arbitral y es una manifestación del principio de *pacta sunt servanda* aplicado al arbitraje (Santistevan de Noriega, 2008, pp. 94-95). Este principio se hace patente mediante una serie de garantías normativas, entre las que destacan el principio de *kompetenz-kompetenz*, el principio de separabilidad del convenio arbitral y el carácter *ex post* del recurso de anulación de laudo arbitral (Bullard González, 2012, pp. 22-25)<sup>13</sup>. Estas garantías nacen a título legal cada vez que se verifica la existencia de un convenio arbitral (Santistevan de Noriega, 2008, p. 105).

Los defensores de la tesis material critican la tesis formal, pues consideran que estos ignoran que, para que las facultades y cargas procesales surtan efecto, se requiere un acto adicional y posterior al convenio arbitral, que es la interposición de la solicitud o petición de arbitraje (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 75-76). Decir que el convenio arbitral solo tiene efectos procesales implica afir-

<sup>12</sup> En el medio nacional, Barchi Velaochaga se posiciona como un partidario de la tesis formal o dispositiva. Él afirma que el convenio arbitral produce, por un lado, efectos procesales, y, por el otro, efectos sustanciales, creando una relación jurídica que no es una relación obligatoria, sino una relación que tiene como situación jurídica pasiva la sujeción y como situación jurídica activa un derecho potestativo (2013, p. 94).

A dicha relación jurídica material *sui generis* la denomina relación arbitral. Como se puede apreciar, Barchi sí reconoce que el convenio arbitral crea una relación jurídica material, por lo que no se limita a defender la tesis de los contratos con efectos procesales. Sin embargo, no considera que esta sea una relación obligatoria. La relación obligatoria es la conexión entre una situación jurídica de crédito y una situación jurídica de débito a un derecho subjetivo y una obligación, respectivamente. La obligación es un deber jurídico con contenido patrimonial, cuyo objeto es una prestación debida, que consiste en una conducta o un comportamiento del deudor dirigida a satisfacer un interés pactado del acreedor. Barchi no considera que el convenio arbitral entrañe una prestación debida, por lo que niega su carácter obligatorio. En cambio, propone que se entienda la relación arbitral como una situación de sujeción en la que el sujeto pasivo soporta el poder ajeno, el cual modifica su situación jurídica. La diferencia esencial sería que, a juicio de Barchi, la situación jurídica pasiva generada por el convenio arbitral no demanda de su sujeto ninguna conducta ni comportamiento para satisfacer el interés de su acreedor, sino solamente implica un cambio incuestionable de su situación jurídica (2013, pp. 89-95).

<sup>13</sup> Bullard González conecta los efectos positivo y negativo del convenio arbitral como una manera de lograr la inevitabilidad del arbitraje y asegurar la autoejecución del convenio arbitral (2012, p. 21). Esta formulación resulta confusa, en tanto que la inevitabilidad se alcanza mediante garantías legales, mientras que los efectos positivo y negativo son el contenido obligatorio del convenio arbitral. Así, mientras la inevitabilidad se consigue a título legal (imaginémoslo la excepción de convenio arbitral), ambos efectos son exigibles a título convencional.

mar que existe una etapa entre la suscripción del convenio arbitral y la interposición de la solicitud de arbitraje en la que no hay efectos jurídicos. Esto carece de sentido, pues el convenio arbitral es un pacto perfectamente eficaz desde su suscripción.

De Benito diferencia entre las fases estática y dinámica del convenio arbitral. La primera es aquella en la que no se ha ejercitado aún ninguna acción, mientras que, en la segunda, una vez ejercitada la acción, se activa el procedimiento arbitral. El punto de inflexión entre una y otra es el ejercicio de la acción, materializada en la solicitud o petición de arbitraje. Así, queda claro que el objeto de referencia de la tesis formal es la etapa dinámica, en la que es indudable que las partes tienen facultades y cargas procesales. En este extremo, tanto la tesis material como la formal encuentran un punto de acuerdo (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 95-100) y, en consecuencia, la eficacia obligatoria del convenio arbitral se encontrará en su fase estática.

Coincidimos con dicha diferenciación y, consecuentemente, con la tesis material del convenio arbitral. Al tener, entonces, eficacia obligatoria, la asimetría no debería presentarse como un problema, salvo que interfiera con la naturaleza de las obligaciones que se pacten o con el interés que las motiva. En ese sentido, debemos evaluar el contenido obligatorio de los convenios arbitrales y el interés subyacente para determinar si este debe ser sinalagmático.

## B. Contenido del convenio arbitral

Comúnmente se destaca que el convenio arbitral tiene un efecto positivo y uno negativo. El efecto negativo consiste en no recurrir a la jurisdicción ordinaria para buscar solucionar controversias cubiertas por el alcance de un convenio arbitral (Gómez Jene, 2017, p. 40). Esta obligación de no recurrir a las cortes ordinarias es la principal en un convenio arbitral y en esta reside su esencia (Bullard González, 2012, p. 20). Como contraposición, nace un derecho particular, que es el derecho de las partes a no ser demandadas ante los tribunales (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 134). Así, del convenio arbitral nacen una obligación de no hacer, consistente en no recurrir a la jurisdicción ordinaria, y un derecho, consistente en no ser demandado ante la jurisdicción ordinaria. Este derecho se encuentra gravado con una carga que lo posibilita a interponer una excepción de convenio arbitral si la contraparte no cumple con la obligación de demandar en la sede arbitral (Vidal Ramírez, 2003, p. 580). En un convenio arbitral simétrico, ambas situaciones jurídicas vienen emparentadas; en uno asimétrico, no lo están.

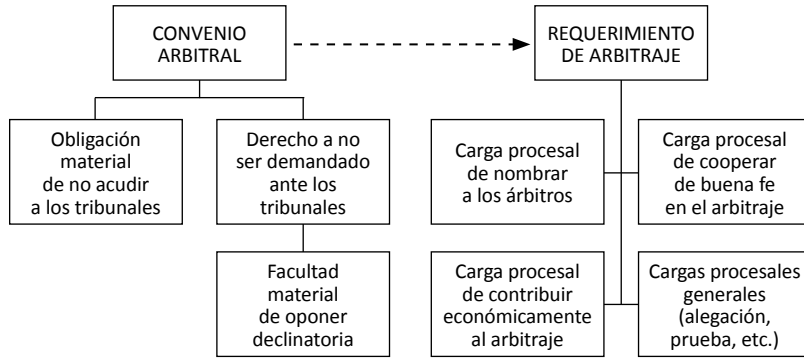
Por su lado, el efecto positivo consiste en resolver las controversias mediante arbitraje, al atribuirle competencia a los árbitros (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 1). Born afirma que el efecto positivo no se limita a la obligación genérica de recurrir al arbitraje, sino que entraña consigo la obligación de conducirse de buena fe y cooperativamente en el proceso (Born, 2016, pp. 63-64). Como ya se resaltó, la autoejecución del convenio arbitral resulta ser una característica esencial de este contrato (Bullard González, 2012, pp. 20-22), con lo que, de su propia naturaleza, emana la obligación de colaborar correctamente en su desarrollo. De Benito destaca que el efecto positivo del convenio arbitral, más que una obligación en sentido estricto es una carga material del derecho de acción. A efectos de poder ejercitar válidamente el derecho de acción, es menester que las partes recurran a la jurisdicción arbitral. Todo intento de alcanzar un remedio judicial no será, entonces, el incumplimiento de una obligación de hacer, sino que devendrá en ineficaz, por no cumplir con la carga material que lo condiciona (2010, pp. 120-123).

Para permitir la consecución del efecto positivo, se consagra el principio de *kompetenz-kompetenz*, el cual busca darles a los árbitros la prioridad cronológica en el pronunciamiento sobre su propia competencia frente a un cuestionamiento de las partes (Bullard González, 2012, pp. 22-23). Este tiene, como contrapartida, una manifestación en el efecto negativo, pues implica que el juez debe esperar a que el arbitraje culmine, mediante la emisión de un laudo, para poder revisar la competencia del árbitro, en caso se promueva una acción de anulación de laudo arbitral por dicha causal.

Ahora bien, es relevante destacar que sí se puede encontrar contenido obligatorio en el llamado efecto positivo del convenio arbitral. Como desarrolló Born, este efecto no solo implica recurrir a la jurisdicción arbitral si se tiene una controversia, sino entraña consigo el deber de conducirse en este de buena fe y cooperativamente. Estamos de acuerdo con que esto es parte de la relación obligatoria, pero no como la representación de un deber primario de prestación, sino como la de un deber de cooperación y de protección que se integran en virtud del principio de la buena fe (Morales Hervias, 2013, pp. 63-68; Fernández Cruz, 2004, pp. 613-616). Es por ello que conducirse en el proceso en contra de estas obligaciones no genera la pérdida de ninguna facultad procesal, sino que lleva a auténticas sanciones jurídicas, como, por ejemplo, inferencias adversas.

De Benito propone el siguiente esquema, el cual diferencia los efectos propios de la fase estática, denominados efectos inmediatos, y los propios de la fase dinámica, denominados efectos mediatos:

Figura 1. Los efectos materiales (inmediatos) y procesales (mediatos) del convenio arbitral



De Benito Llopis-Llombart (2010, p. 123).

A este punto, es fundamental determinar el carácter patrimonial del convenio arbitral, sin el cual no se le podrá considerar una obligación en sentido estricto. El carácter patrimonial se puede deducir del valor en el mercado de la prestación, por la existencia de una contraprestación o por la funcionalidad de la prestación a un interés patrimonial del acreedor (Espinoza Espinoza, 2011, p. 258). Se puede encontrar que el convenio arbitral sí es patrimonial en tanto existe un interés de esta naturaleza en las partes al pactar el arbitraje. Esto se debe principalmente al valor de la seguridad que genera ser juzgado por un arbitraje, pero también debido a la celeridad de la resolución de la controversia (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 149-151). Este valor patrimonial opera justamente como fundamento y legitimación del arbitraje de inversión.

En virtud de lo desarrollado, se puede apreciar que sí existe una prestación debida como objeto del convenio arbitral, contenida en las siguientes consecuencias jurídicas. En primer lugar, establece una obligación en sentido estricto de no recurrir a la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, nace el derecho a no ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, sino a ser juzgado mediante un arbitraje. En tercer lugar, emanan del principio de buena fe, el deber de cooperar y litigar de acuerdo a lo acordado, lo que también tienen naturaleza obligatoria. En cuarto lugar, se da a luz a una carga material sobre el derecho de acción que condiciona su ejercicio a la recurrencia a la jurisdicción arbitral, invalidando el ejercicio judicial de la acción. Finalmente, se crean una serie de facultades y cargas procesales que se activan en la etapa dinámica del convenio arbitral. Siendo esto así, no queda más que confirmar que el convenio arbitral es un contrato con contenido obligatorio.

Por otro lado, se ha sostenido que el convenio arbitral, al ser un pacto separable o autónomo, requiere encontrar funcionalidad en las prestaciones

recíprocas de las partes. Consideramos que ello es un error. El principio de separabilidad del convenio arbitral consiste en una presunción, en virtud de la cual se le da autonomía, pese a estar incluido en un contrato (Born, 2016, p. 54). Esta autonomía es jurídica y se centra en la autonomía de la validez y eficacia del convenio arbitral (Priori Posada, 2011, p. 570). Todas las consecuencias del principio de separabilidad son jurídicas y se dirigen a preservar su existencia jurídica. Landolt sostiene que esta presunción logra que el convenio arbitral se impregne de un estatus de irresistibilidad (2013, p. 513). Landrove, de otro lado, afirma que esto se hace con el propósito de proteger la eficacia del convenio arbitral, objetivo que comparte con el principio de *kompetenz-kompetenz* (citado por Bullard González, 2012, p. 23). La separabilidad fue ideada para asegurar la validez del convenio arbitral.

En ese sentido, resulta esencial diferenciar la separabilidad, en un sentido jurídico, de la autosuficiencia del convenio arbitral, en un sentido fáctico: la separabilidad tiene una existencia y relevancia jurídica, no fáctica. Justamente, la separabilidad debe entenderse como un atributo jurídico nacido en respuesta a la real accesoriedad del convenio arbitral, el cual, en la mayoría de los casos, no es más que una estipulación contractual (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 55). Confundir estos dos planos representa —en palabras de De Benito— un prejuicio realista, según el cual se asume que, debido al principio de separabilidad, el convenio arbitral cuenta con autosuficiencia (2010, pp. 54-55). Este prejuicio evita comprender la racionalidad del convenio arbitral a partir de los demás elementos del contrato (p. 59).

De este prejuicio se deriva uno segundo, que denominamos el prejuicio sinalagmático. Según este, debido al prejuicio realista, el convenio arbitral debe ser genéticamente sinalagmático. Este tiene dos elementos: por un lado, se piensa que las obligaciones y derechos de las partes tienen



que ser sinalmáticos; y, por el otro, que las obligaciones y derechos de las partes tienen que ser exactamente iguales. En muchos países, se usa este prejuicio para atacar la validez del convenio arbitral asimétrico, afirmando que el sinalagma es un requisito esencial para la existencia de un convenio arbitral o que ambas partes tienen que estar igualmente obligadas a ir a arbitraje para que el convenio sea válido (Aizenstatd, 2010, pp. 32-33). Sin embargo, esto no tiene mayor arraigo. La exigencia del sinalagma es solo un error de razonamiento inducido por el prejuicio realista, que hace que se piense en el convenio arbitral como totalmente aislado y se viertan en estas exigencias ya cumplidas por el contrato.

### C. El interés en el convenio arbitral

El prejuicio sinalmático se ha vinculado con la inevitabilidad del arbitraje y el carácter autoejecutable del convenio arbitral. Parecería una exigencia de la sana razón que ambas partes se encuentren sujetas a la obligación inevitable de recurrir al arbitraje para que el pacto haga sentido. Sin embargo, esto solo sería así si la causa común del convenio arbitral fuera el sometimiento exclusivo a la jurisdicción arbitral. Esto es afirmado por Vidal Ramírez, por ejemplo (2003, p. 571). Sin embargo, otros autores colocan el acento en el interés de no ser juzgado por la jurisdicción ordinaria (De Benito Llopis-Lombart, 2010, p. 134). A nuestro criterio, no obstante, ambos son equivocados: la finalidad del arbitraje es la de solucionar la controversia.

Juárez destaca que la causa-fin del arbitraje es la justicia (2015), visto desde una perspectiva institucional. Sin embargo, esta se mantiene al concretarla en una relación jurídica específica, a través del interés de resolver una controversia. Es cierto que este es el interés común de toda relación jurídica procesal; sin embargo, esto no le resta relevancia en el arbitraje. Jan Paulsson le da un enfoque humano al arbitraje y, al preguntarse por qué se prefiere al arbitraje por sobre el proceso judicial, concluye que “we wish to be judged by someone wise and familiar, perhaps an idealized version of ourselves – not someone clever and strange”<sup>14</sup> (2013, p. 5).

Acierta, además, al señalar que la más importante virtud del arbitraje es la capacidad de alterar y

hacer propio el procedimiento: “[a]s society becomes more complex, and as individuals feel more secure in their rights, another motivation joins that of the urgent need for peace: aspirations to affect this process in some way, not just to be its object”<sup>15</sup> (2013, p. 6). Parece ser que los sujetos desean una aplicación personalizada de la justicia, que se adapte a su controversia y sus intereses: esta es la principal promesa del arbitraje. Los individuos ya conquistaron la ley a través de la democracia y ahora buscan conquistar su composición a través del arbitraje. Como concluye Paulsson, “[a]rbitration is the quintessence of bespoke justice”<sup>16</sup> (2013, p. 7).

En la actualidad, complejos negocios recurren a complejas cláusulas de solución de controversias, en las que se determinan etapas de trato directo, negociación, determinaciones de expertos, *dispute boards*, *adjudications*, arbitraje, entre otros. Todas estas se combinan y complementan de la forma en la que mejor se satisfacen los intereses y necesidades de las partes y la operación realizada. Siendo esto así, se ve que el interés que realmente persiguen es el de solucionar la controversia y el medio que eligen es solo funcional –utilitario– a ese interés. Resulta forzado buscar encontrarle un interés típico al convenio arbitral, que lo distinga de las demás cláusulas de resolución de controversias. Mucho menos razonable resulta que se use dicho interés típico para restringir la libertad contractual de las partes y la posibilidad de llegar a complejos arreglos en cuanto a la solución de futuras disputas.

Consideramos, entonces, que el sinalagma no responde a una necesidad técnica del derecho, ni a una necesidad ontológica del convenio arbitral, por lo que este puede ser perfectamente asimétrico, basado en su naturaleza contractual, eficacia obligatoria e interés genérico de solución de controversias. Todas estas características se encuentran fundamentadas en la bandera de la autonomía de la voluntad.

### IV. LOS CONVENIOS ARBITRALES ASIMÉTRICOS

El desarrollo previo nos permite entrar al análisis del objeto de nuestro estudio con claros conceptos que serán elemento de discusión en esta sección. En primer lugar, definiremos qué son los

<sup>14</sup> Nosotros deseamos ser juzgados por alguien sabio y familiar, probablemente una visión idealizada de nosotros mismos no por alguien inteligente y extraño [traducción libre].

<sup>15</sup> A medida que las sociedades se vuelven más complejas y los individuos se sienten más seguros de sus derechos, otra motivación se une a la urgente necesidad de paz: aspiraciones de afectar el proceso en alguna manera, no solo de ser su objeto [traducción libre].

<sup>16</sup> Arbitraje es la quintaesencia de la justicia a la medida [traducción libre].

convenios arbitrales asimétricos, cómo se nos manifiestan y por qué son suscritos, a efectos de comprender a cabalidad su existencia. En segundo lugar, abordaremos los problemas, argumentos e interpretaciones que se han expuesto internacionalmente, los cuales ponderaremos críticamente y relacionaremos con el derecho nacional. Finalmente, analizaremos la figura de los convenios arbitrales asimétricos a la luz de sus fundamentos, su funcionalidad y su juridicidad en el Perú en concreto.

