

16

Guillermo Cabieses & Rodrigo Vega

PERO YO NO FIRMÉ NADA... APUNTES SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS "NO CONSENSUALES" DE PARTES NO SIGNATARIAS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Claudia Arméstar

LAS DESIGNACIONES REPETITIVAS DE LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Nicolás Vassallo

EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERÚ

Julio Guadalupe

VALORACIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCIAS IMPORTADAS, IMPORTANCIA Y NOCIONES BÁSICAS PARA SU APLICACIÓN

Jorge Dávila

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS BENEFICIOS PROCEDENTES DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE AÉREO Y MARÍTIMO INTERNACIONAL

Alexis Meza

LA INDUSTRIA DE CONTENEDORES MARÍTIMOS: IMPORTANCIA DE IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA SU FOMENTO Y DESARROLLO

Alejandro Velásquez

¿LOS OCTÓGONOS RESPETARON EL DERECHO INTERNACIONAL? ANÁLISIS DE COMPATIBILIDAD DE LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA ALIMENTACIÓN SALUDABLE PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PERÚ



© DERUP Editores, Lima, 2022
Av. Salaverry 2020, Oficina B-302-A
Jesús María, Lima, Perú
ISSN: 2312-3583
www.forseti.pe / <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/index>

El contenido de los artículos publicados en FORSETI - Revista de Derecho es responsabilidad exclusiva de los autores.

FORSETI autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

2022-II
Asociación DERUP Editores
Consejo Directivo

Maria Claudia Tamayo Grados (Presidenta y Directora de Comercialización)
Oscar Yalta Esterripa (Vicepresidente y Director de Edición)
Allison Saldamando Egoávil (Directora de Eventos)
Claudia Zambrano Sotero (Presidenta y Directora de Finanzas)
Aniuska Segura Ríos (Subdirectora de Eventos)
Nicolás Ayala Badillo (Subdirector de Comercialización)
Jean Inti Aguilar (Subdirector de Finanzas)
Cesar Valdivia Vergara (Subdirector de Edición)

Comisión de Comercialización

Andrea Chumpitaz Ortiz
Leslie Hernández Montoya
Angie Llaca Conde
Mariana Loyola Duarte
Ingrid Mamani Ccallo
Maryangel Nisiama Zaki
Vanessa Quezada Soto

Comisión de Eventos

David Alfaro Armas
Alonso Magallanes Montalvo
Cesia Esparza Polo
Rina Gabriela Chanco Sucso
Hanna Paulino Ramos
Genaro Ríos Díaz
María Estefanía Torres Quiroz
César Yupari Chaccha
Sandro Fabrizio Olivera García

Comisión de Edición

Paloma Cotrina Navarro
Bernardeth Quijano Rodríguez
Luis Alonso Blanco Vásquez
Francesca Chocano Villanueva
Débora Graciano Chávez
Luis Martín Iturrizaga Torres
Luciana Moreno Manrique
Josué Ochoa García
Diego Valencia Guevara

Comisión de Finanzas

Joel Lima Quiroz
Thais Arroyo Campos
Renata Figueroa Sebastián
Nadir Quivio Jiménez

SOBRE EL PRESENTE NÚMERO

Tenemos el agrado de presentarles el nuevo número de la Revista FORSETI, segundo del año 2022, abocado al Derecho Internacional.

Nos complace empezar la edición 2022-2 con un profundo análisis de las teorías “no consensuales” para la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje. Los autores buscan dilucidar si dichas teorías realmente merecen una categoría independiente a la luz del derecho peruano.

Seguidamente, conoceremos detalladamente el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros y como ello impacta en su deber de independencia e imparcialidad. Por ello, la autora enfatiza la aplicación de un análisis cualitativo y no uno cuantitativo, y presenta los criterios que han aplicado las instituciones arbitrales más importantes a nivel internacional, que son útiles para el arbitraje en el Perú.

Ahora bien, otro tema relevante es la evolución del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica y su codificación en el Perú. De esta manera, luego de un análisis del Derecho Comparado, el autor discute la necesidad de cambios en el ordenamiento peruano.

Por otra parte, nos adentramos en la valoración aduanera, que constituye aquella metodología que permite determinar la base imponible para el cálculo de los tributos de importación. En este artículo, el autor expresa que su complejidad es la causa de diferentes interpretaciones tanto de parte de la Autoridad Aduanera como de los importadores y que ello podría generar importantes y cuantiosas contingencias.

Posteriormente, revisaremos el tratamiento de las rentas procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional, obtenidos por entidades no residentes, para efectos del Impuesto a la Renta. Particularmente, el autor analiza el concepto de “beneficios” a que se refieren los acuerdos para evitar la doble imposición suscritos por el Perú bajo el modelo de convenio de la OCDE; y la Decisión No.578 (CAN).

Por otro lado, comprenderemos más sobre la industria de contenedores marítimos. Así, el autor explica que, si bien existe un marco legal habilitante, son necesarias modificaciones e implementaciones de políticas públicas en beneficio de dicha industria.

Por último, concluimos con un análisis jurídico acerca del cumplimiento del Perú del Acuerdo OTC de la OMC al elaborar una serie de reglamentos técnicos en materia de salud aplicables a alimentos conocidos como “los octógonos”.

En nombre del equipo FORSETI, deseamos expresar nuestro más profundo agradecimiento a todos los autores y a quienes fueron partícipes de nuestro proceso de revisión de pares. Esperamos que esta edición sea de su agrado.

Comisión de Edición

Índice

Pero yo no firmé nada Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana	
<i>por Guillermo Cabieses & Rodrigo Vega</i>	07
Las designaciones repetitivas de los árbitros en el Arbitraje Internacional	
<i>por Claudia Arméstar</i>	37
El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú	
<i>por Nicolás Vassallo</i>	63
Valoración aduanera de las mercancías importadas, importancia y nociones básicas para su aplicación	
<i>por Julio Guadalupe</i>	81
Tratamiento tributario de los beneficios procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional	
<i>por Jorge Dávila</i>	92
La industria de contenedores marítimos: importancia de implementación de políticas públicas para su fomento y desarrollo	
<i>por Alexis Meza</i>	122
¿Los octógonos respetaron el Derecho Internacional? Análisis de la compatibilidad de la Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes del Perú	
<i>por Alejandro Velásquez</i>	138

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana¹

Guillermo Fernando Cabieses Crovetto*

Rodrigo Vega Méndez^{2**}

Resumen. - Si bien el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que reposa en el consentimiento, hay quienes afirman que, en ciertas circunstancias, la incorporación de una parte no signataria se explica por consideraciones de buena fe o equidad, y no propiamente por el consentimiento. Este artículo busca dilucidar si dichas teorías “no consensuales” realmente merecen una categoría independiente a la luz del derecho peruano.

Abstract. - Although arbitration is a dispute resolution mechanism that relies on consent, there are some who claim that, in certain circumstances, the incorporation of a non-signatory party is explained by considerations of good faith or equity, and not properly by consent. This article attempts to determine whether such “non-consensual” theories truly deserve an independent category under Peruvian law.

Palabras claves. - Arbitraje – Convenio arbitral – Partes no signatarias– Teorías no consensuales de partes no signatarias

Keywords. - Arbitration - Arbitration agreement - Non-signatory parties - Non-consensual theories of non-signatory parties

¹ Los autores agradecen los valiosos comentarios de los profesores Hugo Forno Flórez y Freddy Escobar Rozas brindados durante la elaboración del presente artículo.

* Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Chicago. Abogado por la Universidad de Lima.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. Introducción

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias excepcional. A través de él, las partes tienen la oportunidad para, respecto de ciertos conflictos, escapar de la justicia ordinaria sometiendo la controversia ante jueces privados (denominados árbitros) que pueden ser elegidas ellas mismas. Más aún, se le concede la oportunidad de fijar las reglas del proceso. Es un mecanismo de fuga que habría querido Josef K. en el Proceso.³

Para que este mecanismo funcione, las partes tienen que pactarlo. Es decir, sólo cuando las partes acuerden someterse a este mecanismo excepcional de solución de controversias, es que lograrán escaparse de la justicia ordinaria. Esto es así porque el ordenamiento jurídico cree que esta renuncia a la supuesta protección que brinda el Estado mediante su sistema de administración de justicia tiene que ser, salvo excepciones establecidas en la legislación, consentida por las partes.

Ahora bien, existen algunos casos en los que este consenso no es expreso, sino tácito, por lo que la determinación de si existió la voluntad de someterse a la jurisdicción arbitral, abstrayéndose de la justicia ordinaria requerirá de la interpretación de ciertos actos que puedan convencer a los árbitros sobre si es que, quien no brindó su consentimiento expreso al convenio arbitral, lo hizo de manera tácita, por lo que debe ser incorporado en el proceso arbitral.

El presente artículo analizaremos brevemente algunos de estos supuestos en los que partes no signatarias de un convenio arbitral pueden ser incluidas en el arbitraje. A su vez, analizaremos las denominadas teorías "no consensuales" de partes no signatarias a efectos de determinar si estas son consistentes con la naturaleza consensual del arbitraje en el Perú y si es que son aplicables bajo nuestra legislación.

A tales efectos, en la segunda sección se incluye un breve comentario sobre la naturaleza consensual del arbitraje. En la tercera, abordaremos el concepto tradicional de partes no signatarias. En la cuarta sección se describiremos algunas de las teorías de partes no signatarias más comunes en la práctica arbitral. En la quinta sección introduciremos el concepto de las teorías no consensuales de partes no signatarias, describiendo algunas de las teorías que comúnmente son incluidas bajo esta categoría y analizando si realmente merecen una clasificación distinta frente a las teorías tradicionales. Por último, en la sexta sección se incluyen las principales conclusiones del presente artículo.

³ Josef K. es el personaje principal de la novela *El Proceso* de Franz Kafka.

II. Naturaleza consensual del arbitraje

Como hemos indicado, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias hetero compositivo caracterizado por el consentimiento. En otras palabras, se trata de un mecanismo que permite que las partes puedan, en cierto tipo de conflictos (llamados arbitrables)⁴, abstraerse del sistema de justicia estatal y someter su controversia ante un sistema de justicia privada, en donde los árbitros actúan como jueces y las partes pueden fijar las reglas del procedimiento.

Naturalmente, como se trata de una renuncia al derecho de acceder al sistema de justicia estatal para someterse a un sistema de justicia privado, se requiere que quienes decidan abstraerse de la justicia pública, brinden su consentimiento a ello. A tal efecto, comúnmente, firmarán un acuerdo, denominado convenio arbitral, mediante el cual disponen que cualquier controversia arbitrable que surja de la relación jurídica de que los vincula deberá ser sometida a un arbitraje a ser llevado de conformidad con determinadas reglas que se precisan o referencian en dicho convenio. Es por ello que el arbitraje es denominado una “criatura contractual”⁵.

La razón por la que el arbitraje debe ser consensual radica en que, históricamente, la administración de justicia ha evolucionado hacia a un sistema centralizado administrado por el Estado. En tal sentido, por regla general, cualquier controversia que surja entre las personas debe ser sometida ante este sistema. No obstante, también fruto de la evolución, vemos que la ley permite que los particulares puedan, respecto de cierto tipo de conflictos (usualmente, pero no exclusivamente, de índole comercial) someter sus controversias ante mecanismos de solución privados, como es el caso del arbitraje.

Ahora bien, la consensualidad del arbitraje funciona, el común de las veces, de manera relativamente sencilla. Lo habitual es contar con un convenio arbitral

⁴ En el ordenamiento peruano, el artículo 2 de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone en su primer numeral que “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. Como explica el profesor Alfredo Bullard al referirse a dicho artículo: “La norma contempla lo que es arbitrable en dos movimientos. El primero es una regla permisiva y abierta: es arbitrable toda materia que sea de libre disponibilidad. Si se puede contratar libremente sobre algo, se puede someter ese algo a arbitraje. El segundo movimiento se refiere a lo que no es disponible. Incluso materia no disponible puede ser arbitrable si una ley o un tratado internacional así lo autorizan. Con ello queda claro que lo disponible se puede arbitrar por autorización del artículo 2 y lo no disponible por cualquier otra norma del ordenamiento que lo autorice” (2012: p. 29). BULLARD, Alfredo “El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación”. En: Derecho & Sociedad. No. 38. Lima. (2012). Quienes estén interesados en verificar como la justicia privada ha funcionado en prácticamente todos los ámbitos del derecho a lo largo de la historia en distintos lugares, pueden consultar el libro de Bruce Benson, *The Enterprise of the Law*, cuyos datos bibliográficos se encuentran en la sección de bibliografía del presente artículo. BENSON, Bruce *The Enterprise of Law: Justice without the State*. Independent Institute (2011).

⁵ En palabras de Alfredo Bullard: “El arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual. Más allá de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (en la mayoría de ocasiones ociosas e inconducentes), el origen contractual del arbitraje (es decir el convenio arbitral) es, salvo excepciones extrañas y casi folclóricas, indiscutible. [...] La regla general es que no hay arbitraje sin acuerdo. Es decir no hay arbitraje sin contrato.” (2012: p. 18). BULLARD, Alfredo “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarios al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana”. En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, núm. 2. Lima. (2012).

escrito. Este se materializa, usualmente, dentro del mismo documento que recoge el contrato cuyas disputas se someten al arbitraje, aunque es separable de aquél, a efecto de poder servir como mecanismo para incluso cuestionar la validez del propio contrato al que está referido⁶.

En resumen, el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias de carácter voluntario que requiere de un acuerdo mediante el cual las partes renuncian a su derecho de acudir a la jurisdicción estatal ordinaria para someter sus controversias a una jurisdicción privada bajo la competencia de un árbitro o tribunal arbitral. Este acuerdo se conoce típicamente como convenio arbitral y, bajo el mismo, las partes pueden pactar quiénes serán los árbitros que integren el tribunal, qué materias se encuentran sometidas a su jurisdicción, cuáles son las reglas del procedimiento, entre varias otras cuestiones.

Sin perjuicio de ello, la complejidad se presenta cuando se dan circunstancias especiales en las que cierta parte no brindó su consentimiento expreso al arbitraje, es decir, no firmó el convenio arbitral, pero sí realizó ciertos actos o desempeñó ciertas conductas que representaron una forma de consentimiento tácito al mismo. A estas partes se le denomina "partes no signatarias" y en las secciones siguientes desarrollaremos brevemente bajo qué teorías se justifica su inclusión dentro el procedimiento arbitral.

III. El concepto tradicional de partes no signatarias

Tomando como punto de partida la naturaleza consensual del arbitraje, nos encontramos ahora ante una pregunta: ¿cómo es posible incluir dentro del proceso arbitral a quienes no han suscrito el convenio arbitral?

A efectos de responder esa pregunta, es importante distinguir entre los terceros y las partes no signatarias en el arbitraje. Antiguamente, existía una discusión respecto de si las partes no signatarias eran terceros o auténticas partes del arbitraje; discusión que hoy en día se encuentra zanjada. Por un lado, los terceros son personas que no han prestado su consentimiento en modo alguno (expreso o tácito) al convenio arbitral; y, por ende, no se encuentran ni pueden considerarse comprendidos dentro del este. No pueden ser partes del proceso arbitral. Por otro, como su nombre lo indica, las partes no signatarias, sí son partes del convenio

⁶ Lo anterior es una de las manifestaciones del principio de inevitabilidad del arbitraje conocida como la separabilidad del convenio arbitral: el hecho de se cuestione la existencia, validez o eficacia del contrato que contiene al convenio arbitral dentro de una de sus cláusulas no implica que dicho convenio sea necesariamente inexistente, inválido o ineficaz. Esto se encuentra recogido en el segundo numeral del artículo 41 de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071): *"El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral."*

arbitral, solo que han prestado su consentimiento de manera tácita. En razón de ello, sí pueden perfectamente ser partes en el arbitraje si se solicita su inclusión.

Es incorrecto, entonces, denominar a las partes no signatarias como “terceros”, puesto que no se trata de terceros que sean forzados a ingresar al arbitraje, sino de auténticas partes del proceso arbitral que han no prestado su consentimiento por escrito, sino tácitamente. Este razonamiento ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina arbitral internacional, al punto que, en el caso particular de la ley peruana de arbitraje (Decreto Legislativo 1071) (en adelante la “Ley de Arbitraje”), se ha incluido un artículo dedicado a reconocer expresamente la posibilidad de incluir partes no signatarias en el proceso arbitral. En efecto, el artículo de marras señala a la letra lo siguiente:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.”

En palabras de Bullard:

“Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa del contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de la buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.” (2012: p. 23) (énfasis agregado).

Ahora bien, es importante destacar que este artículo no tiene precedentes en ninguna otra jurisdicción y que, hasta donde tenemos conocimiento, la Ley de Arbitraje es la única en el mundo que contiene una disposición de esta naturaleza. En efecto, como advierte la doctrina:

"Cuando se habla de arbitraje, la ley peruana es líder y –según tenemos entendido– la única ley de arbitraje en el mundo que ha incorporado una regulación que permite que partes no signatarias del acuerdo de arbitraje sean parte del proceso. La ley peruana se llevó a cabo con el propósito de emular la práctica de arbitraje internacional, la cual ha permitido hace décadas que personas no signatarias del convenio arbitral participen en el procedimiento legal." (O'Neill & Repetto 2011: p. 526).⁷

Esta precisión es relevante puesto que, por muy novedoso que resulte el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, no debe perderse de vista que la posibilidad de incluir a una parte no signataria en un arbitraje no encuentra su justificación exclusivamente en este artículo, sino también en el artículo 13 que regula las formas del consentimiento del convenio arbitral y, por qué no decirlo, en la práctica arbitral internacional. De otra forma, llegaríamos a la equívoca conclusión de que el Perú es el único país en el mundo en el cual se admitiría la posibilidad de tener partes no signatarias en un arbitraje, algo manifiestamente falso. Lo único que hace el referido artículo 14 es recoger y reforzar una práctica recogida en la casuística y la doctrina del arbitraje comercial internacional.

No obstante, el principal sustento, a nuestro entender, para poder incorporar a una parte no signataria radica en las disposiciones del ordenamiento peruano que dan la posibilidad de manifestar el consentimiento de forma tácita; sin que ello contravenga en modo alguno la naturaleza consensual del convenio arbitral en los términos que hemos mencionado en la segunda sección.

De manera genérica tenemos que el artículo 141 del Código Civil peruano, establece que:

"La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia

⁷ A mayor abundamiento, Alfredo Bullard también sostiene que: "Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo, no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante." (2012: p. 23). Asimismo, a nivel jurisprudencial, existe un pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de junio de 2020 que, al tratar el tema de las partes no signatarias, tomó como referencia la legislación peruana como el único ejemplo en que un Estado ha regulado de manera expresa esta materia: "Los Estados Unidos identifican al menos a un Estado Parte con legislación doméstica ilustrando un entendimiento similar. Ver Sumilla para Estados Unidos como Amicus Curiae 28 (discutiendo la legislación nacional de Perú)." (traducción libre) (Caso GE Energy Power Conversion France SAS, Corp., FKA Converteam SAS v. Outokumpu Stainless USA, LLC, et al; decidido el 1 de junio de 2020). Texto original: "The United States identifies at least one contracting state with domestic legislation illustrating a similar understanding. See Brief for United States as Amicus Curiae 28 (discussing Peru's national legislation)." O'NEILL, Cecilia; REPETTO, José Luis "Características principales de la ley peruana de arbitraje". En *ILSA Journal of International & Comparative Law*. vol. 23 (2017).

de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario." (énfasis agregado).

Mientras que de manera más específica encontramos que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que:

"1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

[...]" (énfasis agregado).

Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje es infeliz en su redacción (pues en su tercer numeral le atribuye el carácter de acuerdo escrito a uno que sea concertado de otra forma), no debe perderse de vista que representa un avance respecto de su antecedente, el artículo 10 de la antigua ley peruana de arbitraje (Ley 26572) (en adelante la "Antigua Ley de Arbitraje"), que estuvo vigente hasta el 31 de agosto del 2008 e incurría en la misma contradicción de señalar que se entendía por escrito lo que no lo es:

"El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías “no consensuales” de partes no signatarias en la legislación peruana

Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.” (énfasis agregado).

Como puede verse, bajo la Antigua Ley de Arbitraje, los convenios arbitrales debían necesariamente estar formalizados por escrito para ser considerados válidos, pero se consideraban escritos supuestos de consentimiento tácito que el propio artículo recoge, incurriendo así en la misma contradicción que la Ley de Arbitraje actual. El avance radica en que por lo menos la actual ley elimina esta formalidad *ad solemnitatem* incluyendo una disposición abierta que reconoce la validez de un convenio arbitral celebrado mediante “la ejecución de ciertos actos” distintos a los escritos, de los que pueda derivarse el consentimiento, a pesar de calificar absurdamente dichos actos como escritos.

Los autores Fernando Cantuarias y Roque Caivano al referirse al artículo 13 de la Ley de Arbitraje han sostenido que:

“Aunque mantiene la exigencia de forma “escrita” (artículo 13.2) luego aclara que ese requisito se satisface “cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 13.3) y, específicamente, “cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta” (artículo 13.4).

Esta norma, cuya fuente ostensible es la “Opción I” del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL enmendada en 2006, supone ampliar de tal manera la noción de “escritura”, que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes. Ello así, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No sólo se elimina la exigencia de la firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ellas, sino que se amplía la definición al punto de considerar que escrito significa también no escrito. Aunque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad, la forma requerida por la LA 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: pp. 57-58). (énfasis agregado).

En tal sentido, más allá de la contradicción que implica que se considere como escrito lo que no lo está⁸, lo cierto es que hoy no cabe duda de que la manifestación de voluntad realizada de manera tácita respecto de un convenio arbitral, se encuentra permitida por el ordenamiento peruano y que tiene plena validez a efectos de acreditar el consentimiento. En tal sentido, incluso si el artículo 14 no hubiese sido incluido dentro de la Ley de Arbitraje, sería igualmente posible incorporar a partes no signatarias a un arbitraje cuya ley arbitral aplicable sea la peruana.

Ahora bien, al momento de evaluar la incorporación de una parte no signataria en un convenio arbitral es importante tener presente cuál debe ser estándar a ser empleado. A tal efecto, el análisis correspondiente a la incorporación o rechazo de una parte no signataria se enmarca dentro del denominado análisis de jurisdicción⁹, el cual busca determinar los alcances de la competencia del tribunal arbitral.

Naturalmente, en este análisis de jurisdicción bastará que el tribunal arbitral encuentre elementos que le generen la convicción únicamente respecto de quiénes forman parte del convenio arbitral y sobre qué materias puede pronunciarse el tribunal arbitral; mas no implica un pronunciamiento sobre el fondo que haga responsable a una parte frente a la otra. Es decir, el hecho de que una parte no signataria sea incorporada al arbitraje no implica (en esa etapa, al menos) que ésta sea responsable por los reclamos de la otra parte.

⁸ La contradicción en términos referida habría podido evitarse si es que, en lugar de recurrir a la argucia de indicar que el convenio arbitral requiere un consentimiento expreso, pero que puede considerarse expreso lo tácito, el legislador hubiese indicado directamente que el consentimiento al convenio arbitral puede ser expreso o tácito. CANTUARIAS, Fernando; CAIVANO, Roque "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad". En *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 7. Lima. (2008).

⁹ Comúnmente se denomina análisis de jurisdicción a aquel que desarrollan los árbitros cuando se presenta un cuestionamiento hacia los alcances de su competencia. Por ejemplo, si alguna de las partes cuestiona que no tiene competencia para pronunciarse sobre ciertas materias incluidas en el escrito de demanda, o si alguna de las partes cuestiona que no ha consentido al convenio arbitral (y que por ende, no debe ser alcanzada por sus efectos). Lo anterior se enmarca dentro del principio de *kompetenz-kompetenz* (el cual constituye otra de las manifestaciones del principio de inevitabilidad del arbitraje). Como explica el profesor Roger Rubio, este "[...] consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio." (2010/2011: p.115). Esto se ve recogido en el primer numeral del artículo 41 de la Ley de Arbitraje cuyo texto dispone lo siguiente: "El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales." RUBIO, Roger "El principio de competence-competence en la nueva ley peruana de arbitraje". En: *Lima Arbitration*. No. 4. Lima. (2010/2011).

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

Atendiendo a ello, el análisis para la incorporación de un no signatario requiere de menos elementos de convicción que los que usualmente requiere el análisis sobre el fondo de la controversia:

“Es importante resaltar que [...] la declaración de competencia incluyendo a la parte no signataria, no implica la aceptación de la responsabilidad de ésta en el incumplimiento demandado –cuestión de fondo sino simplemente el que existen hechos suficientes que al tribunal le generan la convicción de ser competente para conocer el proceso arbitral en contra de los demandados – cuestión de competencia y jurisdicción.” (García 2013: p. 184). (énfasis agregado).¹⁰

Habiendo hecho estas precisiones, pasaremos ahora a comentar de manera resumida algunas de las justificaciones que suelen ser utilizadas para incluir a partes no signatarias.

IV. Las teorías consensuales de partes no signatarias

i. Consentimiento tácito

El consentimiento tácito es en realidad la única forma que justifica la inclusión de una parte no signataria. Como se puede intuir de su propio nombre, consiste básicamente en la realización de ciertos actos o conductas por parte del no signatario que permitan entender de forma indubitable que consintió al contrato (y al convenio arbitral subyacente al mismo) a pesar de no haberlo hecho expresamente.

Se trata de la ejecución de actos que en los hechos son una manifestación de consentimiento tácito en tanto que, razonablemente, una parte solo ejecuta las obligaciones de un contrato cuando está de acuerdo con sus términos; más allá de que no haya prestado su firma escrita sobre el documento.

En palabras de Santiago Talero:

“La aceptación tácita del pacto arbitral, por parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de la participación de estos últimos en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación, en el momento en que se suscribe el pacto arbitral, con la empresa que ha suscrito dicho pacto.” (2010/2011: p.85)

En la misma línea, por el lado jurisprudencial, encontramos el Caso Jaguar France (V 2000 v. Project XJ 220 Ltd.), en donde la Corte de Apelaciones de París sostuvo lo siguiente en un pronunciamiento de 1996:

¹⁰ GARCÍA, Hugo “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”. En *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, vol. 13, núm. 15. (2013).

“En el derecho de arbitraje internacional, los efectos de la cláusula arbitral se extienden a las partes que están directamente implicadas en la ejecución del contrato, siempre que su situación y sus actividades deriven en la presunción de que ellos eran conscientes de la existencia y alcance de la cláusula arbitral [...]” (traducción libre).¹¹

Por lo tanto, si una parte no signataria ejecuta las obligaciones principales contenidas en la relación contractual, se podrá entender que esta ha consentido a ser parte del convenio arbitral contenido en el contrato subyacente y, como tal, podrá ser incorporada al eventual arbitraje que se derive del mismo.

ii. Grupo de compañías

La teoría del grupo de compañías surge a partir del famoso caso *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain* (Caso CCI No. 4131, 1982), en el cual el tribunal arbitral determinó la incorporación de partes no signatarias empleando el siguiente razonamiento:

“[...] la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud de su rol en la celebración, ejecución o terminación de los contratos que contiene la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”. (traducción libre).¹²

Al examinar dicho razonamiento, vemos que, en realidad pareciera que el análisis aplicado por el tribunal arbitral es el mismo que el que se utiliza para explicar el consentimiento tácito; la única particularidad es que, en el caso de *Dow Chemical*, existía una relación de vinculación económica entre las empresas no signatarias y las empresas signatarias del contrato principal que contenía el acuerdo de arbitraje.

Lo anterior nos lleva a concluir que la teoría del grupo de compañías no es otra cosa que un supuesto de consentimiento tácito, puesto que el fundamento de la misma es la ejecución tácita de actos o conductas importantes de cara a la relación contractual de las que se puede intuir un consentimiento. La pertenencia a un mismo grupo económico acaba siendo, en realidad, un indicio adicional para analizar el consentimiento, pero no basta por sí solo para determinar la incorporación de una parte no signataria.

¹¹ Texto original: “*In the law of international arbitration, the effects of the arbitration clause extend to parties which are directly implicated in the performance of the contract as long as their situation and their activities give rise to the presumption that they were aware of the existence and the scope of the arbitration clause [...]*”

¹² Texto original: “*[...] the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise.*”

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

En base a lo anterior, la doctrina advierte lo siguiente:

"Algunos sostienen que el laudo Dow Chemical y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris confirmando el laudo han sido malinterpretadas, y que en realidad no sustentan la teoría de una doctrina independiente de grupo de compañías. Advierten que, haciendo una lectura minuciosa de la decisión, el análisis del tribunal estuvo basado en la intención común de las partes, y que la decisión puede ser aplicada a partir del requisito tradicional del consentimiento en el arbitraje internacional." (Blackaby, Partaside & otros 2015: p. 86). (énfasis agregado). (traducción libre).¹³

En la misma línea se pronuncia el profesor Eduardo Silva Romero:

"[...] la teoría del grupo de sociedades, tal y como lo sugerimos más arriba, no es autónoma de aquella del consentimiento implícito. Es, en efecto, menester subrayar que, incluso en la aplicación de la teoría del "grupo de sociedades", la existencia del consentimiento de las partes sigue siendo un elemento determinante para la extensión del convenio arbitral a personas no signatarias." (2010/2011: p.64).¹⁴

Por lo tanto, si bien es cuestionable si realmente podemos considerar al grupo de compañías como una teoría autónoma, en la práctica, resulta útil tenerla presente dado que diversos autores y pronunciamientos arbitrales la toman como ejemplo de una de las teorías más comunes para la incorporación de partes no signatarias, por más que en realidad no es otra cosa que la incorporación de una parte que consintió tácitamente al convenio arbitral.

iii. **Garante**

El caso de la inclusión de un garante se da habitualmente en estructuras transaccionales que contienen una garantía otorgada por una tercera parte que es ajena a la relación principal. Como describen los autores Conejero e Irra:

"En el mundo del comercio internacional, es muy común que en las operaciones intervengan terceros que garanticen total o parcialmente el cumplimiento de las obligaciones de una parte, sin que el garante necesariamente ejecute el contrato en cuestión. Por esta razón, muchos tribunales, tanto arbitrales como estatales, han reconocido que el garante de una parte en una operación, estaría vinculado a un convenio arbitral contenido en el contrato que sustenta la operación que garantiza,

¹³ Texto original: "Some now argue that the Dow Chemical award and the judgment of the Paris Cour d'Appel confirming the award have been misinterpreted, and do not in fact lend support to an independent 'group of companies' doctrine. They note that, on a close reading of the decision, the tribunal's analysis was based on the parties' common intention, and its decision may be explained by reference to the traditional requirement for consent in international arbitration." BLACKABY, Nigel; PARTASIDE, Constantine; & otros Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration. Sexta Edición. Kluwer Law International. (2015).

¹⁴ SILVA ROMERO, Eduardo "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje - realidad". En *Lima Arbitration*, núm. 4. Lima. (2010/2011).

especialmente para el caso de bancos que se portan garantes de la ejecución de ciertas obligaciones y aun cuando dichas garantías se hayan otorgado por instrumentos separados y el garante no haya concurrido a la firma del contrato que contiene el convenio arbitral.” (2012/2013: pp. 79-80).¹⁵

Sin perjuicio de lo indicado, cabe notar que la sola existencia de un garante en una transacción resulta insuficiente a efectos de determinar si corresponde su incorporación como una parte no signataria. Para ello, se requiere de un análisis concreto de las circunstancias, así como del lenguaje incluido en el convenio arbitral. Solo tomando en cuenta esos elementos se podrá concluir si realmente se puede extraer alguna forma de consentimiento tácito del contexto. A este respecto, el profesor Born advierte que:

“Tal como en otros contextos de no signatarios, el correcto análisis requiere tomar en cuenta las relaciones entre las partes y el lenguaje contractual adoptado. El lenguaje del contrato de garantía y la cláusula arbitral subyacente serán significativas en la determinación de si las partes quisieron que el garante quede vinculado (y beneficiado) por la cláusula arbitral en el contrato subyacente. Si el contrato de garantía tiene una redacción restringida o si la cláusula arbitral se refiere específicamente y únicamente a las partes identificadas, entonces probablemente el garante no quedará vinculado por la cláusula arbitral.” (2014: p. 1462). (traducción libre).¹⁶

Lo anterior tiene sentido desde la óptica de los negocios puesto que, en las transacciones que involucran un obligado principal y un garante que respalde el cumplimiento de las obligaciones del primero, es razonable esperar que las partes prefieran que las controversias derivadas de ambas relaciones sean resueltas en un solo foro y por el mismo tribunal. Sin perjuicio de ello, si por alguna circunstancia especial las partes acordaron algo distinto en los documentos, no podría incorporarse al garante al arbitraje, como es obvio, puesto que resultaría contrario a la voluntad de las partes.

En esa línea, consideramos que, bajo el derecho peruano, sólo en el caso en que haya algo en los documentos o en los hechos que pueda llevarnos a interpretar que el garante consistió tácitamente al convenio arbitral, este puede ser incorporado como parte no signataria en el arbitraje derivado del contrato principal.

¹⁵ CONEJERO, Cristián; IRRA, René “La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado” En *Lima Arbitration*, núm. 5. Lima. (2012/2013).

¹⁶ Texto original: “As in other non-signatory contexts, the correct analysis requires consideration of the relations between the parties and the contractual language that they have adopted. The language of the guarantee agreement and the underlying arbitration clause will be significant in ascertaining whether the parties intended that the guarantor be bound (and benefited) by the arbitration clause in the underlying contract. If the guarantee agreement is narrowly drafted or if the arbitration clause refers specifically and only to identified parties, then the guarantor will likely not be bound by the arbitration agreement.” BORN, Gary *International Commercial Arbitration. Segunda Edición. Kluwer Law International. (2014).*

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

Los supuestos que hemos descrito brevemente en las líneas precedentes son solo algunos de los diversos casos que se ven en la práctica arbitral en materia de no signatarios. Sin embargo, en cualquier caso, no debe perderse de vista que no estamos ante una lista taxativa que funcione como un molde en el que los árbitros deban necesariamente encajar los hechos de un caso concreto en materia de partes no signatarias.

Hasta este punto, pareciera ser que, ya sea que tengamos partes firmantes o partes no signatarias, su inclusión en el arbitraje siempre se produce sobre la base del mismo fenómeno: el consentimiento, sea expreso o tácito. Es decir, para que haya arbitraje siempre tiene que haber consentimiento de las partes involucradas, sean estas signatarias o no. Sin embargo, hay quienes sostienen que existen ciertas realidades que no parecen encajar con este enfoque consensual para las partes no signatarias. A continuación, desarrollaremos el fundamento de tales argumentos y analizaremos si realmente se puede hablar de teorías no consensuales de partes no signatarias en el ordenamiento peruano.

V. Las teorías no consensuales de partes no signatarias

Hay un sector de la doctrina arbitral internacional que considera que, en ciertas circunstancias, la incorporación de las partes no signataria no se explica porque estas hayan prestado su consentimiento por medios distintos a la firma, sino que se explica por cuestiones de buena fe o consideraciones de equidad (por ejemplo, para combatir acciones fraudulentas). Como afirma el profesor Santiago Talero:

"[...] la vinculación de no signatarios por un pacto arbitral, no siempre obedece a que se determine inequívocamente su consentimiento; también puede obedecer a razones de equidad que llevan al operador jurídico a considerar necesaria la extensión del pacto arbitral al sujeto no signatario."
(2010/2011: p.85)

Bajo esta perspectiva, se dice que existen casos en los cuales no existe consentimiento alguno por parte del no signatario para someterse al arbitraje, sino que simplemente ha realizado actos o conductas que resultan contravenir la buena fe y como tal, no pueden ser tolerados por el ordenamiento jurídico. De ahí que algunos autores distingan entre las teorías de partes no signatarias consensuales y no consensuales.

El profesor Gary Born lo explica en los siguientes términos:

"El enfoque en algunos contextos de no signatarios no está limitado a temas de consentimiento. Por el contrario, en algunas instancias, la ley aplicable determinará que una entidad está vinculada a un acuerdo de arbitraje incluso si no consintió -o intentó consentir- a quedar vinculado por dicho acuerdo. Este resultado se deriva de la aplicación de la ley aplicable y las consideraciones de equidad, típicamente bajo las teorías del levantamiento

del velo (alter ego), *estoppel*, aparente autoridad o sucesión.” (2014: p.1415). (traducción libre).¹⁷

En el mismo sentido se pronuncia el autor Stavros Brekoulakis:

“El primer grupo de teorías [las teorías no consensuales] incluye las teorías de autoridad aparente u ostensible, alter ego, el levantamiento del velo societario y *estoppel*. Todas estas teorías, que son en esencia teorías societarias o contractuales (en lugar de teorías arbitrales), están basadas en consideraciones claras de equidad. Aquí, la parte no signataria queda obligada a arbitrar no porque haya consentido a arbitrar, sino porque sería injusto no arbitrar.” (2016: p.144). (traducción libre).¹⁸

En esa misma línea, la profesora Hilda Aguilar explica:

“[...] el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos (*estoppel*) y la doctrina del “levantamiento del velo”, aun a pesar de ser figuras jurídicas ajenas al criterio básico de la voluntad, son aptas para justificar la extensión de los efectos de la cláusula arbitral a la sociedad no suscriptor.” (2009: p.27)¹⁹

Para estos autores, si limitamos el análisis de las partes no signatarias en el arbitraje a un enfoque basado en el consentimiento, nos topamos con situaciones que no podrán ser abordadas y, por lo tanto, nos estaríamos vistiendo con una camisa de fuerza que desconozca doctrinas o teorías basadas en la buena fe que son recogidas por muchos ordenamientos en el ámbito del derecho civil o comercial, como lo son las teorías del levantamiento del velo societario o de los actos propios. En palabras del citado profesor Brekoulakis:

“Como se demuestra, mientras las teorías de no signatarios existentes pueden funcionar bien bajo circunstancias usuales, usualmente no son capaces de acomodarse a transacciones complejas con múltiples partes que involucran a no signatarios, particularmente en transacciones con grupos corporativos y entidades estatales. Como se sostiene, esto responde al hecho de que el derecho de arbitraje de no signatarios se ha desarrollado como un

¹⁷ Texto original: “The focus in some non-signatory contexts is not limited to issues of consent. Rather, in a few instances, applicable law will subject an entity to an arbitration agreement even if it did not consent – or even intend – to be bound by that agreement. This result is mandated by the force of applicable law and considerations of equity, typically under theories of veil piercing (alter ego), *estoppel*, apparent authority, or succession.” BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. (2014).

¹⁸ Texto original: “The first group includes the theories of apparent or ostensible authority, alter ego or lifting the corporate veil, and equitable *estoppel*. All these theories, which are essentially corporate or contract law (rather than arbitration law) theories, are based on clear equitable considerations. Here, the non-signatory party is compelled to arbitrate not because it has actually consented to arbitrate, but because it would be unfair not to arbitrate.” BREKOULAKIS, Stavros “Chapter 8: Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality”. En: *The Evolution and Future of International Arbitration*. Editores: Stavros Brekoulakis, Julian David y otros. Kluwer Law International. (2016).

¹⁹ AGUILAR, Hilda “Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades”. En *Cuadernos de Derecho Transaccional*, vol. 1, núm 2. Universidad Carlos III. Madrid. (2009).

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

cuerpo fragmentado de un amplio número de doctrinas dispares, las cuales no dan pie a una teoría general de no signatarios en arbitraje." (2017: p.612). (traducción libre).²⁰

Sin embargo, en este punto resulta natural preguntarse: ¿Es realmente posible explicar la incorporación de una parte no signataria desde un enfoque ajeno al consentimiento? ¿Acaso no se desnaturaliza por completo la naturaleza del arbitraje? ¿Pueden las partes renunciar a su derecho a acudir al Poder Judicial para resolver sus disputas bajo la jurisdicción de un tribunal arbitral sin consentirlo?

A continuación, pasaremos a comentar brevemente algunas de las teorías de partes no signatarias que suelen ser incluidas por este sector de la doctrina dentro de las denominadas teorías no consensuales, haciendo un énfasis especial en la teoría del levantamiento del velo societario.

i. El levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario es un remedio que responde al uso fraudulento de una estructura societaria o una persona jurídica para burlar el cumplimiento de ciertas obligaciones. La consecuencia de la misma es que se prescinde de la personalidad jurídica en el caso concreto, de modo tal que todas las sociedades y los accionistas (o las sociedades y sus empresas hermanas, si se trata de un levantamiento de velo horizontal) pasan a ser consideradas como un único sujeto obligado, un único centro de imputación jurídico.

Al respecto, William Park sostiene que:

"Si las transacciones fraudulentas hicieron de la compañía un cascarón vacío, el árbitro puede sentirse justificado en mirar más allá de la corporación hacia el dueño, independientemente de los que las partes originalmente buscaron. Para efectos jurisdiccionales, la corporación simplemente dejaría de existir, dejando que el hombre de negocios herede la cláusula arbitral." (2009: p.4). (traducción libre).²¹

Ahora bien, algunos autores confunden esta teoría con la teoría del grupo de compañías y la toman como una sola. No obstante, ello resulta errado. El fundamento de la teoría del grupo de compañías radica en el consentimiento

²⁰ Texto original: "As is shown, while the existing non-signatory theories can work well in straightforward circumstances, they are often unable to accommodate complex multiparty transactions that invariably involve non-signatories, in particular transactions with corporate groups and state entities. As is argued, this owes much to the fact that arbitration law on non-signatories has developed as a fragmented body of a wide number of disparate doctrines, which do not account for a general theory of non-signatories in arbitration." BREKOULAKIS, Stavros "Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-Signatories". En: *Journal of International Dispute Settlement*. No. 08. (2017).

²¹ Texto original: "If the fraudulent transactions made the company an empty shell, an arbitrator might feel justified in looking beyond the corporation to its owner, irrespective of what the parties had originally intended. For jurisdictional purposes, the corporation would simply cease to exist, leaving the businessman to inherit the arbitration clause." PARK, William "Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma". En: *Multiple Parties in International Arbitration*. Editores: Permanent Court of Arbitration. Oxford University Press. (2009).

tácito, mientras que, en el levantamiento de velo societario, el fundamento radica en evitar el uso fraudulento de una persona jurídica. Gary Born aclara el asunto de la siguiente forma:

“La teoría del alter ego es una regla de derecho que es invocada para desconocer o anular los efectos que resultarían aplicables por la constitución o separación de personalidades jurídicas. El resultado de este análisis es que una entidad se torna no existente o meramente como una parte no incorporada de otra entidad. Este resultado es usualmente alcanzado sin atender a la intención de las partes al momento de contratar, basándose en consideraciones de equidad y buena fe.

En contraste, la teoría del grupo de compañías es ordinariamente un medio para identificar las intenciones de las partes, lo cual no desconoce o afecta la personalidad jurídica de las entidades en cuestión. [...]” (2014: p.1450). (traducción libre).²²

Se trata entonces de una teoría autónoma, completamente distinta a la teoría del grupo de compañías.

En cuanto a sus requisitos, si bien no existe un consenso unánime en torno a los mismos, la tendencia mayoritaria reconoce los siguientes como esenciales: (i) el control excesivo por parte de la matriz; (ii) la existencia de fraude o una conducta ilícita; (iii) el nexo causal con el daño sufrido; y, (iv) el carácter residual del mismo. En palabras de Pietro Ferrario:

“En vista de lo anterior, las condiciones aplicadas por la jurisprudencia para levantar el velo societario pueden, de modo general, ser identificadas para cada una de las variantes del levantamiento del velo societario, como: (i) el ejercicio excesivo de control de la compañía matriz (la unidad de propiedad e intereses incluye el control); dicho control siendo manifestado por ejemplo, por, la participación en las operaciones del día a día de la subsidiaria, la determinación de las políticas y decisiones de negocio de la subsidiaria, sin considerar a los directores y oficiales de esta última, la emisión de instrucciones hacia el personal de la subsidiaria o la utilización de su propio personal para conducir los asuntos de la subsidiaria; (ii) un elemento fraudulento o ilícito; y (iii) un nexo causal con la pérdida sufrida por el demandante.” (2009: p.662). (traducción libre).²³

²² Texto original: “*The alter ego theory is a rule of law that is invoked to disregard or nullify the otherwise applicable effects of incorporation or separate legal personality. The outcome of this analysis is that one entity is deemed either nonexistent or merely an unincorporated part of another entity. This result is often achieved without regard to the parties’ intentions at the time of contracting, based on overriding considerations of equity parties’ intentions at the time of contracting, based on overriding considerations of equity and good faith. In contrast, the group of companies doctrine is ordinarily a means of identifying the parties’ intentions, which does not disturb or affect the legal personality of the entities in question. [...]*”

²³ Texto original: “*In light of the above, the conditions applied by case law in order to lift the corporate veil can, in general, be identified for each of the variants of the piercing the corporate veil doctrine, as: (i) excessive exercise of control by the parent company (the unity of ownership and interest includes the*

Por el lado de la jurisprudencia internacional, a modo de ejemplo, vemos estos requisitos recogidos en un pronunciamiento de 1960 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos (Fisser v. International Bank):

"(1) Control, no meramente el control mayoritario o completo de las acciones, sino el dominio completo, no solo de las finanzas, sino también de las políticas y prácticas comerciales con respecto a la transacción atacada, de modo que la entidad corporativa involucrada en la transacción no tenía una mente separada, o existencia propia; y (2) el demandado debe haber utilizado dicho control para cometer fraude o algo peor, para cometer la violación de un deber legal positivo u otro deber legal, o un acto deshonesto e injusto en contravención de los derechos legales del demandante; y (3) el control y el incumplimiento del deber mencionados anteriormente deben causar la lesión o la pérdida injusta que se ha denunciado." (traducción libre).²⁴

Estos criterios también han sido recogidos en la práctica arbitral internacional. Por ejemplo, en el Caso CCI No. 14208/14236 del 2008, el tribunal arbitral sostuvo que:

"Tal como se derivan [sic] de la casuística arbitral, los principios transnacionales que gobiernan el asunto del levantamiento del velo son los siguientes:

-La existencia de control absoluto sobre la subsidiaria por parte del accionista dominante; los indicios de dicho control siendo particularmente

i) capitalización insuficiente de la subsidiaria;

ii) confusión en el manejo administrativo y los activos;

-Los indicios deben establecer la existencia de un fraude o abuso de derechos, por ejemplo cuando el control y manejo efectivo de la subsidiaria por la compañía contribuyen a comprometer la situación financiera de la subsidiaria y a hacer cualquier acción contra la subsidiaria ilusoria o al menos dudosa, o son usados para promover y proteger los intereses propios

*control); such control being manifested by, for example, participation in the subsidiary's day-to-day operations, determination of the subsidiary's policies and business decisions disregarding the directors and officers of the latter, issuing of instructions to the subsidiary's personnel or utilization of its own personnel to conduct the affairs of the subsidiary; (ii) a fraud element or wrongful conduct; and (iii) a causal link with the loss suffered by the claimant." FERRARIO, Pietro "The Group of Companies Doctrine in International Commercial Arbitration: Is there any reason for this doctrine to exist?". En *Journal of International Arbitration*. Volumen 26. No. 05. (2009).*

²⁴ Texto original: "(1) Control, not mere majority or complete stock control, but complete domination, not only of finances, but of policy and business practice in respect to the transaction attacked so that the corporate entity as to this transaction had at the time no separate mind, will or existence of its own; and (2) Such control must have been used by the defendant to commit fraud or worse, to perpetrate the violation of a statutory or other positive legal duty, or a dishonest and unjust act in contravention of plaintiff's legal rights; and (3) The aforesaid control and breach of duty must proximately cause the injury or unjust loss complained of." El caso se encuentra disponible en: <https://casetext.com/case/fisser-v-international-bank>

de la compañía matriz a expensas de aquellos que interactúan con la compañía” (traducción libre).²⁵

La doctrina latinoamericana va en la misma dirección. El profesor Jorge Ugarte, por citar un autor, explica esta figura en términos similares:

“Puede decirse que abusa de la personalidad jurídica de una sociedad o de sus atributos esenciales quien la utiliza para obtener fines adversos a aquellos que el legislador tuvo en cuenta al establecerla y provoca así su desnaturalización, o quien se vale de ella de manera opuesta a las reglas de la buena fe, la moral o las buenas costumbres: en definitiva, quien ejerce su derecho a someterse al régimen societario de forma antijurídica, esto es, contrariando el ordenamiento actualmente vigente considerado de manera integral.” (2012: p. 708).²⁶

En la misma línea, el profesor Santiago Talero sostiene lo siguiente:

“Según esta tesis, esbozada varias veces por la jurisprudencia de los Estados Unidos, se entiende que la vinculación de una empresa a un pacto arbitral que ha suscrito otra empresa del grupo, debe obedecer a la existencia de una estrecha unidad de titularidad e intereses entre las empresas, y a la utilización de la separación jurídica formal entre las empresas de manera abusiva o fraudulenta en el caso concreto. De este modo, el hecho de no desestimar la división de personería jurídica entre dichas empresas, resultaría en una injusticia en el caso concreto. En todo caso, la procedencia de esta situación depende de la demostración fehaciente de los supuestos de la teoría. De lo contrario, se privilegia el principio de separación jurídica y patrimonial entre las empresas involucradas.” (2010/2011: p.87).²⁷

En el ámbito jurisprudencial latinoamericano, también encontramos la aplicación de esta figura. Por ejemplo, la Corte Suprema de Chile decretó, en la sentencia del 2 de junio de 2009 (Rol No. 1527-2008), que el levantamiento del velo societario:

²⁵ Texto original: “As they result from the arbitral case law, the transnational principles governing the issue of piercing are the following: -The existence of complete control over the subsidiary by the dominant shareholder, the indicia of such control being in particular i) insufficient capitalization of the subsidiary, ii) confusion in the administration management and assets; The indicia must establish the existence of a fraud or an abuse of rights, for example when the control and effective management of the subsidiary by the company contribute to compromise the financial situation of the subsidiary and to make any action against the subsidiary illusory or at least doubtful or are used to promote and protect the parent company’s own interests at the costs of those who deal with the company”. Los extractos del caso se pueden ubicar en el boletín de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), volumen 24, número 2, publicado en el 2013; disponible en: https://library.iccwbo.org/content/dr/BULLETINS/Bull_0060_intro.htm?l1=Bulletins&l2=IC C+International+Court+of+Arbitration+Bulletin+Vol.24%2FNo.2+-+Eng

²⁶ UGARTE, Jorge “Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en Chile”. En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39. No. 03. (2012).

²⁷ TALERO, Santiago “Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”. En *Lima Arbitration*, núm. 4. Lima. (2010/2011).

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

"[...] permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre las otras, que esta o estas últimas no son sino el "alter ego" de la dominante, utilizado para obtener un resultado antijurídico. Se previene, de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados [...]"

De otro lado, en cuanto a su aplicación residual, el profesor Fernando de Trazegnies explica que:

"[...] tal "desvelamiento" solo puede admitirse como un recurso excepcional, debido a que, si se generalizara, implicaría la destrucción de la sociedad anónima como persona jurídica; lo que equivale a decir, en la práctica, la destrucción de la forma societaria de responsabilidad limitada, con todas las consecuencias que ello implicaría para el sistema económico liberal-capitalista que predomina en nuestro tiempo." (2004: p.13)²⁸

Hasta este punto, resulta evidente que, cuando hablamos de levantamiento del velo societario (independientemente de si estamos analizándolo dentro o fuera del contexto del derecho de arbitraje), el uso fraudulento de una persona jurídica no encubre ningún tipo de consentimiento tácito; por el contrario, lo que hay es una intención de usar una estructura societaria como cascarón o escudo para incumplir o burlar determinados compromisos asumidos, dejando a los accionistas o a las otras empresas vinculadas libres de dicho acuerdo. Ese uso fraudulento es, precisamente, lo que el ordenamiento jurídico rechaza por ser contrario a la buena fe.

Cuando hablamos de un uso fraudulento de la persona jurídica, en el fondo, a lo que nos referimos es a un abuso del derecho. Bien indica Hanotiau que:

"[...] el fraude y, de forma más general, la existencia de un abuso de derecho, han sido la base primaria sobre la que los tribunales arbitrales se han apoyado para perforar el velo societario. En un laudo parcial ad hoc de fecha 09 de septiembre de 1983, el tribunal señaló que la doctrina del levantamiento del velo societario está basada en el principio de la buena fe y

²⁸ El carácter residual no es una característica ajena al levantamiento del velo societario en el marco del análisis de jurisdicción. Sin embargo, como se mencionó líneas arriba, en el análisis de jurisdicción usualmente se requieren menos elementos de convicción que en el análisis de las cuestiones de fondo. En tal sentido, el hecho de que una parte no signataria sea incluida en el arbitraje en aplicación del levantamiento del velo societario no necesariamente resultará en que ésta sea luego declarada responsable por las cuestiones de fondo en aplicación de la misma teoría (Park 2009: p.17). Texto original: "Veil-piercing may be invoked to justify either jurisdiction over a corporate affiliate or one company's liability for the substantive debts of another. This does not mean, however, that arbitrators who join a non-signatory parent must (or should) find the shareholder liable for the subsidiary's obligations." DE TRAZEGNIES, Fernando "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje". En *Ius et Veritas*, núm. 29. Lima. (2004). (2004: p.13)

en el concepto de abuso de derechos, i.e. el abuso inadmisibles de la separación de las entidades legales.” (2006: p.17) (traducción libre).²⁹

Ahora bien, siendo una teoría desarrollada principalmente por la jurisprudencia y la doctrina, y teniendo un origen en sistemas jurídicos de tradición anglosajona, corresponde preguntarnos si el levantamiento del velo societario es un remedio que pueda ser aplicado en un ordenamiento jurídico como el peruano; que, a la sazón, no tiene ninguna disposición normativa que faculte expresamente a los tribunales (arbitrales o judiciales) a desconocer la personalidad jurídica en casos de uso fraudulento.

Desde nuestro punto de vista, no obstante, el levantamiento del velo societario sí podría ser aplicado en el ordenamiento jurídico peruano. Como hemos visto, el fundamento de esta figura radica en la prohibición del abuso del derecho (en el caso del levantamiento del velo, específicamente a través del abuso de la personalidad jurídica). En esa línea, yendo a lo recogido el artículo 103 de la Constitución Política:

“Artículo 103.-

[...]

La Constitución no ampara el abuso de derecho.”

Asimismo, el tenor del artículo II del Título Preliminar del Código Civil es el siguiente:

“Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

Podemos afirmar entonces que cuando se habla del abuso del derecho, se debe entender como una prohibición o limitación general del ejercicio de derechos o instituciones jurídicas en contravención del principio de la buena fe y los deberes que este impone a las partes en el marco de sus relaciones.

Este razonamiento es compartido por De Trazegnies, cuando sostiene que:

“[...] descorrer el velo de la persona jurídica para salvar la moral y la buena fe no es desconocer el artículo 78 del Código Civil sino aplicarlo en concordancia con el artículo II del Título Preliminar del mismo cuerpo legal

²⁹ Texto original: “[...] fraud and more generally the existence of an abuse of rights have been the first basis on which arbitral tribunals have relied to pierce the corporate veil. In an ad hoc interim award of 9 September 1983, the tribunal pointed out that the doctrine of piercing the corporate veil is based upon the principle of good faith and the concept of an abuse of rights, i.e. the inadmissible abuse of the separation of legal entities.” HANOTIAU, Bernard Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International. (2006).

que prohíbe el abuso del derecho y en concordancia con los artículos 168, 1361 y 1362 del mismo Código que obligan a los contratantes a actuar de buena fe y a interpretar los actos jurídicos según el principio de la buena fe." (2001: p.238).³⁰

Sin embargo, por si ello no fuera suficiente, la doctrina peruana incluso explica que la razón por cual no se incluyeron disposiciones expresas recogiendo este remedio en la Ley General de Sociedades ("LGS") o el Código Civil peruano fue para evitar que su naturaleza residual y casuística derive en un uso desmesurado de esta teoría. En esa línea se pronuncia Enrique Elías Laroza cuando explica que no se incluyó esta figura en la LGS por ser "[...] un tema eminentemente casuístico y jurisprudencial. Por ello, la LGS no se pronuncia al respecto." (2015: p.77)³¹

Por su parte, Fernando de Trazegnies insiste en que esta doctrina sí está recogida en el ordenamiento jurídico peruano:

"Quiero recordar a este respecto que la teoría del levantamiento del velo societario no es una doctrina extranjera en el Perú, sino que, por el contrario, ha sido tenida en cuenta por los legisladores del Código Civil de 1984 al redactar precisamente el citado artículo 78 de ese Código. En efecto, es importante destacar que el doctor Carlos Fernández Sessarego, autor del proyecto del Libro de Personas, al escribir la Exposición de Motivos del propio artículo 78, afirma que, 'como lo demuestra abundante jurisprudencia comprada y lo admite la doctrina más reciente', no cabe respetar la forma en ciertos casos y es necesario descorrer el velo de la persona jurídica para evitar que se haga abuso de ella. La Comisión Reformadora se negó a incluir este principio en forma explícita en el articulado del Código por temor de que ello debilitara demasiado la teoría de la persona jurídica. Pero admitió que el principio estaba implícito pues se basaba en la buena fe con que deben interpretarse los actos jurídicos, lo que es una premisa subyacente a todo el Derecho. [...]" (2001: pp. 237-238).

En resumidas cuentas, si bien el legislador peruano no incluyó una disposición expresa que recoja la figura del levantamiento del velo societario, sí incluyó los principios de los cuales deriva, puntualmente la prohibición del abuso del derecho y la buena fe. Esta omisión no debe, en ningún caso, ser entendida como una prohibición de descorrer el velo societario, sino más bien como un acto de prudencia del legislador, a efectos de dejar esta figura al desarrollo jurisprudencial, dado su naturaleza residual. Es decir, dejando en manos de quienes impartan justicia el análisis caso por caso, a la luz de los principios mencionados.

³⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando "El derecho de adquisición preferente en la sociedad anónima: la transferencia del control social a través de una sociedad holding". En *Advocatus*, núm. 04. Lima. (2001).

³¹ ELÍAS, Enrique. *Derecho Societario Peruano: La Ley General de Sociedades en el Perú*. Gaceta Jurídica. Lima: Gaceta Jurídica, segunda edición, 2015.

De hecho, en el caso TSG (Caso Arbitral No. 1052-068-2005 bajo la administración de la Cámara de Comercio de Lima)³², considerando por autores como Fernando Cantuarias como “[...] el caso más emblemático de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias que se haya conocido en estas latitudes” (2014: p.173), el tribunal arbitral dispuso la aplicación del levantamiento del velo societario sobre las empresas demandadas, como puede verse del laudo de fecha 18 de marzo de 2009, en el que el tribunal sostuvo que:

“588. Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, CHICAMA, CALETA DORADA, PROCESADORA DEL CAMPO, KATAMARÁN y LIBERTAD, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del desvelamiento del velo societario.

589. Ello en tanto se ha verificado la presencia de los elementos objetivo y subjetivo requeridos por la doctrina y la jurisprudencia internacional, esto es la vinculación entre las empresas emplazadas y la voluntad fraudulenta de perjudicar a terceros, en este caso TSG. Ello se ha desprendido del análisis de los indicios presentes en este caso, los mismos que vistos de manera conjunta (numerales 373 al 583 del presente Laudo), y también de conformidad con lo establecido en el Marco Conceptual previo (numerales 224 al 371 del presente Laudo), han llevado a este colegiado a concluir que en efecto existe una vinculación fraudulenta entre las empresas con el objeto de perjudicar a TSG.”

Si bien dicho laudo fue inicialmente anulado por la Primera Sala Civil de Corte Superior de Lima en un pronunciamiento de fecha 10 de agosto de 2010, dicha sentencia fue posteriormente declarada nula por la Corte Suprema, ordenando a la Corte Superior que emita un nuevo pronunciamiento. Cabe destacar que, en la Casación No. 4624-2010, de fecha 19 de diciembre de 2011, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema reconoció incluso la posibilidad de que el levantamiento del velo societario sea aplicado en el ordenamiento peruano:

“NOVENO. Conforme a los argumentos expuestos, se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad respecto a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude y desvelamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios [...]”

³² Los actos principales de dicho expediente arbitral se pueden extraer del Expediente Judicial No. 451-2009

Ante ello, en su segundo pronunciamiento de fecha 5 de marzo de 2013, la Primera Sala Civil de Corte Superior de Lima señaló lo siguiente:

“DÉCIMO OCTAVO. [...]”

Por tanto, desde este horizonte conceptual y normativo, lo que el Tribunal Arbitral ha hecho no es someter compulsivamente a un tercero a un proceso arbitral, sino muy por el contrario, ha evitado que la parte signataria de un convenio arbitral, mediante la utilización fraudulenta de otras empresas que responden a una sola voluntad empresarial, burle la efectividad de dicho acuerdo.

Esta potestad arbitral, sin embargo, no solo está sustentada en el reconocimiento del arbitraje como verdadera jurisdicción, sino también, y tal vez principalmente, en los principios generales de buena fe y prohibición de abuso de del derecho que resultan plenamente aplicables a un acto de autonomía privada como es el convenio arbitral [...]”

Es claro entonces que, al margen de inexistir una disposición normativa que recoja expresamente el levantamiento del velo societario, este puede ser aplicado en el ordenamiento peruano como un remedio basado en la buena fe (específicamente a través de la prohibición del abuso del derecho)³³. Bien explica Fernando Cantuarias, a propósito del Caso TSG, que:

“[...] si bien el anterior marco legal no tenía una norma como lo es el artículo 14° de la actual Ley de Arbitraje, no es menos cierto que era absolutamente válido apelar a este razonamiento, ya que nuestro ordenamiento legal tiene disposiciones normativas que no le dan la exclusividad a la firma para demostrar la existencia de una manifestación de voluntad y, además, existe la prohibición del abuso del derecho y de la personalidad jurídica, tanto en la Constitución como en la ley. En ese sentido, no amparar la extensión del convenio arbitral es pretender tapar la propia realidad de nuestro ordenamiento jurídico.” (2014: p.182) (énfasis agregado).³⁴

³³ En el ámbito laboral, el levantamiento del velo societario también ha sido reconocido por la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima en un pronunciamiento del 8 de marzo del 2007: “Décimo Séptimo: que al no contar la demandada Restaurant Peña Surquillana E.I.R.L. con recursos que permitan cumplir con la obligación de pago de la acreencia laboral del actor, es acorde a derecho que en el presente caso este Órgano Jurisdiccional aplique la figura del levantamiento del velo societario; Décimo Octavo: que, la citada figura es un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación particular. [...]”. Asimismo, desde el ámbito tributario, en la Resolución No. 18464 de fecha 15 de junio de 1984, el Tribunal Fiscal sostuvo lo siguiente: “Que sostener que ese saldo acreedor está limitado a la cuenta con la principal, excluyéndose por tanto el saldo acreedor con otras entidades vinculadas económicamente con la principal, tales como sucursales en otros países, subsidiarias, filiales, incorporadas o, en su caso, matrices de la propia principal, sería admitir una utilización indebida de las formas jurídicas con el objeto de disfrazar la realidad económica.”

³⁴ CANTUARIAS, Fernando “El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG”. En *Lima Arbitration*, núm. 06. Lima. (2014).

En base a lo anterior, estamos convencidos de que, siempre que se cumplan los requisitos que hemos mencionado anteriormente, la teoría del levantamiento del velo societario puede ser aplicada en el ordenamiento peruano para explicar la incorporación de una parte no signataria a un arbitraje. No obstante, no estamos de acuerdo en que esta deba ser considerada como una teoría no consensual o ajena al consentimiento.

Hemos mencionado que el levantamiento del velo societario se fundamenta en la prohibición del abuso de la personalidad jurídica como manifestación del principio de la buena fe. Sin embargo, no debe perderse de vista la consecuencia de aplicar dicho remedio: esta teoría acarrea el desconocimiento de la personalidad jurídica en el caso concreto, haciendo que las sociedades y accionistas puedan ser consideradas como un solo centro de imputaciones.

Esto quiere decir que, si la sociedad “cascarón” suscribió un determinado contrato y se obligó a cumplir sus obligaciones, en aplicación de levantamiento del velo societario, se entenderá que, al ser todos considerados como un solo centro de imputación, todos los accionistas y demás sociedades vinculadas involucradas en el esquema fraudulento también quedan vinculadas por el consentimiento exteriorizado por la sociedad “cascarón”. Esto aplica exactamente igual en el contexto arbitral; la única particularidad es que en este caso el contrato es el convenio arbitral y, como tal, los accionistas y demás sociedades vinculadas involucradas en el esquema fraudulento pueden ser perfectamente incluidas en el arbitraje sobre la base del consentimiento prestado por la persona jurídica cuyo velo ha sido descorrido.

Por lo tanto, es incorrecto afirmar que no haya un consentimiento en los casos de levantamiento del velo societario; en estos casos, el consentimiento lo prestó la sociedad “cascarón”, pero este, en aplicación del levantamiento del velo societario, alcanza también a las otras sociedades o accionistas no signatarios.

ii. Los actos propios o estoppel

La doctrina de los actos propios consiste básicamente en impedir que una persona pueda ir en contra de sus actos previos, si es que estos han generado en la otra parte una expectativa legítima basada en la buena fe. Al igual que en el caso del levantamiento del velo societario, la doctrina de los actos propios está basada en el principio de la buena fe. Al respecto, Cecilia O’Neill asevera que:

“El sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones.” (2005: p. 47)³⁵

³⁵ O’NEILL, Cecilia “El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios”. En *THEMIS*, núm. 51. Lima. (2005).

Los requisitos tradicionalmente reconocidos para aplicar esta teoría son (i) la ejecución de una conducta vinculante; (ii) la formulación de una pretensión contradictoria; y, (iii) la identidad de sujetos (O'Neill 2005: p. 49). Respecto al requisito de la pretensión contradictoria:

“La pretensión importa el ejercicio de un derecho que merece protección. De hecho, el ejercicio de ese derecho es lícito y amparable, pero cuando se produce luego de una conducta vinculante, entran en juego otros elementos, como la buena fe y la confianza, cuya protección revela la existencia de otras prioridades. De esta forma, no es admisible ejercer un derecho subjetivo que, a pesar de ser válido y protegible, es contradictorio con una conducta anterior y vinculante.

De allí que “la pretensión contradictoria, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha receptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza...”, siempre que haya actuado de buena fe. Ejemplos de conductas contradictorias hay muchos. Así, son incompatibles entre sí las conductas de considerar extinguido un derecho y luego considerar que existe, respetar determinado acuerdo y luego impugnarlo, o reconocer un derecho para luego discutirlo.” (O'Neill 2005: p. 50)

En tal sentido, podemos afirmar que, bajo la teoría de los actos propios, en esencia, se busca que las partes no puedan desconocer los actos y conductas que realizaron frente a la otra parte llevándola a generarse una expectativa razonable y basada en la buena fe.

Sin embargo, en el caso del arbitraje, no se utiliza exactamente en dichos términos. De hecho, el ejemplo clásico al que suele recurrirse es que una parte no puede reclamar los beneficios de un contrato que contiene un convenio arbitral, desconociendo al mismo tiempo la cláusula arbitral del mismo. Como explica la profesora Moses:

“[...] se puede impedir que un no signatario desconozca su obligación de arbitrar si ha recibido beneficios directos al “haber conscientemente explotado el contrato [que contenía la cláusula arbitral]”. En estos casos, el no signatario típicamente ha reconocido el contrato, se ha beneficiado de sus disposiciones, y luego, cuando surge una disputa, ha rechazado la cláusula arbitral. A las cortes no les complace este tipo de conductas, indicando que “el permitir [a un demandante] que se reclamen los beneficios del contrato y en simultáneo evitar sus cargas desconocería la equidad y contravendría los principios subyacentes a la promulgación de la Ley de Arbitraje”. Así, bajo esta teoría, si un no signatario se ha beneficiado directamente de las

disposiciones de un contrato, es probable que quede vinculado por la cláusula arbitral." (2012: p. 37) (traducción libre).³⁶

En efecto, la justificación radica en que no puede permitirse que se realice un *cherry picking* a efectos de solo considerar ciertos pactos del contrato, pero no otros. Ello, como es evidente, va en contra del deber de coherencia y lealtad que exige el principio de la buena fe. Hanotiau, refiriéndose a la aplicación de esta teoría en la práctica jurisprudencial, aclara:

"Una teoría de *estoppel* por beneficios directos es también utilizada por las cortes estadounidense para reforzar la posición de que una parte no puede reclamar el beneficio de un contrato y simultáneamente evitar sus cargas, alegando que, como no signataria, no puede ser obligada a arbitrar." (2006: p.24) (traducción libre).³⁷

La doctrina latinoamericana va en la misma línea; por ejemplo, Talero se pronuncia en términos similares:

"El caso típico de la configuración de esta figura respecto de la vinculación de empresas a pactos arbitrales que éstas no han suscrito, radica en que la empresa correspondiente, que no ha suscrito el pacto arbitral, invoque a su favor algún derecho previsto en un contrato entre otra empresa y un tercero, cuando en dicho contrato se encuentra la cláusula arbitral. En ese tipo de situaciones, se entiende que la empresa que ha invocado un derecho contractual a su favor no puede luego contrariar su conducta anterior y desconocer su obligación de acudir al arbitraje alegando que no es parte." (2010/2011: p. 89).

Ahora bien, cabe precisar que, cuando nos referimos a los beneficios del contrato reclamados por el no signatario, estos deben derivarse directamente del contrato. En palabras de Roque Caivano:

"[...] es necesario aclarar que, conforme la jurisprudencia norteamericana, para que tal cosa suceda, esos beneficios deben ser directos, es decir que deben surgir directamente del acuerdo, no alcanzando que sean meramente indirectos, como sería el supuesto en que la parte no-signataria explotara la

³⁶ Texto original: "However, a non-signatory can be estopped from denying the obligation to arbitrate if it has received direct benefits by "knowingly exploiting the agreement [which contained the arbitration clause]." In these cases, a non-signatory has typically embraced the agreement, benefited from its provisions, and then, once a dispute arises, has repudiated the arbitration clause. Courts are not pleased with this kind of conduct, stating, "To allow [a plaintiff] to claim the benefit of the contract and simultaneously avoid its burdens would both disregard equity and contravene the purposes underlying enactment of the Arbitration Act." Thus, under this theory, if a non-signatory has directly benefited from the provisions of a contract, it will likely be held to the arbitration clause." MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Cambridge University Press. (2012).

³⁷ Texto original: "A "direct benefits" estoppel theory is also used by American courts to enforce the position that a party may not claim the benefit of a contract and simultaneously avoid its burdens by claiming that, as a non-signatory, it cannot be compelled to arbitrate."

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

relación contractual entre las partes, pero no el acuerdo en sí mismo." (2006: p. 135)³⁸

Es decir, si los beneficios reclamados por el no signatario emanan, por ejemplo, de la relación comercial o económica global, sin estar ceñidos específicamente al contrato que contiene la cláusula arbitral, no será posible aplicar la teoría de los actos propios para que dicho no signatario quede vinculado al arbitraje.

Aterrizando esta teoría al ámbito arbitral peruano, tenemos que, en los hechos, este es el supuesto que busca atender la segunda parte del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Al respecto, Bullard explica que:

"Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14 de la LA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En este caso, tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe, no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar." (2012: pp. 28-29). (énfasis agregado)

A partir de lo anterior, podemos afirmar que, en estricto sentido, la teoría de los actos propios o *estoppel* no encaja del todo, en el contexto arbitral, con la formulación tradicional de esta teoría en el ámbito civil. En este caso en realidad no hay una conducta subsecuente que resulte contraria a una conducta original, sino más bien un *cherry picking* consistente en querer sacar provecho a los beneficios de un contrato, pero desconociendo el convenio arbitral contenido en una de sus cláusulas. Coincidimos con la doctrina arbitral en que estas conductas no deben ser permitidas y también creemos que dicha justificación puede ser perfectamente aplicado en el ordenamiento peruano, pero no porque sean contradictorias sino porque, cuando uno asume los beneficios de un contrato, lo hace con todas sus cargas y obligaciones también; no es posible separar unas disposiciones de las otras, como bien indica Bullard.