### A. Significado y significantes

Los convenios arbitrales asimétricos no han encontrado aún una definición estándar que sea compartida por los operadores jurídicos a nivel internacional. No obstante, la definición dominante, compartida principalmente por la doctrina y jurisprudencia europea, define al convenio arbitral asimétrico como “a clause which gives only one party to an agreement the opportunity to make a forum selection (arbitration or litigation) to settle a dispute”<sup>17</sup> (Ustinov, 2016, p. 2) o, en otras palabras, “an agreement providing one of the parties the right to choose between the two available means to resolve a dispute, whereas the other party is confined only to one of the options”<sup>18</sup> (2016, p. 7). Estos convenios arbitrales tendrían, entonces, como centro, la posibilidad, asignada a una de

las partes y negada a la otra, de elegir frente a qué foro de jurisdicción presentar su controversia.

Existe, sin embargo, una amplia discusión terminológica, que, más que contribuir al estudio de la institución, genera confusiones en la esencia de esta. Por ejemplo, la jurisdicción inglesa y holandesa le llaman convenio unilateral a aquel en el que se establece la posibilidad de optar entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, pero solo se le agrega el término asimétrico cuando dicha posibilidad se le reserva a una de las partes. Exactamente lo mismo sucede en la jurisdicción española con el término convenio arbitral híbrido. Parecería que la posibilidad de optar por un foro de resolución de controversias u otro no es la esencia de los convenios arbitrales asimétricos<sup>19</sup>.

Draguiev establece que la *diferencia específica* de los convenios arbitrales asimétricos frente a otras figuras similares es el efecto unilateral de la cláusula (2014, p. 20)<sup>20</sup>; es decir, que se le reserven esos derechos a una parte a su sola voluntad. En simple, un convenio arbitral asimétrico es aquel que contiene “asymmetrical distribution of rights and duties”<sup>21</sup> (Draguiev, 2014, p. 21). Es sobre esta definición que la escasa academia latinoamericana ha construido su concepto. En este se definen a los convenios arbitrales asimétricos como “cláusulas compromisorias en las cuales las obligaciones y

<sup>17</sup> Una cláusula que da la oportunidad a una sola de las partes de un acuerdo de hacer una selección de foro (arbitraje o litigación judicial) para resolver una controversia [traducción libre].

<sup>18</sup> Un acuerdo que le provee a una de las partes el derecho a elegir entre dos medios disponibles para resolver una controversia, mientras que la otra parte está confinada solo a una de las opciones [traducción libre].

<sup>19</sup> A pesar de que se presenta como un concepto simple, existen distintas refinaciones teóricas, que varían la denominación y algunas de sus características. Nesbitt y Quinlan extraen, a partir de la jurisprudencia inglesa, el tipo básico de lo que en su jurisdicción se denomina convenios arbitrales unilaterales:

They [unilateral arbitration clauses] generally have the following structure: the parties to the agreement are restricted to bringing proceedings in a particular jurisdiction; however, one party (or in some cases, all of the parties) has an option to elect that the dispute in question must be referred to arbitration (2006, p. 134).

Por otro lado, Marta Gisbert denomina convenios arbitrales híbridos a

[...] aquella cláusula de resolución de conflictos pactada por las partes en un contrato (sea este del tipo que sea), en la que los contratantes deciden que la controversia pueda ser sometida tanto a arbitraje como a la jurisdicción de los tribunales de un determinado país (2015, pp. 145-146).

De Benito Llopis-Llombart sostiene que ese derecho a elegir entre el arbitraje o la jurisdicción estatal y, mediante esta, vincular a su contraparte, es ganado “en virtud de la llamada cláusula o pacto compromisorio “híbrido”, “mixto”, “asimétrico”, “opcional” o “unilateral”” (2009, p. 141). Así, él postula que los términos propuestos previamente operan como intercambiables. Draguiev propone, en cambio, que se refiera a “unilateral jurisdiction clause as a catch-all term referring to one-sided, hybrid, optional, asymmetrical, combined, etc., clauses” (2014, p. 20).

<sup>20</sup> En distintas jurisdicciones, pese a la diferencia en las denominaciones, se ha optado por diferenciar entre los convenios arbitrales simétricos y asimétricos, o bilaterales y unilaterales. López de Argumedo y Balmaseda denominan a dicha herramienta jurídica como híbrida o como mixta (2014, p. 1); y, además, agregan que

en lo que respecta a los tipos de las cláusulas híbridas, se ha de distinguir, fundamentalmente, entre cláusulas híbridas simétricas (o bilaterales) y cláusulas híbridas asimétricas (o unilaterales) (en inglés, *asymmetric, optional* o *unilateral DR clauses*). Las primeras son aquellas que ofrecen a todas las partes del contrato la opción de elegir la vía de resolución del conflicto. En las segundas, en cambio, la facultad de elegir el método de resolución de una controversia se concede solo a una (o algunas) de las partes, debiendo la otra (u otras) aceptar la elección adoptada (p. 2).

Van Zelst coincide con dicha definición y resalta que a dicha figura se le llamaría asimétrica cuando solo una de las partes gozara con la ventaja de la elección (2018, p. 78).

<sup>21</sup> Distribución asimétrica de derechos y obligaciones [traducción libre].

derechos de las partes no son sinalagmáticos, es decir no se consagraron en condiciones de igualdad” (Medina Fandiño, 2016, p. 19) o, en resumen, aquel “en el cual las obligaciones de las partes no son perfectamente sinalagmáticas” (Aizenstatd, 2010, p. 25). Aunque parezca redundante, la definición más certera de los convenios arbitrales asimétricos es la brindada por Drahozal: “arbitration clauses with asymmetric obligations to arbitrate”<sup>22</sup> (2002, p. 540). Es esta la definición que compartimos. Si la característica central de los convenios arbitrales asimétricos es la distribución diferente de derechos y obligaciones, no existe motivo para restringir su estudio a la asimetría en la elección del foro.

Aizenstatd destaca tres tipos de asimetrías en un convenio arbitral: en la elección de los árbitros, en la distribución de los costos y en la elección del foro (2010, pp. 25-30). La asimetría en la elección de foro es la más discutida en la doctrina y jurisprudencia internacional y es lo que se describió en los primeros párrafos de esta sección. La asimetría en la designación de árbitros podría referirse, según Aizenstatd, a una variedad de casos, como que solo una parte pueda designar un árbitro, mientras que los otros deban ser designados por un centro arbitral o un tercero, o que la elección de una parte esté sujeta a condiciones mínimas, mientras que la de la otra no (2010, p. 26). Por su lado, la asimetría en los costos podría presentarse mediante fórmulas previas de distribución de estos que le asignen mayor carga a una parte que a la otra, o mediante la prohibición de condena de costos frente a un resultado o a una parte (Aizenstatd, 2010, p. 28).

No obstante, es preciso recordar que los convenios arbitrales asimétricos podrían tomar distintas formas y versar sobre distintos elementos del convenio arbitral, excediendo la creatividad e imaginación de los autores, por lo que un correcto estudio sobre dicha figura no debería estancarse en consideraciones únicamente casuísticas, sino en la naturaleza de los mismos. Vale anotar que estas asimetrías, al responder a la conveniencia de ambas partes, plasmadas en el pacto, se pueden presentar en distintas cláusulas de resolución de controversias, distintas de un convenio arbitral. Por ejemplo, sería posible pactar que una parte debe designar a un perito experto para un *adjudication* o que una parte deberá pagar los honorarios de un *dispute board*. Esto, sin embargo, no obsta de considerar estas asimetrías típicas como elementos problemáticos en el estudio de los convenios arbitrales.

## B. Estructura de los convenios arbitrales asimétricos típicos

Mucha de la problematización internacional se ha centrado en los tres tipos de convenio arbitral destacados por Aizenstatd. Debido a ello, nos avocaremos a definir claramente su contenido. Como fue establecido en la sección anterior, los convenios arbitrales tienen eficacia obligatoria. Durante su fase estática, solo surten efectos obligaciones civiles. Solamente cuando la acción es ejercitada, mediante la presentación de la solicitud de arbitraje, se desplegarán los efectos procesales del convenio arbitral, en su fase dinámica (De Benito Llopis-Llombart, 2010, pp. 95-100). Los convenios arbitrales asimétricos de selección de foro se encuentran en la fase estática, mientras que los de distribución de costos y de nombramiento de árbitros en la dinámica.

Recordemos que el contenido del convenio arbitral, en la fase estática, se conforma por una obligación de no acudir a la jurisdicción ordinaria y un derecho de no ser llevado a la jurisdicción ordinaria, que se encuentra gravado con una carga de deducir una excepción de convenio arbitral. A su vez, la acción tiene una carga material, consistente en demandar en sede arbitral (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 123). Esto se integra con una serie de deberes accesorios, como el deber de cooperación y el de protección.

En base a ello, podemos determinar, en primer lugar, que el contenido de la obligación en el caso del convenio arbitral asimétrico de selección de foro en el caso del sujeto con la opción toma forma de una obligación facultativa; es decir, de aquella obligación en la que “el deudor s[o]lo debe una prestación en realidad, pero puede satisfacer su cumplimiento (puede pagar) con la ejecución de otra prestación distinta” (Osterling Parodi & Castillo Freyre, 2001, p. 419). En ese sentido, si ambas partes pueden demandar en la jurisdicción arbitral pero el sujeto con derecho potestativo puede elegir si recurrir a la jurisdicción ordinaria, su situación jurídica contendría una prestación principal de no demandar ante el poder judicial y una prestación facultativa de no demandar ante la jurisdicción arbitral. En ambos casos, mantiene el derecho a no ser demandado ante la jurisdicción ordinaria y la carga de deducir la excepción de convenio arbitral. Su acción no se encuentra gravada con ninguna carga material.

En segundo lugar, con relación a los costos, un convenio arbitral simétrico contiene una carga de colaborar económicamente con el arbitraje, la cual, luego de la sanción de costos contenida en el lau-

<sup>22</sup> Cláusulas arbitrales con obligaciones asimétricas de arbitrar [traducción libre].

do, se convierte en una obligación material de dar suma de dinero (De Benito Llopis-Llobart, 2010, p. 123). En cambio, un convenio arbitral asimétrico de distribución de costos ya no contendrá la carga de contribuir económicamente al arbitraje, sino que únicamente una de las partes estará gravada, desde el inicio de la fase dinámica del convenio arbitral, con la obligación civil de pagar todos los costos. En tercer lugar, en el caso del convenio arbitral asimétrico de elección de árbitros, simplemente una de las partes tendrá una carga de cooperación más grande, pues deberá nombrar a más árbitros.

### C. ¿Por qué existen?

A este punto, es posible que el lector se pregunte: ¿por qué un sujeto capaz y razonable suscribiría un convenio de tales características? ¿No es que acaso siempre una parte va a buscar las mejores condiciones para sí? ¿Por qué alguien decidiría darle mejores derechos a su contraparte o asumir más obligaciones para sí en algo tan crucial como la resolución de sus controversias? Si bien la razonabilidad de la decisión de suscribir un convenio arbitral asimétrico es de escasa importancia para la exploración intelectual y el cuestionamiento sobre sus fundamentos y su validez, es esencial entender estos motivos para poder comprender la institución a cabalidad y, con ello, poder hacer un estudio serio sobre la misma. Es necesario aclarar que, mediante esta exploración, no se está definiendo, de ninguna forma, la causa del convenio arbitral asimétrico ni tratando de definir un fundamento jurídico-económico para el pacto, a efectos de determinar una tipicidad específica. Por el contrario, estas son consideraciones prácticas sobre la utilidad de estos pactos para las partes.

Vale resaltar, de inicio, que no creemos que todos los sujetos sean perfectamente racionales. Reconocemos la inmensa cantidad de sesgos que podrían influir en la adopción de un convenio arbitral asimétrico. No obstante, en el presente acápite, queremos esbozar los motivos centrales por los que se adoptan estos convenios, para poder comprender su funcionalidad e interpretar la institución, así como su regulación, en virtud de cuánto satisfacen y propician los objetivos que las partes persiguen al pactarlos.

El motivo más intuitivo es que la asimetría dentro de los deberes y derechos que crea el convenio arbitral es solo un reflejo de la asimetría comercial entre las partes (Draguiev, 2014, p. 20; Ustinov, 2016, p. 9). Este, pese a ser un motivo real, no es el único. Sería

equivocado creer que la existencia de los convenios arbitrales asimétricos es solo una cristalización de la desigualdad real entre las partes. Esta confusión puede llevar a un operador jurídico a censurar su existencia, dado que contraviene con el ideal de igualdad que fuertemente proclama el derecho.

Draguiev establece que la suscripción de convenios arbitrales asimétricos puede fundarse en la búsqueda de mecanismos hechos a la medida de los clientes, que respondan a las necesidades del negocio que están realizando (2014, pp. 19-20). Así, los convenios arbitrales asimétricos son más comúnmente encontrados en negocios complejos como acuerdos financieros (Ustinov, 2016, p. 9), *tenancy and construction contracts, banking and finance transactions* (Van Zelst, 2018, p. 79) y *charter parties* (Draguiev, 2014, p. 21), principalmente. Estos contratos justamente incluyen un elemento relevante de duración en el tiempo.

Así, un motivo de gran relevancia para pactar convenios arbitrales de decisión de foro, en específico, es poder responder a las necesidades de la controversia en el momento en el que esta se plantea. De esa manera, las partes estarían en mejor condición de determinar el medio más idóneo (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 2). Esta preocupación nace debido a que

son cada vez más frecuentes los casos en los que al celebrar un contrato no se puede conocer qué método de resolución de controversias será el más idóneo para resolver los eventuales conflictos. [...] De estas relaciones contractuales pueden derivarse tanto controversias muy complejas, que puede convenir someter a un árbitro experto en la materia, como controversias jurídicas más sencillas o de poca cuantía, para cuya resolución el arbitraje puede no ser el método más adecuado (2014, p. 2).

Ustinov afirma que el arbitraje es la forma preferida para solucionar disputas comerciales; sin embargo, reconoce que existen casos en los que puede resultar más conveniente acudir a la jurisdicción ordinaria. Él usa como ejemplo la deuda por un préstamo cuyo título no genera duda alguna (2016, p. 9). En este caso, no haría sentido que se recurra a un tribunal arbitral, ya que "litigation provides an opportunity in the shortest possible time with minimum cost get a decision on recovery of debt in virtually uncontested situation, when initiation of arbitration proceedings may be too expensive and time consuming"<sup>23</sup> (p. 9). Así,

<sup>23</sup> El litigio ofrece una oportunidad en el tiempo más corto posible con un costo mínimo de obtener una decisión de recuperación de una deuda en una situación prácticamente no contendida, cuando el inicio de un procedimiento arbitral podría ser muy caro y costoso en tiempo [traducción libre].

en particular en los negocios complejos, este tipo de cláusulas resultan convenientes, en tanto la variedad de controversias es amplia y su complejidad transita un amplio rango (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 2).

En conclusión, los convenios arbitrales asimétricos nacen para hacer frente a la necesidad de los negocios, en los cuales, en virtud de su complejidad y magnitud, es imposible determinar *ex ante* las posibles disputas que se generarán. Sin embargo, esa imposibilidad no importa una renuncia de las partes al intento de diseñar los mecanismos de solución de controversias que regirán sus operaciones. Por el contrario, impulsa al diseño de convenios arbitrales complejos, en los que se asignan derechos y obligaciones específicas y distintas para poder asegurar una correcta satisfacción de sus intereses.

#### D. ¿Cómo existen?

Ahora bien, en cuanto al concepto podemos concluir que convenio arbitral asimétrico será todo aquel que contenga una distribución diferenciada de derechos y obligaciones en el marco del arbitraje. Sin embargo, esta definición conceptual poco nos dice sobre su operación en el derecho, mucho menos sobre su juridicidad. Por ello, es necesario analizar cómo han reaccionado distintos ordenamientos jurídicos a esta institución. El propósito de esta sección será dar un panorama sobre la validez de esta institución en el derecho comparado, dada las reducidas referencias que hay en el derecho nacional. Asimismo, nos permitirá recoger los argumentos que se analizarán posteriormente.

Es preciso señalar que entre los pronunciamientos reseñados en la doctrina europea se encuentran tanto cláusulas de selección de foro judicial como convenios arbitrales asimétricos. Creemos, sin embargo, que los argumentos respecto a la validez o invalidez de la asimetría son mayormente aplicables en ambos foros, por lo que será prudente revisarlos y, posteriormente, analizarlos.

La respuesta de los países es variada y son pocos los que tienen una jurisprudencia consistente. En resumen, se puede destacar que los países del *Common Law* tienen mejor predisposición frente a los convenios arbitrales asimétricos que los del *Civil Law* (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 6). En adelante, nos referiremos a los países en general, pero hemos de hacer la salvedad que estas posturas no son totales ni definitivas, sino solo algunos esbozos de sus criterios.

En las jurisdicciones de *Common Law*, existe una presunción de no exclusividad de la sumisión, lo que hace que sea más probable que validen los

convenios arbitrales asimétricos (2014, p. 6). Probablemente, las discusiones sobre los convenios arbitrales asimétricos con más larga data estén presentes en el Reino Unido. Ya en la década de los sesenta, las Cortes de Apelaciones vieron casos relacionados. La postura dominante los declaraba inválidos y establecía la bilateralidad como un requisito de validez de los convenios arbitrales. Esto cambió gradualmente en 1986 con la sentencia del caso *Pittalis c. Sherefettin*, en el cual la Corte de Apelación sostuvo que no había motivos para declarar inválido un convenio arbitral con ciertos elementos de asimetría, en tanto el acuerdo fue negociado, sus términos acomodan a ambas partes y haya justificación para la asimetría (Ustinov, 2016, pp. 13-14). Adicionalmente, en el caso *Three Shipping*, se declaró que no había contradicción en que una parte tenga una mejor posición contractual, incluso cuando esta era relacionada al arbitraje (Draguiev, 2014, p. 26).

En Estados Unidos, en términos generales, se aceptan los convenios arbitrales asimétricos en contratos civiles negociados, pese a la diversidad en la jurisprudencia. Los problemas en su reconocimiento se presentan en los contratos por adhesión o los contratos de trabajo. En contra de los convenios arbitrales asimétricos existen dos doctrinas: la del *lack of mutuality* y la del *unconscionability* (Ustinov, 2016, p. 14). La doctrina del *lack of mutuality*, como se analizará más adelante, sostiene que un acuerdo debe vincular a ambos o a ninguno, y que un remedio debe asistir a ambos o a ninguno. En esa línea, los convenios arbitrales asimétricos que solo le confieren el derecho y remedio de ir a arbitraje a una de las partes serían inválidos (Drahozal, 2002, p. 542).