En otras palabras, cuando uno adquiere un derecho, lo incorpora en su patrimonio dentro de un contexto. Cuando se trata de un derecho contractual, ese derecho es

³⁸ CAIVANO, Roque "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario". En *Lima Arbitration*, núm. 1. Lima. (2006).

adquirido en conjunto con las demás reglas del contrato que determinan cómo es que ese derecho puede ser ejercido, cuáles son los remedios que caben si la situación jurídica de desventaja que está atado a él es incumplida, cuál es la ley aplicable, cuál es el foro aplicable, entre otros. Cuando uno adquiere ese derecho, por la vía que sea (cesión, derecho a favor de tercero, sucesión, etc.), consiente a todas las situaciones coligadas a este, pues estas son parte del derecho en cuestión.

En tal sentido, pretender rechazar el convenio arbitral que fue pactado en referencia al derecho en cuestión, no es un problema de actos propios, sino, simplemente, es pretender desconocer el consenso dado al momento de adquirir el derecho en cuestión. Equivalente a que el un firmante de un convenio arbitral se niegue al arbitraje.

En esa línea, tampoco creemos que esta teoría pueda formularse como una teoría no consensual. En estos casos el consentimiento sí existe, y este se manifiesta cuando el no signatario opta por tomar los beneficios del contrato.

iii. Autoridad aparente

La teoría de la autoridad aparente consiste, en esencia, en la creación de una apariencia razonable de que una de las partes firmantes tenía las autorizaciones, facultades o potestades necesarias para suscribir un convenio arbitral por cuenta de la parte no signataria. En palabras del profesor Gary Born:

“Bajo la teoría de la autoridad aparente, una parte puede quedar vinculada por los actos de otra entidad realizados deliberadamente por cuenta suya, incluso cuando dichos actos no fueron autorizados, si el principal putativo creó la apariencia de una autorización a través de palabras o conductas, llevando a la contraparte a creer razonablemente que en realidad existía una autorización.” (2014: p. 1425). (traducción libre).³⁹

El sustento no radica propiamente en la ejecución de los principales actos del contrato principal, sino en un despliegue de conductas que llevaron a la otra parte a creer razonablemente, y en buena fe, que la parte firmante estaba debidamente facultada para firmar el convenio arbitral a nombre del no signatario.

Si bien esta teoría puede tener cabida en otros ordenamientos jurídicos, más allá de su fundamento, en nuestra opinión, esta teoría no puede ser aplicada en el ordenamiento peruano en ningún caso (dentro o fuera del contexto arbitral), por cuanto contraviene directamente los artículos 160 y 161 del Código Civil:

³⁹ Texto original: “Under the apparent authority theory, a party may be bound by another entity’s acts purportedly entered into on its behalf, even where those acts were unauthorized, if the putative principal created the appearance of authorization through words or conduct, leading a counter-party reasonably to believe that authorization actually existed.” BORN, Gary *International Commercial Arbitration*. Segunda Edición. Kluwer Law International. (2014).

Pero yo no firmé nada... Apuntes sobre la aplicación de las teorías "no consensuales" de partes no signatarias en la legislación peruana

"Artículo 160.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.

Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros."

En efecto, más allá de las apariencias que se podrían haber generado (y los posibles reclamos por daños y perjuicios que se pudieran derivar), si es que no existía una autorización para el representante concediéndole facultades para, por ejemplo, vincular al representado al convenio arbitral, no podrá considerarse que este último pueda ser considerado parte del convenio si es que el representante suscribió alegando actuar por cuenta suya.

Hasta aquí, hemos explicado brevemente algunas de las teorías de partes no signatarias comúnmente enmarcadas dentro del molde de las teorías no consensuales. Respecto de éstas, podemos concluir que, en realidad, no es correcto afirmar, al menos bajo el derecho peruano, que estas justifiquen la incorporación de una parte no signataria en el arbitraje que no haya consentido a este.

Más todavía, creemos que sólo es posible que una parte (sea signataria o no) pueda ser incluida dentro de un proceso arbitral si es que de alguna manera ha brindado su consentimiento al mismo, sea de manera expresa o tácita; o, que la ley disponga el arbitraje como el mecanismo legal asignado para la solución de determinada controversia. De otra forma, dado que la competencia de los árbitros deriva del consenso, al ser el arbitraje, como hemos indicado, una "criatura contractual", no existiría respaldo jurídico para que un árbitro o un tribunal arbitral se irroge el poder jurisdiccional de ordenar el ingreso al arbitraje de quien no ha prestado su consentimiento a este. En tal caso, estaría ejerciendo una función jurisdiccional que escapa a sus facultades.

VI. Conclusiones

Cuando se busca dilucidar cuál es el alcance subjetivo del convenio arbitral y quiénes pueden ser vinculados al arbitraje, no debe perderse de vista que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias basado en el consentimiento. Esto, en esencia, es lo que justifica el porqué no es posible que una parte se rehúse a formar parte de un arbitraje pretendiendo en su lugar ir a las cortes judiciales, cuando esta previamente ha renunciado a este derecho para someter determinadas disputas a la jurisdicción de un tribunal arbitral o de un árbitro.

En la práctica arbitral se admite que este consentimiento se vea manifestado de manera escrita o de manera tácita, reconociendo el acuerdo de voluntades sin necesidad de una forma *ad solemnitatem*. El concepto de partes no signatarias en el

arbitraje conversa perfectamente con la naturaleza consensual del arbitraje, pues reposa en el consentimiento tácito que el no signatario ha prestado, mediante sus actos, al convenio arbitral.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo de este artículo, existe un importante sector de la doctrina que clasifica las teorías de partes no signatarias comúnmente empleadas en teorías consensuales y teorías no consensuales. Respecto a las últimas, alegan que existen ciertas circunstancias bajo las cuales el enfoque tradicional basado en el consentimiento resulta insuficiente y que, por el contrario, el enfoque en estos casos reposa en consideraciones de buena fe o equidad. Los ejemplos típicos que se suelen utilizar para estas teorías son el levantamiento del velo societario, los actos propios o *estoppel* y la autoridad aparente.

Sin embargo, en nuestra opinión, creemos que, al menos a la luz del derecho peruano, resulta errado emplear un enfoque ajeno a la voluntad para explicar la incorporación de un signatario a un arbitraje. Creemos que para que haya arbitraje, siempre tiene que haber consentimiento y cualquier razonamiento que busque desconocer eso atenta directamente contra la naturaleza voluntaria y consensual propia de este mecanismo de solución de controversias. De hecho, como hemos explicado, en los tres ejemplos mencionados anteriormente, es incorrecto sostener que estas son ajenas a la voluntad de las partes por cuanto en dos de ellas sí se presenta una forma de consentimiento tácito, mientras que en la tercera, legalmente no es posible involucrar a quien realizó los actos de autoridad aparente en el arbitraje.

En este artículo no hemos pretendido, en forma alguna, abordar de manera exhaustiva todos los supuestos en que se puede presentar la incorporación de una parte no signataria, sino evidenciar mediante algunos casos específicos, cómo es que necesariamente se requiere del consentimiento a efectos de poder incorporar a alguien dentro del proceso arbitral.

Atendiendo a estas consideraciones, los abogados litigantes y tribunales arbitrales deben ser muy cautelosos en su argumentación cuando pretenden explicar la incorporación de un no signatario en un arbitraje. Es perfectamente posible que las teorías tradicionales o típicas puedan no ajustarse a ciertas realidades o circunstancias y que, como tal, sea necesario recurrir a nuevos planteamientos o cuestionamientos frente a estas. Sin embargo, sea cual sea el enfoque que se emplee, este siempre debe reposar en el consentimiento; de lo contrario, corremos el riesgo de quebrantar los cimientos más elementales sobre los cuales se construye el arbitraje.

Las designaciones repetitivas de los árbitros en el Arbitraje Internacional

Claudia Arméstar Alzamora*

Resumen. - La autora aborda el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros, explicando su impacto en el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros. La autora enfatiza en la aplicación de un análisis cualitativo y no uno cuantitativo, presentando los criterios que han aplicado las instituciones arbitrales más importantes a nivel internacional; e, identificando las prácticas internacionales útiles para el arbitraje en el Perú.

Abstract. - The author addresses repetitive appointments of arbitrators, explaining the impact in the duty of independence and impartiality of arbitrators. The author emphasizes in the application of a qualitative analyses instead of a quantitative analysis, for this purpose, the author presents criteria applies by the main international arbitration centers, identifying the international practices useful to apply to arbitration in Peru.

Palabras clave. - Independencia - Imparcialidad - Árbitros - Designaciones repetitivas - Dudas justificadas

Key words. - Independence - Impartiality - Arbitrators - Repetitive appointments - Justifiable doubts

* Asociada del Estudio Echeopar asociado a Baker & McKenzie International. Abogada por la Universidad del Pacífico. Fundadora y Ex Miembro de la Asociación DERUP Editores, Revista Forseti. Co-autora de la tesis: "El efecto de las designaciones repetitivas de los árbitros en el sistema arbitral peruano".

No es un secreto que actualmente el arbitraje es un foro importante de solución de controversias a nivel internacional¹. Una reciente edición del conocido estudio elaborado por Queen Mary University of London y la firma internacional White & Case ha concluido que una de las 4 principales razones por las que las partes de un contrato eligen al arbitraje como foro para resolver sus controversias es la capacidad de designar a los árbitros². Esta es, sin duda, uno de los pilares fundamentales del arbitraje y una ventaja en comparación con la resolución de controversias por cortes judiciales.

Esta ventaja trae consigo un gran desafío y es que una misma persona no debería ser juez y parte a la vez. Para ello, el proceso arbitral debe resguardar el derecho de las partes de contar con árbitros independientes e imparciales, tal como ha sido establecido en diversos marcos internacionales³ y en el ordenamiento jurídico peruano⁴.

Una vez que los árbitros son designados, pueden presentarse dudas justificadas de las partes respecto a la independencia e imparcialidad de aquellos por diferentes causales. Uno de los temas más relevantes y que trae consigo una serie de cuestionamientos e incidentes procedimentales son: las designaciones repetitivas de un árbitro por una misma parte, sus representantes, sus vinculadas o sus abogados. Algunos autores han calificado este tema como la configuración de una "mafia interna"⁵ y, de hecho, este tema ha cobrado especial relevancia en los últimos años en la comunidad arbitral peruana, a raíz de ciertas investigaciones fiscales que involucraron designaciones repetitivas de árbitros y que son de público conocimiento.

Como es local e internacionalmente conocido, el arbitraje en el Perú se ha incrementado exponencialmente en los últimos años. Los motivos son varios; pero, sin duda, uno de los principales es el carácter mandatorio de acudir al arbitraje para la resolución de controversias en el marco de contratos firmados con el Estado⁶. En simple, en el Perú contamos con normas con rango de ley que obligan

¹ El estudio elaborado por Queen Mary University of London y la firma internacional White & Case han confirmado que el 97% de los encuestados afirma que el arbitraje es el método preferido de solución de disputas comerciales. Queen Mary University of London y White & Case (2018). "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration", pp. 2,5. Recuperado de: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

² Queen Mary University of London y White & Case (2018). "2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration", pp. 2,6. Recuperado de: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>

³ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas el 2006, Artículo 12. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de enero de 2021, Artículo 11. Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration vigente a partir del 1 de octubre de 2020, Artículos 5 y 14.1.

⁴ Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Artículo 28.

⁵ Sheng Wilson, Koh Will, "Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges" En: Maxi Scherer (ed), Journal of International Arbitration. Volumen 34. 4. Kluwer Law International. 2017. p. 711.

⁶ Arméstar Alzamora, Claudia y Rocca Marín, Rafael, "El Efecto de las Designaciones Repetitivas en la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros bajo el Sistema Arbitral Peruano", Repositorio Universidad del Pacífico. 2020. p. 2.

a las partes a pactar arbitraje para determinados contratos; esto, impacta directamente en el carácter consensual que, a nivel internacional, es piedra angular del arbitraje. En el Perú, no solo tenemos arbitrajes pactados de común acuerdo por las partes (consensuados voluntariamente), sino que tenemos también arbitrajes a raíz de una norma que obliga a las partes a incluir un convenio arbitral dentro del contrato. Esto, evidentemente, incrementa el número de arbitrajes y, en consecuencia, el número de designaciones de árbitros.

Una vez, un conocido abogado peruano cuestionó que se llamara "particularidad" a esta situación. Es decir, cuestionó que se trate una "particularidad" que en el Perú exista un importante número de arbitrajes al año; y, ello solo considerando aquellos que cuentan con una parte estatal⁷. Si tenemos en cuenta que el Estado realiza más de 7,000 contratos al año, podemos tener una referencia de la importancia del número arbitrajes⁸. Pues bien, luego de un tiempo, la autora ratifica su opinión. La cantidad de arbitrajes y de designaciones de árbitros que se realizan en el marco de contratos peruanos es una "particularidad", por donde se vea. En el Perú, existe una cantidad de arbitrajes que difícilmente se ha visto antes en otro país de la región.

Teniendo en cuenta este contexto, se vuelve aún más importante el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros para nuestro sistema jurídico.

No es utópico que una persona razonable pueda dudar de la independencia e imparcialidad de un árbitro, si éste ha tenido designaciones repetitivas de la misma parte o sus representantes. Analizar este tema no es sencillo, pues jurídicamente se presenta la contraposición de dos derechos: el derecho de las partes de nombrar a los árbitros⁹ y el derecho de las partes de contar con árbitros independientes e imparciales para resolver sus controversias¹⁰. Lo retador de este tema es poder

⁷ Por ejemplo, si se revisa el Faro de Transparencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se puede identificar que en el periodo 2002-2008 se emitieron tan solo 2 laudos con el Estado. Posteriormente, en el periodo 2008-2011 se emitieron 20 laudos con el Estado. Y, en la última década que va desde el 2012 hasta la actualidad, se han emitido 588 laudos con el Estado. Este número es únicamente de los casos con una parte estatal. Es evidente que el crecimiento de los arbitrajes ha sido exponencial en los últimos años.

En esa misma línea, si se observa el Cuadro Comparativo del Número de Arbitrajes Civil Comercial y Arbitrajes con el Estado del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se puede identificar que en el 2002 no se tenía arbitrajes con el Estado (bajo norma que obliga a ir a arbitraje) y en el 2020 se tuvieron 427 casos con el Estado. Asimismo, en el 2002 se tuvo un caso comercial/civil y en el 2020 se tuvieron 13 casos comerciales/civiles. Así pues, el número de arbitrajes ha crecido de manera importante. Disponible en: [cuadro-comparativo-n-de-arbitrajes-civil-comercial-y-arbitrajes-con-el-estado.pdf \(pucp.education\)](#)

⁸ Montezuma Chirinos, Alberto. "Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo 1071". Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen XI. 3. 2018.

⁹ Este derecho ha sido recogido en diversos marcos normativos internacionales como, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI, Artículos 10 y 11. En el ordenamiento jurídico peruano, también ha sido recogido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Artículos 19 y 22.

¹⁰ Este derecho ha sido recogido en diversos marcos normativos internacionales como, por ejemplo, Ley Modelo de la CNUDMI Artículo 12. En el ordenamiento jurídico peruano, también ha sido recogido en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Artículo 28.

determinar cuándo las designaciones repetitivas exceden el lente razonable y pueden comprometer la independencia e imparcialidad de un árbitro.

Para analizar ello, existen instrumentos internacionales que recogen las mejores prácticas del arbitraje internacional, este es el caso de las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (en adelante, las "Directrices de la IBA")¹¹. Como se explicará en este Artículo, dichas directrices han sido de gran ayuda para las partes al momento de designar a los árbitros, para los árbitros al guiar sus deberes de revelación y la conducta dentro del proceso; y, para quienes resuelven recusaciones por conflictos de intereses.

No obstante ello, lo cierto es que las Directrices de la IBA que fueron emitidas en el 2004 y modificadas en el 2014, fueron elaboradas para otro contexto que ya se ha visto desfasado por el éxito y la expansión global del arbitraje. Así pues, para el tema de las designaciones repetitivas, las Directrices de la IBA presentan un criterio numérico que hoy resulta complicado de aplicar e insuficiente.

Por ello, algunos reconocidos centros de arbitraje, como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, la "CCI") y la London Court of International Arbitration (en adelante, "LCIA") han implementado criterios propios para resolver cuestionamientos sobre designaciones repetitivas de los árbitros.

Además, en los últimos años se han presentado iniciativas para generar marcos actualizados que recojan lineamientos sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, como es el caso del proyecto de Código de Conducta del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que ha estado circulando en los últimos meses y cuya última versión fue publicada el pasado setiembre de 2021¹². Asimismo, se han elaborado plataformas digitales que permiten obtener información sobre árbitros, para así, entre otros, identificar potenciales conflicto de intereses; este es el caso de la novedosa plataforma Jus Mundi¹³.

En el presente Artículo, analizaremos cuáles han sido los criterios y estándares internacionales que se han utilizado para determinar cuándo las designaciones repetitivas de un árbitro pueden ser suficientes para generar dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Este análisis no perderá de vista que, aun cuando este Artículo está enfocado en el contexto y la práctica internacional, esto necesariamente va impactar, ahora o más adelante, en la práctica arbitral peruana. Por ello, se realizarán breves y puntuales comentarios respecto a cuáles podrían

¹¹ Estas Directrices fueron aprobadas en el año 2004 y modificadas el 23 de octubre de 2014.

¹² Web oficial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Disponible en: [CIADI y CNUDMI publican la Tercera Versión del Proyecto de Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales Relativas a Inversiones | CIADI \(worldbank.org\)](#)

¹³ Web oficial de Jus Mundi. Disponible en: [Jus Mundi | Search Engine for International Law and Arbitration](#)

ser las buenas prácticas que se pueden aplicar en el ámbito local. Esto último, sobretodo, si tenemos en cuenta que el problema de las designaciones repetitivas de los árbitros y los criterios para enfrentarlas, son un tema que se ha desarrollado principalmente en materia de arbitraje internacional; y, no a profundidad en el Perú.

Para abordar este tema, el esquema de este Artículo será el siguiente: en el Capítulo 1, se explicarán los conceptos clave a tener en cuenta para el análisis de las designaciones repetitivas de los árbitros; en el Capítulo 2, se desarrollará el estándar que a nivel internacional se ha aplicado para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros; en el Capítulo 3, se presentarán las herramientas y los criterios internacionales que se han aplicado para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros; en el Capítulo 4, se explicarán los factores a considerar para determinar si las designaciones repetitivas han impactado en la independencia e imparcialidad de los árbitros; en el Capítulo 5, se presentará una breve reflexión sobre si las particularidades peruanas podrían estar incentivando las designaciones repetitivas de los árbitros; y, finalmente, en el Capítulo 6, se precisarán las conclusiones y recomendaciones.

I. ¿Qué se entiende por independencia e imparcialidad de los árbitros?

Como se ha comentado, el arbitraje es un foro de solución de controversias que se distingue de las cortes judiciales, entre otros, por la capacidad que tienen las partes de designar a los árbitros que resolverán sus controversias. Esta característica del arbitraje no puede perder de vista que las partes acudirán a un proceso que debe respetar sus derechos fundamentales, entre los que destaca el derecho al debido proceso. Para ello, es indispensable resguardar el derecho que tienen las partes de que la controversia sea resuelta por árbitros independientes e imparciales. No es posible ser juez y parte, en un mismo proceso.

Este derecho de las partes configura también en un deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales; y, esto ha sido reconocido por diversos marcos normativos internacionales, como es el caso de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la "Ley Modelo CNUDMI"), la cual establece en su Artículo 12 que: "La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su **imparcialidad o independencia**. (...) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su **imparcialidad o independencia**, (...)". (Énfasis agregado)

Como se advierte, la Ley Modelo CNUDMI establece el deber de los árbitros de ser independientes e imparciales y les impone un deber de revelación sobre todas aquellas circunstancias que pudieran generar dudas justificadas sobre dichas cualidades. Así pues, un árbitro puede ser recusado y, según sea el caso, removido

del proceso si existen dudas justificadas sobre su independencia e imparcial; más adelante se profundizará sobre este estándar.

Una disposición similar al Artículo 12 de la Ley Modelo CNUDMI, antes citado, ha sido incluida en el Artículo 28 de la Ley de Arbitraje Peruana, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento"¹⁴ (Énfasis agregado).

En línea con esta disposición, se han incorporado cláusulas similares en los reglamentos arbitrales de reconocidos centros de arbitraje internacional. Ello se refleja, por ejemplo, en el Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, y, en los Artículos 5 y 14.1 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA. Incluso, en materia de arbitrajes de inversión, el Artículo 19 de las Reglas de Arbitraje CIADI, que entran en vigencia en julio 2022, también reconocen este deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales.

Es uniforme entonces que las diversas regulaciones internacionales incluyan el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, que es, a su vez, un derecho de las partes durante el proceso arbitral. Es importante considerar que, el deber de imparcialidad e independencia involucra a todos los miembros del tribunal; es decir, es aplicable tanto para los "mal llamados" árbitros de parte como

¹⁴ Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

para el presidente de un tribunal arbitral¹⁵. Esto ha sido confirmado por la doctrina autorizada y por cortes internacionales, como es el caso del Tribunal Supremo de Suiza, que el 29 de octubre de 2010 emitió una sentencia, estableciendo explícitamente que el presidente y los árbitros designados por las partes deben cumplir con los mismos requisitos de independencia e imparcialidad¹⁶.

En este punto, la interrogante que surge inmediatamente es ¿qué debemos entender por independencia e imparcialidad?

Pues bien, respecto al primer requisito, la imparcialidad, el reconocido profesor y árbitro Gary Born indica, citando el razonamiento de una corte inglesa, que: “[i]mpartiality is the watchword of all tribunals, including arbitrators”¹⁷. La imparcialidad: “(...) means that an arbitrator is subjectively unbiased and not predisposed towards one party”¹⁸. Es decir, *a contrario*, la parcialidad es entendida como aquella conducta del árbitro por la que tiende a estar predispuesto hacia una parte del proceso más que a la otra. Al tratarse de una actitud del árbitro, este requisito es considerado fundamentalmente subjetivo; por ello, su análisis también sigue dicha naturaleza.

Respecto al segundo requisito, la independencia, el profesor Born indica, citando a la Corte de Apelaciones de París, que: “[t]he independence of the arbitrator emanates from his judicial functio”¹⁹. La independencia significa que no existen relaciones o conexiones externas que sean inaceptables entre el árbitro y una parte o sus abogados, como financieras, profesionales, laborales o personales²⁰. Siendo que, la independencia involucra que no existan conexiones o relaciones que comprometan el actuar del árbitro en el proceso arbitral, este requisito es objetivo y requiere un análisis de la misma naturaleza.

Sin perjuicio de que, conceptualmente imparcialidad e independencia no significan exactamente lo mismo, en la práctica la distinción entre ambos conceptos puede no ser relevante. Tal como explica el profesor Born: “The distinction between “impartiality” and “independence” is often given undue importance.”²¹

Para los efectos del presente Artículo, se hará referencia a los conceptos de independencia e imparcialidad como parte de un solo deber de los árbitros, pues finalmente en la práctica internacional así se ha recogido en diversos marcos normativos, doctrina y jurisprudencia, como los que se han mencionado en este acápite.

¹⁵ Blanco-Jiménez, Gonzalo & Osorio Iturmendi, Lucas. “Los Llamados “Árbitros de Parte”. Kluwer Law International. 2013, p. 64.

¹⁶ Ibid., p. 67.

¹⁷ Born, Gary. “International Commercial Arbitration”. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014, p. 1761.

¹⁸ Ibid., p. 1776.

¹⁹ Ibid., p. 1762.

²⁰ Ibid., pp. 1775-1776.

²¹ Ibid., pp. 1776-1777.

II. ¿Cuál es el estándar internacional para medir la independencia e imparcialidad de los árbitros?

Habiendo identificado qué se entiende por imparcialidad e independencia de los árbitros, resulta necesario explicar cuál es el estándar para corroborar que este deber se cumple. Tanto la Ley Modelo CNUDMI como la Ley de Arbitraje Peruana han incorporado el concepto de “dudas justificadas” como estándar para medir la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Las dudas justificadas son el estándar que internacionalmente ha sido aplicado para arbitrajes comerciales y se ha recogido en diversos marcos normativos. Este criterio plantea el análisis respecto a la existencia de riesgos o posibilidades de parcialidad o dependencia, no se necesita probar que el árbitro efectivamente está parcializado o es dependiente. Como bien indica el profesor Born:

“(...) It is not necessary for a party challenging an arbitrator to demonstrate that the individual lacks independence or impartiality; it is instead sufficient to show that there is enough “doubt” or “suspicion” as to an arbitrator’s impartiality to justify either not appointing or removing the arbitrator. This is manifestly a lower standard of proof for non-appointment or removal than a requirement that the objecting party prove actual partiality or lack of independence”²² (Énfasis agregado)

Así pues, si las partes presentan dudas justificadas respecto de la independencia e imparcialidad de un árbitro, entonces éstas pueden presentar una recusación contra aquel. La parte que presente la recusación no necesita probar que efectivamente el árbitro está parcializado o es dependiente, sino que basta con que existan dudas justificadas respecto al cumplimiento de tales requisitos. El estándar de prueba es relativamente bajo, debido a la importancia de mantener la integridad del tribunal y del proceso arbitral.²³

Sin perjuicio de ello, aun cuando el estándar se sustenta en "dudas" razonables o justificadas; ello, no quiere decir que no se mida bajo un parámetro objetivo.

Por ejemplo, las Directrices de la IBA establecen que se pueden presentar conflictos de intereses cuando se configuran: “(...) hechos o circunstancias tales que **una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad y la independencia del árbitro, (...)**”²⁴. (Énfasis agregado).

En esa misma línea, el profesor Born ha sostenido lo siguiente:

²² Ibid., p. 1778.

²³ Ibid., p. 1779.

²⁴ Las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, 2014, p. 6.

“Thus, the “justifiable doubts” and “reasonable suspicion” formulae require an objective approach, rather than a subjective one. That is, any doubts regarding the arbitrator’s independence or impartiality must be “justifiable” or “reasonable”; an unjustifiable doubt or unreasonable suspicion, even if genuinely-held by one of the parties or an arbitrator, would not satisfy the standard of the Model Law or other leading legislative solutions”²⁵.

Entonces, las dudas justificadas son analizadas bajo el estándar de un tercero razonable. Un estándar objetivo. Si bien, son las partes quienes presentan las dudas justificadas y, en función a ello, deciden formular la recusación contra el árbitro; quien analiza el cuestionamiento formulado debe medir la existencia de las dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro desde una perspectiva objetiva, de un tercero imparcial. Solo así, determinará si el árbitro podría verse influido por factores distintos a los méritos del caso, para resolver la controversia²⁶.

Para que las partes puedan determinar si existen o no dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, cobra especial relevancia un segundo deber de los árbitros: el deber de revelación. Los árbitros deben presentar sus declaraciones en el proceso, garantizando así que son independientes e imparciales. Tal como señala Guzmán Barrón: “el deber de revelación en cierto modo es un instrumento para materializar la independencia e imparcialidad de un árbitro”²⁷.

Se puede decir que el deber de revelación tiene, principalmente, dos objetivos. El primero, es permitir a las partes conocer los hechos y circunstancias que puedan afectar la independencia e imparcialidad de los árbitros que resolverán sus controversias. Con en base dicha información, las partes podrán decidir si recusan o no al árbitro. El segundo objetivo es que la declaración del árbitro cumple una función de "seguro de vida" del arbitraje, pues si las partes deciden no recusar al árbitro dentro del plazo establecido, conociendo la información revelada por aquel, entonces luego la parte "afectada" no podría intentar anular o no reconocer el laudo en base a los hechos o circunstancias que fueron precisamente revelados por el árbitro²⁸.

La regla es que el árbitro revele todas aquellas circunstancias que puedan generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad²⁹. Sin embargo, existe

²⁵ Born, Gary. *“International Commercial Arbitration”*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014, p. 1780.

²⁶ Blanco-Jiménez, Gonzalo & Osorio Iturmendi, Lucas. *“Los Llamados “Árbitros de Parte”*. Kluwer Law International. 2013, p. 72.

²⁷ Guzmán-Barrón Sobrevilla, César. *“Arbitraje Comercial nacional e internacional”*. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2017. p. 79.

²⁸ Fernández Rozas, José Carlos. *“Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión”*. En: Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen VI. 3. 2013. p. 811.

²⁹ Esta regla ha sido recogida, por ejemplo, en la Ley Modelo de la CNUDMI, Artículo 12. En el plano local, el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Artículo 28.

una interrogante respecto a cuáles son los hechos o circunstancias específicas que los árbitros deben revelar. Así pues, sería complicado identificar una lista taxativa de los supuestos que deben ser revelados por el árbitro, pues esto dependerá de cada caso concreto. Pero, lo cierto es que, para el caso particular de las designaciones repetitivas de un árbitro, que es el tema en análisis en este Artículo, se considera que tales designaciones forman parte de la información que un árbitro debe revelar en el proceso, para así salvaguardar la integridad del arbitraje. Claro está que, tal revelación debe ser razonable, no impráctica y tediosa; para ello, el árbitro puede tener de referencia, por ejemplo, un umbral de tiempo respecto a cuándo se produjeron las designaciones. De todos modos, en caso de duda en la revelación, la sugerencia avalada por la práctica internacional es optar por revelar³⁰.

III. ¿Cómo se analizan las designaciones repetitivas de los árbitros en la práctica internacional?

Las designaciones repetitivas de los árbitros son un supuesto por el que se pueden configurar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de aquellos. Son circunstancias que el árbitro debe revelar a las partes. Así pues, designar más de una vez a un mismo árbitro no es una situación extraña; tal como indican Blanco-Jiménez & Osorio:

“Es evidente que el mundo del arbitraje es relativamente reducido y que por ello es habitual que se produzcan reiteradas coincidencias profesionales entre las personas más cualificadas en el sector. En el mismo sentido, la necesidad de contar con especialistas por razón de la materia que, además, conozcan el procedimiento arbitral y sus singularidades, conduce en ocasiones a una esfera bastante reducida de profesionales. Asimismo, y al igual que afirmábamos al hablar de los nombramientos repetidos, la confianza en el juicio de un profesional ya contrastado lleva necesariamente al hecho de que se produzcan reiteraciones en los nombramientos. Y es normal que esto lo hagan los propios árbitros, tratando de velar por el mejor desenvolvimiento del proceso” (p. 80).

Las designaciones repetitivas cobran especial relevancia cuando se presentan en países donde el crecimiento del arbitraje como foro de solución de controversias ha sido reciente. Este es el caso del Perú³¹. Incluso, cobra aún más importancia si se tienen en cuenta las particularidades del arbitraje en el Perú, donde se ha establecido por mandato legal que es obligatorio acudir al arbitraje para

³⁰ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014, p. 8. Carlevaris, Andrea & Digón, Rocío. "Arbitrator Challenges under the ICC Rules and Practice". Boletín 1. ICC Dispute Resolution. 2016, p. 29.

³¹ Ezcurra Rivero, Huáscar. "Corrupción y Arbitraje: A propósito de las Reglas IBA sobre conflictos de intereses". En: Revista IUS ET VERITAS. 50. 2015. pp. 234 -235. Entrevista a Rosa Bueno de Lercari, "El arbitraje en el punto de quiebre", 17 de mayo de 2019. Disponible en: <https://cosas.pe/personalidades/157601/rosa-bueno-de-lercari-el-arbitraje-en-el-punto-de-quiebre/>.

determinados los contrato con el Estado³². Así pues, al presentarse más arbitrajes, se presentan también más designaciones de árbitros.

La designación de los árbitros es la más importante decisión que realizan las partes en un arbitraje. Autores como Rivera-Lupu & Timmins han comentado lo importante que es esta decisión de la siguiente manera:

“Proponents of repeat appointments rely on several arguments for the necessity and permissibility of the practice, many of which are based on the fact that an advantage of arbitration over litigation – indeed, one of the defining characteristics of arbitration – is the parties' ability to choose their decision-makers. **Indeed, to many parties and counsel, selecting their own arbitrator is the most important decision they make in the arbitration**, and they contend that this should be the case whether a party has appointed the same arbitrator in the past or not. (...)”³³ (Énfasis agregado)

Entonces, siendo que la designación de los árbitros es una de las más importantes decisiones que toman las partes y una de las características más atractivas del arbitraje, es importante revisar cuáles han sido los criterios que a nivel internacional se han aplicado para analizar el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros.

Como premisa básica, es importante conocer ¿qué se entiende por designaciones repetitivas? La doctrina autorizada ha sintetizado el concepto de las designaciones repetitivas de la siguiente manera:

“The term refers to situations in which the same party (A) or a company belonging to the same group of companies as the party appoint the same arbitrator (X) in several arbitrations. A similar situation is found when the same counsel regularly, appoints the same arbitrator for different, but often similar cases”³⁴

De esta manera, las designaciones repetitivas de los árbitros se pueden presentar en 3 tipos de situaciones. La primera se da cuando una misma parte designa en repetitivas ocasiones a un mismo árbitro. La segunda, cuando una compañía del mismo grupo de la empresa que es parte del arbitraje designa en repetitivas ocasiones a un mismo árbitro. Y, la tercera, cuando el abogado o estudio de abogados que representa a una de las partes del arbitraje designa en repetitivas ocasiones a un mismo árbitro.

La primera situación es la que típicamente puede presentarse en los procesos, pues las designaciones repetitivas del árbitro las realiza una de las partes del arbitraje o

³² Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Artículo 45.1.

³³ Rivera-Lupu, Maria & Timmins, Beverly. “Repeat Appointment of Arbitrators by the Same Party or Counsel: A Brief Survey of Institutional Approaches and Decisions”. Revista del Club Español del Arbitraje. Kluwer Law International. 2012, p. 105.

³⁴ Slaoui, Fatima- Zahra. “The Rising Issue of Repeat Arbitrators: a call for clarification”. En: Arbitration International. Volumen 25. No. 1. Kluwer Law International. 2009, p. 109.

sus representantes. En la segunda situación, dichas designaciones son realizadas por una persona jurídica distinta a la que es parte del arbitraje. Esto puede ocurrir en compañías que forman parte de un mismo grupo empresarial, incluyendo la empresa matriz³⁵. Este escenario es importante porque si bien jurídicamente no es la misma persona la que ha realizado la designación del árbitro, para efectos prácticos puede tratarse de la misma si, por ejemplo, las defensas están dirigidas por un solo órgano.

La tercera situación se presenta cuando los abogados o la firma de abogados que representa a una de las partes es quien ha designado repetitivamente al árbitro. Cuando se contrata el patrocinio de un proceso arbitral es habitual que la parte del proceso solicite a sus abogados recomendaciones de árbitros para designar. De hecho, los abogados son quienes usualmente están en una mejor posición para identificar quien podría ser el árbitro adecuado para el caso (según la materia, por el conocimiento del mercado legal, las experiencias anteriores, etc.). Entonces, es importante resguardar las designaciones repetitivas que realicen los abogados, para así evitar que el árbitro designado tenga la percepción de que debe favorecer a la parte asesorada por la firma de abogados que lo nombra recurrentemente. En este tercer escenario es crucial tener en cuenta el tamaño de la firma de abogados que realiza las designaciones, si se trataban de diferentes clientes, diferentes materias, etc.

Habiendo quedado claro cuándo se producen las designaciones repetitivas de los árbitros; a continuación, se explicará cuáles son los criterios que a nivel internacional que se han aplicado para analizar este tema.

i. Las Directrices de la IBA

Como se comentó al inicio del presente Artículo, las Directrices de la IBA reflejan la práctica internacional en materia de conflictos de interés³⁶ y sirven como guía para los participantes del arbitraje sobre qué situaciones debería un árbitro revelar dado que pudieran generar conflictos de intereses. Estas directivas son parte del *soft law*, es decir, no son vinculantes para los procesos arbitrales, salvo pacto en contrario; sin embargo, aun cuando solo son aplicables de manera referencial, esta guía es una de las más influyentes en el arbitraje internacional.