Por otro lado, la doctrina del *unconscionability*, la cual será desarrollada posteriormente, declararía inválido un convenio arbitral asimétrico si este no encuentra un fundamento en la operación económico-jurídica en la que se enmarca. Es decir, de acuerdo con dicha doctrina, aceptar un convenio arbitral asimétrico debe tener un fundamento claro en el caso en concreto, ya sea económico o jurídico (Drahozal, 2002, p. 547). Esta doctrina tiene dos aspectos: el procesal, que requiere que haya sido negociado en condiciones óptimas, y el material, que implica que el acuerdo en sí cumpla un propósito (Ustinov, 2016, p. 16).

Rusia es una de las jurisdicciones que, contraria a la tendencia general, se vuelve cada vez más restrictiva frente a los convenios arbitrales asimétricos. Anteriormente, no habían mostrado mayor oposición. Incluso, algunas cortes defendían que, si una de las partes llevaba un riesgo financiero, entonces estaba legalmente amparada con el derecho de elegir las opciones jurisdiccionales contenidas

en el convenio (Gridasov & Dolotova, 2019). No obstante, dicha postura varió con el caso *Russian Telephone Company c. Sony Ericsson Mobile Communications Rus* en el 2012. En este caso, se opinó en contra del convenio arbitral asimétrico debido a que constituía una violación a los principios del debido proceso y de igualdad en el proceso, pues violaba los principios de *competitiveness* y *equality of the parties* (Gridasov & Dolotova, 2019). No obstante, en vez de anular el convenio arbitral y llevar la disputa a la jurisdicción ordinaria, se equipararon los derechos, eliminando el estado de sujeción y extendiendo aquel derecho potestativo (Ustinov, 2016, pp. 18-19).

Desde finales del 2018, la postura de Rusia se ha vuelto más divisiva. En este año, el Presidium de la Corte Suprema de Rusia publicó su *Review of Cases Related to the Functions of Assistance and Control in Relation to Arbitration and International Commercial Arbitration*. En este, se describen casos en los que las cortes rusas han considerado válidos convenios arbitrales asimétricos, mientras que otras los invalidaban (Vlasenko, 2019). Esto mantiene la postura de Rusia en incertidumbre, al punto que Clifford Chance, en un *survey* realizado en el 2017, calificó a la jurisdicción rusa como una jurisdicción de potenciales problemas con los convenios arbitrales asimétricos (Berard et al., 2017, p. 6).

Ucrania, por su parte, sigue una línea similar. A pesar de que hay ciertos casos en los que se han declarado válidos los convenios arbitrales asimétricos, existen algunos otros en los que los derechos han sido equiparados, haciéndolos bilaterales (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 7).

Los convenios arbitrales asimétricos enfrentan gran incertidumbre en Francia. Si bien los pronunciamientos más relevantes respecto a la asimetría no están relacionados a convenios arbitrales, sino a cláusulas de selección de foro judicial, estas decisiones muestran una postura adversa a la asimetría en las cláusulas de solución de controversias en general. Esta tendencia inició en el 2012, con el caso *Mme X c. Banque Privée Edmond de Rothschild*, en el cual se le daba al banco la posibilidad de elegir entre dos foros jurisdiccionales para demandar. Dicha cláusula fue anulada debido a que se le consideró una condición meramente potestativa a cargo del deudor. Este era un caso entre un banco y una usuaria; sin embargo, no se sustentó en principios de igualdad o en protección de la parte débil, sino en la naturaleza del acuerdo y su nulidad civil. El criterio se ha repetido en casos como *Danne c. Credit Suisse* (2015), en el que se especificó que las cláusulas asimétricas de selec-

ción de foro no eran lo suficientemente precisas ni predecibles (Draguiev, 2014, pp. 28-29). Creemos que este criterio sería expansible a los convenios arbitrales de selección de foro, con lo que su validez en Francia sería contingente.

En Alemania, sí se consideran válidos aquellos convenios asimétricos en contratos negociados, pero resultarían nulos aquellos que sean incorporados por adhesión, si es que estos establecen una desventaja irrazonable (Ustinov, 2016, p. 25). Un criterio similar es seguido en la jurisdicción portuguesa. En *Xilam Animation c. Lnk Videos*, se sostuvo que los convenios arbitrales asimétricos serán válidos excepto que generen notoria desventaja para una parte (Ustinov, 2016, pp. 25-26).

Por su lado, en la jurisdicción española, en el 2013, la Audiencia Provincial de Madrid, sostuvo válidas las cláusulas arbitrales asimétricas debido a que, a su juicio, “el principio de autonomía de la voluntad debe prevalecer en materia de determinación del foro aplicable (salvo, naturalmente, cuando haya intereses públicos en juego o razones de especial protección de una de las partes)” (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 13). Si bien en dicho caso no se realiza un pronunciamiento sobre los convenios arbitrales asimétricos, se da luz al plantear que la autonomía es el valor jurídico principal en la elección de foros (2014, pp. 13-14).

De acuerdo con Ustinov, Italia tiene una consistente línea jurisprudencial a favor de los convenios arbitrales asimétricos. A juicio de los jueces italianos, este tipo de convenios no afectan ningún derecho ni contravienen ley o tratado alguno (2016, p. 26). Las cortes italianas han favorecido en mayor medida la autonomía de las partes para configurar la manera en la que resuelven sus disputas (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 7). Italia, junto con Inglaterra, es uno de los pocos países a los que el *Unilateral Option Clauses-Survey 2017* de Clifford Chance califica como generalmente sin problemas frente a los convenios arbitrales asimétricos (Berard et al., 2017, p. 6).

La Corte de Casación de Bulgaria declaró inválido un convenio arbitral asimétrico al considerar que este era contrario a las buenas costumbres y que contravenía el principio de igualdad de armas en el arbitraje (Ustinov, 2016, pp. 23-24). Adicionalmente, consideró que existía una condición potestativa a cargo del deudor (López de Argumedo Piñeiro & Balsameda Serrat-Valera, 2014, p. 8). En Polonia, existe una prohibición legislativa, debido a que la ley establece explícitamente que son nulos los convenios arbitrales que contravienen el principio

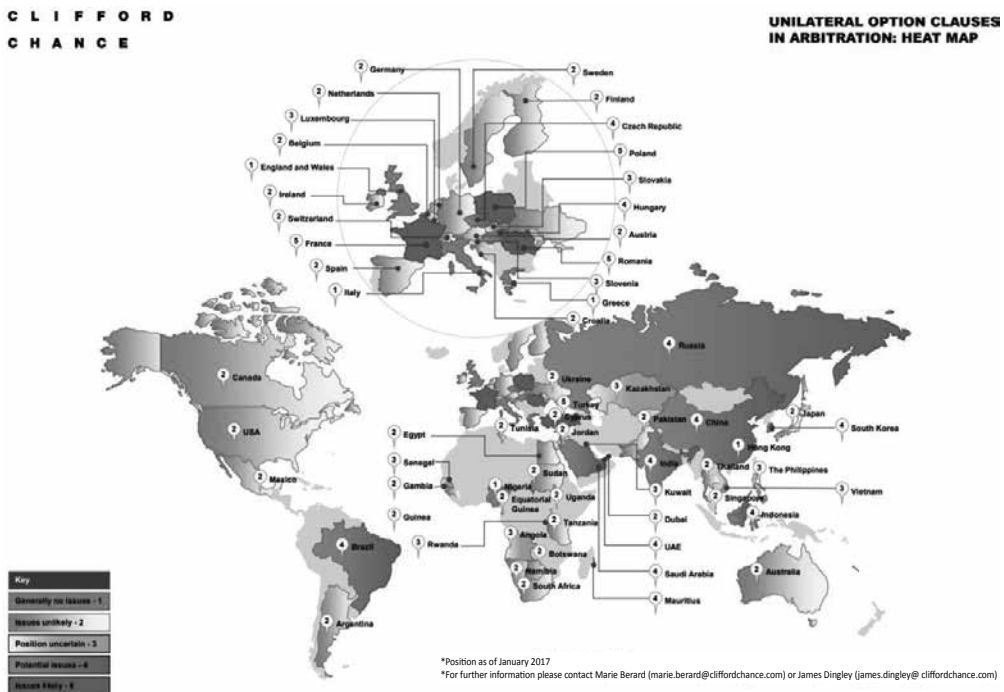
de igualdad (Ustinov, 2016, p. 24), similar a la que existía en Perú cuando regía la Ley General de Arbitraje (Vidal Ramírez, 2003, p. 575). En Turquía, se toma una posición estricta en la evaluación de la voluntad de arbitrar, con lo que se espera que el convenio arbitral sea explícito en su alcance y exclusivo. Normalmente las cláusulas híbridas son declaradas nulas. Las asimetrías son normalmente rechazadas en nombre del debido proceso y el acceso a la justicia (Petit *et al.*, 2017, p. 27).

Singapur y Hong Kong se rigen por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional (1985), el cual establece el principio del trato equitativo de las partes. Sin embargo, debido a que este artículo se encuentra bajo el “Capítulo V: Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales”, pareciera que las cortes de ambas jurisdicciones solo contemplan el principio del trato equitativo durante el proceso arbitral, mas no en el proceso previo del establecimiento del convenio arbitral (Cheung, 2020). Esto explicaría cómo, en Singapur, la Corte Suprema sostuvo que era inmaterial, a efectos de determinar la validez de un convenio arbitral, la asimetría de este (Petit *et al.*, 2017, p. 25). En esa línea, en el caso *Dyna-Jet Pte Ltd c. Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd*, la Corte de Apelaciones confirmó una decisión en la que se declaraba la validez de un convenio arbitral asimétrico en el cual solo una parte podía llevar las controversias a sede arbitral. Con esto, se sostuvo que un convenio arbitral será válido incluso a falta de mutuality —es decir, cuando se le da algún derecho solo a uno— y

a falta de vinculación futura —es decir, dejando a salvo la posibilidad de elegir un foro distinto al que se elige actualmente (Vergis & Kamil, 2017, p. 1).

India funciona con un sistema de pactos compromisorios arbitrales, por lo que el convenio arbitral nace recién en el momento en el que se ejerce la acción. La Corte Superior de Delhi declaró inválido un convenio arbitral asimétrico por falta de mutuality, mientras que la Corte Superior de Calcuta declaró válida otra cláusula arbitral asimétrica, pero tomando consideraciones sobre justicia y conveniencia, de acuerdo con las circunstancias de la operación. La Corte Superior de Madrás también reconoció su validez en el caso de *Castrol India*. Los tres principales motivos por los que la Corte Superior de Delhi ha impugnado las cláusulas asimétricas son *lack of mutuality*, políticas públicas y restricción del derecho de una de las partes a los procedimientos judiciales (Vasanth & Raheja, 2017), visto en casos como *Bhartia Cutler*, *Lucent Technology* o *Emmons International*. No obstante, en el caso de *Bharat Engineering*, esta Corte sí confirmó la validez de los convenios arbitrales asimétricos basándose en que el convenio arbitral era un contrato de opción. Podemos ver, entonces, que la postura de India se encuentra dividida entre distintas Cortes Superiores (Economic Law Practice, 2019, p. 38). La Corte Suprema de India consideró que es válida la cláusula arbitral que permita a una parte únicamente designar el árbitro único sin intervención de la contraparte, en el caso *TRF Ltd c. Energy Engineering Projects Ltd*. (Petit *et al.*, 2017, p. 27).

Figura 2. Unilateral Option Clauses in Arbitration: Heat Map



Berard *et al.*, (2017, p. 6).

## E. En el Perú

En el Perú, existe una serie de limitaciones para poder verificar la valoración dada por los operadores jurídicos a los convenios arbitrales asimétricos. En primer lugar, en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, son los árbitros quienes resuelven cualquier objeción sobre el convenio arbitral. En segundo lugar, la ley le da al arbitraje un carácter privado, con lo que las decisiones de los árbitros respecto de la validez de los convenios arbitrales no son de acceso público. Debido a ello, la única posibilidad de conocer esta valoración es buscarla en los pronunciamientos de las Salas Comerciales sobre los procesos de anulación de laudo arbitral por la causal de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral, contenida en el artículo 63, numeral 1, inciso a, de la Ley de Arbitraje (2008).

De la revisión de las sentencias emitidas por la Sala Comercial de la Corte Superior de Lima entre 2017 y 2018, compartidas por el magistrado Julio Wong Abad<sup>24</sup>, y las sentencias recopiladas por Esteban Alva Navarro en “La anulación del laudo” (2011), se puede afirmar que no ha existido un pronunciamiento jurisdiccional que nos permita inferir la postura que el ordenamiento jurídico peruano toma frente a los convenios arbitrales asimétricos. En ese sentido, los convenios arbitrales asimétricos en el Perú existen en la realidad, pero la jurisprudencia los mantiene ignorados.

Sin embargo, la falta de pronunciamiento jurisdiccional no implica que no se puedan extraer lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico. Se tiene noticias del uso de convenios arbitrales asimétricos de asignación de costos en el Perú, en los contratos con el Estado. Por ejemplo,

en las Bases de la Licitación Pública 0005-2018-SEDAPAL, se incluyó la siguiente estipulación como parte de la cláusula arbitral: «Las partes convienen que las costas, costos y gastos arbitrales serán de cargo de la parte que solicite el inicio del arbitraje, siendo esta disposición vinculante para los árbitros» (Alejos Guzmán, 2019, p. 360).

Así, en la práctica, no solo privada, sino en las contrataciones con el Estado, los convenios arbitrales asimétricos tienen presencia. Además, la presencia de este tipo de convenios inclusive es impulsada e incentivada por el Estado, quien tiene prácticamente el control total de los contenidos del convenio arbitral en este tipo de contratos (Alejos Guzmán, 2019, pp. 352-355).

La mayor utilidad para deducir criterios, no obstante, en nuestro país, se encuentra en la misma legislación. Existen elementos normativos que colaboran a situar la discusión sobre los convenios arbitrales asimétricos en el panorama nacional. Pese a que estas inferencias interpretativas no deben considerarse concluyentes a fin de evitar la simpleza del razonamiento—sino que se deben articular con los elementos doctrinales y argumentativos—consideramos relevante reconocer la fuerza autoritativa de la norma. Asimismo, el ejercicio de exégesis nos permitirá reconciliar el peso de la justicia y la técnica con el peso de la norma positiva; es decir, encontrar una interpretación que concilie el deber ser con el ser concreto.

La ya derogada Ley 26572, Ley General de Arbitraje, predecesora de la Ley de Arbitraje actual, establecía de manera expresa y literal una obligación de equivalencia y sinalagma en las obligaciones generadas por el convenio arbitral. Su artículo 14 consignaba lo siguiente:

es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento (1996).

Así, existía una prohibición expresa a los convenios arbitrales asimétricos.

Esta prohibición ya no se encuentra presente en la actual ley. Asimismo, el cambio entre una ley y la otra buscó, como uno de sus principales objetivos, darles mayor validez a los convenios arbitrales y rescatar la voluntad de las partes de arbitrar sus conflictos. Esto se manifiesta también, por ejemplo, en el cambio de una forma *ad solemnitatem* a una *ad probationem*. (Cantuarias Salaverry & Cavaño, 2008, p. 58). Debido a ello, podemos inferir que al legislador ya no le interesó regular el contenido del convenio arbitral como un elemento relevante para determinar su validez, ya que, como se discutió previamente, los únicos requisitos de validez del convenio arbitral son la voluntad de someterse a arbitraje y el alcance de la misma.

Nuestra Ley de Arbitraje no se pronuncia sobre la elección de foro, ya que fue planteada en el paradigma de la inevitabilidad y del prejuicio sinalagmático. Este es, indudablemente, un criterio a considerar. No obstante, como la ley no es propiedad de sus autores, esta debe ser interpretada y reinterpretada

<sup>24</sup> Estas sentencias pueden ser encontradas en <https://jmwongabad.com/category/arbitraje/>.



según el progreso de los conceptos y la variación de las necesidades. Dado que la Ley no plantea ninguna guía, ya sea permisiva o prohibitiva, la postura que deberá adoptarse frente a estos convenios arbitrales asimétricos dependerá de lo que resulte más razonable sobre la base de los principios del arbitraje en general, a su técnica y a los principios de nuestro ordenamiento jurídico, elementos que serán debidamente ponderados en los siguientes acápite.

Existe un indicio sutil en la Ley de Contratos de Seguros. En el artículo 40, inciso c, se excluye cualquier pacto que prohíba o restrinja el derecho del asegurado a someter una controversia al Poder Judicial. Sin embargo, se mantiene a salvo el derecho del asegurado y la aseguradora de acordar arbitraje una vez producido el siniestro; es decir, se prohíben los convenios arbitrales sobre controversias futuras, pero sí se permiten los de controversias actuales. Esto se hace para proteger al asegurado, como lo indica el hecho de que este artículo se encuentre en el acápite de cláusulas y prácticas abusivas. Parecería una medida radical e incluso perversa. Por un lado, limita la libertad de contratar del asegurado también, quien, sin perjuicio de la opinión de la aseguradora, podría razonablemente preferir ir a arbitraje. Por el otro, permite que la aseguradora, estratégicamente, obstruya el sometimiento de la controversia a arbitraje una vez ocurrido el siniestro, pues en ese momento tendría que consentirlo. Esto, contrariamente a la intención de la ley, desprotege al asegurado.

Algo mucho más eficiente con relación al objetivo de la protección del asegurado hubiera sido permitir los convenios arbitrales asimétricos de elección de foro siempre que sean a favor del asegurado. Así, este tendría el derecho potestativo de recurrir a la jurisdicción ordinaria o al arbitraje, sin que la aseguradora pueda influir en su decisión. Sin duda, esta sería la solución legislativa más razonable, proporcional y eficiente. Empero, no se puede argumentar que el hecho de que no se haya adoptado indica que nuestro ordenamiento jurídico no acepta este tipo de convenio arbitral asimétrico, pues bien podría responder al desconocimiento de la institución.

Con relación a los costos y gastos del arbitraje, el artículo 69 de la Ley de Arbitraje postula la total libertad de las partes para determinar su asignación. Tanto es así que, en virtud de dicho artículo, el tribunal arbitral solo tiene competencia para sancionar costos a falta de acuerdo entre las partes. Por ello, nuestra Ley de Arbitraje no debería presentar problemas en reconocer este tipo de pactos. Como se señaló, este tipo de convenios arbitrales son empleados incluso en los contratos con el Estado.