Las Directrices de la IBA con la finalidad de impulsar mayor consistencia y evitar recusaciones superfluas, renunciaciones y sustituciones de los árbitros, plantean una serie de situaciones que se encuentran distribuidas en tres listados: Listado Rojo (dividido en Renunciable e Irrenunciable), Listado Naranja y Listado Verde.

Las designaciones repetitivas de los árbitros han sido reguladas en el Listado Naranja de las Directrices de la IBA, el cual incluye situaciones que, desde el punto

³⁵ Born, Gary. *“International Commercial Arbitration”*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014, pp. 1894-1895.

³⁶ Born, Gary. *“International Commercial Arbitration”*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014, p. 1698.

de vista de las partes, pueden generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. Por ello, para las Directrices de la IBA, esta situación debe ser revelada según cada caso concreto. Tal como indica Gómez-Acebo:

“The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration include repeat appointments on its Orange List. This List is a non-exhaustive enumeration of specific situations that: (i) in the eyes of the parties, may give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s impartiality or independence (hence the arbitrator’s duty to disclose them); but (ii) in the eyes of a reasonable third person with knowledge of the relevant facts in each particular case, may or may not be a conflict of interests (may or may not justify the disqualification of the arbitrator)”³⁷

El Listado Naranja se caracteriza por reflejar situaciones que podrían ser aceptadas por las partes, en caso el árbitro cumpla con revelarlas y las partes no lo recusen por las circunstancias reveladas dentro de un determinado plazo (30 días de acuerdo a las Directrices de la IBA).

De esta manera, las Directrices de la IBA establecen lo siguiente respecto a las designaciones repetitivas de los árbitros:

“3. Listado Naranja

3.1 Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.

(...)

3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas.

(...)

3.3 Relación entre un árbitro y otro árbitro o un abogado.

(...)

3.3.8. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones” (Énfasis agregado).

Los numerales antes citados presentan dos aspectos importantes. Uno cuantitativo, en lo que respecta a la cantidad de designaciones que haya tenido el árbitro; y, uno temporal, en lo que respecta a cuántos años atrás debe retroceder el árbitro para identificar qué revelar.

³⁷ Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 123.

Para el primer caso, que es el regulado en el numeral 3.1.3 anteriormente citado, se tiene que, dependiendo del caso concreto, el árbitro debe revelar las designaciones anteriores por una de las partes del proceso o por una afiliada a éstas. El árbitro debe revelar estas designaciones si ocurrieron en 2 o más ocasiones dentro de los 3 años anteriores al proceso.

Este caso también contempla que las designaciones hayan sido realizadas por las empresas afiliadas, que típicamente se refieren a aquellas empresas que forman parte de un mismo grupo de empresas³⁸. Sin embargo, se debe considerar que, dependiendo del caso concreto, no necesariamente todas las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico son las relevantes, sino que se debe analizar si existen hechos que podrían llevar a concluir que las estrategias arbitrales son dirigidas por el mismo grupo de personas³⁹. Por ejemplo, se puede revisar si las empresas afiliadas comparten una misma dirección.

Para el segundo caso, que es el estipulado en el numeral 3.3.8 antes citado, se establece que, dependiendo del caso concreto, el árbitro deberá revelar las designaciones anteriores que haya tenido del mismo abogado o por el mismo bufete de abogados que patrocina a una de las partes en el caso. El árbitro debe revelar estas designaciones si ocurrieron dentro de los 3 años anteriores al proceso y si fue designado en más de 3 ocasiones.

Este numeral, también al igual que el numeral 3.1.3 del Listado Naranja, establece un criterio cuantitativo respecto a las designaciones repetitivas de los árbitros. Así, señala que el abogado o el bufete de abogados de una de las partes del proceso debe haber designado al árbitro previamente en 3 o más ocasiones. Como se advierte, el criterio cuantitativo cambia a 3 designaciones, en comparación con el supuesto donde las designaciones previas las realiza una de las partes del proceso o sus empresas afiliadas en el que se requieren 2 designaciones. Dicho cambio es razonable pues una firma de abogados normalmente patrocina diversos arbitrajes, por lo que es más propensa a nombrar árbitros con mayor frecuencia. Por ello, es razonable que el criterio cuantitativo aumente en los casos en los que se evalúa las designaciones repetitivas por una firma de abogados.

De todos modos, en cualquiera de los dos casos, el criterio que recogen las Directrices de la IBA para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros es uno cuantitativo, pues el marco que indican se centra en la cantidad de designaciones que haya tenido el árbitro en un determinado periodo de tiempo.

³⁸ Born, Gary. *"International Commercial Arbitration"*. Segunda Edición. Kluwer Law International. 2014, pp. 1894-1895.

³⁹ Arméstar Alzamora, Claudia y Rocca Marín, Rafael, *"El Efecto de las Designaciones Repetitivas en la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros bajo el Sistema Arbitral Peruano"*, Repositorio Universidad del Pacífico. 2020. p. 46.

Si bien, desde el punto de vista de los redactores de las Directrices de la IBA estos números resultan apropiados, actualmente ello no necesariamente es así; sobre todo, en sistemas arbitrales con particularidades como las del peruano.

Guiarse por un criterio estrictamente numérico puede llevar un mensaje equivocado hacia los participantes del arbitraje. Por un lado, si las Directrices de la IBA consideran un determinado número de designaciones por una de las partes del proceso, sus afiliadas, sus abogados o el bufete de abogados que las representa, para determinar si estas pueden o no causar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros; entonces, aquellas designaciones que estén debajo de la referencia numérica son circunstancias que podrían estar incluidas en el Listado Verde⁴⁰. Es decir, son circunstancias que el árbitro podría no revelar pues no generarían dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad:

“This approach does not seem satisfactory. By recommending not to disclose certain repeat appointments, **the IBA Guidelines are not only sending decision-makers the message that certain repeat appointments should normally not disqualify an arbitrator** (admittedly a good general guideline) but also – and here lies the rub – encouraging arbitrators to make the real objective test on those appointments (the one carried out by a reasonable and informed third party) impossible for lack of knowledge”⁴¹ (Énfasis agregado)

Todas las designaciones son finalmente nombramientos repetitivos y, por lo tanto, deberían ser conocidos por las partes, y, eventualmente, por quien resuelva la recusación. Estas designaciones deberían ser consideradas junto con otros factores de cada caso. No se puede solo tener en cuenta un número. En palabras de Gómez-Acebo:

“(…). An arbitrator should not be allowed to decide alone whether one past appointment by the same party or three past appointments by the same counsel do or do not exist for the purpose of the parties identifying potential conflicts of interest. Even if there is only one repeat appointment, parties should be informed of its existence in order to be able to make further enquiries if they deem it appropriate. For example, about the relevance of the fees associated with such past appointment or about a possible relationship between the past case and the present one”⁴².

Además, guiarse exclusivamente por un criterio cuantitativo no permite analizar las designaciones repetitivas con otros factores, como puede ser la dependencia económica que puede existir en virtud de los honorarios que haya recibido el

⁴⁰ Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 125.

⁴¹ Idem.

⁴² Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 125.

árbitro por dichos procesos en los que fue designado recurrentemente por la misma parte o bufete de abogado.

Aplicar un criterio cuantitativo pierde de vista el análisis de cada caso, al establecer una regla numérica por *default* de situaciones que “para los redactores de las Directrices de la IBA” no deberían generar dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Esto puede ser aún más perjudicial si se tiene un proceso que resuelve materias en las que el número de expertos es reducido. Por ejemplo, derecho marítimo. Esta situación es incluso reconocida por las propias Directrices de la IBA en una nota al pie⁴³. En simple, si se tiene un número reducido de potenciales árbitros y varios procesos arbitrales, entonces las designaciones de árbitros frecuentemente superarán el número de designaciones que sugieren las Directrices de la IBA en su Listado Naranja. Así pues, considerando que cada día el derecho evoluciona, se generan nuevas industrias y ramas del derecho; conforme pase el tiempo, será aún más complicado aplicar este criterio numérico sobre industrias nuevas, en las que se tiene un número reducido de expertos en la materia.

ii. La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La CCI aplica su propio estándar en lo que respecta a las designaciones repetitivas de los árbitros, alejándose en ciertos aspectos de lo establecido por las Directrices de la IBA. Tal como establece el reporte de la CCI sobre recusaciones bajo su Reglamento de Arbitraje, incluido en el Boletín No. 1 del 2016, *ICC Dispute Resolution*:

“The IBA Guidelines are useful insofar as they identify uniform standards of disclosure. However, they are not directly applicable in ICC arbitration. While arbitrators acting under the ICC Rules may give consideration to the IBA Guidelines when deciding what to disclose, they are not bound by the IBA Guidelines unless the parties have specifically agreed otherwise”⁴⁴.

Así pues, las Directrices de la IBA pueden ser consideradas como parte del *soft law* (salvo pacto distinto de las partes). Pero, para el tema particular de las designaciones repetitivas de los árbitros, la CCI ha implementado un criterio propio, que lo da a conocer a través de sus reportes sobre las decisiones de recusación que la Corte resuelve. En estos reportes se recogen las novedades más importantes.

De este modo, la CCI no cuenta con un listado de situaciones que los árbitros estarían o no obligados a revelar, pues podrían o no causar conflictos de intereses,

⁴³ Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014, nota al pie de la página 8.

⁴⁴ Carlevaris, Andrea & Digón, Rocío. "Arbitrator Challenges under the ICC Rules and Practice". Boletín No. 1. ICC Dispute Resolution. 2016, p. 27.

como sí los presentan las Directrices de la IBA (Listados Rojo, Naranja y Verde). Tal como señalan Carlevaris & Digón:

“(...) The Court has recently issued guidance on the disclosure of conflicts of interest by arbitrators and prospective arbitrators to complement this provision. It can be found in the note the Secretariat sends to parties and arbitrators at the beginning of the proceedings. **Unlike the IBA, the Court has not attempted to provide an exhaustive list of circumstances that arbitrators and prospective arbitrators are expected to disclose, but rather examples of circumstances to which arbitrators and prospective arbitrators are invited to pay attention when assessing whether to make a disclosure.** (...)”⁴⁵ (Énfasis agregado)

La CCI al momento de resolver recusaciones basadas en la existencia de dudas sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros, da más importancia a sus propios precedentes que a las Directrices de la IBA⁴⁶. De hecho, para las sesiones donde la Corte debe resolver recusaciones, la CCI realiza un ejercicio que consideramos valioso para replicar. La Secretaría de este centro arbitral debe presentar en tales sesiones un reporte con recomendaciones para el caso y con referencias a precedentes que tengan hechos similares a los del caso que se va resolver⁴⁷. Esto precisamente busca que una institución arbitral, a través de las decisiones de su Corte, muestre criterios generales claros y concisos, que den predictibilidad a las partes y a los propios árbitros.

De este modo, la CCI al momento de resolver sobre designaciones repetitivas de los árbitros analiza diferentes factores, que exceden a un criterio numérico. Así, por ejemplo, analiza el grado de implicancia en determinados asuntos, el estado de los procesos (en curso o concluido), el detalle de la información que podría tener el árbitro recusado (asimetría de información), el alcance de los vínculos financieros, etc.⁴⁸ La CCI realiza un análisis cualitativo de las designaciones repetitivas.

Tal como se mencionó anteriormente, la CCI publica reportes sobre las decisiones de recusación que la Corte ha resuelto. Es importante dejar claro que, la CCI cuida los datos confidenciales del arbitraje. Lo que se publica es el criterio central que ha seguido la Corte para una determinada situación, resaltando los diferentes factores que se pueden considerar para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros. Luego, la CCI considera sus propios precedentes, para recusaciones donde los hechos son similares y de este modo es consistente con sus decisiones.

⁴⁵ Ibid., p. 28.

⁴⁶ Ibid., p. 29.

⁴⁷ Ibid., p. 30.

⁴⁸ Carlevaris, Andrea & Digón, Rocío. "Arbitrator Challenges under the ICC Rules and Practice". Boletín No. 1. ICC Dispute Resolution. 2016, p. 35.

Por ejemplo, en el reporte de la CCI del año 2016 realizado por Carlevaris & Digón se concluye lo siguiente:

“In the changing landscape of arbitration today it is important to be rigorous in assessing impartiality and independence. This is not only one of the essential missions of arbitral institutions but also a key to the continuing success of arbitration and users' confidence in the process”⁴⁹.

Además, tal reporte establece que:

“**The Court's practice of assessing challenges on a case-by-case basis gives it the flexibility to adapt to such new circumstances.** At the same time, the Court is aware of the importance of **creating predictability** in the treatment of challenges and discouraging the use of challenges as a delaying tactic. Its recent change of practice allowing it to provide parties with reasoned decisions on challenges at their joint request and to inform parties when a challenge is rejected for reasons of inadmissibility confirms its commitment to these goals”⁵⁰ (Énfasis agregado)

Es correcta la posición de la CCI respecto a que, un análisis caso por caso, no cuantitativo, para resolver las recusaciones brinda flexibilidad para que su Corte pueda adaptarse a nuevas circunstancias y a los hechos de cada caso concreto. Esto no sucede si se aplicarán directamente las Directrices de la IBA. Pues, en este último caso, se tendrá como marco un criterio que propone un número fijo o, por lo menos, mínimo de designaciones; esto, pierde de vista los diferentes factores que pueden generarse a raíz de las designaciones repetitivas, que son los que finalmente pueden reflejar que un árbitro está direccionado a favorecer a una parte, por razones ajenas al caso.

La CCI genera predictibilidad tanto para los árbitros como para las partes; e, intenta mitigar el riesgo de que se presenten recusaciones solo para dilatar el proceso, pues al ya tener un precedente o cierta información de cómo resuelve la Corte en casos similares, las partes se ven limitadas a ejercer este tipo de tácticas.

iii. The London Court of International Arbitration (LCIA)

Al igual que la CCI, la LCIA también aplica su propio criterio para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros. Con el objetivo de contribuir a la comprensión del deber de independencia e imparcialidad de los árbitros, la LCIA publica las decisiones de recusación como resúmenes. Se publican compendios con tales decisiones, respetando la confidencialidad de las partes e incluyendo, si se ha permitido, los nombres de los miembros de la Corte que tomaron la decisión⁵¹.

⁴⁹ Ibid., p. 42.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Walsh, Thomas & Teitelbaum, Ruth. “*The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitration: An Introduction*”. En: *Arbitration International*. Volumen 27. No. 3. 2011, pp. 283-284.

Estas decisiones sirven para dar una referencia sobre cómo resuelve la Corte de la LCIA y como una guía para entender la integridad arbitral. Además, la publicación de estas decisiones ayuda a evitar la presentación de recusaciones frívolas, pues dan una pauta para que los abogados analicen los motivos y las decisiones de dicha Corte sobre determinados hechos, antes de presentar una recusación basada en alegaciones generales de una posible dependencia o parcialidad de un árbitro⁵².

La LCIA también reconoce que las Directrices de la IBA son parte del marco referencial que se puede tener en cuenta para conflictos de intereses. Pero, en lo que respecta a las designaciones repetitivas de los árbitros, la LCIA aplica también su propio criterio.

La División de la LCIA que analizó una recusación en base a designaciones repetitivas señaló que la existencia de tales designaciones no son *per se* mérito suficiente para remover a un árbitro. Así, indicó que la recusación debía ser determinada bajo los ojos de una parte objetiva, que tenga en cuenta la perspectiva de las partes. La LCIA analiza dichas designaciones en términos económicos para el árbitro, pasando a un segundo plano el número específico de las designaciones⁵³.

La LCIA señala que las designaciones repetitivas de los árbitros son un tema particularmente polémico⁵⁴.

De igual forma que para la CCI, se considera que el criterio que aplica la LCIA para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros es el que permite considerar todos los factores del caso. Un criterio numérico, cuantitativo, es insuficiente. Analizar todos los factores de cada caso es fundamental para determinar si existen o no dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro.

IV. ¿Qué factores se pueden considerar para analizar si las designaciones repetitivas de un árbitro han impactado en su independencia e imparcialidad?

El problema de las designaciones repetitivas de los árbitros es un tema polémico a nivel internacional. La comunidad arbitral internacional reconoce que existen críticas a las designaciones repetitivas de árbitros por los efectos que éstas tienen en la imparcialidad e independencia de los mismos. En específico, indican lo siguiente: “Critics of repeat appointments fear that a repeat arbitrator is nothing more than a party-arbitrator dependant on and loyal to the appointment party and selected for his or her partiality”⁵⁵.

Este tema también ha sido comentado dentro de la comunidad arbitral peruana. Si bien, no figura gran desarrollo del tema en comparación con el contexto

⁵² Ibid., p. 284.

⁵³ Ibid., p. 299.

⁵⁴ Ibid., p. 299.

⁵⁵ Rivera-Lupu, Maria & Timmins, Beverly. “Repeat Appointment of Arbitrators by the Same Party or Counsel: A Brief Survey of Institutional Approaches and Decisions”. Revista del Club Español del Arbitraje. Kluwer Law International. 2012.

internacional, es innegable que en los últimos años las designaciones reiteradas de los árbitros peruanos han sido noticia. Así, por ejemplo, el profesor Alfredo Bullard en el “Seminario: Ética vs. Corrupción en el Arbitraje” desarrollado el 13 de julio de 2016 manifestó lo siguiente:

“El nombramiento frecuente genera varios problemas, en primer lugar, los árbitros cobran, en consecuencia el nombramiento frecuente significa un flujo de dinero que el árbitro está recibiendo ... eso puede ser leído como indicador de que está perdiendo imparcialidad, porque está dependiendo, y si parte importante de los ingresos dependen de los nombramientos que hace una sola parte ... posiblemente la imparcialidad se vea afectada y claro, conozco casos de personas nombradas 72 veces por la misma parte ... además, puede ser un indicador de que el árbitro esté ‘encamisetado’, es decir, que se nombra, siempre, porque siempre empuja para que le den la razón o se las ajusta para dar la razón, ... por eso los nombramientos frecuentes deben tratar de evitarse o ponerse un límite a ellos, no solo respecto a la salud del arbitraje, sino a la salud del prestigio del árbitro como árbitro, porque tarde o temprano eso se agota”⁵⁶.

Si bien, en un caso en que un árbitro haya sido designado 72 veces, por una parte, puede ser evidente que se haya comprometido su imparcialidad e independencia; en la mayoría de los casos en los que se cuestiona a un árbitro por designaciones repetitivas, no figura un número tan alto de designaciones que permita que sea evidente el nivel de dependencia y/o parcialidad del árbitro.

La existencia de designaciones repetitivas no es, en principio, motivo suficiente para declarar fundada una recusación y remover a un árbitro⁵⁷. Esta problemática no se debe analizar solo tomando en cuenta el número de designaciones por una misma parte, sus vinculadas o sus abogados; y, el periodo de tiempo en el que ocurrieron dichas designaciones, sino que se deben considerar otros factores según cada caso concreto.

A continuación, se presentan brevemente aquellos factores que se suelen analizar para las designaciones repetitivas de los árbitros:

i. Dependencia económica

Los árbitros reciben honorarios que usualmente son calculados en base a la cuantía del caso. Si un árbitro es designado en repetidas ocasiones por una misma parte, esto significa que el árbitro recibe honorarios recurrentes de dicha parte. Por ello, para un árbitro puede ser atractivo que una misma parte lo continúe designando:

⁵⁶ Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maraví, Rigoberto & Seminario Reyes, Carlos. “Ética en el Arbitraje de Contratación Pública: Problemas y Soluciones”. En: Arbitraje PUCP. No. 6. 2016. pp. 105-106.

⁵⁷ Gomez-Acebo, Alfonso. “Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 114.

“It has been considered that the arbitrator’s financial reward can constitute an incentive for the arbitrator’s desire to be reappointed. It would be naive to consider that the economical reward of a repeated appointment is not attractive. After all, the arbitrator’s fees in international proceedings are often generous; therefore, the more arbitrations, the better the income”⁵⁸

De este modo, si un árbitro recibe grandes sumas de dinero como honorarios de una misma parte en diversos arbitrajes, su deber de independencia e imparcialidad se podría ver afectado por un factor de dependencia económica.

Este es un factor importante que suele ser analizado en la práctica internacional al momento de resolver si la designación repetitiva de un árbitro es suficiente o no para generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. La doctrina autorizada es uniforme al resaltar la importancia de este factor para el tema de las designaciones repetitivas: “A repeat arbitrator may be financially (or otherwise) dependent on the appointing party and may directly or indirectly favour the appointing party in the course of decisions made in the arbitration by, among other things, influencing the other arbitrators, refusing to sign the award or writing a dissenting opinion.”⁵⁹

Sin duda, la dependencia económica de un árbitro respecto a la parte que lo designa repetitivamente es un factor a analizar en cada caso concreto.

Ahora bien, las designaciones repetitivas de un árbitro también pueden generar una dependencia económica de éste con los abogados o firma de abogados que lo nombra frecuentemente. En esta línea se han pronunciado autores reconocidos como Redfern & Hunter:

“A connection with counsel can also arise in a variety of ways. An arbitrator cannot sit in a case in which he or she has a financial relationship with one of the counsel. Most obviously, this will arise if they are colleagues in the same law firm. Similarly, **an arbitrator who receives a significant number of repeat appointments from the same law firm could be said to have developed a financial relationship with the firm**”⁶⁰ (Énfasis agregado)

Entonces, para el análisis de este tema se debe considerar si puede existir o no dependencia económica del árbitro hacia quien lo designa reiteradamente. Así pues, se analiza si los ingresos generados por las designaciones repetitivas constituyen una parte relevante de los ingresos totales del árbitro. Para ello, se puede, por ejemplo, analizar cuántos casos ha tenido el árbitro en un determinado

⁵⁸ Giraldo-Carrillo, Natalia. “The ‘Repeat Arbitrators’ Issue: A Subjective Concept”. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*. No. 19. 2011, p. 88.

⁵⁹ Rivera-Lupu, Maria & Timmins, Beverly. “Repeat Appointment of Arbitrators by the Same Party or Counsel: A Brief Survey of Institutional Approaches and Decisions”. *Revista del Club Español del Arbitraje*. Kluwer Law International. 2012, p. 105.

⁶⁰ Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel & Partasides, Constantine. “Redfern & Hunter on International Arbitration”. Sexta Edición. Kluwer Law International. Oxford University Press. 2015, p. 271.

periodo de tiempo, para así poder concluir si los honorarios por las designaciones repetitivas de una misma parte le generan un ingreso significativo dentro de tal periodo; también, se puede considerar si el árbitro realiza cualquier otra actividad que le genere ingresos, para identificar la proporción de ingresos que recibe como árbitro designado por la misma parte.

A nivel de doctrina y jurisprudencia internacional, no se ha establecido un porcentaje en específico que sea aplicable a todos los casos de manera automática y que ayude a identificar desde qué monto se puede considerar que existe dependencia económica. De hecho, la existencia de dicho porcentaje desnaturalizaría el análisis de las designaciones repetitivas del árbitro, que debería ser caso por caso. La metodología para identificar si existe o no dependencia económica dependerá de los hechos y de la información disponible en cada caso. Debe quedar claro que, no es indispensable contar con los montos exactos de los honorarios que el árbitro ha percibido en cada proceso, esto sería impracticable. Es suficiente con analizar la proporción de los ingresos y así identificar que relevancia tienen los ingresos que recibe el árbitro de una misma parte sobre sus ingresos globales.

ii. Controversias sobre un mismo contrato o controversias relacionadas

Un árbitro puede haber sido designado en varias ocasiones por una misma parte o un mismo bufete de abogados, debido a que las controversias de dichos arbitrajes versan sobre un mismo contrato o se encuentran relacionadas entre sí. En estos casos, en principio, es razonable que una parte designe al mismo árbitro, para así evitar decisiones contradictorias y contar con árbitros que ya conozcan el contrato y que lleven un proceso eficiente. Sobre ello, Gómez-Acebo ha comentado que:

“A circumstance which must be considered is whether the repeat appointments take place in related arbitrations. In this scenario, the party making the repeat appointments may have additional good reasons for its decisions to choose the same person in different cases, namely an interest in avoiding inconsistent decisions”⁶¹ (Énfasis agregado)

De hecho, en contratos de larga duración donde pueden surgir diversas controversias durante la ejecución, es aún más razonable designar a un mismo árbitro que conozca el contrato, la industria y, según sea el caso, los acontecimientos dados durante la ejecución contractual. Este, por ejemplo, podría ser el caso de los contratos de concesión celebrados con el Estado que deben incluir convenios arbitrales por disposición legal; así, debido al largo tiempo de vigencia de este tipo de contratos, se pueden presentar diversas controversias durante la ejecución contractual.

⁶¹ Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 117.

Ahora bien, los cuestionamientos de designar al mismo árbitro para arbitrajes relacionados se centran principalmente en dos aspectos. El primero es que, es peligroso que se designen a los mismos árbitros, pues éstos pueden ser vulnerables a prejuzgar la controversia en cuestión debido a las actuaciones o hechos de los otros arbitrajes donde fueron nombrados previamente⁶². El segundo es que, podría surgir asimetría de la información, pues el árbitro que fue designado repetitivamente contará con mayor información (obtenida en los otros arbitrajes) en comparación con la información con la que cuenten sus co-árbitros⁶³.

Como se advierte, el nombramiento repetitivo de árbitros en procesos con controversias relacionadas debe también analizarse caso por caso y, en principio, se debe considerar que las partes nombran al mismo árbitro en base al interés que tienen de evitar decisiones contradictorias y de obtener decisiones razonables, consecuentes y eficientes. Al respecto, la doctrina señala que:

“The decision to allow or not to allow the same arbitrator to deal with similar issues in related cases should try to be objective in the consideration of the two legitimate that are normally at stake: the interest to avoid prejudgment by the arbitrator and the interest to avoid inconsistent decisions”⁶⁴

Este factor ha sido ampliamente comentado en la experiencia internacional. Cobra especial relevancia bajo el sistema arbitral peruano, donde existe la particularidad de que los contratos con el Estado deben incluir obligatoriamente convenios arbitrales. Así pues, si surgen diversas controversias de un mismo contrato, por ejemplo, de obra pública, servicios públicos, concesiones, lo razonable es que se designe a un mismo árbitro para resolverlas; pero, el límite debe evaluarse en cada caso, pues si se llegase a designar a un mismo árbitro para absolutamente todas las controversias, podría suceder que éste pueda estar direccionado a favorecer a la parte que lo nombra recurrentemente.

iii. Mercado especializado

Al momento de analizar las designaciones repetitivas, se debe tener en cuenta el mercado de árbitros, pues, según la materia a ser resuelta, puede tratarse un mercado limitado con reducidas opciones de árbitros especializados y calificados para la controversia que se tiene que resolver. Al respecto, la doctrina autorizada indica que:

“Small pool of arbitrators. Repeat appointments in its broader sense (affecting party-appointed or non-party appointed arbitrators) may be justified in some cases by the existence of a small pool of prospective arbitrators with the experience or expertise required of the arbitrator. A

⁶² Fouchard, Gaillard & Goldman. *“International Commercial Arbitration”*. Kluwer Law International. 1999, pp. 567-568.

⁶³ Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016, p. 117-118.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 120.

national court appreciated the specialization of the law firm of an arbitrator who had been appointed by the same party ten times in ten years to reject his challenge in an ad hoc case”⁶⁵ (Énfasis agregado)

No se puede perder de vista que, el derecho de las partes a elegir un árbitro se caracteriza también por tener la posibilidad de elegir a una persona experta en la materia que se va resolver. Entonces, es un interés válido de las partes elegir a un árbitro que cuente con los conocimientos y la experiencia en la industria o la materia que va a analizar.

iv. Resultados de los arbitrajes previos

Dependiendo del caso, otro factor que se puede analizar para el tema de las designaciones repetitivas de un árbitro es cómo falló dicho árbitro en los arbitrajes anteriores en los que fue designado por la misma parte o el mismo bufete de abogados. Para ello, es necesario que el árbitro en cuestión y la parte o el bufete de abogados que lo ha designado repetitivamente brinden la información necesaria; claro está, sin vulnerar la confidencialidad de los arbitrajes anteriores. Con dicha información, se podrá determinar cuántas veces el árbitro cuestionado ha emitido laudos o votos en discordia que favorecen a la parte que lo designa.

De todos modos, si bien este factor puede ser uno más a considerar, debe ser tomado con cautela, pues lo razonable es concluir que el árbitro laudó a favor o en contra de una parte debido a los méritos que sustentan cada caso.

v. Acumulación de arbitrajes

No es extraño que, en ciertos casos, se decidan acumular o consolidar arbitrajes en un solo proceso⁶⁶. Si se da el caso de que un árbitro es designado repetitivamente en procesos; y, luego dichos procesos se acumulan o consolidan, tales designaciones no deberían considerarse como arbitrajes independientes, sino como una sola designación.

Esta situación puede ser usual en contratos con plazos específicos para iniciar el arbitraje. En estos casos, las partes se ven obligadas a iniciar diversos arbitrajes, pues, de lo contrario, la posibilidad de someter la controversia a arbitraje precluye. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado, que establece plazos de caducidad para iniciar los mecanismos de solución de controversias⁶⁷.

⁶⁵ Gomez-Acebo, Alfonso. *“Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”*. International Arbitration Law Library. Volume 34. Kluwer Law International. 2016. p. 122.

⁶⁶ Diferentes marcos normativos reconocen esta posibilidad. Por ejemplo, este es el caso del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Artículo 10. Y, en el plano local, por ejemplo, es el caso del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Artículo 9.

⁶⁷ Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, Artículos 45.5 - 45.9.

Los 5 factores antes comentados son solo algunos de los que se pueden presentar para analizar las designaciones repetitivas de los árbitros. No son los únicos, pero son los más comentados en la práctica del arbitraje internacional.

V. ¿Las particularidades peruanas incentivan las designaciones repetitivas de los árbitros?

Como se ha indicado al inicio del presente Artículo, en el Perú el número de arbitrajes se ha incrementado exponencialmente en los últimos años. Es innegable que, el arbitraje ha alcanzado gran reconocimiento a nivel mundial en las últimos años y esto seguramente ha impactado en el crecimiento del arbitraje en el Perú. Sin embargo, lo cierto es que la cantidad de arbitrajes y, consecuentemente, la cantidad de designaciones de árbitros en el Perú, no se ha incrementado solo por ello. El Perú presenta particularidades.

¿Cuáles son esas particularidades? Pues bien, en el Perú el arbitraje no solo se ha incrementado debido al éxito mundial de este foro como mecanismo de solución de controversias, sino que en este país existen normas que imponen al arbitraje como foro obligatorio para los contratos suscritos con el Estado. Entonces, considerando que el Estado tiende a ser quien más contrata en una nación, teniendo más de 7,000 contratos al año⁶⁸, contar con dichas normas ha sido la principal causa del incremento exponencial de arbitrajes en el Perú. No se puede negar que estas particularidades peruanas han generado que el arbitraje se haya vuelto "masivo" para la contratación pública⁶⁹.

⁶⁸ Montezuma Chirinos, Alberto. "Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo N° 1071". Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Volumen XI. No. 3. 2018: "Finalmente un aspecto importante a tener en cuenta en este recuento de consideraciones es el aumento constante de los arbitrajes en el Perú. La solución de controversias en el Perú mediante el uso del procedimiento arbitral desde el año 2000, es decir antes del D.L. 1071, había experimentado un incremento significativo. **El arbitraje doméstico o nacional, se había visto muy recurrido debido a que el Estado Peruano decidió integrar de manera obligatoria en los todos los contratos que celebra una cláusula de resolución de conflictos que obligaba en consecuencia a que todas las diferencias se resuelvan mediante arbitraje.** El sentido de la norma en materia de contratación con el estado para los efectos de la resolución de conflictos no ha variado hasta la fecha, **y su incremento es cada día más creciente debido al desarrollo de la economía peruana en la que el Estado participa en la construcción de obras de infraestructura, salud, educación, así como compra de bienes y servicios para programas de desarrollo alimenticio, programas sociales o proyectos de desarrollo de toda índole.** Esto se ve evidenciado si se tiene en cuenta que el Estado celebra más de 7 mil contratos al año en los cuales se encuentra incorporada obligatoriamente una cláusula arbitral regulada por la Ley de Contrataciones del Estado. Así tenemos que diferencias surgidas en proyectos de infraestructura que involucran grandes e importantes sumas de dinero sean resueltas en arbitrajes nacionales o domésticos en los cuales también se encuentran involucradas empresas internacionales que ejecutan los contratos que han celebrado con el Estado Peruano". (Énfasis agregado)

⁶⁹ Seminario: "Ética vs Corrupción en el Arbitraje" desarrollado el 13 de julio de 2016, organizado conjuntamente por las 3 instituciones arbitrales más importantes del Perú: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la Unidad de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, Ponencia del abogado Roger Rubio: "es cierto que el Perú tiene una **particularidad** el arbitraje de contratación pública que lo hace muy masivo, que hace que haya mucho arbitraje por todos lados, por todo el Perú y eso rompe un poco los estándares... las reglas de la IBA están pensadas para arbitrajes internacionales y no son masivos". (Énfasis agregado)

Ahora bien, estas particularidades peruanas impactan en las designaciones de los árbitros. Ello, porque mientras más arbitrajes se tienen, más designaciones se presentan. Pero, lo cierto es que, aun cuando la cantidad de designaciones aumenta, el mercado de árbitros destacados y expertos no evoluciona tan rápido. Entonces, finalmente las partes cuentan con las mismas opciones de árbitros (o casi las mismas opciones), pero con mayores necesidades de designación. Esto, claramente, genera que haya más designaciones de una misma parte o bufete de abogados hacia un mismo árbitro. Es decir, genera designaciones repetitivas de los árbitros.

Si bien, el propósito de este Artículo es presentar el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros desde una perspectiva internacional, se debe tener en cuenta que en el marco local esta problemática también está presente. Y, no solo ello; sino que, las particularidades peruanas pueden estar incentivando las designaciones repetitivas de los árbitros para procesos bajo el ordenamiento jurídico peruano.

Por ello, resulta importante analizar también este tema desde el punto de vista local; este análisis puede ser objeto de un siguiente Artículo, pues lo cierto es que en el Perú poco se ha escrito al respecto.

VI. Conclusiones y recomendaciones

Las designaciones repetitivas de los árbitros son un tema polémico y casuístico. Como se ha explicado en este Artículo, este tema no puede ser analizado únicamente bajo un criterio cuantitativo, que implique solo revisar la cantidad de nombramientos que haya tenido el árbitro. Lo que corresponde es aplicar un criterio cualitativo que analice diferentes factores, como, por ejemplo, la dependencia económica del árbitro hacia la parte que lo designa recurrentemente; la relación entre los casos en los que ha sido designado el árbitro de manera reiterada; la materia de los asuntos que el árbitro ha resuelto; las decisiones previas que el árbitro ha tomado en los casos en los que fue designado por la misma parte; la acumulación o consolidación de procesos; entre otros. El número de designaciones puede ser un factor más a considerar, pero no el único.

Para realizar este análisis, es indispensable contar con información sobre los árbitros. Dependiendo de cuánta información se ponga a disposición de las partes y de quien resuelve una recusación, se determinará que tan detallado puede ser el análisis.

Precisamente, para contar con mayor información sobre los árbitros es que se han creado plataformas como Jus Mundi. Esta herramienta permite obtener mayor información de los árbitros, que puede complementar las revelaciones que realicen en el proceso; y, ayudar a dar luces de posibles conflictos de interés. Contar con estas plataformas digitales innovadoras es muy útil en la actualidad.

La práctica internacional da grandes luces sobre cómo tratar el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros en los arbitrajes con sede en el Perú.

La principal recomendación que puede rescatarse de la experiencia internacional es: la publicación de los criterios con los que se resuelven las recusaciones. Los centros de arbitraje locales pueden tomar esta recomendación, ya que esta práctica es sumamente útil. Con ella, tanto las partes como los árbitros conocerán como resuelven el tema de las designaciones repetitivas de los árbitros, las cortes de los centros arbitrales. Tal como mencionamos al inicio de este Artículo, lo retador de este tema es poder determinar cuándo las designaciones repetitivas exceden el lente razonable y pueden comprometer la independencia e imparcialidad de un árbitro; pues bien, considerando este reto, contar con la publicación de los criterios con los que se resuelven las recusaciones sobre designaciones repetitivas, sería beneficioso para la comunidad arbitral. De hecho, esta práctica genera predictibilidad y puede, incluso, mitigar el riesgo de que se presenten recusaciones frívolas, que solo intentan dilatar el proceso.

El desarrollo del Derecho Internacional Privado en el Perú

Nicolás Vassallo*

Resumen. - El desarrollo del Derecho Internacional Privado tomó especial impulso con el fortalecimiento del Estado-nación y la reivindicación de su soberanía. El autor efectúa un repaso de la evolución del Derecho Internacional Privado en Latinoamérica y su codificación en el Perú y, luego de un análisis en el Derecho Comparado, discute la necesidad de cambios en el ordenamiento peruano.

Abstract. - The development of Private International Law took special impulse with the strengthening of the Nation-State and the vindication of its sovereignty. The author reviews the evolution of Private International Law in Latin America and its codification in Peru and, after an analysis of Comparative Law, discusses the need for changes in the peruvian legal system.

Palabras claves. - Derecho Internacional Privado - Conflicto de leyes - Competencia internacional - Reconocimiento y ejecución de fallos extranjeros

Keywords. - Private International Law - Conflict of laws - International jurisdiction - Recognition and enforcement of foreign judgment

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Su actividad profesional y académica se enfoca en Derecho Internacional Privado, Arbitraje y Comercio Internacional. Profesor del curso de Derecho Internacional Privado en la Universidad del Pacífico (UP).

I. A modo de introducción: un problema de larga data

En tanto coexistan dos o más ordenamientos jurídicos, que den lugar a consecuencias jurídicas distintas ante un mismo supuesto, existirá la necesidad de un “derecho de derechos” que ofrezca alternativas de solución.

En efecto, históricamente la existencia de más de un ordenamiento jurídico necesariamente ha resultado, a su vez, en la existencia de posibles conflictos o tensiones en la aplicación de los mismos.

Los intentos de solución a tales retos son tan antiguos como las interacciones entre distintas sociedades. A grandes rasgos, algunos autores identifican los inicios del Derecho Internacional Privado en las relaciones entre ciudades-estado griegas o en el Derecho romano, aunque otros elijan el desarrollo durante la Edad Media en Europa y en particular los trabajos de Acursio.

En la Antigüedad se plantearon diversas soluciones a esta problemática. Existieron así algunas estipulaciones en ese sentido en ciudades egipcias, y fueron las ciudades-estado del mundo helénico las que celebraron acuerdos para determinar qué reglas se aplicarían a sus respectivos ciudadanos. Ello se veía favorecido por una identidad común helénica y ciertas instituciones compartidas en dicho ámbito. Una ventana a dicha situación es la defensa dada por el orador Isócrates ante las autoridades de Egina, en el caso de una disputa sobre una herencia¹. Ante la imposibilidad de contar con reglas claras sobre cuál sería la ciudad-estado cuyo ordenamiento aplicaría a dicha disputa, el orador debió argumentar de acuerdo con todas las ciudades-estado con una mínima vinculación al caso. Desde luego, esta solución no sólo es poco práctica, sino que no aborda el problema de fondo: ¿cuál es la ley que debe aplicarse al fondo de la controversia?

Es por ello que algunos autores identifican en Roma y su desarrollo del *ius gentium* - en contraposición al *ius civilis* - los inicios del Derecho Internacional Privado. Al respecto Gozzi explica que el entendimiento dado por Cicerón del *ius gentium* como originado en la ley natural definió el entendimiento de aquella noción durante la Edad Media².

Sin perjuicio de ello, difícilmente puede evitarse señalar a la glosa de Acursio como un hito en el camino hacia el moderno Derecho Internacional Privado³. Al comentar (glosar) el Edicto de Tesalónica también llamado *Lex Cunctos Populus* (ley para todos los pueblos) decretada en el año 380, Acursio efectuó su hoy célebre comentario: “si un habitante de Boloña se traslada a Módena no deberá ser juzgado

¹ ISÓCRATES. *Discursos*. Madrid: Gredos, 2007, Vol. II, p. 3 y ss.

² GOZZI, Gustavo. *Rights and Civilizations: A History and Philosophy of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 23.

³ Ver por ejemplo SCOTTI, Luciana. “El origen de los Estudios de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”. En *Nuevos aportes a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires: Departamento de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2014, pp. 84 y ss.

según los estatutos de Módena a los que no está sometido, como lo demuestra la frase de la *Lex Cunctos Populus*".

Se plantea allí de manera clara, entonces, la naturaleza extraterritorial de las leyes.

Ello nos lleva al valioso trabajo de Bartolo de Sassoferrato en el siglo XIII y su planteamiento de la cuestión, así como Guillermo de Cun y su trabajo sobre los estatutos. Como explica Delgado Barreto, Bartolo resalta entre los posglosadores por su esfuerzo sistematizador de lo que luego se denominarían categorías de conexión, "deduciendo que el Estatuto real estaba regido por la ley de la situación del bien; el estatuto personal, por la ley del domicilio; los contratos, por la ley del lugar de celebración de los mismos, en el fondo; y los mixtos, referidos a la forma de los contratos, por la ley del lugar de celebración; mientras que los delitos y los hechos ilícitos civiles, por la ley del lugar donde se efectuó el daño, y el procedimiento, por la ley del juez"⁴.

Surgió, asimismo, una enriquecedora discusión respecto al sustento para la aplicación extraterritorial de las normas. En otras palabras, se intentó responder la pregunta, ¿por qué un juez local debe aplicar una norma extranjera? Esta pregunta aparentemente inocente ha dado lugar a enormes y muy valiosas discusiones. Aparece así la figura del *comity* (que se ha traducido, en distintos casos, como "civildad" o "cortesía"), vale decir, el principio por el cual ciertas leyes pueden tener un efecto extraterritorial debido a un acto de discrecionalidad o cortesía del Estado receptor⁵.

A la par que se dieron posteriores aportes valiosos de Mancini y Savigny respecto al rol de nacionalidad y de domicilio como criterio central, irrumpió un fenómeno trascendental: la codificación civil, así como posteriores esfuerzos por codificar normas de Derecho Internacional Privado, sea en derecho interno o en codificación internacional.

⁴ DELGADO BARRETO, César y María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ. *Derecho Internacional Privado. Colección Lo Esencial del Derecho No. 22*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 41.

⁵ El *comity* ha sido considerado - no sin razón - como "una de las doctrinas más confusas evocadas en casos referidos a los intereses de Estados extranjeros" (STEPHENS, Beth et al. *International Human Rights Litigation in United States Courts*. Leiden: Nijhoff Publishers. 2008. Edición II. P. 355). Sin embargo, buena parte de dicha confusión se debe a la inclusión dentro de la misma figura (*comity*) de un sinnúmero de teorías mutuamente incompatibles. Tan solamente en lo que se refiere a su fuente, para un sector de sus defensores el *comity* es un acto de cortesía, en otros casos tiene un origen legal, en otro se basa en la reciprocidad y en otros proviene más bien del Derecho Natural. Ello hace que requiramos especial cuidado al hacer referencia o argumentar en base a esta tan importante figura en la evolución del Derecho Internacional Privado.

II. El Derecho Internacional Privado en el Perú

i. Primeros intentos de codificación en una joven República

Como señalamos, la codificación de lo que hoy denominamos Derecho Internacional Privado fue uno de los hitos en su evolución.

En el Perú, el proceso codificador sufrió sus propios retos, en particular durante los caóticos primeros años de la República.

La Comisión designada por don Simón Bolívar en 1825 para la creación de un Código Civil y un Código Penal⁶ fracasó debido posiblemente por la ausencia de una Constitución. Además, dicha Comisión apenas realizó una única reunión de trabajo⁷.

En efecto, la Constitución Política de la República Peruana de 1823 elaborada por el Primer Congreso Constituyente del Perú – que podría ser considerado el primer cuerpo político elegido de manera democrática por los peruanos – fue prontamente suspendida hasta 1827 irónicamente para facilitar los esfuerzos de consolidación de la independencia liderados por Bolívar.

Similar destino sufrió la Comisión designada en 1831 por el presidente Gamarra para un Código Civil, que apenas pudo iniciar una brevísima discusión sin mayores resultados.

La urgencia de contar con un Código Civil se reflejó en la Constitución de 1834, cuyas disposiciones transitorias facultaban a la Corte Suprema a proponer proyectos legislativos ante el Congreso de la República y daba prioridad al Código Civil. No obstante ello, el proyecto presentado nunca fue aprobado, tal vez por su articulado decisivamente anticlerical.

Luego de ello, durante la Confederación peruano-boliviana, el gobierno de Santa Cruz buscó la implementación del Código boliviano en territorio peruano desde 1836. Sin embargo, fue dejado de lado primero en el estado nor-peruano en 1838, y luego en el sur-peruano en 1839⁸.

Debido a ello, como consecuencia de una nueva Comisión designada por el presidente Castilla, se preparó un nuevo proyecto. Dicho proyecto fue sujeto a diversas modificaciones y a una activa Comisión Revisora. El resultado era en buena cuenta imperfecto, pero fue de todas formas promulgado en 1850 de la

⁶ Por decreto del 31 de enero de 1825. Ver: DENEGRI LUNA, Félix. *Obra gubernativa y epistolario de Bolívar*. Tomo XIV. Volumen 1. Comisión Nacional del sesquicentenario de la independencia del Perú. Lima, 1975, p. 298.

⁷ LUNA VICTORIA, César. "Código civil de 1852: lo nacional y lo importado". En *Derecho PUCP* No. 42. Lima, 1988, pp. 74 y ss.

⁸ BASADRE AYULO, Jorge. "Notas sobre el proceso de codificación civil en el Perú en el siglo XIX. El Código Civil de 1852. Las transformaciones del Derecho Peruano a partir de 1852". En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: 1992, pp. 147 y ss.

mano con el Código de Enjuiciamientos Civiles. Se tenía previsto que ambos Códigos entraran en vigor unos meses después.

Sin embargo, antes de que ello ocurriera, el gobierno de Echenique dejó sin efecto la promulgación de tales Códigos y dispuso que una nueva Comisión prepare una propuesta. Esta propuesta fue aprobada y promulgada en todo el país, entrando en vigor el 29 de julio de 1852.

Ante ello, resulta difícil señalar cuál vendría a ser el primer Código Civil peruano, aunque por su importancia, aplicación en todo el país y longevidad, se suele dar dicha distinción al Código de 1852.

En efecto, el Código de 1852 tuvo una notable duración temporal, manteniendo su vigencia por 84 años. Sin embargo, a inicios del siglo XX surgió la necesidad de modernizar la codificación civil⁹, por lo que se encomendó la elaboración de un proyecto que resultaría en el Código Civil de 1936.

ii. El Derecho Internacional Privado en los Códigos de 1852 y 1936

En su Título Preliminar, el Código Civil de 1852 apenas mencionaba que “Están sujetos a las leyes de la República los bienes inmuebles, cualesquiera que sean la naturaleza y la condición de poseedor”.

Asimismo, se encuentran dispersas por el texto de dicho Código diversas normas referidas a la ley aplicable. En la mayoría de los casos, se hacía referencia directa a la aplicación supletoria de tratados entre el Perú.

Por ello, en los debates que dieron lugar al Código Civil de 1936 se dieron profundas discusiones respecto al Derecho Internacional Privado, como se refleja en las actas de las sesiones. Resulta de especial interés los puntos de vista enfrentados respecto a los criterios de nacionalidad y de domicilio como factor determinante en la ley aplicable.

El resultado de ello, sin embargo, fue un híbrido con deficiencias al respecto: se utilizaría domicilio como factor de conexión en la mayoría de los casos, aunque sería aplicable la ley peruana para los peruanos.

Asimismo, el Código de 1936 tenía menciones muy limitadas al llamado conflicto de leyes. En efecto, las normas referidas al Derecho Internacional Privado se encuentran esencialmente en su Título Preliminar. A la vez, se optó por no incluir normas de competencia jurisdiccional, las que se ubicarían en la codificación procesal.

Por otro lado, ni el Código Civil de 1852 ni el Código Civil de 1936 regulaban la figura de la calificación.

⁹ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú. 2011. Tomo VI, Vol. 3, pp. 19 y ss.

iii. Esfuerzos codificadores americanos

Como bien precisa FERNÁNDEZ ARROYO, en el plano interamericano existen diferentes aproximaciones a los períodos de codificación del Derecho Internacional Privado¹⁰.

De especial interés son las clasificaciones de Vieira, quien establece cuatro etapas: 1. Primeros esfuerzos (1877-1889), 2. Etapa panamericanista (1889-1928), 3. Etapa decadente (1928-1960), y 4. Integración panamericana (1960- en adelante)¹¹. Por su parte, Siqueiros establece otras etapas: 1. Primeros esfuerzos (1877-1889), 2. Etapa panamericanista (1889-1928), 3. Etapa decadente hasta el CIDIP I (1928-1979), y 4. Integración panamericana (1960- en adelante)¹².

Por nuestro lado, proponemos clasificar los esfuerzos codificadores en tres etapas, empezando por unos primeros esfuerzos notables de integración que culminaron con el Código Bustamante, seguidos por la aparición del Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos con inicial fracaso y luego rotundos éxitos, y finalmente una tercera y más reciente etapa donde la globalización juega un rol central.

A. Esfuerzos codificadores americanos

En este período se vio una transición desde una situación enfocada en acuerdos internacionales enfocados en aspectos bélicos o de unidad ante un supuesto enemigo externo, hacia un enfoque integrador por aspectos de ideales, a la vez, latinoamericanos y panamericanos.

El primer gran esfuerzo integrador podría ubicarse en el Congreso de Panamá convocado por don Simón Bolívar en 1826. Entre sus objetivos figuraba la creación de una legislación común en los estados americanos (que incluiría por cierto un ente arbitral supranacional). El desinterés de los Estados Unidos, Brasil y Chile, así como la marcada ausencia de Argentina, afectaron severamente dicha etapa.

Cabe mencionar sin embargo la notable participación del delegado peruano José Manuel Pando (quien sería luego Ministro de Relaciones Exteriores), quien insistió en la importancia de contar con una adecuada codificación del Derecho de Gentes en las Américas. Lamentablemente su moción no fue aprobada¹³. De todos modos, el Tratado de Unión, Liga y Confederación

¹⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 50.

¹¹ VIERIA, Manuel Adolfo. "La Codificación del derecho internacional privado en América". En *XVI Curso de Derecho Internacional*. OEA. Washington DC, 1990, pp. 98 y ss.

¹² SIQUEIROS, José Luis. "La codificación del derecho internacional privado en el Continente Americano". En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. Número 14, CDMX, p. 236.

¹³ VELARDE, Fabián y ESCOBAR, Felipe J. *El Congreso de Panamá en 1826*. Panamá: Editorial Minerva, p. 46.

adoptado en 1826 establecía la validez territorial de las leyes de los Estados, se mencionaba la llamada “ciudadanía continental”, y proponía la importancia de una codificación del Derecho Internacional Privado.

Posteriormente, distintos países cursaron invitaciones – con poco éxito – para la realización de una conferencia jurídica con miras a una codificación interamericana. En Lima, se efectuaron con poco éxito sendas conferencias en 1847 y 1864. En otras conferencias se aprobaron algunos tratados en diversas materias, aunque ninguno entró finalmente en vigor.

En medio de ese difícil contexto, en 1878 se realizó en la ciudad de Lima el Congreso de Jurisconsultos con la finalidad de acordar un texto uniforme en materia de Derecho Internacional Privado. El Tratado de Lima (con secciones que van desde estado y capacidad de las personas naturales hasta competencia judicial y ejecución de sentencias) daba especial atención al criterio nacionalidad para buena parte del estatuto personal. El tratado únicamente fue ratificado por Costa Rica y Perú¹⁴.

Curiosamente, quizá el mayor logro de esta conferencia fue la reacción que generó, la misma que se materializó en el posterior Congreso Sudamericano realizado en la ciudad de Montevideo entre 1888 y 1889.

Los tratados referidos a Derecho Internacional Privado resultantes de dicho Congreso consagraron en buena cuenta al criterio de domicilio en el estatuto personal. Se trata de un hito decisivo en el desarrollo de la codificación internacional privada en Sudamérica.

Sin perjuicio de muchas otras conferencias y tratados (incluyendo el Segundo Congreso Sudamericano en Montevideo de 1939), resulta pertinente referirnos a la situación del *Restatement of Law of the Conflict of Laws* y al Código Bustamante.

A la par de (o quizá como reacción a) los esfuerzos de los Congresos Sudamericanos en promover una codificación latinoamericana, se fortaleció un proceso de codificación panamericana encarnada, precisamente, en las Conferencias Panamericanas. Luego de intensas negociaciones, debates, designaciones de comisiones, trabajos y un interesantísimo enfrentamiento entre las posiciones de los representantes de Brasil, por un lado, y de Uruguay y Argentina por el otro, en la Sexta Conferencia Panamericana realizada en la Habana en 1928 finalmente se aprobó un proyecto de Código inicialmente preparado por don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén por encargo del Instituto Americano de Derecho Internacional, y sometido a

¹⁴ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. “La primera etapa de los tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* No. 98. Caracas, 1996, pp. 20 y ss.

escrutinio por diferentes actores. Se aprobó así el Código Bustamante, un hito fundamental en la codificación internacional privada en las Américas.

Los Estados Unidos de América no suscribieron dicho documento, alegando por un lado su carácter país federal y por otro lado su familia jurídica del *common law*.

Asimismo, cualquier futura opción para que los Estados Unidos se adhieran al Código Bustamante se vio mermada ante la publicación del primer *Restatement of Law of the Conflict of Laws* en 1934.

Al respecto, los *Restatement of the Law* son una serie de tratados publicados por el American Law Institute y que resultan de tremenda utilidad en la impartición de justicia en los Estados Unidos. A la fecha se han realizado cuatro series. En materia de conflicto de leyes, bajo la denominación *Restatement of Law of the Conflict of Laws* se han publicado dos series (en 1934 y en 1979 con revisiones en 1989) y existe una tercera en elaboración.

La dificultad que ello presentaba era evidente. ¿Cómo conciliar el Código Bustamante y los *Restatement of the Law*? Para responder esta pregunta, debemos referirnos brevemente al rol de la OEA.

B. Segunda etapa: el Comité Jurídico de la OEA y la cuadratura del círculo en la codificación americana

En este período se vio una transición desde una situación enfocada en un interés panamericano global y en cierta medida idealista, hacia un enfoque más bien pragmático y sectorial.

La Organización de Estados Americanos fue creada en 1948 con la suscripción de la Carta de la OEA. Dentro de esta organización existe el Comité Jurídico Interamericano (CJI) que viene a ser un cuerpo consultivo en asuntos jurídicos y tiene como finalidad promover la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países americanos (rol inicialmente atribuido al Comité Interamericano de Juristas o CIJ).

Se vio desde allí un admirable esfuerzo por buscar una armonización entre las diferentes codificaciones en materia de Derecho Internacional Privado en los países miembro, vale decir, la armonización del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y los *Restatement of the Law of Conflict of Laws*. En efecto “puede pensarse, repasando la historia de los trabajos realizados desde la Séptima Conferencia Panamericana hasta la primera reunión de la CIDIP, que la ilusión de esa síntesis constituyó el principal escollo para la

modernización o actualización del Derecho Internacional Privado de la región”¹⁵.

En efecto, dichos trabajos fracasaron. Nuevos esfuerzos por intentar, cuando menos, armonizar el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo sufrieron el mismo destino.

En la década de 1960 surgió un cuestionamiento serio y válido al enfoque adoptado hasta entonces. Ello, sumado a la reforma en la OEA en 1970 dio lugar a las llamadas Conferencias Especializadas en Derecho Internacional Privado (CIDIP). Se buscó, finalmente, una codificación sectorial y enfocada en aquellas materias que los propios Estados consideraran de mayor relevancia.

Este cambio de dirección resultó decisivo en la evolución del Derecho Internacional Privado en la región.

A la fecha se han celebrado siete CIDIP entre 1975 y 2009, con razonable éxito y resultando en una producción codificadora de más de 25 instrumentos jurídicos.

C. Tercera etapa: globalización y cuestionamientos existenciales

En este período nos encontramos en un cuestionamiento sobre el rol de acuerdos americanos ante cambios en la estructura global. El destino de estos cambios está aún por determinarse.

Como hacen notar Tovar y Tovar¹⁶, además de una reducción en la suscripción de nuevos documentos, la enorme producción codificadora de CIDIP ha resultado que a la fecha tengamos, al menos, dos cuerpos legales integrales (los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante) coexistiendo con las veintitrés convenciones específicas aprobadas en las CIDIP. Ello resulta en materias reguladas en dos o incluso más textos jurídicos a la vez, creando confusión y duplicidades. En ese sentido, coincidimos cuando afirman lo siguiente:

“Consideramos que para que este esfuerzo funcione realmente es preciso abandonar los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante. No podremos avanzar ni hacia un código, ni hacia un sistema, en concreto, no podremos avanzar hacia una unificación que responda a los retos de este siglo si nos empeñamos en no dejar de lado los dogmatismos.

¹⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 236

¹⁶ TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. *Derecho Internacional Privado. Estudio de las Relaciones Económicas Privadas Internacionales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 68.

Ambos tratados, por unas u otras razones, han ganado ya su sitial en la historia”¹⁷.

Un aspecto más complejo consiste en la irrupción de tratados, convenciones y foros de carácter mundial. El alcance regional de las CIDIP difícilmente puede competir con las Convenciones de la Haya y los esfuerzos de UNCITRAL que cuentan con alcance genuinamente global.

iv. El Código Civil de 1984

Podemos ubicar la promulgación del Código Civil peruano de 1984 dentro del período de la Segunda Etapa. Ello explica que éste realizara un cambio esencial a la tradición legislativa peruana en materia de Derecho Internacional Privado al introducir el Libro X que recogía las normas de Derecho Internacional Privado. Y, a la vez, explica las dificultades de enfrentar un proceso globalizador que se aceleró con posterioridad a su promulgación.

En lo que se refiere a calificación, por ejemplo, a diferencia de los Códigos anteriores, la inicial propuesta legislativa (tanto de la Comisión Reformadora como de la Comisión Revisora) se propuso un artículo dedicado a la calificación. De dicha manera quedaría claro que la calificación se realizaría con la ley peruana (*lex fori*). Sin embargo, la versión finalmente promulgada del Código Civil retiró dicha norma.

Como bien explican Tovar y Tovar¹⁸, esto puede dar lugar a tres posibles interpretaciones: el legislador estaba en desacuerdo, o no le resultaba relevante, o se buscaba otorgar mayor discrecionalidad al juez.

Como acertadamente anota Delgado, las Normas de Derecho Internacional Privado aprobadas en la CIDIP de 1979 tampoco se refieren a la calificación, anotando que ello ocurrió “por haber predominado el criterio de la profesora Tatiana de Maekelt, según el cual, tratándose de la cuestión probablemente más difícil de la teoría conflictual y, no habiéndose llegado a una maduración jurisprudencial y doctrinaria sobre el tema, era mejor dar al juez una mayor libertad de acción”¹⁹.

III. En el Derecho Comparado

Antes de referirnos al estado actual y el futuro del caso peruano, es pertinente mencionar algunas novedades y cambios en distintos ordenamientos, que nos dan una mejor idea de la orientación del Derecho Internacional Privado en la actualidad. Analicemos pues, los casos de Uruguay, Colombia y España.

¹⁷ *Ibid.* p. 69.

¹⁸ *Ibid.* p. 83.

¹⁹ DELGADO BARRETO, César. “Principales inclusiones y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado”. En *Revista Themis* No. 66. Lima, 2014, p. 349.

i. Uruguay: nueva codificación

El ordenamiento uruguayo contaba ya con un relativamente renovado marco de solución de conflictos de leyes desde la modificación realizada por Ley 10.084 en el año 1941 al Código Civil de 1868. Pese a ello, coexistían una serie de normas de Derecho Internacional Privado en otros cuerpos normativos.

Por ello, mediante la Ley 19.920 en el año 2020 se dejó sin efecto la Ley 10.084 para dar paso a su novísima Ley General de Derecho Internacional Privado.

Se trata nada menos que un esfuerzo legislativo iniciado a mediados de la década de 1990, lo que dio lugar a la creación de la Comisión en el año 1998. Dicha Comisión presentó un primer proyecto en el 2004 que no fue aprobado, siendo presentado luego un proyecto ampliado en el año 2009. Sin embargo, no fue sino hasta los años 2016 y 2020 que fuera aprobado por la Cámara de Diputados y de Senadores, respectivamente.

Es relevante mencionar que muchas de las disposiciones de esta nueva Ley habían sido introducidas ya al ordenamiento uruguayo en virtud de diversos tratados internacionales que Uruguay había suscrito (en el caso de mandato y poderes, por ejemplo) o incluso aquellos que no ha suscrito (en el caso de contratos internacionales, que forman parte de la Convención del CIDIP V). Esta Ley cumple, en ese sentido, un rol de presentar un orden al codificar en derecho interno acuerdos internacionales²⁰.

Pero ello no es todo, puesto que en materia contractual se ha establecido la siguiente norma:

“Artículo 45.- Ley aplicable por acuerdo de partes

Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte.

La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto.

²⁰ ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. “El Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General del 2016”. En *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional* (AHLADI). Granada: 2017.

Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo momento. Si ella es posterior a la celebración del contrato se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, bajo reserva de los derechos de terceros y de lo ya ejecutado conforme a la ley oportunamente aplicable”.

Como se advierte, (i) finalmente se permite de manera decisiva a las partes acordar la ley aplicable y la ley competente, un cambio sin duda relevante, y (ii) se permite incluso a las partes optar por “normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional”.

Se trata en su gran mayoría, como se aprecia, de incorporaciones beneficiosas para el Derecho uruguayo y ofrecen una flexibilidad mayor que la que ofrece la literalidad del Código Civil peruano en su artículo 2095 en particular al permitir la inclusión de *soft law*.

ii. Colombia: ¿hacia cambios en la codificación?

El Código Civil colombiano en vigor fue promulgado en el año 1873, siendo formalizado oficialmente en el año 1887. Este cuerpo normativo de extraordinaria longevidad ha sufrido diversas modificaciones, así como adiciones relevantes en materias tales como

A diferencia del caso peruano, en el ordenamiento colombiano las principales normas de Derecho Internacional Privado se encuentran en cierta medida dispersas al estar contenidas en distintos cuerpos normativos.

Solamente a modo de ejemplo, coexisten normas de dicha materia en el Código Civil y el Código de Comercio, así como en diversas normas especiales tales como la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley 1676 de 2013).

Así, el Código Civil colombiano establece lo siguiente:

“Artículo 19.- Extraterritorialidad de la ley

Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

(...)

Artículo 20. Aplicabilidad de la ley en materia de bienes

Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño”.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión.

Por su parte, el Código de Comercio señala lo siguiente:

“Artículo 869.- Ejecución de contratos celebrados en el exterior con cumplimiento en Colombia

La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país se regirá por la ley colombiana.

(...)

Artículo 1328.- Sujeción a las leyes colombianas

Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas.

Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

Por su parte, la Ley de Garantías Mobiliarias dispone lo siguiente:

“Artículo 83. Ley aplicable en caso de conflicto de leyes.

La ley aplicable a la constitución, oponibilidad, registro, prelación y ejecución será la del Estado en el que se encuentre el bien objeto de la garantía mobiliaria.

Si el bien garantizado suele utilizarse en más de un Estado, la ley aplicable será la del Estado en el que se encuentre el garante.

Si el bien garantizado es objeto de inscripción en un registro especial, la ley aplicable será la ley del Estado bajo cuya jurisdicción esté el registro”.

Es debido a esta situación que han surgido iniciativas²¹ que buscan, en primer lugar, la consolidación o al menos armonización de las reglas establecidas en el Código Civil y en normas de carácter mercantil.

²¹ Resulta especialmente destacable la propuesta realizada por la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Ver, por ejemplo: OCHOA

Por otro lado, es relevante mencionar que las reglas de competencia jurisdiccional provienen de una interpretación de diversas normas, incluyendo el artículo 28 del Código General del Proceso²², norma originalmente prevista para determinar la competencia interna. Ello, combinado con el valioso apoyo en los criterios auxiliares de la actividad judicial previstos en la Constitución Colombiana para determinar la competencia (o ausencia de ella) de las cortes colombianas.

iii. España: eliminación (parcial) del exequátur como una propuesta interesante

En materia de competencia judicial y reconocimiento de sentencias extranjeras, en los países de la Unión Europea desde el año 2015 el Reglamento 44/2001 fue reemplazado por el Reglamento (UE) 1215/2012 para los procesos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor.

Una de las principales novedades consistía en la eliminación de la figura del exequátur para resoluciones en materia civil y mercantil dentro de la Unión Europea, aunque manteniendo una fase de reconocimiento con requisitos acotados²³.

De esta manera, las resoluciones ejecutivas emitidas por las cortes de un país miembro de la Unión Europea pueden ser ejecutadas sin mediar un procedimiento previo para dar fuerza a dicha decisión. Esto abarca resoluciones como autos, medidas cautelares, sentencias, entre otros. Asimismo, las resoluciones a ejecutar entre España y algunos países que integran la Asociación de Libre Comercio de Europa - EFTA tienen un proceso simplificado de reconocimiento y ejecución de las resoluciones como la competencia judicial internacional.²⁴

Un aspecto adicional de carácter eminentemente práctico, pero de enorme utilidad consiste en la creación de un formato estándar para que el país de origen certifique la naturaleza ejecutiva de dichas resoluciones. Este es un decisivo avance hacia una

JIMÉNEZ, María Julia. "Las normas de derecho internacional privado: observaciones al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional de Colombia". *Revista de Derecho Privado* No. 41, Bogotá, 2021, pp. 373 y ss.

²² "Artículo 28.- Competencia territorial.

La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas:

1. En los procesos contenciosos, salvo disposición legal en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. Si son varios los demandados o el demandado tiene varios domicilios, el de cualquiera de ellos a elección del demandante. Cuando el demandado carezca de domicilio en el país, será competente el juez de su residencia. Cuando tampoco tenga residencia en el país o esta se desconozca, será competente el juez del domicilio o de la residencia del demandante".

²³ REQUEJO, Marta. "La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I Bis". *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 67 No. 2. Madrid, 2015, pp. 52 y ss.

²⁴ Esto de conformidad con el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007, también llamado Convenio de Lugano. El impacto de este convenio se analiza por ejemplo en: LÓPEZ DE ARGUMEDO, Álvaro y MARTÍNEZ, Atenea. "El reconocimiento y ejecución en España de Resoluciones Judiciales dictadas en Reino Unido tras el Brexit". En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* No. 54. Madrid, 2020, pp. 107 y ss.

mayor eficiencia en la ejecución de sentencias emitidas dentro de la Unión Europea y que deben ser ejecutadas en España.

Asimismo, esto quiere decir que a grandes rasgos en España existen al menos tres vías distintas para el reconocimiento y ejecución de resoluciones emitidas por cortes extranjeras:

- a. Procedimientos específicos en caso de cortes emitidas por países con un tratado o convenio específico
- b. Reconocimiento inmediato en el caso de resoluciones emitidas por países miembros de la Unión Europea regulada por el mencionado Reglamento (UE) 1215/2012 y simplificado en el caso de países de la EFTA firmantes del Convenio de Lugano
- c. En los demás casos, el exequátur regulado por Ley 29/2015 de 30 de Julio de Cooperación jurídica internacional en materia civil

En lo que se refiere a competencia jurisdiccional, el mismo Reglamento (UE) 1215/2012 estableció una serie de reglas generalmente claras respecto a los casos que pueden ser conocidos por las cortes españolas.

Sin embargo, como suele ocurrir, la realidad presenta retos en su interpretación. Ello ocurrió por ejemplo en un interesante caso iniciado por dos viajeros con motivo de la cancelación de un vuelo entre Santiago de Compostela (España) y Ginebra (Suiza) contratado a una aerolínea (domiciliada en Suiza).

Los demandantes invocaron, precisamente, la aplicación del Reglamento (UE) 1215/2012 para justificar la competencia de las cortes españolas.

Sin embargo, el Juzgado Mercantil español concluyó que, al existir un elemento internacional (el domicilio del demandado) no se trata de un asunto restringido a la Unión Europea. Por ello resultará de aplicación el Convenio de Montreal suscrito tanto por España como por Suiza, en virtud del cual se determina la ausencia de competencia de las cortes españolas.

Finalmente, un elemento que da incluso mayor relevancia al efecto uniformizador del Reglamento (UE) 1215/2012 es el rol que cumple el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto pronunciamientos como el caso C-708/20 en diciembre de 2021 han permitido definir a través de jurisprudencia vinculante los alcances e interpretación de dicho reglamento.

Estos esfuerzos hacia un proceso de reconocimiento ágil y menos costoso para los actores privados son positivos tanto para la armonización del tráfico jurídico como para la promoción de un intercambio comercial y privado en general. Consideramos conveniente que, salvando las distancias evidentes del proceso de integración política, económica y jurídica que atraviesa la Unión Europea, el Perú

promueva mecanismos de reconocimiento de sentencias con aquellos estados con los que mantenemos un mayor intercambio comercial y jurídico.

IV. Cambios en el Código Civil de 1984

Contar con un Libro específico para el Derecho Internacional Privado es uno de los varios aspectos positivos que introdujo el actual Código Civil en nuestro ordenamiento. Dicho ello, al acercarse el cumplimiento de 40 años de vigencia sin duda resulta válido preguntarnos qué modificaciones podrían resultar relevantes en materia de Derecho Internacional Privado.

En efecto, el Código Civil peruano de 1984 ha sido materia de propuestas de cambios menores, cambios mayores y hasta pedidos de reforma integral al poco tiempo de su entrada en vigor.

A modo de ejemplo, el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984 entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil recoge algunas propuestas de mejora que resultan interesante. Cambios en materia de reenvío, la inclusión de una definición de domicilio internacional y de la excepción de fraude a la ley son algunos puntos que vale la pena mencionar.²⁵ Distintos autores han realizado otras propuestas de mejora en materia de Derecho Internacional Privado.

Un tema de particular interés consiste en el tratamiento del Orden Público Internacional, la misma que además es un interesante medidor de la acogida y retos del Derecho Internacional Privado en la actualidad.

En efecto, si bien un ordenamiento puede acoger la aplicación de una ley material extranjera o reconocer una sentencia extranjera, es a través de la Excepción de Orden Público Internacional que a su vez establece un “filtro o válvula de escape” que busca la protección de los valores jurídicos fundamentales del mismo ordenamiento²⁶. Esto hace que, por definición, sea difícil determinar el Orden Público Internacional por tratarse de un concepto que evoluciona. El análisis deberá ser casuístico y en base al análisis de normas de enorme relevancia en el ordenamiento como derechos, principios y valores recogidos en la Constitución y en el Título Preliminar del Código Civil.

En el Perú, la Excepción de Orden Público Internacional se manifiesta principalmente en tres momentos²⁷:

²⁵ Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Constituido por Resolución Ministerial No. 0300-2016-JUS. Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano de 1984. Lima, 2019.

²⁶ GONZÁLEZ CAMPOS, José Carlos y FERNÁNDEZ ROZAS, Julio. *Orden público como correctivo funcional: Artículo 12, Apartado 3 del Código Civil*. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales. Madrid: Edersa, 1995, p. 910.

²⁷ Cabe hacer mención también la relevancia del Orden Público Internacional en materia arbitral, por ejemplo, en la excepción de convenio arbitral, actuación probatoria, anulación de laudos y en el reconocimiento de laudos extranjeros.

- a. En el análisis de la aplicación de una norma extranjera, esto es, de conformidad con el artículo 2049 del Código Civil que dispone la aplicación de una norma del ordenamiento peruano por encima de la disposición extranjera en caso de vulneración del Orden Público Internacional.
- b. En el análisis de un derecho adquirido en el extranjero, tal como estipula el artículo 2050 del Código Civil respecto a derechos adquiridos en el extranjero.
- c. En el reconocimiento de una sentencia emitida por corte extranjera, tal como establece el numeral 7 del artículo 2104 al referirse a “orden público y buenas costumbres”. Es oportuno mencionar que, toda vez que una sentencia extranjera presentada en un proceso judicial con fines netamente probatorios (es decir, sin requerir su ejecución) no requiere un proceso de exequátur, igualmente no resultaría pertinente un análisis del Orden Público Internacional en dicho momento.