A mayor abundamiento, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, se modificó la Ley de Arbitraje. Sin perjuicio de la gran cantidad de críticas que las modificaciones merecen, resulta interesante que fue modificado el numeral 2 del artículo 56 para sostener que en el laudo no se puede sancionar al Estado con multas o cualquier otro concepto, salvo costos del arbitraje. Pese a tener carácter legal, representa una asimetría a considerar. Pareciera, entonces, que los convenios arbitrales asimétricos de distribución de costos no generarían problema alguno en ser aceptados en nuestro ordenamiento jurídico.

El mayor problema interpretativo se suscita frente a los convenios arbitrales asimétricos de nombramiento de árbitros. La Ley de Arbitraje establece que, en cuanto al número y procedimiento de nombramiento de los árbitros, el principio predominante es el de la libertad, lo que se deduce del artículo 19 y del primer párrafo del artículo 23 de dicha ley. Sin embargo, la libertad de procedimiento de nombramiento se encuentra limitada por el principio de igualdad, en virtud del artículo 23. La Ley de Arbitraje zanja la discusión respecto a los convenios arbitrales asimétricos de designación de árbitro en el artículo 26, el cual establece lo siguiente: “si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula”.

Resulta particularmente interesante, sin embargo, que una norma de igual jerarquía, el Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, establezca un tipo de asimetría en la elección de los árbitros. Dicha ley, en el artículo 45.16 establece requisitos para ser árbitro nombrado por el Estado que no se aplican para ser nombrado árbitro de parte del contratante, lo que deriva en que el privado tenga un universo de opciones, mientras que el Estado tendrá solo unas pocas. Este es un privilegio a favor del contratante, quien tiene un mayor espacio de libertad, y un perjuicio para el Estado, quien tienen un abanico restringido. Que la referida ley permita esto nos lleva a inferir que el legislador, cuando existan razones suficientes para justificarlo, admitirá la asimetría de los convenios arbitrales en cuanto a los árbitros.

Preliminarmente, la ley peruana parece no mostrar problemas con la asimetría en términos generales. Creemos seguro afirmar que nuestra ley no contiene prejuicios sinalagmáticos. Sin embargo, dependerá de la asimetría en concreto para poder determinar una postura clara. Pareciera que, si esta no está relacionada con el fondo de la controversia, ni tiene alcance para afectarlo de forma alguna —como es el caso de los convenios arbitrales asimétricos— no se presentarían contingencias.

Mayor recelo existe, en cambio, en el caso de los árbitros. Debemos, entonces, analizar el peso de las razones para poder concluir apropiadamente si los convenios arbitrales asimétricos deben ser admitidos en el Perú.

## F. ¿Qué no son?

En un acápite posterior, se analizarán a profundidad los distintos argumentos que se han expuesto internacionalmente para no aceptar los convenios arbitrales. Sin embargo, existen confusiones alrededor de los convenios arbitrales asimétricos que llevan a ciertos operadores jurídicos a restarles validez o eficacia. Debido a ello, los trataremos en un acápite especial. En este, demostraremos por qué es equivocado afirmar que los convenios arbitrales asimétricos son (i) nulos, o (ii) patológicos.

### 1. El convenio arbitral asimétrico no es nulo

En cuanto a la nulidad, Lohmann afirma que el convenio arbitral será nulo cuando caiga en una de las causales generales de nulidad de los negocios jurídicos, contempladas en el artículo 219 del Código Civil; además, será necesario que reúna los elementos esenciales de todo negocio jurídico, establecidos en el artículo 140 del Código Civil (citado por Cantuarias Salaverry, 2002, p. 6). Este criterio es compartido generalmente en la doctrina nacional (Ríos Pizarro, 2014, p. 322; O'Neill de la Fuente & Nava Zegarra, 2016, p. 106) y ha sido recogido por la jurisdicción ordinaria, por ejemplo, en la sentencia que versa en el Expediente 182-2017-1817-SP-C0-01 (2017).

El artículo 219 del Código Civil prevé ocho causales de nulidad: (i) falta de manifestación de voluntad del agente; (ii) negocio jurídico practicado por una persona absolutamente incapaz; (iii) objeto física o jurídicamente imposible; (iv) fin ilícito; (v) simulación absoluta; (vi) falta a la forma prescrita bajo sanción de nulidad; (vii) declaración de nulidad por la ley; y, (viii) contravención al artículo V del Título Preliminar, salvo sanción diversa establecida por ley. A efectos de este artículo, solo analizaremos las causales de los numerales 1, 3, 6, 7 y 8, al ser las únicas que podrían verse propiciadas por la asimetría del convenio arbitral.

En cuanto al numeral 1 sobre la falta de manifestación de voluntad del agente, este se encuentra referido a la frustración del último momento de la formación del acto jurídico. Además, la manifestación de voluntad es un elemento esencial del mis-

mo, como se extrae de su propia definición en el artículo 140 del Código Civil. Debido a ello, su ausencia evita que el acto jurídico se materialice. Se debe tomar en consideración que el mismo Código Civil sanciona ciertos vicios de la voluntad con nulidad relativa, por lo que estos no estarían cubiertos por esta causal (Vidal Ramírez, 1999, pp. 499-500). Escobar Rozas sostiene que se regulan bajo esta causal, por ejemplo, los casos en los que el sujeto que manifiesta la voluntad carece de existencia jurídica, cuando la manifestación de voluntad no ha sido efectuada por el sujeto al que se le atribuye, o cuando la manifestación carece de relevancia negocial (2010, pp. 894-895). Por su parte, O'Neill y Nava dan como ejemplo la falsificación de una firma en un convenio arbitral (2016, p. 107).

La presencia de voluntad de las partes es el elemento esencial de la institución del acto o negocio jurídico<sup>25</sup>, al igual que lo es para la institución del convenio arbitral. Como ya se desarrolló, el elemento crucial y determinante para decretar que estamos frente a un convenio arbitral es el acuerdo de las partes para arbitrar, y cada vez más, las formalidades se relajan para abrirle paso a la protagonista del arbitraje: la autonomía de la voluntad. La causal de nulidad contenida en el numeral 1 del artículo 219 no versa sobre el contenido del acto jurídico a anularse, por lo que se podría decir que es un vicio formal. El convenio arbitral no consentido, sea cual sea su contenido, se verá afectado por esta nulidad. Sin embargo, sobre el presupuesto de la voluntad, aunque de manera indirecta y subyacente, se han construido argumentos en contra de los convenios arbitrales asimétricos, como la doctrina del *unconscionability*, que será analizada en el siguiente acápite.

En cuanto a la voluntad, también se discute si es que un convenio arbitral asimétrico de elección de foro en realidad implica un consentimiento para arbitrar o, más bien, es solo una suerte de compromiso para contratar. Esta posición ha llevado a ciertas cortes a concluir que estos convenios no contienen una manifestación de voluntad para arbitrar (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4; Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 138). Esto es un error, pues no se detecta adecuadamente la naturaleza de los convenios arbitrales asimétricos, que es la de un pacto de efectos plenos, obligatorios y conmutativos. Sin embargo, incluso este argumento no entrañaría la nulidad del negocio jurídico, sino solamente su ineficacia para llevar a arbitraje, pues el problema está en que sus efectos no se extenderían hasta ese punto.

<sup>25</sup> No es pertinente a esta investigación entrar en la discusión sobre la denominación de esta institución. Sin embargo, se recurrirá al término negocio jurídico por considerarlo el correcto.

El numeral 3 contempla la nulidad por imposibilidad física o jurídica del objeto del negocio jurídico o la indeterminabilidad de su objeto. Por un lado, regula la imposibilidad de la existencia de la relación jurídica por no ser factible o por estar fuera del marco legal (Vidal Ramírez, 1999, p. 502). Si las conductas debidas en el contrato no se pueden ejecutar en el marco de la realidad o si llevan a un resultado no alcanzable dentro de un ordenamiento jurídico, entonces el negocio jurídico será nulo (Escobar Rozas, 2010, pp. 896-898). Aplicado al arbitraje, habría, por ejemplo, imposibilidad física si se pactara en un convenio un arbitraje con sede en Júpiter, y la habría jurídica si es que se dispone, por ejemplo, en un convenio arbitral la facultad de los árbitros de decidir incluso contra los derechos fundamentales de una persona. Un ejemplo, aportado por Ríos Pizarro, es el caso de convenios que regulen materias claramente no susceptibles de ser sometidas a arbitraje, los cuales, además de ser nulos, lo serían manifiestamente (2014, p. 324). Sin lugar a duda, la asimetría de un convenio arbitral no es imposible en ninguno de esos dos sentidos. No es físicamente imposible pues no requieren de ninguna conducta fáctica, mucho menos una inejecutable; no es jurídicamente imposible, porque nuestro ordenamiento no los excluye ni restringe.

Más relevante para el caso que nos ocupa es la indeterminabilidad del objeto, la cual se relaciona con “la imposibilidad de identificar los derechos y deberes u obligaciones que constituyen la relación jurídica” (Vidal Ramírez, 1999, p. 502). Escobar Rozas refiere a que esta causal de nulidad se presenta cuando se encuentren en el negocio ciertos vacíos que impidan la realización de la operación jurídica (2010, p. 898). O’Neill de la Fuente y Nava Zegarra afirman que esta causal “podría presentarse en un convenio arbitral cuyo alcance esté definido con tal vaguedad que no sea posible determinarlo; en ese caso podría pensarse que el convenio tiene un objeto indeterminable” (2016, p. 108).

Ciertos convenios arbitrales asimétricos podrían correr el riesgo de ser considerados de poseer un objeto indeterminable cuando la asignación de derechos potestativos y estados de sujeción, y los objetos de ambas situaciones jurídicas, estén redactados con tal vaguedad que no se pueda determinar con claridad. Se podría argumentar esta patología, por ejemplo, en el siguiente convenio arbitral: A y B acuerdan someter todas sus controversias al Poder Judicial, salvo que A prefiera someterlas a un arbitraje de derecho. En este caso, alguna parte deberá pagar los costos del proceso.

Sin embargo, consideramos que esta sanción no sería correcta. Como ya se discutió, los elementos esenciales del convenio arbitral son la intención de arbitrar y el alcance de la misma. Cualquier adición, entre las que se encuentran las asimetrías, son accidentales, por lo que no deberían comprometer su validez. Como se discutirá más adelante, este supuesto resulta más discutible desde la perspectiva de la patología.

En cuanto al numeral 6 —la falta de forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad—, la Ley de Arbitraje destaca que el convenio arbitral debe constar por escrito. MacKinnon, Zapiola y Bravo señalan que el carácter escrito<sup>26</sup> del convenio arbitral es un elemento de validez del mismo (2016, p. 185). Es cierto que la Ley de Arbitraje prescribe, al igual que lo hace la Ley Modelo CNUDMI, que el convenio arbitral debe constar por escrito; no obstante, Barchi Velaochaga resalta que esto no implica que esta característica sea un elemento constitutivo de su validez, sino solamente establece un marco para la manifestación de voluntad. La Ley de Arbitraje no establece una sanción de nulidad, por lo que debe entenderse como *ad probationem*. El convenio arbitral será válido pese a no reunir esta forma (2013, pp. 102-107), pues sus elementos esenciales —el consentimiento y la determinación de la relación jurídica— se encuentran presentes.

Esta fue una de las principales modificaciones con el cambio de la Ley General de Arbitraje a la Ley de Arbitraje actual. Como destacan Cantuarias Salaverry y Caivano,

aunque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad, la forma requerida por la [Ley de Arbitraje] dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser objetivamente reconocible y valorable), el acuerdo arbitral será válido (2008, p. 58).

En cuanto al numeral 7 —declaración de nulidad por la ley—, no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico ninguna declaración de nulidad de convenios arbitrales (O’Neill & Nava, 2016, p. 108). Como se mencionó, en la ahora derogada Ley

<sup>26</sup> Esto se debe entender a la luz de la noción de escrito que tienen la Ley Modelo CNUDMI y nuestra Ley de Arbitraje.

General de Arbitraje, en su artículo 14, sí declaraba la nulidad de los convenios arbitrales que presenten asimetrías. En ese caso, era indudable que los convenios arbitrales asimétricos eran nulos. Sin embargo, estando ya derogada dicha norma y con las anotaciones interpretativas ya vertidas en este artículo, no se puede afirmar que los convenios arbitrales asimétricos sean nulos porque la ley así lo establezca. Muchas de las críticas establecidas internacionalmente se encuentran relacionadas al numeral 8 del artículo 219 del Código Civil. El artículo V del Título Preliminar del Código Civil sanciona la nulidad de los actos jurídicos contrarios al orden público y las buenas costumbres<sup>27</sup>.

El orden público es una limitación a la autonomía de la voluntad, que se origina en la sociedad y es adoptada por el ordenamiento jurídico, el cual lo manifiesta a través de normas imperativas. Es en el concepto de orden público como límite de la autonomía de la voluntad que se encuentran la libertad y el orden, como los dos pilares fundamentales para la vida en sociedad (Vidal Ramírez, 1999, pp. 60-68). Sin embargo, el orden público no se limita a las normas imperativas efectivamente promulgadas, sino que se manifiesta a través de lo genérico, lo que se encuentra detrás de estas, lo ideológico que sustenta la imperatividad de dichas normas. Es un conjunto de principios de interés general sobre los que el ordenamiento jurídico se soporta, que deben ser identificados en un momento histórico y un grupo social determinados. El lado del orden público que nos interesa es el estático, que opera como un límite a la autonomía privada (Espinoza Espinoza, 2002, pp. 302-304).

Si el orden público es un límite concreto a la libertad de los sujetos, el orden público económico es aquel concepto que limita el ejercicio de la libertad en el tráfico jurídico-económico, en el que se encuentran los contratos. El objetivo de este concepto es evitar que, detrás de la obligatoriedad de los contratos, se escondan pactos que repugnen a lo justo y lo moral (Diez-Picazo Ponce de León, 1996, pp. 42-43). En particular, los convenios arbitrales asimétricos serían de interés de este orden público económico, que busca dotar de moralidad la actividad jurídicamente tutelada de la economía.

Las buenas costumbres constituyen un reflejo de la moral social, siempre relativo a la sociedad en la que el concepto se aplica (Espinoza Espinoza, 2002,

p. 311). Estas son aquellas relacionadas con la honestidad pública y privada, dictada por la conciencia social (Escobar Rozas, 2010, p. 904). A juicio de Espinoza, este concepto es una especie del género orden público, por lo que debe comprenderse que el artículo V del Título Preliminar contiene solo una regla: es nulo el acto jurídico contrario al orden público (2002, p. 312).

Se ha argumentado que los convenios arbitrales asimétricos vulnerarían el orden público debido a que afectan el derecho fundamental a la igualdad. Este argumento coadyuva a la nulidad del convenio arbitral antes del arbitraje, como un mecanismo de prevención del mismo, o para evitar la ejecución o reconocimiento del laudo que de este derive (Aizenstatd, 2010, p. 33). Por ejemplo, la Corte de Casación Suprema de Bulgaria invalidó un convenio arbitral asimétrico por considerarlo contrario a la moral y las buenas costumbres, pues consideró que tal nivel de potestatividad a favor de una parte era contrario a la buena fe. En China, se anuló un convenio arbitral asimétrico por resultar injusto, al nivel de la incompatibilidad con su ordenamiento jurídico (Draguiev, 2014, pp. 31-32).

O'Neill de la Fuente y Nava Zegarra resaltan que, bajo esta causal, se podría conducir la nulidad de un convenio arbitral en el que se pretende someter a arbitraje materias que no son de libre disponibilidad, ya que el artículo 2 de la Ley de Arbitraje es de orden público (2016, p. 109). Sin embargo, cuesta encontrar en nuestro sistema jurídico una norma imperativa que prohíba los convenios arbitrales asimétricos de forma directa. Para determinar la vulneración al orden público, el juzgador deberá evaluar las ideas sociales predominantes y contrastarlas contra el objeto y la causa de un negocio jurídico determinado (Rubio Correa, 2015, pp. 117-118). Debemos determinar si la moral social que nuestro derecho recoge se opone a los convenios arbitrales asimétricos.

Como ya mencionamos, en nuestra legislación se recogen algunos pocos tipos de asimetría en convenios arbitrales, que parecen no generar mayor problema. Además, nuestro ordenamiento jurídico permite y reconoce los pactos contractuales en los que las partes no se brindan igualdad de términos. No encontramos elemento alguno que pueda indicar que en materia contractual no se pueda pactar asimetría en las condiciones. Así, el orden público

<sup>27</sup> En arbitraje, se habla mucho del orden público. No obstante, se discute en los términos establecidos por el artículo V de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; es decir, como una causal de no reconocimiento de un laudo arbitral extranjero. Este versa, sin embargo, sobre el laudo con la decisión que contiene, no sobre el convenio arbitral que lo propició. En ese sentido, la noción y funcionalidad del concepto de orden público que se contiene en el artículo V del Título Preliminar y el artículo 219.8 de nuestro Código Civil no necesariamente tendrá que coincidir con el de la Convención de Nueva York.

económico de nuestro ordenamiento jurídico localiza en este extremo una limitación. Sin embargo, sí podría serlo en el caso de los contratos abusivos. Empero, ese no es el caso de los convenios arbitrales asimétricos en sí mismos.

Debido a ello, tras haber recorrido todas las causales, no parece posible afirmar que los convenios arbitrales asimétricos adolezcan de nulidad.

## 2. El convenio arbitral asimétrico no es patológico

Particularmente interesante para esta investigación resultan los defectos especiales a los convenios arbitrales, denominados patologías. El desarrollo de este tipo de vicios específicos para los convenios arbitrales se funda en la premisa de que “además de cumplir con los requisitos para su validez anteriormente desarrollados, es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca” (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 6). En ese sentido, las patologías no versan sobre la validez de los convenios arbitrales, sino sobre su eficacia.

El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) define a los convenios arbitrales patológicos como aquellos

que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes (Collantes González, 2011, p. 352).

Por su parte, Born sostiene que, en términos amplios, las patologías son defectos de los convenios arbitrales que comprometen sus efectos (2016, p. 76). En general, se consideran patológicos a los convenios arbitrales que no resultan ejecutables por la oscuridad en su redacción o por circunstancias externas que lo imposibilitan, pese a su validez jurídica. Born destaca, a manera de ejemplo, los convenios arbitrales indefinidos, los que se refieren a instituciones arbitrales inexistentes o a árbitros fallecidos y los que contienen disposiciones contradictorias entre sí (Born, 2016, pp. 76-77). Estos convenios arbitrales patológicos resultan válidos, pero cuentan con deficiencias que lo hacen ininteligibles o inejecutables (Magdaleno Carmo, 2019, p. 301).

Esta patología puede darse por factores internos al convenio arbitral, como contradicciones, o por factores externos, como inexistencia del centro de arbitraje designado (Rivera García, 2018, p. 222). Serán internas cuando emanen de la misma redacción del convenio arbitral y externas cuando se generen al tratar de aplicar el convenio arbitral a la realidad. Para ilustrar mejor las dos patologías principales –contradicción interna y externa– esbozamos los siguientes ejemplos:

- a) Contradicción interna: Todas las controversias derivadas o relacionadas con este contrato serán resueltas por un **tribunal arbitral** conformado por tres (3) personas en un arbitraje de derecho. La decisión emitida por el **árbitro único** será final y definitiva, y contra esta no procederá recurso alguno, excepto el de anulación, según lo previsto en la legislación pertinente.
- b) Contradicción externa: Todas las controversias derivadas o relacionadas con este contrato serán resueltas por un arbitraje de derecho con sede en **Buenos Aires, Perú**.

Existe una tendencia a alegar que los convenios arbitrales asimétricos no serían ejecutables debido a que no son inevitables. Algunos de los ejemplos dados por la doctrina de convenios arbitrales patológicos chocan con la definición de convenios arbitrales asimétricos, lo que podría llevar a dejar a los segundos sin efecto, por pensar que tienen la naturaleza de los primeros. Rivera determina, a modo de ejemplo, que serían patológicos el “uso en el convenio arbitral de expresiones que puedan inducir a dudar sobre el carácter «imperativo» y no «optativo» del sometimiento a arbitraje de las partes” (Rivera, 2018, p. 223) y la

inclusión de referencias a los tribunales de un Estado en la cláusula a efectos de asistencia judicial o ejecución de laudo, cuya redacción pueda plantear dudas sobre la voluntad de las partes de someter las controversias del contrato a arbitraje o a los tribunales estatales (p. 224).

Born categoriza como patológicos a los convenios arbitrales que “treat arbitration as an optional means of dispute resolution, but not require mandatory submission of future disputes to arbitration (e.g., the parties may elect to submit disputes to arbitration)”<sup>28</sup> (2016, p. 77). Incluso Girsberger y Ruch recomiendan, como una manera

<sup>28</sup> Tratan el arbitraje como un medio de solución de controversias opcional, pero no requiere una sumisión obligatoria de las disputas futuras a arbitraje (e.g., las partes podrán elegir someter sus disputas a arbitraje) [traducción libre].

de evitar patologías en los convenios arbitrales, tomar una decisión clara entre arbitraje o litigación y no dejar que el arbitraje parezca opcional (2011, pp. 133-135).

La exigencia de exclusión y exclusividad ha resultado problemática principalmente en las jurisdicciones de derecho continental (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 3). Esta era la postura predominante en España, donde se interpretaba que el arbitraje tenía que traer, como contraparte, una renuncia total a la jurisdicción ordinaria. De no ser así, se consideraba que no había voluntad de arbitrar (2014, pp. 9-10). Gisbert destaca que la Audiencia Provincial de Jaén anuló un convenio arbitral asimétrico por considerar que “se introducen pues, unos factores equívocos que pueden dar lugar a interpretaciones diversas y contradictorias entre sí” (Gisbert, 2015, p. 147).

De forma aún más directa, Magdalena Carmona sostiene que los operadores jurídicos cuestionan la eficacia de pactos en los que se postulan la coexistencia entre convenios arbitrales y elecciones de foros jurisdiccionales (2019, p. 312). De manera expresa, algunos órganos jurisdiccionales han catalogado a los convenios arbitrales asimétricos de elección de foro como patológicos por no ser el foro exclusivo de solución de controversias y por no excluir a los demás foros posibles (2019, p. 313). Esto demostraría que el problema no está en que el arbitraje parezca una opción, sino en que lo sea. Esta interpretación se opondría directamente a los convenios arbitrales asimétricos.

La consecuencia de determinar que un convenio arbitral es patológico es que este no surta efectos y se ponga en duda su obligatoriedad (2019, p. 309); es decir, que las partes no puedan recurrir a un arbitraje para solucionar las controversias bajo alcance, salvo que pacten un nuevo convenio arbitral. En consecuencia, ni el efecto negativo ni el positivo surte efectos entre las partes, por lo que un tribunal arbitral no tendría jurisdicción y las cortes ordinarias no tendrían restricción alguna. Debido a ello, resulta harto problemático que se pueda categorizar a los convenios arbitrales asimétricos como patológicos. Creemos que ello sería un error. Como se ha visto, para ser patológico, el convenio arbitral que adolezca de esta condición debe tener contradicciones internas o externas que eviten su comprensión o ejecución.

De lo recogido por la doctrina como ejemplos relevantes, parece que existe una inclinación por considerar que contendrían contradicciones de corte interno. Sin embargo, esto responde al paradigma de la inevitabilidad y a lo que hemos llamado el prejuicio sinalagmático. Resultaría contradictorio, a ojos de la doctrina, que un convenio arbitral, que debería ser exclusivo y excluyente, contenga la posibilidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, esta contradicción, en realidad, no es interna al convenio arbitral, pues no son dos proposiciones del convenio arbitral que se contraponen, ni contiene una redacción oscura que no permite llegar a su contenido, sino que la contradicción se da en el proceso interpretativo.

Es el operador jurídico quien presupone la necesidad de excluir totalmente a la jurisdicción y de entregar plenamente la materia de controversia al arbitraje como un requisito esencial e indispensable del convenio arbitral, y, al contrastarlo con el convenio arbitral que tiene en frente, concluye que existe una contradicción. Born sostiene que la pregunta sobre la exclusividad es una pregunta de interpretación del acuerdo de las partes y que el árbitro tiende a suponer que el convenio arbitral será exclusivo y excluyente, pese a que las partes no digan nada al respecto. Podemos estar de acuerdo con esto (2001, p. 298).

No obstante, si las partes sí dicen expresamente que el arbitraje no es la jurisdicción exclusiva para resolver sus controversias, sino que es alternativa, no existe sustento para modificar dicho acuerdo vía interpretación. Si se le mira con atención, no existe ningún fundamento para restringir la autonomía privada de esa manera por una exigencia que desnaturaliza el propio propósito del arbitraje. Siempre que sea posible identificar la voluntad de las partes adecuadamente, sea cual sea el arreglo que le den, el convenio arbitral debería ser considerado válido (Draguiev, 2014, p. 37).

Ahora bien, debemos regresar a la reflexión sobre el principio de inevitabilidad del arbitraje y, sobre todo, su utilidad. Como ya fue desarrollado, el principio de inevitabilidad del arbitraje busca dar las herramientas legales para que las partes puedan honrar su pacto, sin intromisión de la jurisdicción ordinaria ni actos de mala fe de la contraparte. Este principio busca proteger al arbitraje, pero no por ser arbitraje, sino por ser lo que las partes pactaron<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Esta afirmación pareciera ser contraria a lo que Santistevan de Noriega afirma lo siguiente: “[l]as partes al pactar arbitraje deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral” (2008, p. 90). A pesar de ser cierto que nuestra ley busca que las partes no se exoneren de las consecuencias del convenio arbitral (como busca que las partes no se exoneren de las consecuencias de cualquier contrato)

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje establece que los principios que rigen dicha norma responden a la preocupación frente a “la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje” y tienden a proteger el arbitraje de interferencias que busquen “impedir el inicio de las actuaciones arbitrales o suspender su trámite” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 4). Asimismo, nuestra ley actual permite la intervención subsidiaria del Poder Judicial en un arbitraje, tanto en modo de complemento, colaboración o revisión, lo que responde a que el arbitraje y el proceso judicial no son incompatibles –como el agua y el aceite, sino que coexisten e interactúan. Incluso dicha interacción suele resultar imprescindible para poder hacer viable y efectivo el arbitraje (Arrarte Arisnabarreta, 2009, pp. 195-196). Con ello no queda más que aceptar que la ley no busca erradicar cualquier mención a la jurisdicción ordinaria, sino solamente aquella que resulte indebida, que se dará cuando esta no cumpla un propósito o no sea querida por las partes, con lo que estas podrán repelerla con las herramientas dadas por ley.

Sin embargo, no es posible afirmar que es una injerencia indebida que la jurisdicción ordinaria conozca un caso en las situaciones así pactadas por las mismas partes. Siendo esto así, cobra poco sentido que los operadores jurídicos arrastren esta exigencia a los pactos entre las partes, que, por ser más sofisticados, no encajan en la simple cláusula modelo. Si el principio esencial del arbitraje es la autonomía de la voluntad, y es justamente dicha voluntad la que determinó dicho arreglo, no encontramos motivos que sustenten la supuesta contradicción interna en los convenios arbitrales asimétricos.

Es cierto, sin embargo, que las partes deben tener especial cuidado con la redacción del convenio arbitral. En particular deben quedar claramente establecidas las situaciones jurídicas de cada uno de los sujetos. Al ser estas diferenciadas, será esencial que el convenio arbitral defina específicamente qué derecho y/o facultad le asiste a una parte y cuál es la obligación, carga y/o sujeción correlativa. De haber oscuridad en la redacción o confusión en la asignación de las situaciones jurídicas, el convenio arbitral podrá devenir en patológico e inejecutable, llevando incluso a complejas situaciones de *parallel proceedings*. Esto evidentemente no hace patológicos a los convenios arbitrales asimétricos en sí mismos, sino a una mala redacción de los mismos.

Ahora bien, en cuanto a la contradicción externa o inejecutabilidad, no hay ningún factor dentro de los convenios arbitrales asimétricos que se vincule con la realidad de forma tal que pueda volverse inejecutable. Al versar sobre las situaciones jurídicas de las partes, no vemos cómo se podría dar una situación como las descritas previamente. El principal problema de ejecución se presentaría en caso una asignación confusa de las situaciones jurídicas de las partes y eventuales *parallel proceedings*. No obstante, estas contingencias no son propias del convenio arbitral asimétrico, sino accidentales y generadas por una mala regulación del mismo.

### G. Problematicación

Después de haber determinado que los convenios arbitrales asimétricos no son nulos, patológicos ni abusivos, debemos pasar a examinar los argumentos que se han vertido, internacionalmente, a favor y en contra de estos. Asimismo, los analizaremos críticamente y buscaremos aplicarlos a nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de darles el peso argumentativo necesario. Debemos hacer una precisión: muchos de los argumentos están basados en conceptos o normas ajenas a nuestro derecho, lo que les resta peso autoritativo formal; no obstante, en fiel creencia de la fuerza autoritativa material de la argumentación, buscaremos hallar si, en esencia, contienen críticas válidas que nuestro ordenamiento podría adoptar.

#### 1. A favor

Existen distintas jurisdicciones que se muestran a favor de los convenios arbitrales asimétricos. Los motivos por los que muchas de estas jurisdicciones mantienen una posición favorable frente a estos pactos son pocos, pero se han mostrado altamente persuasivos.

- Autonomía de la voluntad de las partes y carácter contractual

Este ha sido y es el argumento más potente a favor de los convenios arbitrales asimétricos. Aquí se postula que, al ser un contrato, el convenio arbitral tiene la autonomía de la voluntad como principio rector. En ese sentido, si dos sujetos libremente decidieron pactar un contrato, sea cual sea, este debe ser respetado. Este argumento, por simple que parezca, podría bien resumirse en que los

diera la impresión de que el citado autor interpretara esto como una imposición normativa, cuando lo correcto, a nuestro parecer, sería interpretarlo como una serie de derechos y facultades dadas por la ley para que las partes puedan procurar el respeto a su propio pacto. Es decir, la ley beneficia la autonomía de la voluntad, al darle herramientas a las partes, no la carga con exigencias externas.

convenios arbitrales asimétricos deben permitirse, porque no existen motivos para que no se permitan. De forma ilustrativa, Draguiev afirma que “since both parties to an agreement have made explicit expression of their intention to decline statutory jurisdiction and adopt a specific mechanism for settlement of a (potential) dispute, there is no rationale for rendering the clause entirely void and thus ineffective”<sup>30</sup> (2014, p. 42).

La jurisprudencia inglesa es la más favorable frente a los convenios arbitrales asimétricos. Su postura se puede rastrear desde *Pittalis c. Sherefettin*, caso en el que el Lord Justice Fox afirmó lo siguiente:

I can see no reason why, if an agreement between two persons confers on one of them alone the right to refer the matter to arbitration, the reference should not constitute an arbitration. There is a fully bilateral agreement which constitutes a contract to refer. The fact that the option is exercisable by one of the parties only seems to me irrelevant. The arrangement suits both parties<sup>31</sup> (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 136; Ustinov, 2016, pp. 13-14).

Como se puede ver, el carácter contractual del convenio arbitral lleva a concluir, como se hizo en *Law Debenture Trust Corp. PLC c. Elektrim Finance B.V., Elektrim S.A., Concord Trust*, que los convenios arbitrales asimétricos deben ser tratados como cualquier otra cláusula contractual que le da una ventaja a otra parte (Draguiev, 2014, p. 26; Blackaby *et al.*, 2015, p. 102).

En España, la Audiencia Provincial de Madrid ha reconocido cláusulas asimétricas de solución de controversias como válidas al considerar que la autonomía de la voluntad de las partes es el elemento esencial en este tipo de pactos, por lo que, salvo colisión con algún interés público, estos pactos deben ser reconocidos (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 13). En Italia, se sigue fuertemente este criterio, por lo que se sostienen como válidos a los convenios arbitrales asimétricos en virtud de la autonomía de las partes y se asemeja la figura a un contrato de opción, el cual se encuentra expresamente permitido y regulado en el artículo 1331 del Código Civil Italiano (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 144).

En el Perú, dicho tipo de contrato se encuentra perfectamente permitido y regulado en los artículos 1419 y siguientes de nuestro Código Civil. Si bien este se encuentra dentro de los contratos preparatorios, no se le debe confundir con un pacto compromisorio, pues este era asemejado previamente con el compromiso de contratar, el cual sí requiere una ratificación de la voluntad de ambas partes (Barchi Velaochaga, 2013, pp. 81-87). El contrato de opción es un contrato completo y eficaz, por lo que no se puede decir que está sujeto a ninguna condición (Arias-Schreiber Pezet, 1998, p. 210). Además, es completamente válido así no se llegue a ejercer la opción, pues le confiere un derecho potestativo a uno de los sujetos y obliga al otro a cumplir si es que se ejerce la opción (De la Puente y Lavalle, 2017, pp. 858-864). Así, se podría decir que, en ese extremo, dicho razonamiento se puede hacer extensivo al Perú.

Ahora bien, estos argumentos se encuentran íntimamente relacionados a la lógica contractual, que es relevante por el carácter predominantemente contractual del convenio arbitral. Esto es, de por sí, persuasivo y potente; no obstante, cobra aún más fuerza en el ámbito del arbitraje. El principio de la autonomía de la voluntad es el que guía y gobierna el proceso arbitral, y es el que les permite a las partes, en primer lugar, establecer cómo debe resolverse su disputa (Blackaby *et al.*, 2015, p. 71). Como se desarrolló al analizar los motivos para arbitrar, las partes buscan adueñarse del proceso, como una conquista democrática posterior a la conquista de la legislación. Así, buscan extender su libertad y autonomía hacia la administración de la justicia a través del arbitraje (Paulsson, 2013, p. 6).

Además, el arbitraje históricamente siempre se ha sustentado en la autonomía de la voluntad y el ejercicio de la libertad de los individuos, incluso remontándose a la antigua Grecia (Herrera de las Heras, 2012, p. 178). Este proceso se aceleró con el auge mercantil medieval que llevó a que los mercaderes busquen un mecanismo de administración de justicia que se ajuste con sus necesidades e intereses (Bullard González, 2012, p. 19). Esto nos demuestra que el arbitraje nació y opera hasta el día de hoy como un producto de la libertad de los individuos, y una sana lógica en su estudio y aplicación debe ineludiblemente llevar a su valoración por encima de otros principios.

<sup>30</sup> Ya que ambas partes del convenio han hecho expresión explícita de su intención de renunciar a la jurisdicción ordinaria y adoptar un mecanismo especial de solución de una (potencial) disputa, no hay razón para declarar la cláusula completamente nula y, por lo tanto, ineficaz [traducción libre].

<sup>31</sup> Yo no veo razón por la cual, si un acuerdo entre dos personas le confiere únicamente a uno de ellos el derecho de referir la materia a arbitraje, la referencia no debería constituir un arbitraje. Ahí hay un acuerdo bilateral pleno que constituye un convenio arbitral. El hecho de que la opción sea ejercitable solo por una de las partes solo resulta irrelevante para mí. El acuerdo les acomoda a ambas partes [traducción libre].



En ese sentido, en el arbitraje se conjuga la relevancia contractual de la autonomía de la voluntad junto con la relevancia propiamente arbitral de dicho principio. Esto nos lleva a coincidir con Nesbitt y Quinlan cuando afirman que

the principle of party autonomy is the driving force behind international arbitration and, provided it is tolerably clear that the parties intended the arbitration clause to operate unilaterally, courts should be reluctant to interfere with such parties' agreement. There are also no persuasive public policy reasons why such clauses should not be upheld in commercial agreements<sup>32</sup> (2006, p. 148).

Así, la autonomía de la voluntad, al ser un principio de doble relevancia al estudiar los convenios arbitrales, tiene un fuerte peso en el análisis. Las razones de justicia de esta autonomía de la voluntad no son objeto del presente artículo. No obstante, resulta indiscutible que todo ordenamiento jurídico democrático contempla un espacio de soberanía del individuo y que los contratos y el arbitraje se encuentran, en buena medida, dentro de este. Empero, dicho ejercicio no se encuentra libre de límites. Es por ello que conviene analizar si los convenios arbitrales asimétricos coadyuvan a la consecución de fines públicos también.