Respecto a una modificación, algunos autores proponen reemplazar la mención a “orden público internacional y las buenas costumbres”²⁸ por fórmulas como “principios o valores fundamentales”. Por su parte el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano presentado en el 2019 propone utilizar, en materia de reconocimiento de sentencias, la fórmula “principios fundamentales de nuestro derecho”.

Al respecto, si bien casi todos los ordenamientos establecen cláusulas sobre el orden público internacional, buena parte de ellos establecen fórmulas similares a la del Código Civil vigente, es decir un esquema abierto que no define ni aporta mayor precisión sobre los alcances del orden público internacional. Es inusual, por el contrario, cláusulas que listen taxativamente el alcance del orden público internacional.

Sin embargo, con frecuencia vemos fórmulas que establecen un contenido mínimo del orden público internacional. Precisamente, en el caso uruguayo que mencionamos anteriormente, la Ley General de Derecho Internacional Privado opta por una fórmula mixta que resulta conveniente:

“Artículo 5.- Orden público internacional

Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en **forma grave, concreta y manifiesta**, principios fundamentales

²⁸ Artículo 2049.- Incompatibilidad de norma extranjera

Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano.

de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero **resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte**". (Resaltado agregado)

En nuestra opinión la fórmula amplia y abierta como la que existe en el actual Código Civil peruano es adecuada, no obstante, la referencia específica a "buenas costumbres" es imprecisa. Por ello consideramos que bastaría mencionar "orden público internacional". Sin embargo, debemos reconocer que diversos autores e incluso el Código Bustamante²⁹ utilizan la expresión "orden público internacional" para conceptos distintos.

Ciertamente, un reto ineludible de esta opción amplia y abierta - que otorga discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales para definir el orden público internacional y acompañarlo en su evolución - es que corresponderá a estos órganos realizar un análisis en cada caso.

Adicionalmente, un enorme reto que ofrece la actual regulación del orden público internacional en el ordenamiento se refiere a una falta de claridad en la forma como el juez debe resolver una vez verificada la contravención al orden público internacional.

V. Reflexiones finales

Los principales cambios en materia de Derecho Internacional Privado en el Perú no han sido en la codificación, sino en la jurisprudencia y en la sociedad misma. En efecto, la evolución del orden público internacional peruano, una apertura por parte de la judicatura para el reconocimiento de fallos extranjeros y la búsqueda de una armonía con otros ordenamientos son factores que definen una nueva aproximación y familiaridad con el Derecho Internacional Privado³⁰.

De todos modos, actualmente existen propuestas concretas de reforma del Código Civil que incluyen cambios de distinta relevancia en materia de Derecho Internacional Privado.

Si bien escapa a los alcances de este artículo, cabe mencionar que resultan de especial importancia resulta la definición del domicilio internacional, la regulación de la figura del reenvío en ciertos supuestos (por ejemplo, cuando de su aplicación resulte aplicable la ley peruana en ciertas materias o sea la más favorable en determinados supuestos) y la inclusión de *soft law* por elección de las partes dentro de alcances de la ley aplicable para obligaciones contractuales.

²⁹ Artículo 3 numeral II.

³⁰ Ver, por ejemplo: VASSALLO, Nicolás. *El Derecho Internacional Privado en el Código Civil peruano*. Lima: Gaceta Civil No. 78, 2019.

Un tema adicional y de enorme relevancia radica en la difusión y precisión de las reglas, normas y principios de Derecho Internacional Privado entre la judicatura y los abogados. Es una tarea enorme que se encuentra pendiente y que puede tener mayor impacto que cualquier cambio normativo. Errores o pronunciamientos contradictorios por parte de los órganos jurisdiccionales en materias del sector serán un obstáculo para el desarrollo de esta rama del Derecho en nuestro país.

Finalmente, consideramos que el Perú debe impulsar un proceso de renovación en la codificación interamericana - e internacional -, tal como ocurrió desde los inicios de dicho esfuerzo en el siglo XIX.

Sólo así - con una codificación moderna y con operadores jurídicos con conocimiento profundo de la materia - podremos abordar los retos actuales y futuros en el Derecho Internacional Privado.

Un gran pendiente se refiere a la familiaridad y correcta aplicación de las reglas del Derecho Internacional Privado por parte de las cortes peruanas. Esto dará mayor predictibilidad y promoverá un eficiente tráfico jurídico.

Valoración aduanera de las mercancías importadas, importancia y nociones básicas para su aplicación

Julio Guadalupe Báscones*

Resumen. - La valoración aduanera constituye aquella metodología que permite determinar la base imponible para el cálculo de los tributos de importación y que se sustenta, primordialmente, en el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas. Su complejidad es la causa de diferentes interpretaciones tanto de parte de la Autoridad Aduanera como de los importadores que podrían generar importantes y cuantiosas contingencias.

Abstract. - Customs valuation is the methodology that allows determining the taxable base for the calculation of import taxes and that is based, primarily, on the price actually paid or payable for the imported goods. Its complexity is the cause of different interpretations by both the Customs Authority and importers, which can generate important and substantial contingencies.

Palabras clave. - Valoración aduanera - Valor de transacción - Precio realmente pagado o por pagar - Base imponible - Tributos de importación.

Keywords: Customs valuation - Transaction value - Price actually paid or payable - Taxable base - Import taxes.

* Abogado por la Universidad de Lima. Miembro de número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Fundador y Past -- President de la Asociación Peruana de Derecho Aduanero y Comercio Internacional - APDACI. Past- President del Sector de Logística del Comercio Internacional y Vocal del Gremio de Comercio Exterior - Xcom de la Cámara de Comercio de Lima. Autor de sendas obras sobre la materia.

I. Acuerdo del Valor en Aduana de la OMC y sus alcances

El Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido como valor en aduana de la OMC (en adelante el "Acuerdo") establece la metodología para la determinación de la base imponible para el cálculo de los tributos en la importación de mercancías (valor en aduana).

El Acuerdo busca instaurar una noción "positiva del valor" con sustento en la prevalencia de las características de la operación que sustenta la respectiva importación objeto de valoración, concepción jurídica que buscó erradicar la antigua "noción teórica del valor" (conocida como "Valor de Bruselas") sustentada en consideraciones hipotéticas relacionadas con un "valor ideal" (precio normal o usual de competencia) que no se condecía necesariamente con la realidad de los hechos ni con las particulares circunstancias en que las operaciones comerciales eran llevadas a cabo.

La referida evolución conceptual tuvo su origen en la necesidad de los países miembros de la OMC de contar con un sistema de valoración en aduana orientado hacia la uniformización de reglas, la predictibilidad y la seguridad jurídica. Queda en claro que la finalidad fue evitar el subjetivismo y discrecionalidad en el actuar de las autoridades aduaneras nacionales.

Todo ello, con sustento en un sistema: i) equitativo en línea con los usos comerciales; ii) no distorsionante en el sentido que no deberá incentivar o desincentivar los negocios a cargo de los particulares; y iii) que privilegie la realidad de los hechos y que excluyan el uso de valores ficticios y/o arbitrarios (normalmente asociados con afanes fiscalistas y recaudatorios).

Teniendo en cuenta la objetividad que caracteriza la aplicación del Acuerdo, se tiene que el valor en aduana buscaría ser determinado en sujeción a los documentos que sustentan la puntual operación de compraventa internacional que origina primero la exportación y luego la importación de aquellas mercancías que deberán ser objeto de valoración, así como en función al precio realmente pagado o por pagar por dichas mercancías. En función a ello, cualquier incremento o ajuste a dicho precio sólo podría efectuarse si se cumplen los requisitos taxativos dispuestos establecidos en el Acuerdo.

De otro lado, no deberá perderse de vista que la valoración aduanera constituye, en sí misma, una materia compleja que cuenta con sus propias reglas y lógica de aplicación que difiere otras regulaciones de índole tributario que sirven para determinar la base imponible de los tributos internos (impuesto a la renta, por ejemplo).

En palabras del jurista español Santiago Ibáñez se trata de "una materia compleja y escasamente tratada a pesar de que, como veremos, estamos ante una cuestión

respecto de la cual se suscitan un buen número de dudas en la práctica cuya resolución, de otro lado, nos lleva en último término a plantear interrogantes de gran calado (...).¹

Dicha complejidad deriva, muchas veces, en interpretaciones disímiles entre la Autoridad Aduanera y el sector privado (importadores) que podrían derivar en importantes y cuantiosas cobranzas de tributos de importación dejados de pagar.

Sobre ello, se advierte que la correcta aplicación de las reglas sobre valoración aduanera resulta importante por lo siguiente:

- La incorrecta determinación del valor en aduana origina el pago de intereses moratorios y la aplicación de elevadas multas (200% del tributo dejado de pagar).
- Teniendo en consideración que, normalmente, las operaciones de comercio exterior mantienen la misma estructura durante años, una incorrecta determinación del valor en aduana podría originar importantes contingencias no advertidas y que podrían ser puestas en evidencia en el seno de un procedimiento de fiscalización llevado a cabo por la Autoridad Aduanera.
- Los ajustes al valor en aduana normalmente constituyen un indicador de riesgo para futuras operaciones de comercio exterior (incremento de acciones de control concurrente en los despachos de importación con inevitables sobrecostos asociados).

Al respecto, es preciso también indicar que la valoración aduanera no sólo queda regulada por las disposiciones del Acuerdo sino también por normativa andina y nacional² de la que se deriva similar nivel de complejidad.

¹ IBAÑEZ MARSILLA, Santiago. *El valor en aduana. Análisis a la luz de su aplicación internacional*. Madrid: Primera Edición. Editorial Taric S.A. 2010, p. 23.

² La normativa sobre valoración aduanera se enmarca, principalmente, en: i) el Acuerdo y los instrumentos expedidos por el Comité Técnico de Valoración; ii) la normativa andina sobre la materia (Decisión 571 y Resolución 1684); iii) el Reglamento del Acuerdo (Decreto Supremo 189.99-EF y modificatorias); y iv) el Procedimiento específico en materia de Valoración Aduanera - INTA-PE-01.10a. -versión 6 (aprobado por la Resolución de Superintendencia No. 00038 del año 2010).

El referido Comité Técnico de Valoración, conforme al Acuerdo, ha sido instaurado bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera y entre sus principales funciones se encuentran las de examinar los problemas técnicos concretos que surjan en la administración cotidiana de los sistemas de valoración en aduana de los países miembros de la OMC, así como emitir opiniones consultivas acerca de las soluciones pertinentes sobre la base de los hechos expuestos.

II. Preámbulo del Acuerdo y principios aplicables

En la parte introductoria o Preámbulo del Acuerdo se exponen los principios que lo sustentan y, respecto de los cuales, sus disposiciones deberían ser interpretadas y aplicadas por las Autoridades Aduaneras de los países miembros de la OMC.

Sobre ello, el sistema de valoración aduanera actualmente vigente se sustenta en la actualidad en los siguientes principios:

- a. Equidad, uniformidad y neutralidad.
- b. Utilización de criterios sencillos y equitativos que sean conformes con los usos comerciales.
- c. No discriminar en base a la fuente de suministro.
- d. Utilización, en la mayor medida posible, del valor de transacción de las mercancías importadas.
- e. No utilización de valores arbitrarios o ficticios.
- f. La valoración aduanera no debe ser utilizada para combatir el dumping

A continuación, haremos referencia a algunos de estos principios en atención a su importancia.

i. Aplicación uniforme

Como hemos mencionado, el Acuerdo propugna que la determinación del valor en aduana se sustente en reglas lo más objetivas posibles que sean aplicables de manera uniforme a fin de dotar a las operaciones de comercio exterior de seguridad jurídica

Los instrumentos emitidos por el Comité Técnico de Valoración (incorporados a la legislación peruana) tienen por finalidad, igualmente, procurar la aplicación uniforme del Acuerdo.

Al respecto, el jurista argentino Daniel Zolezzi indica que:

“No se quiere que el valor en aduana quede librado al criterio azaroso del funcionario de turno. Cuando las normas de valor no son neutras y precisas, el umbral que separa lo subjetivo de lo arbitrario se hace estrecho. Por eso, el Acuerdo aspira a brindar “uniformidad y certidumbre” – principios de inestimable valor para la fluidez del comercio – a través de “un sistema equitativo, neutro y uniforme”, excluyendo ... la utilización de valores arbitrarios o ficticios”.³

³ ZOLEZZI, Daniel. *Valor en Aduana (Código Universal de la OMC)*. Buenos Aires: Segunda Edición. Editorial La Ley S.A.E. 2008, p. 17

La certidumbre que generará la aplicación uniforme del Acuerdo permitiría a los empresarios adoptar mejores decisiones de negocios al no exponer su patrimonio a contingencias futuras (o al menos minimizarlas considerablemente).

Al respecto, el jurista español Santiago Ibañez señala que, "si se reducen los riesgos, mediante un conjunto de normas cuyas consecuencias son predecibles, se está creando un clima más favorable para los negocios. La uniformidad es además el mecanismo destinado a impedir que los distintos Estados hagan una utilización desviada de la valoración aduanera (...)"⁴

ii. Neutralidad

El Acuerdo no debe ser utilizado como instrumento para interferir en legítimas decisiones empresariales relacionadas con el ejercicio de la libertad contractual. Tales decisiones deben adoptarse en sujeción a consideraciones de carácter comercial y no deberá ser alentadas o desalentadas por las autoridades que controlan las operaciones de comercio exterior.

A propósito de la aplicación del Acuerdo, el profesor argentino Julio Carlos Lascano, "el principio de neutralidad exige la aplicación equitativa y neutral del Acuerdo, evitando la manipulación de sus reglas con el fin de entorpecer o distorsionar veladamente el comercio internacional".⁵

iii. No discriminación

A los efectos de la valoración aduanera, el Acuerdo deberá ser aplicado sin hacer distinciones en relación con el país de origen o de procedencia de las mercancías, el productor o expedidor, o las mercancías de que se trate.

En dicho sentido compartimos lo indicado por el profesor colombiano Juan David Barbosa al afirmar que la valoración aduanera debe ser aplicada "sin distinción del origen de las mercancías con el fin de que no se perjudiquen o favorezcan bienes específicos".⁶

Como es de advertir, que lo que se busca es evitar tratos privilegiados a países con afinidades políticas o comerciales; circunstancia que, de suyo, generaría obstáculos no justificados al comercio internacional.

iv. Preeminencia y prelación del valor de transacción de las mercancías importadas

⁴ IBAÑEZ MARSILLA, Santiago. *El valor en aduana. Análisis a la luz de su aplicación internacional*. Madrid: Primera Edición. Editorial Taric S.A. 2010, p. 96.

⁵ LASCANO, Julio Carlos. *El valor en aduana de las mercancías importadas*. Buenos aires: Segunda Edición. Osmar D. Buyatti. Librería Editorial. 2007, pp. 71-72.

⁶ BARBOSA, Juan David. *El método del Valor de Transacción*. En *La valoración aduanera en Colombia*. Bogotá: Primera Edición. Legis. 2015, p. 31.

El Acuerdo señala que la valoración aduanera deberá sustentarse, **en la mayor medida posible**, en el valor de transacción de las mercancías importadas (primer método de valoración aduanera). La importancia de esta disposición estriba en el hecho que se ella se deriva, en nuestra opinión, la obligación de la Autoridad Aduanera de agotar las posibilidades determinar el valor en aduana en función a la documentación de sustento de aquella operación de compraventa subyacente a la importación y a sus propias y puntuales características dentro de las que se encuentra el precio de venta que realmente debe ser pagado por el comprador al vendedor (materialización del principio de verdad material).

Autores como Herrera Idáñez y Goyzueta Sánchez hacen referencia al principio de "máximo de motivos para rechazar el método del valor de transacción"⁷ a fin de graficar el hecho que el primer método de valoración sólo podría ser dejado de utilizar por razones debidamente justificadas y con sustento claro en el Acuerdo.

Solo en caso de que el primer método de valoración aduanera no pueda ser utilizado resultarían de aplicación, de manera sucesiva y excluyente, otros métodos de valoración establecidos por el Acuerdo (métodos secundarios sustitutorios del valor declarado por el importador)⁸. En dicho caso también habría que agotar las posibilidades de aplicar cada uno de estos métodos.

En cuanto a la aplicación sucesiva y excluyente de los métodos secundarios de valoración aduanera, el jurista uruguayo Pablo González Bianchi se refiere a la aplicación "*en cascada*" de las metodologías de valoración secundarias sobre la base de un principio de jerarquía sustentado en la aplicación preeminente del primer método de valoración.⁹

v. No utilización de valores arbitrarios o ficticios

Creemos que la connotación de lo real que subyace al concepto de "precio realmente pagado o por pagar" conforme a los alcances el Método del Valor de Transacción de las mercancías importadas (conforme será tratado más adelante), constituye en sí mismo un mecanismo que evita la utilización de valores artificiosos (no reales) como sustento de la determinación del valor aduanero.

⁷ HERRERA IDAÑEZ, Rafael y GOYZUETA SANCHEZ, Javier. *Valor en Aduana de las Mercancías según el Código del GATT*. Madrid. ESIC. 1985. p. 85.

⁸ A modo de referencia señalamos a continuación los métodos de valoración aduanera establecidos en el Acuerdo:

- *Primer Método*: Método del Valor de Transacción de las mercancías importadas (Artículo 1 del Acuerdo)
- *Segundo Método*: Método del Valor de Transacción de mercancías idénticas (Artículo 2 del Acuerdo)
- *Tercer Método*: Método del Valor de Transacción de mercancías similares (Artículo 3 del Acuerdo)
- *Cuarto Método*: Método del Valor Deducido (Artículo 5 del Acuerdo)
- *Quinto Método*: Método del Valor Reconstruido (Artículo 6 del Acuerdo)
- *Sexto Método*: Método del Último Recurso (Artículo 7 del Acuerdo)

⁹ GONZALES BIANCHI, Pablo. "El Valor en Aduana". En *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*. Vol.2, No. 3, 2003, p. 93.

Precisamente, los principales problemas generados en base la metodología de valoración aduanera anterior ("noción teórica del valor" conocida como "Valor de Bruselas"), derivaron en aplicaciones caprichosas de la normativa con sustento en un valor que "debería ser" (bajo determinados parámetros con margen de interpretación de parte de la Autoridad Aduanera) en vez del valor que "realmente era". Resulta evidente que un actuar así de subjetivo sólo podía producir falta de predictibilidad e inseguridad jurídica.

Como señala el jurista colombiano Germán Pardo "*se trata de evitar la manipulación de las reglas del Acuerdo con al fin de entorpecer o distorsionar el comercio (...). Los valores arbitrarios o ficticios son barreras para-arancelarias con fines proteccionistas que perjudican las importaciones*".¹⁰

III. Método del Valor de Transacción de las Mercancías Importadas

Como mencionamos la valoración aduanera debería sustentarse, de manera primordial y en la mayor medida posible, en las particularidades de la operación comercial (compraventa internacional) concreta que sirve de sustento a la importación en base al Primer Método de Valoración Aduanera (en adelante "Primer Método").

Bajo esta premisa, la información vinculada con operaciones distintas (externalidades) de aquella que es propiamente objeto de valoración en aduana, debería ser utilizada sólo de manera referencial sólo debiera servir como referencia para la formulación de requerimientos de información que la Autoridad Aduanera pueda requerir al importador respecto del valor aduanero por él declarado ("dudas razonables") pero rechazar la aplicación del Primer Método.

En relación con la generación de "dudas razonables" resulta ilustrativo lo comentado por el jurista argentino Daniel Zolezzi en relación a que "La Aduana debe tener motivos para dudar de la veracidad o exactitud de los datos o documentos presentados como prueba de esa declaración. De suyo va que esos motivos deben ser fundados, no pueriles (...)", Señalando además que:

"Así como no deben aceptarse valores caprichosamente amañados, tampoco pueden prosperar los rechazos faltos de la debida motivación. Y cuando no sea la administración aduanera la que se encargue de que las cosas sean así - buen de datos, permanentemente actualizados, de por medio - serán los tribunales los que asumirán esa tarea".¹¹

Conforme al numeral 1 del artículo 1 del Acuerdo el valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente

¹⁰ PARDO CARRERO, Germán. *Tributación Aduanera*. Bogotá: Primera Edición. Legis. 2009, p. 426.

¹¹ ZOLEZZI, Daniel. "Valor en Aduana - Del valor de transacción y de cuando la Aduana no lo acepta" En *Análisis Tributario*. Vol. XXVII, No. 315, 2014, pp. 21-23.

pagado o por pagar (PRPP)¹² por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 (ajustes al PRPP).

Como ya habíamos adelantado, la connotación de lo “realmente acontecido” respecto del precio pagado o por pagar por las mercancías importadas, supone la materialización del principio de “Verdad Material” contemplado en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General - aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS. En función a este principio la autoridad administrativa competente (en este caso la autoridad Aduanera) deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

La aplicación de este principio en la valoración aduanera se visualiza con mayor claridad cuando apreciamos que, conforme a la Decisión 6.1. del Comité Técnico de Valoración, cuando la Autoridad Aduanera Aduana tenga motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado se encuentra obligada a requerir al importador una explicación complementaria, así como pruebas o elementos adicionales de sustento. Sobre esta base, la información proporcionada por el importador deberá ser confrontada con aquella información que sustentó la duda de parte de la Autoridad Aduanera bajo un análisis que deberá propugnar a arribar a la realidad de los hechos acontecidos.

Como se aprecia, el lugar preponderante que, en relación con el Primer Método, ostenta el PRPP, obliga a los importadores acreditar debidamente el pago, su registro contable y la documentación comercial que sustenta la fijación del precio respecto de la operación de compraventa internacional en la que participa.

De otro lado, y en cuanto a la aplicación de “ajustes” al PRPP conforme al Primer Método, es de mencionar que conforme al Artículo 8 del Acuerdo los ajustes: i) constituyen adiciones que deben efectuarse al PRPP sobre la base de consideraciones en torno a la mercancía (componentes tangibles o intangibles de la misma) o a los costos asumidos por el comprador (no incluidos en el PRPP); ii) constituyen supuestos taxativos, respecto de los cuales deberán cumplirse todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Acuerdo; y iii) sólo se podrán efectuar sobre la base de datos objetivos y cuantificables, esto es, información evidente,

¹² La Nota Interpretativa al Artículo 1 del Acuerdo dispone que el PRPP es el pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor (pago directo) o a un tercero en beneficio del vendedor (pago indirecto). Por su lado, el numeral 7 del Anexo III del Acuerdo dispone que el PRPP comprende todos los pagos realmente efectuados o por efectuarse, como condición de la venta de las mercancías importadas por el comprador al vendedor o por el comprador a un tercero para satisfacer una obligación del vendedor.

comprobable en elementos físicos tales como documentos, medios magnéticos u otros análogos y que pueden ser susceptibles de cálculos matemáticos.

Dentro de los ajustes al PRPP permitidos por el Acuerdo podemos citar, a modo de ejemplo, las comisiones y gastos de corretaje (salvo las comisiones de compra) que corran por cuenta del comprador; los materiales, piezas, partes incorporadas en las mercancías importadas o las herramientas, matrices, moldes, etc., utilizados en la producción de las mercancías importadas. De igual modo se consideran ajustes al PRPP permitidos el pago por servicios de ingeniería, creación y perfeccionamiento, trabajos artísticos, diseños, planos y croquis realizados fuera del país de importación y necesarios para la fabricación de las mercancías importadas, que hayan sido suministrados por el comprador al vendedor gratuitamente o a un precio reducido¹³; cánones o derechos de licencia que el comprador tenga que pagar como condición de venta de la mercancía importada y que se encuentren relacionados con ella¹⁴; así como el valor de cualquier parte del producto de la reventa, cesión o utilización posterior de las mercancías importadas que revierta directa o indirectamente al vendedor.

Debe tenerse presente que el PRPP únicamente podrá ser objeto de ajuste (incremento) si es que se cumplen la totalidad de requisitos taxativos establecidos en el Acuerdo en relación con cada ajuste en particular.

IV. Comentarios en relación con los descuentos comerciales

Podemos entender por descuento aquella “rebaja, libremente pactada entre las partes, al precio de una mercancía por razones diversas que resultarán de interés para las partes contractuales”¹⁵.

¹³ En relación con los ajustes al PRPP por concepto de pago de servicios de ingeniería podemos hacer referencia a la Opinión Prejudicial expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CAN) recaída en el Proceso No. 617-IP-2019, mediante la cual este ente colegiado estableció criterios en relación con la aplicación de dichos ajustes respecto de los envíos fraccionados al país de importación; es decir mercancías que si bien constituyen un conjunto no se presentan al despacho de importación en un solo momento debido a diversas razones propias de la contratación.

Sobre esta base, se indica que el valor aduanero de cada envío fraccionado se sustentará en la parte proporcional del respectivo pago total efectuado o por efectuarse por las mercancías importadas conforme a lo pactado entre las partes.

¹⁴ En relación con los ajustes al PRPP por concepto de pago de regalías podemos hacer referencia de la Resolución del Tribunal Fiscal No. 02077-A-2010 en la cual dicho ente colegiado consideró que las regalías debían ser adicionadas al PRPP a pesar de que dicho caso quedaba subsumido en la Opinión Consultiva (OP) 4.8 expedida por el Comité Técnico de valoración Aduanera de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), recalando que en la referida OP el Comité concluyó que el ajuste por pago de regalías no resultaba procedente, al no existir relación entre el pago de regalías y las mercancías importadas. Esto nos lleva a poner en relieve la importancia que reviste el efectuar una debida verificación del cumplimiento de los requisitos de los ajustes al PRPP bajo un análisis caso por caso.

¹⁵ GUADALUPE BASCONES, Julio. “Aceptabilidad de descuentos en materia de valoración aduanera”. En *Ius et Veritas*. No. 43, 2011, pp. 302-313.

Conforme al Acuerdo, los descuentos comerciales deben ser aceptados a los fines de la valoración aduanera¹⁶; ello, bajo un entendimiento cabal del concepto de PRPP y en sujeción al principio de Verdad Material conforme a sido desarrollado anteriormente.

Como afirma el jurista argentino Daniel Zolezzi:

“Es de la esencia de la noción positiva del valor que las mercancías importadas se valoren por el precio que realmente se paga por ellas. Es decir que, si el vendedor concede descuentos en atención a ciertas modalidades comerciales, nada obsta a que el precio resultante de hacerlos efectivos se acepte como valor de transacción”.¹⁷

Sobre esta base, el no cumplimiento de formalidades (por ejemplo, que el descuento deba estar distinguido en la factura comercial) no podrá generar, en automático, el desconocimiento del descuento otorgado por el vendedor en beneficio del comprador¹⁸.

Ello ha sido reconocido por el Tribunal Fiscal mediante resolución 12385-A-2007 (precedente de observancia obligatoria), al señalar que:

“No procede que la Administración Aduanera considere que los descuentos otorgados por el proveedor en una importación determinada no son aceptables para la determinación del valor en aduanas por el hecho de no distinguirse en la factura comercial que la sustentó, sino que debe aceptarlos en la medida que se aprecien de forma objetiva y fehaciente en otros documentos que constituyan prueba de los términos del contrato de compraventa internacional que generó dicha importación y contengan información respecto de la forma y condiciones de pago, y cualquier otra circunstancia que incida en el precio pagado o por pagarse, y que fueran presentados ante la Administración Aduanera durante el despacho aduanero o como consecuencia de la notificación de una DUDA RAZONABLE”.

Este criterio se ha visto reforzado con la expedición de la Interpretación Prejudicial expedida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CAN) recaída en el Proceso 206-IP-2014, mediante la cual se dejó establecido que la indicación del

¹⁶ La excepción estaría constituida por los denominados “descuentos retroactivos”; esto es, aquellos relacionados con situaciones o circunstancias anteriores y ajenas a la operación comercial de compraventa internacional que sustenta la importación de las mercancías objeto de valoración.

¹⁷ ZOLEZZI, Daniel. *Valor en Aduana (Código Universal de la OMC)*. Buenos Aires: Segunda Edición. Editorial La Ley S.A.E. 2008, p. 89.

¹⁸ Otro ejemplo de prevalencia de las disposiciones del Acuerdo del Valor en Aduana de la OMC sobre formalidades procedimentales lo tenemos en la Resolución del Tribunal Fiscal de observancia obligatoria No. 03893-A-2013, mediante la cual dicho ente colegiado dejó expresamente establecido que el hecho que determinada información (numeración asignada por el proveedor extranjero, lugar y fecha de expedición de la factura, indicación del Incoterm pactado y consignación del origen de la mercancía) no esté incluida en la factura comercial no pueda sustentar una Duda Razonable al valor aduanero declarado por el importador, ni menos aún la no aplicación del primer método de valoración aduanera.

descuento en la factura comercial no constituye un requisito esencial para establecer su real existencia.

V. Conclusiones

- La valoración aduanera de las mercancías importadas constituye aquella técnica que permite determinar la base imponible de los tributos de importación. El Acuerdo establece las reglas para la establecer el valor en aduana. Dichas reglas se encuentran contenidas en métodos diseñados en base a criterios objetivos y de aplicación uniforme buscando la generación de predictibilidad y seguridad jurídica.
- El Acuerdo establece principios de aplicación general y uniforme que deberán orientar su interpretación y debida aplicación por las Autoridades Aduaneras de los países miembros de la OMC. Estos principios están relacionados con aspectos neurálgicos como la no discriminación, la neutralidad y la seguridad jurídica. Los instrumentos expedidos por el Comité Técnico de Valoración de la OMC tienden a uniformizar criterios de interpretación en materia de valoración aduanera.
- El Acuerdo establece seis métodos de valoración aduanera, los mismos que resultan de aplicación de manera sucesiva y excluyente, señalándose de modo expreso que el Método del Valor de Transacción de las Mercancías Importadas (Primer Método de valoración aduanera) debería ser aplicado en la mayor medida de lo posible, lo cual deriva en la obligación para las Autoridades Aduaneras de agotar las posibilidades para aplicar este método.
- El Primer Método de valoración aduanera permite que la determinación de la base imponible de los tributos de importación sea efectuada tomando en consideración, de manera obligatoria, la información y documentación real relacionada con la operación de compraventa subyacente a la importación, teniendo como elemento fundamental de referencia el precio realmente pagado o por pagar por el comprador al vendedor por las mercancías importadas.
- El precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas sólo puede ser incrementado o ajustado sobre la base del cumplimiento de todos los requisitos taxativamente regulados en el Acuerdo.
- Como regla general, los descuentos comerciales deberán ser aceptados a los efectos de determinar el valor en aduana de las mercancías importadas. El incumplimiento de formalidades no puede suponer el rechazo del valor en aduana declarado por el importador
- Una incorrecta valoración aduanera implicaría no sólo que el importador pueda ser objeto de aplicación de multas sumamente elevadas sino también

que sus operaciones sean sujetas a un nivel mayor de riesgo, circunstancia que podría incrementar de manera importante los costos logísticos en las operaciones de importación.

Tratamiento tributario de los beneficios procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional a la luz de la normativa interna y los acuerdos para evitar la doble imposición suscritos por el Perú

Jorge Dávila Carbajal*

Resumen. - Este artículo aborda el tratamiento de las rentas procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional, obtenidos por entidades no residentes, para efectos del Impuesto a la Renta. Particularmente, se analiza el concepto de "beneficios" a que se refieren los acuerdos para evitar la doble imposición suscritos por el Perú bajo el modelo de convenio de la OCDE; y la Decisión No.578 (CAN).

Abstract. - This article approaches the treatment of the income derived from the international air and maritime transport services obtained by non-resident entities for Income Tax purposes. In particular, it analyzes the concept of "benefits" referred to in the agreements to avoid the double taxation signed by Peru under the Model Tax Convention (OECD) and Decision No. 578 (Andean Community).

Palabras clave. - Transporte marítimo - Transporte aéreo - Tráfico internacional - Impuesto a la Renta - Beneficios - Doble imposición - OCDE - Comunidad Andina - Perú.

Keywords. - Shipping - Air Transport - International Traffic - Income Tax - Profits - Double Taxation - OECD - Andean Community - Peru.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Olaechea

I. Introducción

El presente artículo versa sobre el transporte aéreo y marítimo entre el Perú y el extranjero, y su tratamiento particular para efectos del Impuesto a la Renta.

Este tema será abordado inicialmente desde una perspectiva local, en la cual se analizará la Ley del Impuesto a la Renta, y su norma reglamentaria; así como los pronunciamientos de la SUNAT y del Tribunal Fiscal más relevantes sobre la materia.

Como parte del primer bloque de análisis, se explorarán los diversos criterios -no siempre coincidentes- adoptados por las entidades resolutoras en materia tributaria, para definir los alcances de la actividad de “transporte aéreo” y “fletamento o transporte marítimo” entre el Perú y el exterior.

Atendiendo a que en la práctica existe una diversidad de cobros exigibles en el contexto de estas actividades -que van más allá del traslado de pasajeros y mercancías propiamente dicho- y que los criterios aplicados al momento de resolver sobre estos conceptos no resultan ser siempre consistentes, se plantea la necesidad de una modificación normativa que precise los criterios a emplear para considerar determinada prestación como incluidas (o no) dentro de las actividades bajo análisis.

En el segundo bloque de análisis, se analizará el tratamiento tributario específico otorgado a los beneficios obtenidos por las empresas de transporte a que se refiere el artículo 8 de la Decisión No.578, norma comunitaria andina (aplicable a sujetos domiciliados en Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia) para evitar la doble imposición respecto de los impuestos sobre la renta.

Dicho análisis resulta relevante, toda vez que la norma comunitaria no establece una definición sobre el concepto de “beneficio” en el contexto citado, lo cual se dilucidará sobre la base de lo resuelto por el Tribunal Fiscal y el Tribunal Justicia de la Comunidad Andina.

Por último, el tercer bloque, será fundamentalmente una aproximación a los artículos sobre transporte marítimo y aéreo, previstos en los convenios para evitar la doble imposición (CDI's) vigentes, suscritos por nuestro país con Chile, Canadá, Brasil, México, Corea del Sur, Suiza, Portugal y Japón. Al respecto, se efectuará una reflexión inicial sobre el concepto de “transporte marítimo y aéreo” para propósitos de estos CDI's, así como de las diferencias existentes en torno a la regulación aplicable a los beneficios procedentes de la explotación de naves y aeronaves en tráfico internacional.

Espero, con el presente artículo, aportar en la discusión de un asunto sobre el cual aún existe mucho más por analizar y escribir.

II. Análisis

i. Una lectura crítica inicial de nuestra normativa interna

A. Rentas por servicios de transporte aéreo y marítimo entre el Perú y el extranjero

Según lo establecido en el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF (en adelante, la LIR), se presume de pleno derecho; esto es, sin admitir prueba en contrario, que las rentas netas obtenidas por contribuyentes no domiciliados en el país, a raíz de actividades que se llevan a cabo parte en el país y parte en el extranjero (entre estas, los servicios de transporte marítimo y aéreo entre el Perú y el extranjero), son iguales a los importes que resulten de aplicar sobre los ingresos brutos provenientes de las mismas, los porcentajes que establece el artículo 48.

Cuando dichas actividades sean desarrolladas por contribuyentes domiciliados en el país, se presume de pleno derecho que la renta obtenida es íntegramente de fuente peruana, excepto en el caso de sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, cuyas rentas se determinarán según el procedimiento establecido en el párrafo anterior.

Ahora bien, tratándose de servicios de transporte entre el Perú y el extranjero, el inciso d) del precitado artículo 48 de la LIR, señala que los contribuyentes no domiciliados en el país; así como las sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, obtienen rentas netas de fuente peruana iguales al 1% de los ingresos brutos por el transporte aéreo y 2% de los ingresos brutos por fletamento o transporte marítimo; salvo en los casos en que por reciprocidad con el tratamiento otorgado a líneas peruanas que operen en otros países, proceda la exoneración del Impuesto a la Renta a las líneas extranjeras con sede en tales países¹.