#### – La función social del arbitraje

Existen comentaristas que consideran que, debido a los motivos expuestos, se debe priorizar por encima de todos los demás valores que pudieran colisionar en su contra. Sin embargo, se acepta generalmente que la justicia representa un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad, tanto en los contratos como en el arbitraje (Dickson, 2018, p. 120). Es así que, al momento de ponderar principios en el arbitraje, se debe tener un gran peso relativo a favor de la autonomía de la voluntad, pero este no puede ser el más pesado de todos. Indudablemente concurre con la justicia. Eder Juárez Jurado sostiene que el arbitraje tiene como causa-fuente a la autonomía de la voluntad y como causa-fin a la justicia, diferenciando el fundamento u origen del arbitraje de la finalidad que persigue el arbitraje. Ambos elementos deben ser valorados como vitales al estudiar y operar el arbitraje (2015, pp. 32-48).

Incluso como la misma teoría normativista de los contratos señala, los contratos tienen fuerza en

un ordenamiento jurídico debido a que el derecho considera justo que los individuos tengan un espacio de propia reglamentación (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 260). Detrás de este respeto a la libertad hay una justificación de justicia. Es justo que el individuo sea libre. Así, las nociones de justicia se encuentran fuertemente entrelazadas con las de libertad.

En lo que atañe al arbitraje, esto es aún más intenso debido a que, como ya se desarrolló previamente, la teoría puramente contractualista no es suficiente para explicar el fenómeno de su razón de ser. En ese sentido, es necesario complementar su origen contractual con ciertos efectos jurisdiccionales. Estos efectos entrañan ciertas exigencias publicistas que limitan la libertad de las partes. Lo que decimos se puede ver en las garantías mínimas del proceso, sin las cuales el laudo no sería válido en virtud del artículo 63 numeral 1 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, de la naturaleza jurisdiccional emana la capacidad de dictar derecho, lo que necesariamente se relaciona con nociones de justicia y corrección.

Es por ello que, ni en los contratos en general, mucho menos en el arbitraje, el argumento de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido de forma autónoma en la justificación de los convenios arbitrales asimétricos. Se requiere complementarlo con la justicia y su función en la aplicación del derecho. Esto es lo que hemos denominado la función social del arbitraje.

El proceso, ya sea arbitral o judicial, tiene un fin concreto, que es la solución de un conflicto de intereses, y un fin abstracto, que es la paz social en justicia (Monroy Gálvez, 1996, pp. 65-66). Draguiev destaca que existen incentivos de políticas públicas para darle validez a los convenios arbitrales asimétricos, en tanto que el arbitraje es reconocido como un medio de resolución de disputas y que, en muchos casos, es preferido por sobre la jurisdicción ordinaria (2014, pp. 42-43). Asimismo, estadísticas del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) demuestran que anualmente en los últimos cinco años han administrado más de 360 arbitrajes por año (2020), y esta es información de solo un centro de arbitraje de los muchos que hay a nivel nacional.

Con esto se demuestra que existen justiciables que, dentro de su esfera de libre disponibilidad,

<sup>32</sup> El principio de autonomía de las partes es la fuerza motriz detrás del arbitraje internacional y, sujeto a que esté tolerablemente claro que las partes tenían la intención de que el convenio arbitral opere unilateralmente, las cortes deberían ser reacias a intervenir en dicho acuerdo de las partes. Tampoco hay razones persuasivas de políticas públicas por las que dichas cláusulas no deberían ser válidas en acuerdos comerciales [traducción libre].

prefieren recurrir al arbitraje, lo que trae una correlativa reducción de la carga procesal del Poder Judicial. Además, la creciente tendencia a arbitrar parece demostrar que los justiciables se encuentran más satisfechos con la administración de justicia en esta jurisdicción que en la ordinaria. Cuando menos, en la función concreta, el arbitraje sí cumple un rol fundamental dentro del orden procesal. Esto confirma la tesis de Dreguiev. Proteger y potenciar el arbitraje mejora el sistema de justicia.

Mayormente, el arbitraje se muestra como una vía de escape que los privados encontraron para sustraerse de lo público. Ante ello, Paulsson afirma, con razón, que el arbitraje no busca ser una excepción a lo público, en lo que lo privado domine plenamente la situación jurídica, sino que “the ideal of arbitration is freedom reconciled with law”<sup>33</sup> (2013, p. 1). Continúa afirmando que

arbitration is a matter of political philosophy, not social engineering. The philosophical premise is that people are free to arrange their private affairs as they see fit, provided that they do not offend public policy or mandatory law. Of course, that provision may carry much weight; the exceptions may be formidable. [...] The restrictions on arbitration are not only those intended to prevent the parties from harming public interest, but also which purport to save the parties from themselves<sup>34</sup> (p. 2).

Esto demuestra que la visión del arbitraje no debe ser entendida como un núcleo privado cuyos límites son dibujados por el interés público únicamente, sino que hay intereses de justicia entremezclados en la filosofía misma del arbitraje.

Esto se ve aun más reforzado por la propia lógica del Tribunal Constitucional en la Sentencia Fernando Cantuarias Salaverry expuesta en su décimo considerando:

El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias (Expediente 6167-2005-PHC/TC, 2006).

La salud del arbitraje es relevante para el Estado, pues coadyuva al cumplimiento de su función so-

berana de administración de justicia y a su *raison d'être*, que es asegurar la convivencia pacífica.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad y la capacidad de las partes de regular en libertad el proceso arbitral se encuentra ajustado al fin concreto. Sin embargo, toda doctrina contemporánea reconoce en el fin abstracto la utilidad más importante y postula que es un instrumento esencial para la convivencia en armonía (Monroy, 1996, p. 163). Debido a ello, el análisis del arbitraje debe conjugar también el fin abstracto, que es la paz social en justicia. Los convenios arbitrales asimétricos, en tanto un ejercicio de la autonomía de la voluntad y una optimización de los intereses de los privados, se muestran como una opción óptima para la administración de justicia. Esto coadyuva tanto al fin concreto como al fin abstracto, pues genera percepción de justicia y, por ende, paz social. Sin embargo, se debe cuidar que estos no se tornen, como se analizará en argumentos posteriores, groseramente desiguales.

## 2. En contra

Muchos de los argumentos que se han expuesto internacionalmente para invalidar los convenios arbitrales asimétricos se han dirigido a la función social del arbitraje, previamente expuesta, que se remontan a preguntas fundamentales de justicia e igualdad, las cuales deben ser crítica y cuidadosamente analizadas por no ser en lo más mínimo impertinentes. Sin embargo, hay también cuestiones técnico-jurídicas dignas de análisis.

Revisaremos, sin pretensión de vastedad, las principales objeciones presentadas internacionalmente. Asimismo, buscaremos vincularlas con el derecho peruano y analizar su peso argumentativo. Empezaremos, en cuanto considere pertinente, la misión de desbaratar estos argumentos en defensa de la validez de nuestro objeto de estudio.

### – La doctrina del *lack of mutuality*

La doctrina del *lack of mutuality* es propia del *Common Law* y se sustenta en la noción de *consideration*, que supone un intercambio negociado en el cual la raíz de la relación es la obligación recíproca. La doctrina del *mutuality* establece que, en los contratos, o ambas partes están obligadas

<sup>33</sup> El ideal del arbitraje es libertad reconciliada con ley [traducción libre].

<sup>34</sup> El Arbitraje es un asunto de filosofía política, no de ingeniería social. La premisa filosófica es que la gente es libre de arreglar sus asuntos privados como prefieran, sujeto a que no ofendan el orden público o las leyes imperativas. Por supuesto, esta prohibición puede cargar mucho peso; las excepciones pueden ser formidables. [...] Las restricciones en el arbitraje no solo son aquellas que pretenden evitar que las partes dañen el interés público, sino también las que buscan salvar a las partes de ellas mismas [traducción libre].

o ninguna lo estará. El *lack of mutuality*, entonces, propone que un contrato que solo es obligatorio para una de las partes o solo puede ser ejecutado por una de las partes, no debe surtir efectos. Después de esta doctrina se encuentran valores como la justicia y equidad en los contratos (Drahozal, 2002, p. 538). Ustinov resalta su esencia al afirmar que “the underlying idea is simple: a valid agreement must always be reciprocal, if the agreement does not provide mutual obligations – it is void for lack of mutuality”<sup>35</sup> (Ustinov, 2016, p. 15). Esta doctrina se divide en la mutualidad de obligaciones que postula que el contrato debe tener prestaciones y contraprestaciones iguales, y en la mutualidad de remedios, que requiere que ambas partes cuenten con los mismos remedios y herramientas procesales (Aizenstatd, 2010, p. 31).

La doctrina se hizo patente en los Estados Unidos mediante fallos como el de *Hull c. Norcom, Inc.*, en el que se llegó a establecer que “the consideration exchanged for one party’s promise to arbitrate must be the other party’s promise to arbitrate at least some specified class of claims”<sup>36</sup> (Drahozal, 2002, p. 543). Sin embargo, este fallo ignora profundamente el criterio de remisión en la interpretación del convenio arbitral que responde al canon de la totalidad, en virtud del cual el convenio arbitral debe ser interpretado en conjunto con el contrato del cual forma parte (De Benito Llopis-Llombart, 2010, p. 141). De Benito teorizó el prejuicio realista, el cual nace del principio de separabilidad, en virtud del cual –como oportunamente destacamos– se llega a confundir la autonomía jurídica del convenio arbitral y su accesoriedad real, lo que lleva a olvidar que son dos caras de la misma moneda. Sobre la base de ello se funda lo que nosotros denominamos el prejuicio sinalagmático que lleva a pensar que el convenio arbitral tiene que poseer tal condición y que debe tener exactamente las mismas obligaciones y derechos para las partes.

Este criterio, contrario al recogido en *Hull*, fue adoptado en Estados Unidos en el caso *Sablosky c. Edward S. Gordon Co.* En este, se declaró válido un convenio arbitral al sostener que la *consideration* que soportaba todo el contrato era la misma que soporta el convenio arbitral asimétrico (Drahozal, 2002, p. 544). El criterio se reiteró en el caso *Harris c. Green Tree Financial Corp.*, en el cual inclusive se afirmó que “it is of no legal consequence that

the arbitration clause gives [one of the parties] the option to litigate arbitrable issues in court, while requiring [the other] to invoke arbitration”<sup>37</sup> (Van Zelst, 2018, p. 81). Es menester resaltar que, en Estados Unidos, los convenios arbitrales asimétricos se encuentran muy presentes en contratos de trabajo o de consumo, lo que agrega ciertos valores que complejizan la discusión. Esto ha generado que la jurisprudencia no sea uniforme y que se alternen distintos criterios. Sin embargo, esto no es parte del alcance de la presente investigación.

Drahozal resalta, acertadamente, que la *mutuality* no exige de ninguna forma igualdad en los términos contractuales. Exige que ambas partes lo consientan y se encuentren obligados por este, pero sería irrazonable interpretarla como una exigencia de estricta simetría e igualdad (2002, pp. 538-539). Si esto fuera así, ¿cómo se explicarían los contratos con penalidades a favor de una de las partes, con especiales causales de resolución o pactos de no competencia, por ejemplo? Como ya ha sido desarrollado, en los convenios arbitrales asimétricos, se mantiene la eficacia obligatoria propia de cualquier contrato. Las partes se encuentran siempre obligadas, solo que a cosas distintas.

Ahora bien, es pertinente cuestionar si la igualdad en la selección de foro debe ser considerada como una norma de orden público. El Tribunal Constitucional ha determinado, en la Sentencia Fernando Cantuarias Salaverry, que la jurisdicción arbitral y la ordinaria son alternativas, con lo que no se puede deducir una preponderancia de una sobre otra. La Sentencia Sociedad Minera María Julia (Expediente 142-2011-PA/TC, 2011) determina que la función jurisdiccional tiene el mismo soporte constitucional, sea ejercida por jueces o por árbitros. Siendo esto así, consideramos que no se contraviene ninguna norma de orden público en caso de que una parte pueda elegir el foro y la otra no.

#### – La doctrina del *unconscionability*

La doctrina del *unconscionability* busca evitar los pactos abusivos en los contratos en general, lo que incluye a los convenios arbitrales. Esta doctrina tiene dos aspectos: uno procedimental y otro material. Por un lado, se encuentra el elemento procedimental que radica en la capacidad de negociación del contrato y la situación real de las

<sup>35</sup> La idea subyacente es simple: un convenio válido tiene que ser siempre recíproco; si el convenio no prevé obligaciones mutuas, es nulo por falta de *mutuality* [traducción libre].

<sup>36</sup> La consideración intercambiada por la promesa de arbitrar de una parte tiene que ser la promesa de arbitrar de la otra parte al menos algún tipo específico de reclamos [traducción libre].

<sup>37</sup> No es de ninguna consecuencia legal que el convenio arbitral le dé a una parte la opción de litigar materias arbitrables en una corte, mientras que le requiera a la otra invocar el arbitraje [traducción libre].

partes. Debido a ello, se muestra propicia a invalidar los convenios arbitrales derivados de relaciones contractuales en las que las posiciones relativas de las partes sean groseramente desiguales, lo que ha sido reiterado por cortes americanas en distintos casos como *Arnold c. United Companies Lending Corp.* o *Iwen c. U.S. West Direct* (Drahozal, 2002, pp. 547-549). En aplicación de similar criterio, Luxemburgo ha considerado válidos distintos convenios arbitrales asimétricos, haciendo énfasis en la igualdad de capacidad de negociación de las partes (Mrad, 2016, p. 20). Es importante resaltar los convenios arbitrales siempre van a tener algún elemento de desbalance (Draguiev, 2014, p. 33), por lo que se debe destacar que este requisito exige el carácter de grosero –extraordinario, notorio, inaceptable– del desbalance de poder de las partes para ser satisfecho.

Por otro lado, el elemento material exige que haya una justificación razonable basada en la realidad de la operación comercial que sustente el convenio arbitral (Van Zelst, 2018, p. 82). Esto ha sido manifestado, por ejemplo, en *Armendariz c. Foundation Health Psychcare Services, Inc.* En este caso, la Corte Suprema de California sostuvo que los convenios arbitrales asimétricos serían *unconscionable*, excepto que existan justificaciones para dicha asimetría (Drahozal, 2002, p. 552). El criterio en cuestión también es seguido por las Cortes inglesas. En *Three Shipping Ltd. c. Harebell Shipping Ltd.*, se determinó la validez de un convenio arbitral asimétrico y su uso incluso en la posición de demandado, debido a que esto respondía al “commercial sense of the clause as a whole”<sup>38</sup> (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 141).

Ustinov sostiene que el aspecto material, más que buscarle una justificación razonable al acuerdo, busca evitar consecuencias irrazonables del acuerdo (2016, p. 16). Pese a que no en toda su extensión, se puede ver influencia de esta teoría en el fallo portugués *Xilam Animation c. Lnk Videos*, en el que se señaló que los convenios arbitrales asimétricos se anularían solo cuando generaran “gross inconvenience to one of the parties”<sup>39</sup> (Ustinov, 2016, pp. 25-26). Este criterio se centra, entonces, en la razonabilidad y la aversión a los acuerdos extremadamente injustos (2016, p. 15) y parece mantenerse hasta cierto punto vigente. Consideramos que el límite establecido por esta doctrina puede resultar razonable siempre que el estándar de desigualdad requerido para anular el convenio arbitral sea lo suficientemente alto. Pese a no ser objeto

de este artículo, se podría pensar, preliminarmente, en un convenio arbitral asimétrico cuando se habla de una cláusula general de contratación a favor de quien las redactó. Estos supuestos coadyuvarían poco a la consecución del fin abstracto del proceso un arbitraje.

Ahora bien, sobre todo en su vertiente procedimental, parece existir cierto acuerdo general en que los convenios arbitrales asimétricos resultan sospechosos en relaciones típicamente desiguales. Esto se debe a que, en principio, la desigualdad natural en los convenios arbitrales asimétricos no entraña un problema, siempre que tenga la autonomía de la voluntad como un pilar de defensa sólido. En ese sentido, siempre que haya sido querida y consentida por las partes, y no haya ningún motivo de protección adicional para una de las partes, los convenios arbitrales asimétricos deberían ser defendidos (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4). En el ámbito nacional, Barchi Velaochaga sostiene que

en principio, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, creemos que estas cláusulas [los convenios arbitrales asimétricos] son válidas. No obstante, tratándose de convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión, un pacto compromisorio asimétrico a favor del predisponente sería, en nuestra opinión, una cláusula abusiva o vejatoria (2013, p. 94).

En Alemania, por ejemplo, el convenio arbitral debe cumplir con el principio de justicia en los contratos estándar, contenido en el artículo 307, en el libro de Obligaciones, del BGB. En ese sentido, sería nulo cualquier convenio arbitral que ponga una carga injusta en una de las partes, en contra de la buena fe, en un contrato estándar. En esta misma jurisdicción, se ha alegado la injusticia como una vulneración a las buenas costumbres, afirmando que los convenios arbitrales asimétricos representan un abuso de una parte fuerte a una parte débil. Esto ha quedado sustentado en el artículo 138 del BGB que sostiene que los acuerdos abusivos son nulos (Mrad, 2016, p. 11).

La Corte Suprema de Alemania ha invalidado previamente convenios arbitrales asimétricos debido a que estos permitían que la demandada modificara la jurisdicción al ser emplazada, lo que, a criterio de la Corte, hacía que la demandante, quien tenía el estado de sujeción, incurriera en costos

<sup>38</sup> Sentido comercial de la cláusula en su totalidad [traducción libre].

<sup>39</sup> Grave inconveniencia para una de las partes [traducción libre].

innecesarios para acceder a la justicia (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 146), lo que representaría una inconveniencia desproporcional, contra la cual no se puede negociar. Alejos Guzmán ha destacado similar problema en el ámbito nacional al destacar el uso de convenios arbitrales asimétricos de distribución de costos en contrataciones con el Estado, en los que, si bien hay un pequeño margen de negociación, el convenio arbitral no se puede modificar (2019, pp. 359-363). Esto representaría, en principio, un problema en su validez. Sin embargo, su existencia, aprobación y promoción por el Estado parece ya dar un mensaje sobre la valoración que nuestro ordenamiento jurídico podría tener respecto a este tipo de pactos.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se puede decir que existe una relación inversamente proporcional entre la negociación de un contrato y la litigiosidad de su ejecución: a más negociación, menos controversias (Alejos Guzmán, 2019, p. 354). Este argumento nos debe inclinar hacia la conclusión de que las cláusulas de resolución de controversias que son menos negociadas contribuyen menos a la función social del arbitraje, pues propician mayores discusiones en torno a su aplicación y no procuran un debido sentimiento de justicia en las partes.

Sin embargo, como bien resalta la doctrina del *un-conscionability*, un motivo razonable para pactar una cláusula como estas debe implicar una justificación para su validez. Esto se hace evidente en el ejemplo de nuestra introducción. No obstante, se puede hacer también evidente en los contratos estándar o por adhesión. Siguiendo el ejemplo de Alejos Guzmán, la lógica detrás de los convenios arbitrales asimétricos contenidos en los contratos con el Estado es la reducción de la litigiosidad y la búsqueda de una optimización de los reclamos. Si las partes saben que correrán con los costos de todo el proceso arbitral, solo litigarán cuando tengan una razonable probabilidad de éxito.

La aplicación de esta doctrina resulta un poco compleja en los estándares nacionales. Los principales llamados a aplicarla serían los árbitros. Si se trata de llevar a la jurisdicción ordinaria una disputa contenida dentro del alcance de un convenio arbitral asimétrico, esta debería ser remitida a arbitraje, por no alcanzar el estándar necesario para que su nulidad sea manifiesta (O'Neill de la Fuente & Nava Zegarra, 2016, p. 105; Ríos Pizarro, 2014, p. 321). Ahora bien, el convenio arbitral sí se anularía si se declarara fundada una sentencia en un proceso de anulación de laudo arbitral por vicios en el convenio arbitral. Sin embargo, esto implica para los justiciables el costo de recorrer todo el proceso arbitral y todo un proceso judicial, con el

desgaste de recursos que esto entraña. Es por ello que la correcta aplicación de este criterio depende principalmente de los árbitros, quienes tienen la oportunidad de decidir su competencia en ejercicio del *kompetenz-kompetenz*, en la eventualidad de recibir un cuestionamiento de jurisdicción.

Sin perjuicio de ello, en líneas generales, consideramos que este criterio reconcilia de manera adecuada los principios de autonomía de la voluntad y de función social del arbitraje, por lo que resulta un estándar razonable como límite a la libertad contractual y de contratar de las partes.

- Debido proceso, acceso a la justicia e igualdad procesal

El análisis de los convenios arbitrales asimétricos en relación con el debido proceso se ha enmarcado fuertemente en el análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo que, pese a ser un referente, sus motivos solo aportan elementos persuasivos, mas no autoritativos a esta discusión. Algunos de los derechos involucrados en esta discusión son el acceso a la justicia, la publicidad de los procesos y el juez natural predeterminado por ley.

Nuestro Tribunal Constitucional ha recordado que el debido proceso es un derecho aplicable también en sede arbitral. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC, este afirmó que

la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso (2006, párr. 9).

Sin embargo, la sentencia recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC ha afirmado que, si bien el derecho al debido proceso es aplicable para toda autoridad, este debe ser aplicado *mutatis mutandis* en el arbitraje. Reynaldo Bustamante señala que

en el caso específico del arbitraje, no debe olvidarse que se trata de un mecanismo de justicia privada que responde a criterios distintos de los que informan los procesos judiciales o administrativos, razón por la cual debe cuidarse de no aplicar indebidamente al arbitraje criterios

procesales que no responden a su naturaleza especial (artículo 34 de la LA). Todo ello, claro está, sin perjuicio de respetar el debido proceso, los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en lo que corresponda (2013, pp. 404-405).

Debido a ello, reconoce que algunos de los elementos del derecho al debido proceso no serán aplicables en tanto no resulten esenciales para que este derecho cumpla sus funciones, por lo que solo serán aplicables los imprescindibles (Reynaldo Bustamante, 2013, p. 404).

Van Zelst refiere que, si el convenio arbitral colisiona con elementos del contenido no esencial del derecho al debido proceso, se debe preferir la disposición del convenio arbitral, en tanto que su pacto equivale, como ya se mencionó, a una renuncia parcial del derecho al debido proceso (2018, p. 83). Ahora bien, dicho autor sostiene que esta renuncia no comportará una afectación al derecho al acceso a la justicia, siempre que cumpla con ciertos requisitos. En primer lugar, debe reemplazar el acceso a la justicia pública por el acceso a otro medio imparcial e independiente. En segundo lugar, esta renuncia debe ser inequívoca y por escrito. En tercer lugar, esta renuncia no puede ir en contra de ningún interés público. En cuarto lugar, se requiere una renuncia informada, que demuestre un consentimiento adecuado, lo que tiene, a su vez, dos requerimientos: que la parte renunciante conozca los derechos renunciados y las consecuencias de esto, y que la renuncia venga acompañada de garantías formales proporcionales a la importancia del derecho renunciado (Van Zelst, 2018, pp. 84-85).

Estas exigencias fueron dadas en el marco de procesos que enfrentaban cláusulas bilaterales o simétricas de elección de foro. Sin embargo, en Francia, en el caso *SEC c. Sicaly* se decidió que un convenio arbitral asimétrico era válido y que entrañaba una renuncia válida al derecho de acceso a la justicia, ya que demostraba con claridad el consentimiento de Sicaly a esos efectos (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 145). Así, se puede asumir que la asimetría no representa un problema a efectos de esta renuncia.

A este punto, debemos recordar que las garantías del debido proceso son propias de la fase dinámica del convenio arbitral, que es aquella en la que surten los efectos procesales de dicho contrato. Así, no se puede hablar de garantías procesales en el

marco de la fase estática, que es en la que se encuentra la elección de foro. En ese sentido, la elección de foro no debería representar un problema del debido proceso.

Esto tampoco representaría un problema de acceso a la justicia, ya que, como se mencionó previamente, el Tribunal Constitucional ha considerado que tanto la jurisdicción arbitral como la ordinaria son manifestaciones alternativas de la jurisdicción, la misma que se rige por el principio constitucional de unidad. Al ser así, solo se afectaría el acceso a la justicia si no hubiera jurisdicción alguna accesible. Este no es el caso con los convenios arbitrales asimétricos. En estos, ambas partes tienen un acceso a la justicia igual en términos cualitativos, pese a que se manifieste en distintos foros.

El icónico caso ruso *Sony Ericsson Communication Rus LLC c. Russian Telephone Company CJSC* incluyó, dentro de sus consideraciones, que el convenio arbitral asimétrico de selección de foro afectaba el acceso a la justicia de la parte en el estado de sujeción. Mrad sostiene que dicha interpretación es equivocada. En el caso de un convenio arbitral asimétrico, ambas partes tienen el derecho al acceso a la justicia. No obstante, su manera de concretarlo y viabilizarlo no tiene por qué ser igual: “access to justice should be equal within the forum chosen by the parties. It does not however extend to cover the choice of the forum itself”<sup>40</sup> (2016, p. 12). Mrad complementa su argumento afirmando que la opción en un convenio arbitral asimétrico es válida en tanto que ambas partes tienen acceso a la misma justicia. Además, esta opción deriva de una elección tomada por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad (2016, pp. 12-13).

Otro de los problemas más grandes de los convenios asimétricos se da presenta por su aparente colisión con el principio de igualdad, que rige la administración de justicia en todo Estado civilizado (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 4). En *Sony Ericsson Communication Rus LLC c. Russian Telephone Company CJSC* se consideró que un convenio arbitral asimétrico sí afectaba el principio de igualdad procesal de las partes. Lo peculiar de este caso es que, en lugar de invalidar el convenio arbitral, se decidió extender la opción a ambas partes, a efectos de restaurar la igualdad de las partes (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, pp. 8-9; Blackaby *et al.*, 2015, p. 103). La jurisprudencia polaca ha mantenido un criterio similar, al afirmar que los convenios arbitrales asimétricos vulneran la igual-

<sup>40</sup> El acceso a la justicia debe ser igual dentro de los foros elegidos por las partes. Esto no se extiende, sin embargo, para cubrir la elección de foro misma [traducción libre].

dad entre las partes y deben anularse hasta que se elimine la desigualdad (Ustinov, 2016, p. 24).

Se ha discutido si es que esa solución es la adecuada. Como es de esperarse, de la declaración de que un convenio arbitral asimétrico vulnera la igualdad de las partes no se sigue necesariamente que el convenio arbitral se deba anular. Sin embargo, se abren dos opciones, además de la anulación total.

La primera interpretación posible implica la modificación del convenio arbitral asimétrico en uno simétrico o bilateral, con lo que ambas partes tendrán el derecho potestativo y, ante su ejercicio, ambas se encontrarán en un estado de sujeción (Ustinov, 2016, p. 19). Esto implica una modificación judicial del contrato, lo que, de por sí, resulta discutible. Además, esto podría generar serios problemas de ejecución, pues, al ambos tener derecho de opción, podría darse el caso en el que ambos presenten acciones simultáneamente con pretensiones contrarias, que podrían llevar a fallos contradictorios.

La segunda interpretación implicaría anular el extremo que genera la desigualdad, que en el caso de los convenios arbitrales asimétricos sería la opción de una parte (Ustinov, 2016, p. 20). Born sostiene que esta es la solución más comúnmente adoptada, pues, además, elimina cualquier opción y determina solo un camino obligatorio. Así, las cortes se deciden por una de las opciones, ya sea el arbitraje o el proceso judicial, y la tratan como obligatoria. Por supuesto, esto dependerá de su política frente al arbitraje. Al respecto, sostiene que

the basis for this conclusion is that it would make little sense for parties to agree to optional arbitration in an entirely non-mandatory sense, leaving both parties free to decide when dispute arise whether or not they wish to arbitrate<sup>41</sup> (Born, 2016, p. 77).

Sin embargo, el autor reconoce la posibilidad de que los jueces respeten un pacto que trate a los convenios arbitrales como opcionales, si el pacto es claro en ese extremo. Se afirma que, si la desigualdad solo se extiende a una parte del acuerdo, lo más respetuoso a la autonomía privada sería mantener los efectos de lo que no está afecto (Draguiev, 2014, p. 43).

Esto, sin embargo, no necesariamente es cierto. Debemos recordar que la opcionalidad dentro de

un convenio arbitral no representa un problema, sino solo un prejuicio, que debe ser superado en beneficio del arbitraje. En cuanto a la optimización de la autonomía de las partes, debemos poner en duda la postura de Draguiev, ya que, al anular una parte, se altera todo el arreglo contractual, lo que podría llevar a una profunda desnaturalización del acuerdo. Si recordamos el ejemplo con el que introdujimos este texto, la jurisdicción común era el Poder Judicial, por lo que, de seguir esta solución, una corte optaría por preservar solo esa opción. Sin embargo, esa era una opción que no se ajustaba en lo más mínimo a los intereses de la empresa A, la cual prefería llevar sus controversias a arbitraje y asumiría los costos de dichos procesos, mitigando el impacto que desincentivaba a B a arbitrar.

Pese a las objeciones, esta es la opción por la que se decantan las jurisdicciones del *civil law* (Draguiev, 2014, p. 43). En ese sentido, debemos reconocer que esta opción parece ser la que se ajusta más estrictamente a nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 224 del Código Civil consagra el principio de conservación del negocio jurídico y afirma, en su primer párrafo, que la nulidad de una disposición de un acto jurídico no implica la de otras, si estas son separables. Así, la solución sería limpiar de disposiciones nulas el acuerdo y mantener lo que sí es válido.

Draguiev sostiene que la desigualdad intrínseca de los convenios arbitrales asimétricos se cura en el momento de cristalización de la jurisdicción (2014, p. 34), por lo que estos no deben ser considerados nulos. Según los términos empleados por De Benito, la desigualdad se mantendría en la fase estática, cuando tiene una naturaleza exclusivamente obligacional y no se ve irradiada de principios procesales, y no trascendería a la fase dinámica. Con esto, el principio de igualdad procesal no estaría en lo más mínimo afectado. Sin embargo, esto no es aplicable para los convenios arbitrales asimétricos de elección de árbitros.

La Ley de Arbitraje sí contempla el principio de igualdad entre las partes, en el numeral 2 de su artículo 34. Es de notar que este artículo se refiere a las actuaciones arbitrales. De lo que se trata este artículo es

[...] de que las partes tengan las garantías procesales necesarias para que puedan ejercer en toda su magnitud el principio de contradicción en el proceso arbitral. [...] ¿Qué es entonces lo

<sup>41</sup> La base para esta conclusión es que haría poco sentido que las partes acuerden un arbitraje opcional de una manera enteramente no obligatoria, dejando a ambas partes libres de decidir cuando la disputa nazca si desean arbitrar o no [traducción libre].

que garantiza la ley a las partes de un proceso? No otra cosa que todos los medios o recursos procesales que la ley pone a disposición de cada una de las partes, para que éstas los utilicen como crean conveniente (Castillo Freyre *et al.*, 2014, pp. 621-622).

En este sentido, el centro de una vulneración a la igualdad en el arbitraje es que no se les den a las partes las mismas posibilidades de defensa. Esto se condice con lo que está recogido en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional que establece el principio del trato equitativo de las partes, pero dentro del Capítulo V, que regula la Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales.

Debemos, entonces, preguntarnos si los convenios arbitrales asimétricos de elección de árbitros o de asignación de costos representan una violación al principio de igualdad procesal en el arbitraje o a algún otro principio. Queda por demás sentado que, al encontrarse en la fase dinámica del convenio arbitral, este principio sí es aplicable y relevante.

La asimetría en la asignación de árbitros podría representar, además de una lesión a la igualdad procesal, una afectación al derecho a un juzgador independiente, consagrado en el artículo 139, numeral 2 de la Constitución. Este, como se destaca en la sentencia recaída en el Expediente 02851-2010-AA/TC (2010), es plenamente aplicable a la jurisdicción arbitral. La sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC afirma que “la independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política o económica o de procedencia jerárquica al interior de la organización que ejerce la jurisdicción” (2004, párr. 31). De otro lado, según la interpretación de la sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA/TC, esta garantía incluye también la imparcialidad, tanto subjetiva, referida a la ausencia de compromiso o vinculación del juez con las partes o con el caso; como la objetiva, referida a la ausencia de influencia del sistema hacia el juez, que le reste imparcialidad.

De acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 6149-2006-PA/TC (2010), la teoría de la apariencia forma parte de la garantía de imparcialidad, lo que es aplicable para el arbitraje también. Esta postula que para la imparcialidad no son solo relevantes los hechos que realiza el juzgador, sino cualquier apariencia razonable de parcialidad o de dependencia. Así, será posible recusar a un juzgador, por ejemplo, del cual se emanen sospechas razonables.

Al respecto, es menester resaltar que los árbitros no son defensas de las partes, pese a ser nombra-

dos por ellos. El nombramiento de un árbitro, más que un derecho, es una carga de cooperación para viabilizar el derecho de acción o contradicción en el contexto de un arbitraje. Las partes eligen a un juzgador, no a un defensor. Debido a ello, la sola diferencia en la cantidad de árbitros por nombrar no entraña una afectación a la igualdad ni a la imparcialidad del tribunal arbitral. Además, en todo arbitraje se puede recusar a árbitros, por una serie de causales, lo que constituye una defensa frente a cualquier posible dependencia o parcialidad de los árbitros.

Asimismo, el nombramiento por sí solo no podría calificar como un elemento relevante para aplicar la teoría de la apariencia. De ser así, todo el sistema arbitral perdería sentido, pues cada árbitro nombrado por una parte podría ser recusado por la otra en base a su solo nombramiento. Las causales de recusación ya incluyen criterios de apariencia, como se puede ver en las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las cuales incluyen, en el Listado Naranja, criterios como amistad, enemistad o relación en un mismo *chamber*.

Debido a ello, resulta poco razonable afirmar que tan solo por ser nombrados por una parte, los árbitros pierden independencia e imparcialidad. En consecuencia, tampoco resulta razonable afirmar que no habrá igualdad para las partes si es que una mayor cantidad de árbitros son designados por una. Solo habrá vulneración a dichos derechos si estos árbitros, en contra de su deber de imparcialidad, tratan a la parte que nombró a la mayoría de mejor forma. Dicho trato diferenciado vulnerará la igualdad.

Sin embargo, existen jurisdicciones, como la francesa, que consideran que la igualdad de las partes en la designación de los árbitros es de orden público y no se puede pactar sobre el mismo de forma previa al nacimiento de la controversia (Schwartz, 1993, pp. 10-11). Es menester destacar que dicho pronunciamiento se dio en referencia a la constitución del tribunal arbitral en un arbitraje con multiplicidad de partes y no a propósito de un convenio arbitral asimétrico. La Ley de Arbitraje peruana adopta un criterio incluso más exigente, ya que sostiene, en su artículo 26, que todo pacto que dé beneficios en el nombramiento de árbitros será nulo, lo que incluye los pactos previos y posteriores al surgimiento de la controversia.

En cuanto a la distribución de costos, la correcta interpretación de este convenio arbitral debe entenderlos como un acuerdo de las partes sustraído de la competencia de los árbitros. Las partes someten el fondo de la controversia a los árbitros,



pero transigen la condena de costos, fuera del proceso (Aizenstadt, 2010, p. 28). Siendo esto así, los costos del proceso no son objeto del mismo, por lo que no habría igualdad procesal que afectar. La lógica de este acuerdo parece posicionarse más en el ámbito contractual que en el procesal.

La ley alemana permite expresamente los pactos en los que una parte puede controlar la composición del tribunal arbitral, pero le da el derecho a la otra parte de pedir que lo haga un juez, si es que tiene sospechas de parcialidad (Nesbitt & Quinlan, 2006, p. 147). En efecto, el artículo 1034 del ZPO (Código de Procedimientos Civiles alemán), en su numeral 2, establece que una parte puede estar más representada en el tribunal arbitral, pero que, si esto representa una desventaja para la contraparte, esta puede solicitarle al Poder Judicial que deje sin efectos el nombramiento y nombre a todo el tribunal. Este es un ejemplo del razonamiento previamente expuesto.

– La doctrina de la *potestativité*

En el caso *Mme 'X' c. Banque Privee Edmond de Rothschild*, la Cour de Cassation francesa sancionó la asimetría con nulidad por un peculiar argumento. Hasta donde conocemos, este argumento solo ha sido replicado por el Tribunal Supremo búlgaro (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, p. 8). No obstante, resulta importante su análisis. El argumento plantea que un convenio arbitral asimétrico de selección de foro tiene cláusula potestativa que es contraria a su ordenamiento jurídico (López de Argumedo Piñeiro & Balmaseda Serrat-Valera, 2014, pp. 7-8). En esta cláusula concurrió un problema de claridad en la redacción que hacía parecer que una gran cantidad de foros eran competentes para conocer el caso, lo que llevó a la Cour de Cassation a interpretarla de forma restrictiva (Draguiev, 2014, p. 29).