En este extremo, resulta preciso hacer referencia a los alcances del concepto de “transporte entre la República y el extranjero”, y en particular de la extensión del concepto de ingresos obtenidos por la actividad de “transporte aéreo” y de “fletamento o transporte marítimo” a que se refiere la norma, toda vez que serán exclusivamente las rentas provenientes de dichas actividades, y no otro tipo de rentas obtenidas por las mismas entidades, las que serán objeto del tratamiento particular antes indicado.

¹ Sobre la exoneración por reciprocidad ampliaré en el punto 1.2. del presente artículo.

En otras palabras, la definición de estos conceptos resulta de suma importancia a fin de determinar si son aplicables las presunciones de renta neta de fuente peruana antes expuestas o el tratamiento exoneratorio recíproco del Impuesto a la Renta; o si más bien, corresponde un análisis de la tributación de estas “otras rentas” (distintas a las provenientes de la actividad de transporte aéreo o transporte marítimo) fuera del alcance del precitado inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Una primera forma de abordar este análisis sería comprendiendo que todas las rentas obtenidas por empresas no domiciliadas o sus sucursales peruanas, que prestan servicios de transporte marítimo o aéreo entre la República y el extranjero; constituyen rentas generadas por la actividad de transporte marítimo o aéreo internacional a la que se refiere el mencionado artículo 48.

De esta manera, independientemente de la naturaleza de las rentas generadas por dichas entidades, las mismas calificarían como obtenidas por la realización de actividades de transporte marítimo o aéreo internacional (o asociadas a dichas actividades de forma directa o indirecta), atendiendo fundamentalmente al giro de negocio de la entidad.

Otra forma distinta de abordar este análisis sería considerando que no todas las rentas obtenidas por empresas no domiciliadas o sus sucursales peruanas, que prestan servicios de transporte marítimo o aéreo entre la República y el extranjero, califican como rentas generadas por la realización de actividades de transporte marítimo o aéreo internacional indicadas en el artículo 48 bajo análisis. En cuyo caso, correspondería diferenciar las rentas obtenidas por dichas entidades, a fin de aplicar el tratamiento tributario correspondiente a cada una de ellas, según su naturaleza.

En mi opinión, el artículo 48 de la LIR exige efectuar la diferenciación de rentas por naturaleza a que se refiere el párrafo anterior, toda vez que no establece un tratamiento tributario de tipo subjetivo y amplio; esto es, por cualquier renta que pudiera obtener una empresa no domiciliada de transporte marítimo o aéreo, o su sucursal peruana; sino exclusivamente respecto de aquellas rentas obtenidas por la prestación de servicios de transporte marítimo o aéreo entre el Perú y el extranjero².

A mayor abundamiento, nótese que, en el contexto de la prestación de servicios de transporte entre el Perú y el extranjero, podrían incluso existir rentas por otros conceptos relacionados con dicha actividad, pero de carácter

² En ese sentido, el inciso e) del artículo 27 del Reglamento de la LIR indica que las presunciones establecidas en el artículo 48 de la Ley, serán de aplicación a las sucursales, agencias o establecimientos permanentes en el país de empresas extranjeras, sólo respecto de las rentas de carácter internacional que se realicen parte en el país y parte en el extranjero. Dicho régimen no podrá extenderse a otras rentas que generen las sucursales, agencias o establecimientos permanentes.

autónomo (independiente) respecto de tales servicios; los cuales deben tener un tratamiento tributario fuera de los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Ahora bien, retornando al análisis de los conceptos a que se refiere el inciso d) del artículo 48 de la LIR, tenemos que según el numeral 1 del artículo 78 la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, se considera servicio de transporte aéreo a la serie de actos destinados a trasladar por vía aérea a personas o cosas, de un punto de partida a otro de destino a cambio de una contraprestación, salvo las condiciones particulares del transporte aéreo especial y el trabajo aéreo. Por su parte, el artículo 81 de la misma norma define al servicio de transporte aéreo internacional como aquel realizado entre el territorio peruano y el de un Estado extranjero o entre 2 (dos) puntos del territorio peruano cuando exista una o más escalas intermedias en el territorio de un Estado extranjero.

De forma similar, la Dirección General de Aeronáutica Civil del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en las Regulaciones Aeronáuticas del Perú (RAP 1) Revisión 16 del 10 de marzo de 2018, aprobadas mediante Resolución Directoral 222-2018-MTC/12, define al transporte aéreo como el transporte de personas o cosas de un lugar de origen hacia otro de destino distinto, con fines de lucro y efectuado por medio de aeronaves; y en particular como “transporte aéreo internacional”, al transporte aéreo que se realiza entre nuestro país y otros países del mundo.

En la misma línea, el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, ratificado mediante Decreto Supremo 026-2002-RE, y vigente en Perú desde el 4 de noviembre de 2003, establece que para los fines de tal acuerdo, la expresión “transporte internacional” significa todo transporte en que, conforme a lo estipulado por las partes, el punto de partida y el punto de destino, haya o no interrupción en el transporte o transbordo, están situados, bien en el territorio de dos Estados Partes o bien en el territorio de un solo Estado Parte si se ha previsto una escala en el territorio de cualquier otro Estado, aunque éste no sea un Estado Parte. El transporte entre dos puntos dentro del territorio de un solo Estado Parte, sin una escala convenida en el territorio de otro Estado, no se considerará transporte internacional para los fines del referido convenio³.

Por otra parte, sobre el concepto de “transporte marítimo internacional”, el Decreto Supremo 014-2011-MTC, Reglamento de la Ley de reactivación y promoción de la Marina Mercante Nacional, establece en su artículo 6 que el

³ Agrega el convenio que el transporte que deban efectuar varios transportistas sucesivamente constituirá, para los fines del mismo acuerdo, un solo transporte cuando las partes lo hayan considerado como una sola operación, tanto si ha sido objeto de un solo contrato como de una serie de contratos, y no perderá su carácter internacional por el hecho de que un solo contrato o una serie de contratos deban ejecutarse íntegramente en el territorio del mismo Estado.

transporte acuático o actividad naviera comprende el transporte de pasajeros o mercancías por mar, de un punto geográfico a otro, a bordo de un buque, y que dependiendo de su ámbito de aplicación se clasifica entre otros en nacional o internacional.

A su vez, conceptualiza el transporte acuático comercial de pasajeros y carga, en tráfico nacional (o cabotaje) como aquel que se realiza entre puertos peruanos cuya prestación está sujeta a ciertas condiciones.

Aun cuando la precitada norma no define en estricto los alcances del concepto de “transporte marítimo internacional”, resulta posible concluir que dicha actividad comprende el transporte marítimo de pasajeros o mercancías entre un puerto ubicado en nuestro país y otro ubicado en el extranjero.

Sin perjuicio de lo expuesto, la SUNAT mediante su Informe 025-2012-SUNAT/4B0000⁴, indica que el contrato de transporte de carga no se circunscribe al traslado de los bienes materia del contrato entre dos puntos⁵, sino que también comprende la realización de actividades adicionales que ejecuta el transportista y que **están orientadas a posibilitar dicho transporte**.

Siendo esto así, la SUNAT concluye que en la medida que estas actividades adicionales se encuentren **directamente vinculadas** a los servicios de transporte entre la República y el extranjero, deben entenderse incluidas bajo el alcance del precitado inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Agrega la SUNAT, sobre la base del Informe 160-2011-MTC/12.08, emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, que existen ciertos cargos adicionales al flete que se encuentran dentro de las condiciones o características bajo las que el transportador va a prestar el servicio de transporte al usuario que adquiere un billete de pasaje aéreo a una determinada tarifa.

En ese sentido, indica que el servicio de transporte aéreo no es sólo el vuelo de un origen hacia un destino, sino que incluye también la fecha, hora, itinerario, así como los servicios prestados a bordo. Así, considera que el monto de la tarifa determina las facilidades que puede disponer el usuario para la realización de su viaje, por ejemplo, la posibilidad de cambiar fechas de vuelo sujeta a un cargo adicional, o devolución del monto pagado bajo una penalidad, entre otros.

⁴ Referido al transporte aéreo de carga, pero igualmente aplicable en conceptos generales para el caso del transporte marítimo.

⁵ Podría entenderse aplicable la misma conclusión respecto al transporte de pasajeros.

Considerando lo anterior, el análisis de la SUNAT sobre la aplicación del inciso d) del artículo 48 de la LIR respecto de ciertos cargos adicionales, se resume en el siguiente cuadro:

Cargo adicional	Alcance del concepto	¿Se incluye bajo el alcance del inciso d) del artículo 48 de la LIR?	Fundamento
1. Cargo por cambio de fecha del vuelo, y cargo adicional a fin de efectivizar dicho cambio.	Otorga al pasajero la posibilidad de cambiar o reprogramar el momento de la prestación del servicio de transporte aéreo; y permite efectivamente cambiar o reprogramar el momento en que se prestará el servicio, respectivamente.	SI	Son conceptos <u>directamente vinculados</u> con el servicio de transporte aéreo, toda vez que <u>la prestación del servicio se lleva a cabo</u> , sólo que en <u>fecha diferente</u> .
2. Cargo por cambio de itinerario, y cargo adicional a fin de efectivizar dicho cambio.	Otorga la posibilidad de modificar la ruta que se sigue para llegar a un destino; y permite que efectivamente se realice la modificación de la ruta de destino, respectivamente.	SI	Son conceptos <u>directamente vinculados</u> con el servicio de transporte aéreo, toda vez que <u>la prestación del servicio se lleva a cabo</u> , aunque a través de una <u>ruta diferente</u> .
3. Cargo por cambio de clase de vuelo, y cargo adicional a fin de efectivizar dicho cambio.	Otorga la posibilidad de modificar la forma en que se prestará el servicio ⁶ ; y permite que efectivamente se realice dicho cambio, respectivamente.	SI	Son conceptos <u>directamente vinculados</u> con el servicio de transporte aéreo, toda vez que están referidos a la <u>forma</u> en que se presta el servicio
4. Cargo por reembolso de pasajes, y cargo adicional a fin de efectivizar el	Otorga al pasajero posibilidad de solicitar la devolución (total o parcial, según se pacte) del monto pagado en caso que decida no viajar; y permite efectivizar la realización de dicho cambio, respectivamente.	NO	<u>No se encuentran directamente vinculados</u> con el servicio de transporte aéreo, toda vez que <u>la prestación del servicio no se lleva a cabo</u> .

⁶ Por ejemplo: primera clase, clase negocios o clase turista, dependiendo del tipo de facilidades que se otorga a los pasajeros a bordo.

reembolso del boleto aéreo.			
5. Cargo por envío de los pasajes aéreos a los destinos que señalen los clientes.	Permite al cliente pagar en el país, un pasaje aéreo que será emitido en el exterior.	SI	Es un concepto <u>directamente vinculado</u> a la prestación del servicio de transporte aéreo, toda vez que se trata de una modalidad de venta por la cual el boleto se emite y el servicio aéreo se inicia en un lugar diferente al de pago del pasaje.
6. <i>Handling</i> o Trámite Documentario	Es el cobro que se realiza para cubrir los gastos administrativos del aviso de llegada, revisión y endose de las guías aéreas para su entrega al usuario o su representante, así como por cobrar el flete en los casos de embarques que lleguen al cobro ('collect'), en el caso de importación.	SI	Constituye una <u>actividad necesaria</u> para el traslado de la carga y forma parte integrante del contrato de transporte de carga ⁷

(Fuente: Elaboración propia)

Ahora bien, el Tribunal Fiscal mediante Resolución 04461-9-2011, analizó conceptos similares a los indicados en los puntos 1, 4, 5 y 6. Sin embargo, consideró que los cargos por cambio de fecha deben ser incluidos dentro del inciso d) del artículo 48 de la LIR, pero atendiendo al hecho que dichos pagos constituyen montos necesarios para que el servicio de transporte pueda prestarse, formando parte de la tarifa del servicio de transporte.

Sobre los cargos por reembolso de pasajes (concepto que la SUNAT no considera incluido dentro de los alcances del artículo 48 bajo estudio), el Tribunal Fiscal indicó que los mismos se originan en actividades de transporte y que dicho cobro forma parte de las condiciones del servicio de transporte aéreo pactadas al adquirir el pasaje, motivo por el cual debía incluirse bajo los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Por su parte, el Tribunal Fiscal consideró aplicable el tratamiento de rentas por actividades de transporte aéreo entre el Perú y el extranjero, respecto de

⁷ De esta manera la SUNAT deja sin efecto un pronunciamiento anterior, adoptado mediante Carta No. 183-2006-SUNAT/200000, en virtud del cual excluyó al "*Handling*" de los alcances del citado inciso d) del artículo 48 de la LIR, "a pesar de que pueda tratarse de servicios complementarios necesarios, para llevar a cabo el servicio de transporte aéreo de carga internacional, más aún cuando los mismos se realizan íntegramente en el territorio nacional".

los cargos por envío de los pasajes aéreos a los destinos que señalen los clientes, argumentando que dicho pago está relacionado con la adquisición de un pasaje, constituyendo así una modalidad de venta (de forma similar al criterio adoptado por la SUNAT en el informe citado anteriormente) y forma parte del desarrollo de las actividades de transporte aéreo internacional, por lo que no se trata de un servicio independiente de la actividad.

En adición, sobre los cargos por concepto de “*handling*”, el Tribunal Fiscal concluyó que el servicio de transporte aéreo internacional además del traslado físico de la carga, comprende los **actos necesarios para la realización de dicho traslado**, desde la recepción de la carga por el transportista en el terminal de carga de origen hasta su entrega al destinatario en el terminal de carga de destino, los que de forma conjunta constituyen una unidad, incluyendo al “*handling*”, acto **necesario e indispensable** para que la carga pueda ser entregada al destinatario en el terminal de carga de destino.

En ese sentido, determinó que toda vez que el monto **se origina en el desarrollo de actividades de transporte internacional**, resulta de aplicación la presunción prevista en el inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Por otro lado, en la Resolución 09611-8-2012, el Tribunal Fiscal se pronunció sobre cobros por cambio ruta o itinerario y cambio de ticket.

Sobre el primer concepto (cambio de ruta o itinerario), el Tribunal Fiscal indicó que un factor determinante en la fijación de las tarifas del transporte aéreo es la posibilidad que se tiene para modificar la fecha de viaje o la ruta o itinerario, siendo que, a mayor flexibilidad en el cambio de tales condiciones, mayor es la tarifa por el servicio y por el contrario, a menor flexibilidad en éstas, menor es la tarifa por el servicio.

En ese sentido, señaló que existe un rango de tarifas de pasajes aéreos que varía en función al mayor o menor derecho para efectuar variaciones en las condiciones inicialmente acordadas, como es el caso de la posibilidad de modificar la fecha o la ruta o itinerario de vuelo, que supone modificar la tarifa inicialmente acordada.

Teniendo en consideración lo anterior, el Tribunal Fiscal concluyó que los importes cobrados por la sucursal peruana de la aerolínea no domiciliada, por concepto de cambio de fecha o de ruta o itinerario, **retribuyen el servicio de transporte aéreo internacional** de acuerdo con las condiciones pactadas, motivo por el cual dicho concepto debía entenderse comprendido bajo los alcances del precitado artículo 48.

Ahora bien, sobre el cobro por re-emisión de pasaje, el mencionado Tribunal concluyó que dicho concepto también **está relacionado** con el desarrollo de

las actividades de transporte aéreo internacional, por lo que **no se trata de un servicio independiente de tal actividad.**

Es preciso mencionar que mediante la Resolución No. 9611-8-2012, el Tribunal Fiscal se pronunció también sobre los cargos por reembolso de pasaje, manteniendo el mismo sustento de la Resolución 04461-9-2011, incluyendo dicho concepto dentro de los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Resulta importante mencionar que la Resolución 9611-8-2012, fue objeto de impugnación en vía judicial por la SUNAT, en el extremo referido a los cargos por reembolso. Como resultado de dicho proceso, se emitió la sentencia en Casación 9339-2015-LIMA, en virtud de la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundada la demanda presentada por la SUNAT.

Al respecto, la SUNAT expuso entre otros argumentos, los siguientes: (i) resulta incorrecto señalar que los ingresos por concepto de “reembolso de pasajes” constituyen parte del servicio de transporte aéreo internacional, bajo el entendido que todas las contraprestaciones pactadas dentro del contrato de transporte aéreo internacional o que incluye el pasaje, a las que queda obligada la contribuyente, forman parte del servicio de transporte aéreo internacional; y (ii) los ingresos que percibe la contribuyente no provienen de actividades relacionadas al transporte aéreo, por rentas de carácter internacional que se realicen parte en el país y parte en el extranjero, ya que la contraprestación que realiza para reembolsar el pasaje, se efectúa íntegramente dentro del país.

Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas en representación del Tribunal Fiscal, respondió indicando que, el monto cobrado por reembolso de un pasaje se origina en un derecho establecido en el contrato y contemplado en la tarifa que permite al usuario, en caso le sea necesario, solicitar el reembolso de su pasaje, por lo que dicho cobro forma parte de las condiciones del servicio de transporte aéreo pactadas al adquirir el pasaje.

Por otro lado, la contribuyente alegó que el pago por reembolso tiene naturaleza restitutiva en el sentido que tiene como finalidad compensar a la empresa por haber cumplido con parte de prestación de transporte aéreo (reserva de vuelo originalmente pactado); en consecuencia, la aplicación de dichos recargos busca justamente retribuir los costos que irroga a la empresa al procesar los cambios de las condiciones inicialmente pactadas.

Finalmente, la Sala resolutoria concluyó en el sentido que dicho cargo no representa un ingreso adicional o ingreso por indemnización a la empresa aérea; toda vez que, tienen una **relación directa** con el servicio de transporte aéreo originados de la suscripción de un contrato de transporte aéreo internacional; haciendo suyos los argumentos del Tribunal Fiscal en el

sentido que el importe cobrado por el reembolso de pasajes anulados se **originan** en las actividades de transporte aéreo entre la República y el extranjero y no constituyen un **ingreso independiente** a dichas actividades comerciales.

De lo antes expuesto, resulta posible evidenciar que no existe un criterio legal-tributario uniforme y claro sobre las condiciones que debe reunir un concepto, cargo o cobro -adicional al pago del flete marítimo o aéreo internacional- para ser considerado como parte del mismo, y en consecuencia, bajo los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

En efecto, la SUNAT, para determinar si un concepto se encuentra bajo los alcances del artículo señalado en el párrafo anterior, utiliza en algunos casos el criterio de “vinculación directa”, condicionando su tratamiento como parte de la actividad de transporte aéreo entre la República y el extranjero, al hecho que efectivamente dicha actividad sea llevada a cabo⁸.

Asimismo, como se evidencia de la tabla precedente⁹, la SUNAT prescinde en algunos casos del criterio de “vinculación directa”, para aplicar más bien un criterio de “necesidad”, de forma tal que, en la medida que se trate de una actividad necesaria para el traslado y forme parte integrante del contrato de transporte de carga, la renta obtenida será tratada bajo los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

En este extremo, es preciso considerar que lo “vinculado”¹⁰ no siempre calificará como “necesario”¹¹, motivo por el cual -en estricto- hablamos de criterios distintos. En adición a ello, tampoco resulta claro qué debe entenderse para la SUNAT como vinculación “directa” para estos propósitos (y de existir lo anterior, qué conceptos calificarían como vinculados de forma “indirecta”).

Por otro lado, dependiendo del concepto que se encuentre bajo escrutinio, el Tribunal Fiscal emplea también el criterio de “necesidad” en línea con lo antes expuesto. Sin embargo, en otros casos, utiliza el criterio de “origen”, de manera tal que, si el cobro se origina en el desarrollo de la actividad de transporte internacional y forma parte de las condiciones del servicio pactadas, se entenderá incluido dentro de los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR. Para otros conceptos, el mismo tribunal aplica un criterio de “relación”, de manera tal que dependiendo de la naturaleza del

⁸ Este fundamento le sirvió por ejemplo para excluir la renta obtenida por concepto de “reembolso de pasajes” de los alcances del inciso d) del artículo 48 de la LIR.

⁹ Tabla referida a los criterios adoptados en el Informe No. 025-2012-SUNAT/4B0000.

¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia, se entiende por “vinculación” a la acción o efecto de vincular. Por su parte, en una de sus acepciones, “vincular” se define como lo perteneciente o relativo al vínculo; mientras que la palabra “vínculo” se define como la unión o atadura de una persona o cosa con otra.

¹¹ Siguiendo la definición de la Real Academia, en una de sus acepciones, la palabra “necesario” significa aquello que hace falta indispensablemente para algo.

concepto y en la medida que forme parte del desarrollo de la actividad, concluye si está o no frente a un servicio independiente a la actividad.

Siendo el caso que: (1) en la práctica existe una diversidad de prestaciones que pueden verificarse en el contexto de la actividad de transporte marítimo y aéreo entre el Perú y el extranjero; y (2) no existe uniformidad de criterios para determinar cuándo estamos frente a una prestación que deba incluirse bajo los alcances de dicha actividad; resulta necesaria la incorporación en nuestras normas tributarias de una definición que delimite el alcance de los servicios bajo estudio; así como de los criterios generales -de necesario cumplimiento- para entender incluida determinada prestación dentro de dicho concepto.

Exclusivamente, a modo de referencia para el planteamiento de una posible alternativa de regulación interna, conviene indicar que la OCDE, en las diversas versiones de sus comentarios al artículo 8 de su Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Capital, referido a la imposición de los beneficios procedentes de la navegación marítima y aérea (sobre el cual volveré en el punto 3 del presente trabajo), ha venido adoptando regularmente una clasificación que podría sintetizarse de la siguiente manera¹²:

- Ingresos obtenidos directamente del transporte marítimo y aéreo internacional de pasajeros o mercancías.
- Ingresos por actividades directamente relacionadas a los servicios de transporte marítimo y aéreo internacional; entendidas como aquellas necesarias para permitir, facilitar y apoyar dichos servicios. Y,
- Ingresos por actividades no relacionadas a los servicios de transporte marítimo y aéreo internacional; entendidas como aquellas no necesarias para la prestación de dichos servicios, las cuales sólo se entenderán incluidas como parte de dichos servicios en la medida que sean secundarias¹³.

Independientemente del diseño que se adopte, la incorporación de una definición en nuestras normas tributarias contribuirá a generar certeza y seguridad jurídica en el tratamiento de las rentas obtenidas por los servicios de transporte aéreo y marítimo entre el Perú y el extranjero.

¹² En estricto, los precitados comentarios hacen referencia al término “beneficios”; sin embargo, para los efectos de la materia tratada en este punto, emplearé el término “ingresos”.

¹³ Esto, se explica en la contribución poco significativa de dichas actividades (secundarias) y su estrecha relación con la prestación de los servicios bajo estudio; situación que amerita que no se les dé un tratamiento como actividades diferenciadas con relación a los servicios de transporte marítimo y aéreo internacional.

B. Exoneración por reciprocidad

Como se indicó en el punto anterior, los servicios de transporte aéreo y marítimo entre el Perú y el extranjero, prestados por entidades no domiciliadas y sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento permanente en el país de empresas unipersonales, sociedades y entidades de cualquier naturaleza constituidas en el exterior, se encuentran gravados con el Impuesto a la Renta, salvo en los casos en que por reciprocidad con el tratamiento otorgado a líneas peruanas que operen en otros países, proceda la exoneración del Impuesto a la Renta a las líneas extranjeras con sede en tales países.

Al respecto, el inciso d) del artículo 48 de la LIR, indica que la empresa no domiciliada acreditará la exoneración mediante constancia emitida por la Administración Tributaria del país donde tiene su sede, debidamente autenticada por el Cónsul peruano en dicho país y legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Sobre el particular, el numeral 2 del inciso b) del artículo 27 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo 122-94-EF (en adelante, el Reglamento de la LIR), establece que a fin de gozar de la exoneración, las empresas no domiciliadas deberán presentar a la SUNAT una constancia emitida por la Administración Tributaria del país donde tienen su sede, debidamente autenticada por el Cónsul peruano en dicho país y legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, o cualquier otra documentación que acredite de manera fehaciente que su legislación otorga la exoneración del Impuesto a la Renta a las líneas peruanas que operen en dichos países.

Se indica al respecto que la SUNAT evaluará la información presentada, quedando facultada a requerir cualquier información adicional que considere pertinente; y que la exoneración estará vigente mientras se mantenga el beneficio concedido a las líneas peruanas. De producirse la derogatoria del tratamiento exoneratorio recíproco, las líneas peruanas afectadas por la derogatoria, así como las empresas no domiciliadas que gocen de dicha exoneración por reciprocidad, deberán comunicar tal hecho a la SUNAT, dentro del mes siguiente de publicada la norma que deroga la exoneración.

Sobre los alcances de la precitada exoneración, la SUNAT en su Informe 199-2008-SUNAT/2B0000 (aplicable tanto a los casos de servicio de transporte aéreo y marítimo internacional entre el Perú y el exterior), refiere que la presentación de la documentación mencionada en el numeral 2) del inciso b) del artículo 27 del Reglamento de la LIR, es un mecanismo mediante el cual se acredita o comprueba el cumplimiento del trato exoneratorio recíproco a las líneas peruanas en el país extranjero.

En ese sentido concluye que, si bien dicha documentación debe ser presentada a efecto que las empresas no domiciliadas gocen de la exoneración del Impuesto a la Renta, la exoneración no rige a partir de su presentación a la SUNAT, sino que sus efectos se retrotraen al período tributario en que dichas empresas generaron las rentas por las actividades antes mencionadas, siempre que se pruebe que en dicho período era aplicable similar beneficio a las líneas peruanas.

El mismo criterio ha sido acogido por el Tribunal Fiscal en su Resolución No.3565-8-2016 donde se pronuncia sobre el momento desde el cual es aplicable la exoneración del Impuesto a la Renta a favor de las empresas no domiciliadas de transporte aéreo internacional.

Cabe agregar que el precitado Informe 199-2008-SUNAT/2B0000, adopta otro importante criterio relacionado con el tipo de reciprocidad a que se refiere la LIR y su norma reglamentaria.

A consideración de la SUNAT, la cual comparto, se entiende que la reciprocidad que debe acreditarse es de tipo formal, toda vez que se sustenta con la constancia emitida por la Administración Tributaria del país donde las empresas no domiciliadas de transporte aéreo o marítimo tienen su sede o mediante cualquier otra documentación que demuestre fehacientemente que la legislación de dicho país otorga la exoneración del Impuesto a la Renta a las líneas aéreas o marítimas peruanas que operen en el mismo.

Dicho en otras palabras, para la SUNAT, la reciprocidad a la que se refiere la norma no es una reciprocidad real; esto es, aquella por la cual deba exigirse que las líneas aéreas o marítimas nacionales efectivamente operen y gocen de la exoneración del Impuesto a la Renta en los otros países de los cuales provienen las empresas no domiciliadas que pretenden gozar del beneficio dispuesto en la norma peruana; sino que se trata de una reciprocidad potencial.

Siendo esto así, aplicará la exoneración por reciprocidad, aun cuando no existan líneas peruanas que operen efectivamente en los países donde las empresas aéreas o marítimas que reclamen el beneficio tengan su sede.

Debe tenerse en cuenta que si la legislación del otro país (país sede) exigiera el cumplimiento de requisitos a las empresas navieras o marítimas peruanas para el otorgamiento de la exoneración, la empresa no domiciliada de transporte aéreo o marítimo internacional, deberá cumplir en nuestro país los mismos requisitos que la legislación de su país sede exija a las empresas peruanas para gozar de la exoneración del IR, aun cuando tales requisitos no sean exigibles en virtud de nuestra normativa interna. Este criterio ha sido establecido por la SUNAT mediante Informe 023-2011-SUNAT/2B0000.

Por otro lado, si las empresas aéreas extranjeras, en virtud de un Tratado Internacional suscrito por el Perú con el país sede de las primeras, gozaran de la exoneración del Impuesto a la Renta en el Perú, no procederá exigir la presentación de la constancia a que se refiere el inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Según el archivo nacional de tratados del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Perú suscribió un acuerdo -vigente desde el 5 de marzo de 1996- con el gobierno de la República de Panamá sobre exoneración de pago del Impuesto a la Renta por la explotación de aeronaves de ambos países, en base al principio de reciprocidad.

De acuerdo con los términos de dicho tratado, la exoneración otorgada por el Estado peruano aplica respecto a los ingresos derivados de la explotación de aeronaves registradas en Panamá y las ventas de personas jurídicas constituidas conforme a las leyes de la República de Panamá derivadas de la explotación de aeronaves.

En adición, según la misma fuente, nuestro país suscribió un acuerdo -vigente desde el 15 de diciembre de 1988- con los Estados Unidos de América sobre la exoneración recíproca del pago de impuestos a la renta por fletes de transporte marítimo internacional.

Dicho acuerdo señala que la exoneración otorgada por el Estado peruano aplica, entre otros, a corporaciones organizadas en los Estados Unidos sobre todos los ingresos provenientes de operaciones internacionales de barcos, incluyendo ingresos obtenidos por el alquiler de barcos a tiempo completo o por viaje y renta obtenida del alquiler de contenedores y equipo accesorio que eventualmente acompañe al contrato de transporte marítimo internacional. También incluye ingresos obtenidos del alquiler de barcos fletados, utilizados bajo contrato de transporte internacional por compañías dedicadas a la operación de barcos en el transporte internacional.

Siendo esto así, a fin de que las líneas de transporte aéreo constituidas en Panamá y las líneas de transporte marítimo organizadas en los Estados Unidos de América, acrediten en nuestro país la exoneración por reciprocidad del Impuesto a la Renta, por los servicios de transporte que presten entre el Perú y el exterior, no resultará exigible la constancia a que se refiere el inciso d) del artículo 48 de la LIR, siendo los tratados internacionales antes mencionados el sustento de la exoneración aplicable.

Por último, debe indicarse que nuestro país suscribió un acuerdo por intercambio de notas con el gobierno de la República Argentina -vigente desde el 26 de octubre de 1948- para evitar la doble imposición de las rentas provenientes del ejercicio de la navegación marítima y aérea, en virtud del cual, el Gobierno del Perú se compromete a eximir del Impuesto a la Renta y de todo otro impuesto sobre los beneficios, a los ingresos provenientes del

ejercicio de la navegación marítima y aérea entre Perú y cualquier otro país, obtenidos por empresas constituidas en la República Argentina.

ii. La Decisión No. 578

La Decisión No.578, Régimen para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal en el marco de la Comunidad Andina, aplicable a personas domiciliadas en Ecuador, Perú, Colombia y Bolivia, establece en su artículo 3 (“Jurisdicción Tributaria”) que independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora¹⁴, salvo los casos de excepción previstos en la misma norma comunitaria. Por tanto, los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio.

Como refieren Gómez Apac y Rodríguez Noblejas¹⁵, basados en la Interpretación Prejudicial 63-IP-2011, emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), el Artículo 3 de la Decisión 578 consagra como principio estructural de aplicación el de la fuente productora, el cual fue un legado de la Decisión 40 y excluye la opción de gravar la renta con base en el principio de residencia o domicilio.

Por su parte, el artículo 6 de la misma norma (denominado “Beneficios de las empresas”), indica que los beneficios resultantes de las actividades empresariales sólo serán gravables por el País Miembro donde éstas se hubieren efectuado. Agrega que, cuando una empresa efectúe actividades en dos o más Países Miembros, cada uno de ellos podrá gravar las rentas que se generen en su territorio, aplicando para ello cada País sus disposiciones internas en cuanto a la determinación de la base gravable como si se tratara de una empresa distinta, independiente y separada, pero evitando la causación de doble tributación de acuerdo con las reglas de dicha norma comunitaria.

Ahora bien, el artículo 8 de la Decisión No.578, contiene una regla de atribución especial aplicable a los “Beneficios de empresas de transporte”. Sobre el particular, se establece que los beneficios que obtuvieren las empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial, sólo estarán sujetos a obligación tributaria en el País Miembro en que dichas empresas estuvieren domiciliadas.

¹⁴ Para estos efectos, la expresión “fuente productora” se refiere a la actividad, derecho o bien que genere o pueda generar una renta.

¹⁵ GÓMEZ APAC, Hugo R. y RODRIGUEZ NOBLEJAS, Karla Margot. *Nuevos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Junio 2016 – Junio 2019). Propiedad intelectual, libre competencia, comercio internacional, derecho tributario, telecomunicaciones, transporte y minería ilegal*. Quito: Editorial San Gregorio S.A. – Universidad San Gregorio de Portoviejo, 2019, p. 431.

Al respecto, Gómez y Rodríguez¹⁶, señalan que, aunque este principio de la fuente productora sea una regla general en el ámbito del derecho comunitario andino, es decir, aunque las rentas se graven en el país donde se produzcan, la parte final del primer párrafo del Artículo 3 de la Decisión 578 establece la posibilidad de encontrar en la misma norma comunitaria excepciones a este principio.

Considerando lo anterior, resulta posible concluir que la regla contenida en el artículo 8 citado en el párrafo precedente, constituye precisamente una excepción al principio de la fuente contenido en el artículo 3 de la norma comunitaria andina.

Ahora bien, la Decisión No.578 no posee una definición del término “Beneficios”, lo que genera en el caso bajo análisis, dos posibles interpretaciones con relación a la aplicación del precitado artículo 8.

La primera interpretación, consistiría en entender que el término “beneficio” incluye cualquier renta obtenida por una empresa de transporte; en cuyo caso, las rentas por arrendamiento de buques o aeronaves por ejemplo, o en general, cualquier otro tipo de renta obtenida por una empresa de transporte -incluso distinta a las resultantes de la actividad de transporte- se encontraría sometida a la aplicación del mencionado artículo 8, correspondiendo tributar por dichas rentas exclusivamente en el país donde la empresa de transporte estuviera domiciliada.

Mientras que la segunda, consistiría en entender que el término “beneficio” incluye exclusivamente a las rentas que obtuviera la empresa de transporte resultantes de la actividad de transporte; en cuyo caso, las rentas por arrendamiento de buques o aeronaves, por ejemplo, o en general cualquier otro tipo de renta (distinta a las resultantes de la actividad de transporte), no se encontrarían sometidas al tratamiento particular del artículo 8; sino a la regla de imputación que corresponda según su naturaleza.

Al respecto, el TJCA, mediante Interpretación Prejudicial recaída sobre el Proceso IP 443-IP-2017, concluyó -a partir de la definición de “beneficio” contenida en el Diccionario de la Real Academia Española- que los dividendos obtenidos por una empresa de transporte terrestre ecuatoriana de su sucursal peruana, se incluyen bajo los alcances del referido artículo 8, toda vez que dicho artículo otorga un tratamiento generalizado para los beneficios (entendidos como la ganancia económica obtenida de un negocio, inversión u otra actividad mercantil), sin efectuar alguna categorización.

Agrega dicho Tribunal que para el caso específico de las empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial, la obligación tributaria únicamente nace en el país miembro donde las prestadoras del servicio de transporte estén domiciliadas, para lo cual, deben ser consideradas exoneradas en los demás países miembros que pretendan gravar estas actividades, tomando en consideración lo

¹⁶ Ibid., p.432.

establecido en el último párrafo del artículo 3 de la Decisión No.578; esto es, “los demás Países Miembros que, de conformidad con su legislación interna, se atribuyan potestad de gravar las referidas rentas, deberán considerarlas como exoneradas, para los efectos de la correspondiente determinación del impuesto a la renta o sobre el patrimonio”.

En línea similar se pronunció antes el Tribunal Fiscal peruano mediante la Resolución 03256-3-2013 (cabe indicar que dicha resolución fue judicializada por la SUNAT, motivando que la Corte Suprema de Justicia solicite precisamente la Interpretación Prejudicial antes indicada).

Por otro lado, en esta parte resulta preciso hacer referencia al criterio adoptado por el Tribunal Fiscal mediante Resolución 329-3-2013, en virtud del cual concluyó que a la sucursal peruana de una empresa de transporte aéreo constituida y domiciliada en Colombia, sólo estaba sujeta al Impuesto a la Renta del País Miembro en que estuvo domiciliada, y bajo esta premisa en Perú debía ser considerada como exonerada del Impuesto a la Renta, en aplicación del citado artículo 3 de la Decisión No. 578.