De acuerdo con su razonamiento, la Corte afirma que la cláusula es potestativa porque vincula solo a una parte, mientras que el cumplimiento de la otra está sujeto a su propia voluntad. Se asemejó dicho razonamiento al de una condición meramente potestativa (Ustinov, 2016, p. 22). En virtud de esta similitud, la cláusula sería nula, pues contiene una condición que está exclusivamente dentro de la esfera de control del deudor y este podría unilateralmente cambiar su posición o evadir sus obligaciones (Draguiev, 2014, pp. 35-36). En otras palabras, lo que la doctrina de la *potestativité* busca es anular las cláusulas en las que el cumplimiento está sujeto al control solamente del deudor (Mrad, 2016, p. 15). El sustento normativo para anular estos convenios arbitrales se encuentra en los artículos 1170 y 1174 del *Code civil*, los que versan

sobre obligaciones condicionales; es decir, sujetas a condición (Mrad, 2016, p. 16).

Una regla idéntica se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 172 del Código Civil. Para que esta condición sea nula se requiere de dos peculiaridades. En primer lugar, que esté sujeta a la voluntad del deudor. No habría nulidad si está sujeta a la del acreedor. En segundo lugar, la voluntad del deudor debe ser lo único necesario para que concurra la condición, por lo que, si el deudor no lo desea, no habrá forma de que la condición concurra. La nulidad se extiende a las condiciones potestativas a cargo exclusivamente del deudor, debido a que contravienen la lógica de la obligación, pues permiten que el deudor se libere con su propia voluntad (Vidal Ramírez, 1999, p. 284). La obligatoriedad se volvería letra muerta. De considerar válido el argumento de la *Cour de Cassation*, deberíamos concluir que los convenios arbitrales asimétricos son nulos en el Perú también.

Draguiev critica este enfoque argumentando que la lógica deudor-acreedor no es aplicable a los convenios arbitrales, ni se buscaría evadir una obligación (2014, p. 36). A esta opinión se pliega también Mrad (2016, p. 16). No estamos de acuerdo con esta postura, ya que, como se ha desarrollado previamente, sí creemos que el convenio arbitral tiene un contenido obligatorio. En ese sentido, claro que es aplicable el esquema de deudor-acreedor. Consideramos que el meollo de esta discusión se encuentra lejos de este punto. Draguiev también sostiene que la lógica de la prohibición de condiciones meramente potestativas está en evitar el ejercicio abusivo de un poder privado. Sin embargo, él considera que este no es el caso, pues el ejercicio de este poder se está dando en el marco de lo estrictamente pactado. Ambas partes conocían los efectos del pacto y están actuando en base a esto (2014, p. 36). Con este extremo estamos de acuerdo. No obstante, creemos que la médula del problema no ha sido debidamente abordada.

Existe un requisito esencial para la aplicación de esta doctrina: la existencia de una condición. En ese sentido, para aplicar esta doctrina, se requiere que la obligación no sea plena y eficaz aún. Este contenido no está en los convenios arbitrales asimétricos (Mrad, 2016, p. 16). No se puede decir que el convenio arbitral asimétrico es nulo por ser una condición meramente potestativa, porque no es una condición en lo absoluto. Es un contrato bilateral, pleno, eficaz y con contenido obligatorio.

Adicionalmente, debemos destacar que lo que busca la doctrina de la *potestativité* es evitar que un deudor no cumpla con su obligación, al liberar-

se mediante la no concurrencia de la condición. Además del error de presupuesto que se señaló en el párrafo anterior, se incurre en un error de consecuencia. El deudor en los convenios arbitrales asimétricos no estaría en incumplimiento, sino todo lo contrario. Como ya desarrollamos previamente, en los convenios arbitrales asimétricos de selección de foro, se da un supuesto de obligaciones alternativas, por lo que el deudor puede elegir cuál de estas cumplir. Sin embargo, sea cual sea la obligación alternativa que elija, estaría realizando un pago válido de su obligación.

## V. CONCLUSIONES

La presente investigación nos deja unas cuantas conclusiones previas, que son fundamentales para poder concluir si los convenios arbitrales asimétricos son –o serían, en todo caso– válidos en el Perú. Estas son las siguientes:

- a) El arbitraje tiene origen contractual, pero una función social. En virtud de esta, al igual que con el proceso, el Estado busca la resolución pacífica de las controversias y la composición correcta del derecho. Las partes entran al arbitraje con el interés concreto de solucionar sus controversias, pero el Estado reconoce y tutela el arbitraje por el interés de preservar la paz social. Esto justifica cierta intervención estatal en la regulación del arbitraje.
- b) El convenio arbitral tiene naturaleza contractual y está compuesto por una fase estática y una dinámica. En la estática, solo se cuentan con obligaciones civiles, en las que los principios rectores son únicamente los contractuales. En la dinámica, se cuentan con cargas procesales y los principios contractuales se ven complementados y ponderados por los principios jurisdiccionales. Con esto, se puede decir que la autonomía de la voluntad es el elemento central a optimizar en la regulación y análisis de los convenios arbitrales. Solamente se justifica la intervención de otros valores protagónicos en la fase dinámica.
- c) El convenio arbitral es separable solo en un ámbito jurídico, esencialmente centrado en su validez. Sin embargo, no es autosuficiente. Creer lo contrario implica un prejuicio realista. Este prejuicio nos conlleva al prejuicio sinalagmático, que nos lleva, equívocamente, a pensar en el convenio arbitral como un contrato con prestaciones recíprocas e idénticas. No existe motivo ni en la naturaleza de las obligaciones contenidas en este, ni en el interés de las partes al suscribirlo para sustentar este prejuicio.
- d) El concepto de convenio arbitral asimétrico es un concepto abierto, que se caracteriza por la asimetría entre los derechos, facultades, obligaciones y cargas que asumen las partes. Si bien existen ciertos convenios arbitrales asimétricos **típicos** por su frecuencia en el análisis, un correcto estudio de esta institución debe partir de una evaluación sobre la asimetría en general. Consideramos que nuestro ordenamiento acepta la asimetría de contenidos en materia contractual. Debido a esto, los convenios arbitrales asimétricos, en general, deberían ser permitidos.
- e) Los convenios arbitrales asimétricos han recibido una muy diversa respuesta en distintas jurisdicciones. Algunas de ellas, como Inglaterra o Italia, se muestran muy amigables, mientras que otras, como Rusia o Francia, tienen una postura impredecible y riesgosa. Otras más, Alemania o Polonia, cuentan con prohibiciones totales o parciales.
- f) En el Perú, existen motivos para sospechar que los convenios arbitrales asimétricos sí serían aceptados, por el principio general de la autonomía de la voluntad y la libertad que nuestro ordenamiento les da a las partes en materia contractual. Existe, sin embargo, una restricción basada en la igualdad en el nombramiento de los árbitros, dada por la Ley de Arbitraje. Contrariamente, el Estado, en arbitrajes de contrataciones, solo puede nombrar a sus árbitros de un registro particular, lo que restringe su universo de posibilidades. Esto justamente constituye una asimetría. Además, el Estado peruano, emplea en sus contratos convenios arbitrales asimétricos de asignación de costos. La postura es aún incierta.
- g) Los convenios arbitrales asimétricos no caen en ninguna de las causales de nulidad del artículo 219 de nuestro Código Civil, por lo que son pactos válidos. Asimismo, no creemos que sea posible afirmar que son patológicos. La contradicción que se alude en este tipo de convenios nace en la cabeza del intérprete, sesgado por los prejuicios realista y sinalagmático. Sin embargo, estos prejuicios no sostienen un análisis crítico, por lo que no pueden sustentar una restricción a la libertad contractual de las partes.
- h) La autonomía de la voluntad es el argumento central y esencial en la defensa de los convenios arbitrales asimétricos. Esta no es de poca importancia, pues es el valor esen-

cial del arbitraje y de los contratos. Adicionalmente, permitir los convenios arbitrales asimétricos coadyuva a la consecución de la función social del arbitraje, pues permite que las partes diseñen métodos de solución de controversia más eficientes en base a la complejidad y necesidad de sus estructuras negociales.

- i) Consideramos que la doctrina del *lack of mutuality*, la supuesta vulneración al debido proceso, acceso a la justicia e igualdad, y la doctrina de la *potestativité* no son correctas y no deben afectar el reconocimiento de la validez y plenitud de los convenios arbitrales asimétricos. Creemos, sin embargo, que la doctrina de *unconscionability* podría ser considerada, en virtud de la función social del arbitraje. En ese sentido, parecería razonable, dada la valoración que nuestro ordenamiento jurídico le da al arbitraje, sostener que el convenio arbitral asimétrico debe ser negociado y debe tener algún sustento.

Sobre la base de esto, consideramos que no existen motivos de peso para negarle a los convenios arbitrales asimétricos lo que la autonomía de la voluntad les da: plena validez y eficacia para que las partes puedan resolver sus controversias de la manera más eficiente posible. 🏠

## REFERENCIAS

- Aizenstatd, N. A. (2010). Las Cláusulas Asimétricas del Arbitraje. *Revista de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*, (25), 23-38. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1728848](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1728848)
- Alejos Guzmán, O. (2019). Convenios arbitrales desequilibrados en los contratos públicos bajo la ley de contrataciones del Estado. *Derecho PUCP*, (82), 347-370. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201901.012>
- Alva Navarro, E. (2011). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 14. La anulación del laudo*. Palestra; CARC PUCP; Estudio Mario Castillo Freyre. <https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-14/>
- Arias-Schreiber Pezet, M. (1998). *Contratos: Parte General. Exégesis* (Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Arrarte Arisnabarreta, A. (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo. *Ius et Veritas*, 17(35), 70-90. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12285>
- (2009). Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la nueva Ley de Arbitraje. *Ius et Veritas*, 19(38), 184-196. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12199>
- Barchi Velaochaga, L. (2013). El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071. *Ius et Praxis*, (44), 81-124. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2013.n044.76>
- Berard, M., Dingley, J., & Brown, M. (2017). *Unilateral Option Clauses – 2017 Survey*. Clifford Chance. [https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/01/unilateral\\_optionclauses-2017survey.html](https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/01/unilateral_optionclauses-2017survey.html)
- Blackaby N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6ta ed.). Kluwer Law International; Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law/iic/9780199557189.001.1>
- Born, G. B. (2001). *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials* (2da ed.). Kluwer Law International.
- (2014). *International Commercial Arbitration* (2da ed.). Kluwer Law International.
- (2016). *International Arbitration: Law and Practice* (2da ed.). Wolters Kluwer.
- Bullard González, A. (2012). El dilema del huevo y la gallina: El carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho y Sociedad*, (38), 17-31. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/13100>
- (2016). ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana. En A. Bullard González (ed.). *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva* (pp. 101-128). Palestra.
- Bustamante Alarcón, R. (2013). La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. *Derecho PUCP*, (71), 387-411. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8908>
- Cantuarias Salaverry, F. (1997). El Convenio arbitral: ¿Se encuentra presente en las disposiciones sobre Arbitraje Doméstico de la Ley General de Arbitraje? *Nuevas Tendencias del Derecho Contractual* (pp. 379-402). Grijley

- Cantuarias Salaverry, F., & Caivano, R. (2008). La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad. *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 43-84. <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>
- Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2014). La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: riesgos en el camino. *Forseti*, 2(2), 97-110. <https://doi.org/10.21678/forseti.v2i2.1204>
- Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L., & Chipana Catalán, J. (2014). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 25. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. <https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-25/>
- Centro de Análisis y Resolución de Conflictos [CARC-PUCP] (2020). *Cuadro comparativo de N° de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado*. <https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2020/01/07165640/cuadro-comparativo-n-de-arbitrajes-civil-comercial-y-arbitrajes-con-el-estado.pdf>
- Cheung, K. (2020, 25 de febrero). *Unilateral Option Clauses to Arbitration: The Debate Continues*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/02/25/unilateral-option-clauses-to-arbitration-the-debate-continues/>
- Collantes González, J. L. (dir.) (2011). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 18. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. <https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-18/>
- De Benito Llopis-Llombart, M. (2009). Asimetría, separabilidad y sinalagma. *Spain Arbitration Review*, (5), 141-148.
- (2010). *El Convenio Arbitral: su eficacia obligatoria*. Civitas.
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general* (Tomos I y II). Palestra.
- Dickson, M. O. (2018). Party autonomy and justice in international commercial arbitration. *International Journal of Law and Management*, 60(1), 114-134. <https://doi.org/10.1108/ijlma-12-2016-0184>
- Díez-Picazo Ponce de León, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (Tomo I). Civitas.
- Draguiev, D. (2014). Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability. *Journal of International Arbitration*, 31(1), 19-46. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2542591](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2542591)
- Drahozal, C. (2002). Nonmutual Agreements to Arbitrate. *Journal of Corporation Law*, (27), 537-565. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=380040](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380040)
- Economic Laws Practice (2019). *Arbitration in India. Curated Views*. <https://elplaw.in/wp-content/uploads/2019/05/Arbitration-in-India-curated-views.pdf>
- Escobar Rozas, F. (2010). *Artículo 219. Código Civil Comentado* (Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Ius et Veritas*, (24), 302-313. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16188>
- (2011). Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (60), 255-271. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9067>
- Estévez Sanz, M., & Muñoz Rojo, R. (2017). *Validez y eficacia del convenio arbitral*. CIAR Global. [http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral\\_MEstevezyRMunoz.pdf](http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf)
- Fernández Cruz, G. (2004). El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias. En F. Escobar Rozas, L. León Hilario, R. Morales Hervias & E. Palacios Martínez (dirs.), *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Grijley.
- Girsberger, D., & Ruch, P. (2011). Chapter 6 Pathological Arbitration Clauses: Another Lawyers' Nightmare Comes True. En S. Kröll (ed.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*. Wolters Kluwer.
- Gisbert Pomata, M. (2015). *El Contrato Arbitral*. Thomson Reuters; Civitas.



- Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press.
- Pérez-Cruz Martín, A. J. (2011). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En A. J. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (pp. 87-108). Thomson Reuters; Civitas.
- Petit, S., Chung, K., Panov, A., Robert, M., Grant, B., & Morova, M. (2017). Asymmetric arbitration agreements: A global perspective. *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report*, (9), 25-28. <https://www.norton-rosefulbright.com/-/media/files/nrf/nrfweb/imported/20170925---international-arbitration-report---issue-9.pdf?la=en-lu&revision=>
- Presidencia del Consejo de Ministros de Perú (2008). *Exposición de motivos de la Ley de Arbitraje*. [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1071.pdf)
- Priori Posada, G. (2011). *El arbitraje en Perú*. En A. Pérez-Cruz Martín (dir.), A. Neira Pena (coord.), *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (pp. 563-584). Thomson Reuters; Civitas.
- Quiroga León, A. (2017). *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 46. La naturaleza procesal del arbitraje*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo. <https://www.castillofreyre.com/biblioteca/volumen-46/>
- Ríos Pizarro, C. A. (2014). La nulidad “manifiesta” del convenio arbitral: un caso de excepciones. *Ius Et Veritas*, (48), 318-325.
- Rivera García, C. (2018). Cláusulas (arbitrales) patológicas. En J. L. Collantes González (dir.), *Biblioteca de Arbitraje de Mario Castillo Freyre: Volumen 46. Enciclopedia de Arbitraje. Primera Parte*. Estudio Mario Castillo Freyre; CARC PUCP; Universidad Católica San Pablo.
- Rubio Correa, M. (2015). *El Título Preliminar del Código Civil* (11ma ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Guerrero, R. (2007). Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (53), 7-28. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8845>
- Santistevan de Noriega, J. (2008). Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071). *Revista Peruana de Arbitraje*, (7), 85-118. <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>
- Schwartz, E. (1993). Multi-Party Arbitration and the ICC. *Journal of International Arbitration*, 10(3), 5-20.
- Ustinov, I. (2016). *Unilateral Arbitration Clauses: Legal Validity* [Tesis para optar por el grado de Magíster, Tilburg University]. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=142526>.
- Van Zelst, B. (2018). Unilateral Option Arbitration clauses: An unequivocal choice for arbitration under the ECHR? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25(1), 77-86. <https://doi.org/10.1177/1023263x18755968>
- Vasanth, N., & Raheja R. (2017, 20 de octubre). *Examining the Validity of Unilateral Option Clauses in India: A Brief Overview*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/20/examining-validity-unilateral-option-clauses-india-brief-overview/>
- Vergis, A., & Kamil N. (2017). *The Validity of Asymmetrical Arbitration Clauses*. Providence Law Asia Newsflash September 2017. <http://www.inhousecommunity.com/wp-content/uploads/2017/10/Providence-V12017.09-The-Validity-of-Asymmetrical-Arbitration-Clauses.pdf>.
- Vidal Ramírez, F. (1999). *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica.
- (2003). El convenio arbitral. *Derecho PUCP*, (56), 569-582. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10590>
- Vlasenko, D. (2019, 4 de agosto). *Ambivalent Russian Arbitration Developments Regarding Hybrid Dispute Resolution Clauses*. Kluwer Arbitration Blog. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/04/ambivalent-russian-arbitration-developments-regarding-hybrid-dispute-resolution-clauses/>

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (Cód. Civ.) (Alemania).

Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Corte Superior de Justicia de Lima [C.S.], 10 de octubre de 2017, Expediente 182-2017-1817-1817-SP-C0-01 (Perú).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de junio de 2008 (Perú).

Ley 26572, Ley General de Arbitraje [derogada], Diario Oficial *El Peruano*, 5 de enero de 1996 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de junio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de febrero de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC/TC (Fernando Cantuarias Salaverry) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 6149-2006-PA/TC (Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 00197-2010-PA/TC (Flores Arocutipa) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de marzo de 2011, sentencia recaída en el Expediente 02851-2010-AA/TC (IVESUR S.A.) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de septiembre de 2011, sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia) (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de noviembre de 2013, sentencia recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC (Giovanni Mario Paredes Ruiz) (Perú).

Zivilprozessordnung [ZPO] (Cód. Proc. Civ.) (Alemania).