En dicha resolución añade el Tribunal Fiscal a título ilustrativo, que la propia Administración en su Informe 278-2001-SUNAT/K0000, considera que las empresas domiciliadas en otro País Miembro de la Comunidad Andina que cuenten con sucursal en Perú y cuya actividad sea la prestación de servicios de transporte aéreo en las modalidades de servicio de transporte aéreo internacional, regular y no regular, están comprendidas dentro de lo dispuesto en el artículo 8 del Anexo I de la Decisión No. 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, respecto del Impuesto a la Renta (cuyo texto es similar al que se encuentra actualmente contenido en el artículo 8 de la Decisión No.578).

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Fiscal mediante su Resolución 3256-3-2013, respecto de una sucursal peruana de una empresa de transporte terrestre domiciliada en Ecuador, indicando que la misma sólo debía estar sujeta al Impuesto a la Renta ecuatoriano y bajo dicha premisa debía ser considerada exonerada en Perú.

En dicha resolución, se indicó además que si bien es cierto que, conforme al artículo 11 de la norma comunitaria andina, los dividendos y participaciones tributan donde estuviera domiciliada la empresa que lo distribuye; también es cierto que en este caso en particular, en observancia del tratamiento diferenciado otorgado a las empresas de transporte, resulta de aplicación la exoneración del Impuesto a la Renta a favor de la matriz ecuatoriana, quien es aquella sobre la que finalmente recae dicho impuesto.

Agrega, por último, que no obstante las sucursales de personas jurídicas no domiciliadas en el país, tienen la condición de domiciliadas en el Perú, en cuanto a su renta de fuente peruana; dada la existencia de una regla particular aplicable a las empresas de transporte regidas por el artículo 8 de la Decisión No.578, en rigor

los ingresos obtenidos en el Perú- dentro de los que se encuentran los derivados de pagos remesados por la domiciliada en calidad de dividendos- no están gravados con el Impuesto a la Renta peruano, no habiéndose previsto restricción o excepción alguna a esta regla, para el caso en que la presencia de la empresa ecuatoriana se lleve a cabo a través de una sucursal.

De lo antes expuesto, se tiene que la interpretación adoptada por el Tribunal Fiscal y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se efectúa conforme al sentido corriente atribuible a los términos del acuerdo comunitario en el contexto de este; no apreciándose además de la Decisión No.578 que los Países Miembros hubieran buscado dar un alcance limitativo al concepto de “beneficios” a que se refiere el precitado artículo 8.

Ahora bien, resulta preciso indicar que el sustento del trato exoneratorio en Perú respecto de las rentas de fuente peruana obtenidas por las empresas de transporte domiciliadas en Colombia, Ecuador y Bolivia, y sus sucursales peruanas, será la Decisión No.578; motivo por el cual, en dichos casos, no resultará exigible la acreditación de la exoneración a que se refiere el inciso d) del artículo 48 de la LIR.

iii. Convenios para evitar la doble imposición (CDI's) suscritos por el Perú

A partir de una revisión de los CDI's vigentes, suscritos por nuestro país con Chile, Canadá, Brasil, México, Corea del Sur, Suiza, Portugal y Japón, se tiene que - aunque con ligeros matices- todos siguen la redacción del artículo 8 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE sobre la Renta y el Capital (MOCDE)¹⁷, en lo referido a la regla de atribución, de manera tal que la potestad tributaria para gravar los beneficios provenientes de la explotación de naves o aeronaves en tráfico internacional queda reservada de forma exclusiva al Estado donde resida la empresa que obtenga tales beneficios¹⁸.

Respecto al criterio de atribución de potestad tributaria contenido en el artículo 8 de los CDI's antes mencionados, se aprecia además que en el caso del CDI entre Perú y Canadá se establece una regla específica, no observada en otros CDI's suscritos por el Perú, en el siguiente sentido: “No obstante las disposiciones del artículo 7, los beneficios obtenidos por una empresa de un Estado Contratante provenientes de viajes de un buque o aeronave, realizados principalmente para transportar pasajeros o bienes entre lugares ubicados en el otro Estado Contratante, podrán ser sometidos a imposición en ese otro Estado”.

¹⁷ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*. Paris: OECD Publishing, 2019.

¹⁸ A mayor abundamiento, en los comentarios al artículo 8 del MOCDE, se indica que el objeto del párrafo 1 relacionado a los beneficios procedentes de la explotación de naves o aeronaves en tráfico internacional es asegurar que aquellos beneficios tributen exclusivamente en un Estado Contratante.

En mi opinión, lo anterior se trata de una regla de atribución especial aplicable a los servicios de transporte de naves o aeronaves en cabotaje (esto es; transporte de mercaderías o pasajeros entre dos puntos ubicados en un mismo Estado); en virtud del cual, con independencia de que se configure o no un Establecimiento Permanente en el otro Estado (donde se preste el servicio de cabotaje), las rentas obtenidas por tal servicio podrán ser sometidas también a imposición en ese otro Estado. Resultaría así, una excepción a la regla del artículo 7 del convenio sobre “Beneficios empresariales”.

En la misma línea se pronunció el Servicio de Impuestos Internos de Chile (SII), a través de su Oficio No.03, respecto al CDI suscrito entre dicho país y Canadá, que -en este extremo- tiene una redacción similar al CDI entre Perú y Canadá.

Al respecto, la autoridad tributaria chilena, refiere que “(...) en la mayor parte de los casos, el cabotaje se grava de acuerdo a las normas generales aplicables a las rentas empresariales de acuerdo al artículo 7 del Convenio respectivo. De acuerdo a dicha disposición, si la empresa no residente presta el servicio de cabotaje, y tiene un establecimiento permanente en Chile, en conformidad con el artículo 5 del Convenio, la renta que obtenga se puede gravar conforme a las normas generales de la LIR; pero si no tiene un establecimiento permanente en los términos que define dicho artículo, queda liberada de tributar en nuestro país”.

Agrega el SII que en el convenio suscrito con Canadá “(...) el cabotaje también se puede gravar y por las mismas razones que en el resto de los convenios suscritos por nuestro país, pero no queda sujeto a lo previsto en el artículo 7 de esos Convenios en el sentido que para gravar las rentas empresariales se requiere de la existencia en el Estado fuente de un establecimiento permanente, por cuanto en el artículo 8 se asigna derechos de imposición al Estado donde se realiza el cabotaje, aun en los casos en que no exista un establecimiento permanente en ese Estado (...)”.

En esa línea, concluye que “(...) la diferencia que se observa en estos convenios en relación con el resto responde a la política de negociación que siguen estos países enunciada en las reservas que han formulado al Modelo de Convenio desarrollado por la OCDE (reserva N° 31 Canadá (...)), en las que se dice que se reservan el derecho de gravar el transporte de pasajeros o carga entre lugares situados dentro del mismo país.

Por lo expuesto, las empresas residentes en Canadá (...) y que presten servicio de cabotaje en Chile, estarán siempre sujetas al pago de impuesto a la renta en Chile, tengan o no un establecimiento permanente en el país”.

El mismo criterio resultaría aplicable al caso del CDI suscrito entre Perú y Canadá que, como se indicó en párrafos anteriores, establece un tratamiento específico (diferente al contenido en otros convenios) respecto a los servicios de cabotaje.

Por otro lado, en cuanto a los beneficios procedentes de operaciones conjuntas en el campo del transporte marítimo y aéreo internacional, se indica en el numeral 23 del Apartado 2 de los Comentarios al artículo 8 del MOCDE, que existen diversas formas de cooperación internacional respecto a dichas actividades. En esa línea - prosigue el comentario- la cooperación internacional para el desarrollo de este tipo de negocios, se asegura mediante acuerdos de colaboración (*pooling agreements*) u otros convenios de naturaleza similar.

Sobre el particular, cabe indicar que la mayoría de CDI's suscritos por nuestro país identifican de -manera expresa- como formas de cooperación en la explotación de naves y aeronaves en tráfico internacional al "consorcio", la "empresa mixta" o la "agencia de explotación internacional". Este es el caso del CDI con Chile, Canadá, Suiza, y Japón. En particular, en los últimos tres, se identifica al "pool" como "consorcio", mientras que el primero sólo hace referencia al término "consorcio".

Por su parte, los CDI's con Brasil, Corea del Sur y México, hacen referencia en este extremo a los beneficios procedentes de la participación en un "pool", en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional (esto es, sin asimilar el término "pool" al de "consorcio"). Mientras que el CDI con Portugal, considera los beneficios procedentes de la participación en un "pool", pero también de un "consorcio", "negocio conjunto", "agencia internacional de explotación" u "otra forma similar de asociación".

Al respecto, resultará importante determinar si la referencia a los instrumentos de cooperación mencionados en cada convenio es taxativa, de manera que se admita exclusivamente la aplicación del artículo 8 sobre aquellos indicados en cada CDI; o si más bien, resulta posible interpretar que el término consorcio o "pool", desde una posición amplia, se refiere a cualquier acuerdo de colaboración. Considero que este último debiera ser el criterio a seguir.

Continuando con el análisis de la regla de atribución prevista en el artículo 8 de los CDI's suscritos por nuestro país, se tiene que en los CDI's con Brasil y México se indica, respecto a los beneficios procedentes de los negocios conjuntos, referidos en párrafos anteriores, que los mismos sólo pueden someterse a imposición en el Estado donde resida la empresa que los obtiene.

Hasta allí, ambos CDI's resultan -en la redacción de su regla de atribución- similares a los otros CDI's suscritos por el Perú; sin embargo, en estos dos casos -a diferencia de los otros- se condiciona expresamente dicho tratamiento al hecho que los beneficios así obtenidos (a través de los negocios conjuntos antes mencionados) "sean atribuibles al participante en proporción de su parte en la operación conjunta".

Lo anterior, en mi opinión, no resultaría otra cosa que una precisión o texto aclaratorio, que en puridad no debiera marcar una diferencia de fondo (sustancial) con relación a lo establecido en los otros convenios suscritos por nuestro país. En efecto, resultaría evidente -aun cuando los CDI's no tuvieran dicha precisión- que

los beneficios atribuibles en la operación conjunta deben ser aquellos que se determinen sobre la base de la proporción que le corresponda al participante en el negocio.

Por otro lado, todos los CDI's suscritos por el Perú poseen una definición similar de "tráfico internacional", con matices no sustanciales. Así, en términos generales, puede entenderse como "tráfico internacional" todo transporte o viaje, efectuado por una nave o aeronave¹⁹ explotada por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre dos puntos situados en el otro Estado Contratante.

Como se evidenció en párrafos anteriores, esta definición excluye el concepto de cabotaje, de manera tal que cuando se trate de un servicio de transporte entre dos puntos situados en un mismo estado, no resultará aplicable el artículo 8 de los CDI's bajo análisis, sino el artículo 7 (salvo el caso del CDI con Canadá que tiene una regulación especial sobre los servicios de cabotaje, que se analizó en párrafos anteriores).

Ahora bien, salvo el caso del CDI entre Perú y Portugal, todos los otros convenios para evitar la doble imposición suscritos por nuestro país contienen en su artículo 8 o sus Protocolos (en referencia al precitado artículo 8), disposiciones sobre el alcance del término "Beneficios" y "Explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre"^{20 21}.

Con ciertos matices, a analizar detenidamente caso por caso, se indican comprendidos dentro del alcance del término "Beneficios" a los ingresos derivados directamente de la explotación de naves, aeronaves, o vehículos de transporte terrestre, según corresponda; y determinados intereses asociados a dicha explotación, bajo ciertas condiciones.

Asimismo, cada CDI analizado, hace referencia a ciertos conceptos que deben entenderse comprendidos bajo los alcances de la expresión "Explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre", según corresponda. De esta

¹⁹ Debido a obvias razones geográficas, en el caso de los CDI's con Brasil y Chile, se incluye bajo los alcances del artículo 8 al transporte terrestre (en adición al marítimo y aéreo). Esto, a diferencia de los otros países con los que hemos suscrito un CDI, donde el artículo 8 se refiere exclusivamente al transporte marítimo y aéreo. Considerando lo anterior, en los CDI's con Brasil y Chile se incluye también en la definición de "tráfico internacional" al transporte efectuado por vehículos de transporte terrestre.

Por las mismas razones geográficas, se incluye también en el CDI entre Perú y Brasil al transporte fluvial, a diferencia de los otros CDI's.

²⁰ En el caso específico del CDI entre Perú y Japón, se ha optado por abordar de manera integral el concepto de "beneficios de una empresa procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional".

²¹ Para efectos ilustrativos, adjunto como anexo al presente trabajo un cuadro que consolida los aspectos particulares de cada CDI con relación al transporte internacional; incluyéndose las reglas de atribución del artículo 8 y las definiciones de "tráfico internacional"; así como las disposiciones referidas al alcance del concepto "Beneficios" a que se refiere el precitado artículo 8 de cada convenio y de "Explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte", según resulte aplicable.

manera, se entienden incluidos también como parte de esta expresión, el fletamento a casco desnudo de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre; y el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Sobre el particular, resulta válido preguntarse si los supuestos comprendidos en cada CDI, bajo los alcances de ambos conceptos (“Beneficios” y “Explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre”) son taxativos, o si más bien se trata de una referencia a ciertos supuestos que deben entenderse incluidos necesariamente bajo dichos conceptos, pero sin carácter excluyente.

Al respecto, la SUNAT, mediante Informe 021-2019-SUNAT/7T0000, referido a una consulta planteada sobre la aplicación del artículo 8 del Convenio entre la República del Perú y la Confederación Suiza, a beneficios recibidos por concepto de sobrestadía de contenedores en territorio peruano; y servicios auxiliares y/o complementarios a los servicios de transporte marítimo en tráfico internacional, se pronunció en el sentido que cuando se señala lo que comprenden los términos “beneficios” y “explotación de naves o aeronaves”, se alude a supuestos que dichos términos incluyen, sin que tales supuestos sean exclusivos o excluyentes. Es decir, no se trata de una lista taxativa de actividades.

Si bien, dicho criterio fue emitido respecto del CDI entre Perú y Suiza, considero que el mismo resulta aplicable respecto de los otros CDI's suscritos por nuestro país. Sin perjuicio de lo anterior, a efecto de delimitar el alcance preciso de estos términos deberá efectuarse una revisión e interpretación caso por caso, según las particularidades de cada convenio.

Ahora bien, en el precitado Informe 021-2019-SUNAT/7T0000; la SUNAT expuso otros criterios que considero pertinente mencionar. Así, la SUNAT planteó que las precisiones indicadas en el numeral 9 del Protocolo (en referencia al Protocolo del CDI entre Perú y Suiza) no delimitan el alcance completo del artículo 8 del Convenio, por lo que consideró necesario evaluar si para su interpretación es posible consultar, de forma complementaria, los Comentarios al MOCDE.

Para realizar dicha evaluación, la SUNAT tuvo como soporte un pronunciamiento emitido por la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el cual se indicó lo siguiente:

- “Si bien el Modelo OCDE y sus comentarios no tienen el mismo valor interpretativo que el texto mismo de un Convenio de Doble Imposición (CDI), toda vez que no forman parte de este, la doctrina se inclina mayoritariamente en sostener que aquellos califican como medios complementarios de interpretación conforme con lo dispuesto por el artículo 32 de la Convención de Viena y siempre que exista la evidencia suficiente de que las disposiciones a interpretarse se basan o se les haya querido otorgar el mismo sentido que lo expresado en el Modelo OCDE”.

- “De acuerdo con los Comentarios al Modelo OCDE, correspondientes al año 2010, vigentes a la fecha de las negociaciones y suscripción del Convenio (en referencia al CDI entre Perú y Suiza), el alcance del párrafo 1 del artículo 8 comprende, en primer lugar, los beneficios que la empresa obtenga directamente del transporte de pasajeros o mercancías por buques o aeronaves (en propiedad, arrendados o a disposición de la empresa de cualquier modo) que esta explota para tráfico internacional”.
- “El artículo 8, bajo los Comentarios en mención, comprende también los beneficios de actividades llevadas a cabo por la empresa, principalmente relacionadas con el transporte de pasajeros o mercancías. Su alcance se extiende incluso a los beneficios de actividades que no están directamente relacionadas con la explotación para tráfico internacional de los buques o aeronaves de la empresa, siempre que sean secundarias respecto a esa explotación”.
- “Finalmente, los Comentarios también señalan que aquellas actividades que la empresa no necesita realizar a los efectos de su propia explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional pero que suponen una contribución relativamente poco significativa y que están tan estrechamente relacionadas con esa explotación que no deberían ser contempladas como una actividad empresarial diferenciada o una fuente de renta de la empresa, deberían considerarse como secundarias respecto a la explotación de buques o de aeronaves para tráfico internacional”.

En línea con lo anterior, la SUNAT refiere que el MEF concluyó que sí es posible recurrir al desarrollo conceptual previsto en los Comentarios al Modelo OCDE, en su versión del año 2010, con el objetivo de establecer el completo alcance del artículo 8 del Convenio y confirmar su verdadero sentido, conforme con lo dispuesto en los artículos 31(7) y 32 de la Convención de Viena.

Sobre esa base, la SUNAT determinó -conforme con los Comentarios al Modelo OCDE, versión 2010- que los beneficios obtenidos por empresas de transporte internacional por cargos correspondientes a la devolución tardía de contenedores están, por lo general, directamente relacionados o bien son secundarios respecto de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional y, en tales casos, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del párrafo 1 del artículo 8.

Siendo esto así, concluyó que los beneficios obtenidos por personas jurídicas residentes en Suiza por concepto de sobrestadía de contenedores en territorio peruano en el marco del servicio de transporte marítimo en tráfico internacional se encuentran dentro del alcance del párrafo 1 del artículo 8 del Convenio, siempre que dicha sobrestadía esté directamente relacionada con dicho transporte o sea secundaria respecto de este.

Por último, en cuanto a la segunda consulta, la SUNAT consideró que debía determinarse en cada caso concreto si los servicios auxiliares y/o complementarios

al transporte marítimo en tráfico internacional, se encuentran dentro de los alcances del artículo 8 del Convenio atendiendo a si están directamente relacionados con tales operaciones de transporte, o no estándolo, sean secundarios respecto de estos.

Como se aprecia a partir de este informe y más allá de las conclusiones sobre los conceptos específicos bajo análisis, resulta posible deducir que la SUNAT y el MEF, acogen la posición de aplicar los comentarios al Modelo OCDE, vigentes a la fecha de las negociaciones y suscripción del CDI respectivo, como medios complementarios de interpretación de los convenios suscritos por el Perú.

Siendo esto así, corresponderá efectuar en cada caso concreto, un análisis específico del convenio y la versión de los comentarios al MOCDE aplicables, a fin de dilucidar el alcance del concepto “beneficios” y “explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre” a que se refiere cada CDI.

III. Conclusiones

Resulta de suma importancia definir los conceptos de “transporte aéreo” y “fletamento o transporte marítimo”; toda vez que lo anterior, determinará la aplicación de las presunciones de renta neta de fuente peruana o el tratamiento exoneratorio recíproco del Impuesto a la Renta a que se refiere el inciso d) del artículo 48 de la LIR.

Existen criterios de diversa naturaleza, no aplicados uniformemente en todos los casos por las entidades resolutoras de controversias en materia tributaria, para determinar cuándo estamos frente a un concepto que debe entenderse incluido como retribución obtenida por la actividad de transporte marítimo y aéreo entre el Perú y el extranjero.

Siendo que en la práctica se verifica una diversidad de cobros exigibles en el contexto de dicha actividad, resulta necesaria la incorporación de una definición tributaria, en el Reglamento de la LIR, de lo que debe entenderse como transporte marítimo y transporte aéreo entre el Perú y el extranjero; así como de los criterios, de necesario cumplimiento, para entender incluida determinada prestación dentro de dicho concepto. Lo anterior contribuiría a generar certeza y seguridad jurídica en la interpretación y aplicación de la norma.

Por otro lado, la Decisión No.578, establece que los beneficios que obtuvieren las empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial, sólo estarán sujetos a obligación tributaria en el País Miembro en que dichas empresas estuvieren domiciliadas; sin embargo, la norma comunitaria no establece una definición sobre el concepto de “beneficio”.

Basados en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal y del Tribunal Justicia de la Comunidad Andina, debe considerarse una definición amplia del término

“beneficio”, en el sentido que no sólo incluye las rentas que obtuviera la empresa de transporte resultantes de la actividad de transporte.

Ahora bien, en el marco de los CDI's vigentes, suscritos por nuestro país, existen ciertas diferencias -en algunos casos sustanciales- a considerar con relación a los alcances de la regulación sobre beneficios procedentes de la explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre, en tráfico internacional.

ANEXO

TRANSPORTE MARÍTIMO Y AÉREO INTERNACIONAL (ARTÍCULO 8)				
CDI	Regla de atribución	Conceptos		
		Tráfico internacional	Beneficios	Explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre
Perú-Chile	Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. Las disposiciones del párrafo anterior son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio, en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional.	Todo transporte efectuado por una nave, aeronave o vehículo de transporte terrestre explotado por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre dos puntos situados en el otro Estado Contratante.	Este término comprende en especial: i. los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional y, ii. los intereses sobre cantidades generadas directamente de la explotación de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional, siempre que dichos intereses sean inherentes a la explotación.	Esta expresión comprende también: i. el fletamento o arrendamiento de vehículos de transporte terrestre, de aeronaves o de naves, a casco desnudo; ii. el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado; siempre que dicho flete o arrendamiento sea accesorio a la explotación, por esa empresa, de naves, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional.
Perú-Canadá	Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. No obstante las disposiciones del artículo 7 (<i>beneficios empresariales</i>), los beneficios obtenidos por una empresa de un Estado Contratante provenientes de viajes de un buque o aeronave, realizados	Cualquier viaje efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa de un Estado Contratante para transportar pasajeros o bienes, salvo cuando el propósito principal del viaje sea el de transportar pasajeros o bienes entre puntos situados en el otro Estado Contratante.	Este término comprende: (i) los ingresos brutos y rentas brutas que deriven directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, y (ii) los intereses accesorios a la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional.	Esta expresión comprende también: (i) el fletamento o arrendamiento de nave o aeronave, y (ii) el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado, prestado por dicha empresa siempre que dicho flete o arrendamiento sea accesorio a la explotación, por esa empresa, de buques o aeronaves en tráfico internacional.

Tratamiento tributario de los beneficios procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional a la luz de la normativa interna y los acuerdos para evitar la doble imposición

	<p>principalmente para transportar pasajeros o bienes entre lugares ubicados en el otro Estado Contratante, podrán ser sometidos a imposición en ese otro Estado.</p> <p>Las disposiciones de los párrafos anteriores son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio (“pool”), en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional.</p>			
Perú-Brasil	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques, embarcaciones, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior son también aplicables a los beneficios procedente de la participación en un “pool”, en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional pero sólo en la medida en que los beneficios así obtenidos sean atribuibles al participante en proporción de su parte en la operación conjunta.</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque, embarcación, aeronave o vehículo de transporte terrestre explotado por una empresa de un Estado Contratante salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre dos puntos situados en el otro Estado Contratante.</p>	<p>Este término comprende en especial: (i) los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de buques, embarcaciones, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional, y (ii) los intereses sobre cantidades generadas directamente de la explotación de buques, embarcaciones, aeronaves o vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional, siempre que dichos intereses sean inherentes a la explotación.</p>	<p>Esta expresión comprende también: (a) el fletamento o arrendamiento de buque, embarcación o aeronave, a casco desnudo, o de vehículo de transporte terrestre; y (b) el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado, siempre que dicho flete o arrendamiento sea accesorio a la explotación, por esa empresa de buques, embarcaciones, aeronaves o de vehículos de transporte terrestre en tráfico internacional.</p>

<p>Perú-México</p>	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un "pool", en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional pero sólo en la medida en que los beneficios así obtenidos sean atribuibles al participante en proporción de su parte en la operación conjunta.</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre dos puntos situados en el otro Estado Contratante.</p>	<p>Este término comprende en especial: (i) los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional; y (ii) los intereses sobre cantidades generadas directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, siempre que dichos intereses sean inherentes e incidentales a la explotación.</p> <p>Para efectos de este Artículo, no se incluyen los beneficios provenientes del uso de transporte terrestre.</p>	<p>Esta expresión comprende también: (i) el fletamento o arrendamiento de nave o aeronave a casco desnudo; (ii) el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado; siempre que dicho flete o arrendamiento sea accesorio a la explotación, por esa empresa, de buques o aeronaves en tráfico internacional.</p>
<p>Perú-Corea del Sur</p>	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un "pool", en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional.</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante.</p>	<p>Este término comprende en especial: i) los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional; y (ii) los intereses de pagos que provengan de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, siempre que dichos intereses sean inherentes e incidentales a la explotación.</p>	<p>Esta expresión comprende también: (i) el fletamento o arrendamiento de nave o aeronave a casco desnudo; (ii) el uso, mantenimiento o arrendamiento de contenedores y equipo relacionado; siempre que dicho flete, uso, mantenimiento o arrendamiento sea incidental a la explotación, por esa empresa, de buques o aeronaves en tráfico internacional.</p>
<p>Perú-Suiza</p>	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado</p>	<p>Este término comprende: (i) los ingresos brutos que provengan</p>	<p>Esta expresión comprende (i) el fletamento a casco desnudo o el arrendamiento</p>

Tratamiento tributario de los beneficios procedentes de los servicios de transporte aéreo y marítimo internacional a la luz de la normativa interna y los acuerdos para evitar la doble imposición

	<p>la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio -pool-, en una empresa mixta o en una agencia de explotación internacional</p>	<p>por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante.</p>	<p>directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, y (ii) los intereses de pagos que provengan directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional, siempre que dichos intereses sean inherentes e incidentales a la explotación.</p>	<p>de naves o aeronaves, y (ii) el arrendamiento de contenedores y equipo relacionado. por esa empresa, siempre que dicho fletamento o arrendamiento sea incidental a la explotación, por esa empresa, de buques o aeronaves en tráfico internacional.</p>
Perú-Portugal	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior sob también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un "pool", en un negocio conjunto, en una agencia internacional de explotación, un consorcio u otra forma similar de asociación pero sólo en la medida en que los beneficios así obtenidos sean atribuibles al participante en proporción de su parte en la operación conjunta.</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque o aeronave explotado por una empresa de un Estado Contratante, salvo cuando dicho transporte se realice exclusivamente entre puntos situados en el otro Estado Contratante.</p>		
Perú-Japón	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado</p>	<p>Todo transporte efectuado por un buque</p>	<p>La expresión "beneficios de una empresa procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico</p>	

	<p>Contratante procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional solo pueden someterse a imposición en ese Estado Contratante.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el Artículo 2 (<i>Impuestos comprendidos</i>) una empresa de un Estado Contratante estará exenta, con respecto a la explotación de operaciones de buques o aeronaves en el tráfico internacional, en el caso de una empresa de Perú, del impuesto empresarial de Japón y, en el caso de una empresa de Japón, de cualquier impuesto similar al impuesto empresarial de Japón que se imponga en Perú después de la fecha de la firma de este Convenio.</p> <p>Las disposiciones de los párrafos anteriores son también aplicables a los beneficios procedentes de la participación en un consorcio (pool), una empresa mixta o una agencia de explotación internacional.</p>	<p>o una aeronave, excepto cuando el buque o la aeronave sea explotado exclusivamente entre puntos en un Estado Contratante y la empresa que explota el buque o la aeronave no sea una empresa de ese Estado Contratante;</p>	<p>internacional”, comprende: a) los ingresos brutos que se deriven directamente de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional realizada por la empresa; (b) los intereses de los fondos depositados temporalmente en relación con la explotación de buques o aeronaves en el tráfico internacional realizada por la empresa; y (c) los beneficios de: (i) el arrendamiento de buques o aeronaves a casco desnudo; y (ii) el uso, mantenimiento o arrendamiento de contenedores (incluidos remolques y equipo relacionado con el transporte de contenedores) utilizados para el transporte de bienes o mercancías, siempre que dicho arrendamiento, uso, mantenimiento o arrendamiento, según fuere el caso, sea accesorio a la operación de buques o aeronaves en tráfico internacional realizada por la empresa.</p>
--	--	---	---

(Fuente: Elaboración propia)

La industria de contenedores marítimos: importancia de implementación de políticas públicas para su fomento y desarrollo

Alexis Daniel Meza Mitacc*

Resumen. - Nuestro país no ha desarrollado plenamente un sector de servicios de apoyo al sector logístico. A nivel de políticas públicas si bien existe el marco legal habilitante, requiere modificaciones e implementación de mejoras en la industria de contenedores marítimos. En el presente artículo, nos referiremos a la determinación de políticas públicas y el ámbito del Derecho, más no a otros factores relacionados a esta industria.

Abstract. - Our country has not fully developed a support services sector for the logistics sector. At the public policy level, although the enabling legal framework exists, it requires modifications and implementation of improvements in the maritime container industry. In this article, we will refer to the determination of public policies and the field of law, but not to other factors related to this industry.

Palabras claves. - Contenedor - Política Pública - Régimen aduanero - Transporte marítimo

Keywords. - Container - public policy - Customs procedure - Maritime transport

* Abogado asociado de Salas Rizo Patrón & Margary Abogados SRL. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ingeniero Economista por la Universidad Nacional de Ingeniería. Con estudios de Maestría en Gestión Pública y Gobernabilidad por Universidad Norbert Wiener, en Política Fiscal y Tributación por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Ex jefe de División de Importación de la Intendencia de Aduana Marítima del Callao; asesor y consultor desarrollando labores en materia jurídica, económica, gestión empresarial sobre tributación, logística internacional y comercio exterior.

I. Acerca de la industria de contenedores marítimos

Sabemos que el sector del transporte marítimo es complejo, amplio, muy integrado y en el cual concurren muchos sectores de apoyo o complementarios en el puerto, en los almacenes, en el transporte terrestre, servicios de avituallamiento entre otros; además, es un sector especializado que permite integraciones verticales u horizontales de empresas proveedoras o clientes de estos servicios. En este sector, la industria del contenedor ha venido consolidando su posición y resaltando su importancia para una óptima gestión logística.

El contenedor desde su aparición, en los años 1950, se ha constituido en elemento esencial del transporte que explica el actual escenario de mayor competitividad del transporte marítimo internacional –así como el transporte multimodal. Según datos del Banco Mundial, entre el año 2000 a 2020 el tráfico mundial de contenedores ha pasado de 224.7 millones TEU (2000) a 810.5 millones TEU (2019) y a 758.7 TEU¹ millones (2020), lo que representa un crecimiento de 3.5 veces en estas dos décadas, como se observa en el gráfico una clara tendencia creciente.



(Fuente: Banco Mundial)²

i. ¿Cuál es el rol del contenedor en el desarrollo de la distribución logística internacional?

A fin de desarrollar esta interrogante citamos dos textos que nos ayuda a responder la interrogante:

¹ TEU: Twenty-foot Equivalent Unit (contenedor que equivale a 20 pies)

² Extraído de: <https://datos.bancomundial.org/indicador/IS.SHP.GOOD.TU?end=2020&start=2000&view=chart>

“El contenedor ha sido el eje de una revolución en el transporte internacional de carga (...) En materia tecnológica, durante los últimos treinta años el contenedor ha sido el “motor” en torno al cual se han desarrollado e implantado numerosas innovaciones en el transporte de carga a nivel mundial”³

Esta aseveración del Instituto de Transporte de México fue señalada el año 1993. De aquel entonces a hoy, revisando el derrotero de la logística internacional podemos coincidir con lo señalado hace ya casi tres décadas.

La UNCTAD en su Informe sobre el transporte marítimo 2019 nos dice:

“La conectividad del transporte marítimo de línea es susceptible de mejorar a nivel portuario. Puertos y navieras pueden aprovechar las oportunidades que ofrecen la digitalización, la inteligencia artificial, la Internet de las cosas y las cadenas de bloques.

Cabe señalar que los “buques autónomos” o “buques marítimos autónomos de superficie” pronto podrían convertirse en realidad, lo que presagia mejoras en la seguridad y un mayor ahorro de costos al eliminarse el elemento humano de determinadas operaciones”⁴

Las nuevas tecnologías y el rol fundamental del contenedor son parte inherente de la logística del transporte internacional, si tenemos en cuenta que:

- El contenedor ha influenciado en nuevas tecnologías en la construcción naval. Estamos hablando de los buques portacontenedores, de los puertos especializados con grúas pórticos, vehículos automatizados para transportar los contenedores, maquinaria para movilizar los contenedores, etc.
- El contenedor es el elemento que sustenta el multimodalismo en el sector de transporte. Los contenedores que inicialmente permitían trasladar la carga de puerto a puerto, gracias a su flexibilidad para adecuarse a los diferentes modos de transporte permiten ofrecer la gestión logística de carga de puerta a puerta. Es común el transporte de la carga en camiones, vagones, naves marítimas o fluviales.
- Los contenedores surgieron como cajas metálicas, pero han logrado innovarse para atender nuevas necesidades y logran especializarse así se tienen contenedores open top, open side, flat rack, cisterna, flexitank o los reefer.

La importancia del contenedor es tal, pues ha configurado un nuevo escenario y mayor competitividad en el transporte marítimo internacional –así como el transporte multimodal, es así como:

³ Instituto de Transporte. *Nuevas tecnologías de transporte: Algunas perspectivas e implicaciones para México*. México. 1993, pág. 19

⁴ UNCTAD. *Informe sobre el transporte marítimo 2019*, p. 16, 17.

La industria de contenedores marítimos: importancia de implementación de políticas públicas para su fomento y desarrollo

- Ha permitido pasar de los tradicionales buques multipropósito a los buques portacontenedores; por ello, hoy se transporta mayor volumen de carga transportada y el transporte marítimo internacional resulta más eficiente y seguro.
- Ha permitido que los terminales portuarios se gestionen con grúas pórticos de manera que las operaciones de carga, descarga y permanencia en terminales portuarios se realice en períodos sumamente cortos, reduciendo costos, se facilite el transbordo y con ello la mayor integración de los terminales portuarios y apertura de nuevas rutas.
- Permite la gestión de la carga en forma consolidada y luego del arribo a su destino pueda ser desconsolidada, dado que facilita no sólo el transporte sino también las condiciones para el manejo de la carga en el almacenamiento, generando posibilidad para la inclusión de la pequeña y mediana empresa al comercio exterior.
- Permite el desarrollo del transporte multimodal, es así que en la actualidad se puede gestionar de manera integrada la logística del transporte pues los contenedores son utilizados en los diferentes modos de transporte, facilitando la movilización de la carga con seguridad y eficiencia.
- Siendo el transporte marítimo el principal medio para el transporte internacional de mercancías hace que los elementos que lo componen (como los contenedores) requieran de un tratamiento simplificado para el ingreso, permanencia y salida temporal de un territorio.

El flujo del comercio mundial define las rutas del transporte marítimo (esto es de los buques y contenedores), así tenemos la ruta este-oeste, norte-sur y las interregionales que están definidos por los principales países exportadores e importadores (China, EEUU, Países de la Unión Europea, Países del Sudeste Asiático).

Siendo así, el escenario de la plataforma logística para nuestros exportadores es sumamente complicado pues no contamos con un sector del transporte marítimo o multimodal desarrollado y somos enteramente dependientes de la provisión de estos servicios y competimos con otros países que ofertan productos similares, como Chile, México, Colombia principalmente en Latinoamérica si nos referimos a la agroindustria.

Con relación a la carga reefer encontramos un estudio interesante de Drewry en su Reporte Reefer Shipping market annual review and Forecast Anual Report 2018-2019 y que es resumido por mundo marítimo:

“La flota reefer contenerizada está expandiéndose gracias a un crecimiento sostenido en el tráfico marítimo de carga perecible, pero también debido al continuo cambio de la flota especializada a favor de la carga contenerizada.

En cuanto a rutas, destacan Asia y América del Sur como las favoritas para la carga refrigerada. Rutas como ECSA-Europa (30% del total de la carga en aquella ruta, la que incluye carga contenerizada, fraccionada, granel, etc.); ECSA- Asia (33%) y ECSA-Medio Oriente (65%) movilizan los mayores volúmenes de cargas perecibles, principalmente carne/aves, cítricos y peras provenientes de Brasil. El volumen de carga refrigerada ha aumentado en promedio 6,4% en los últimos cinco años.

Flota especializada v/s contenedores

En 2006, el transporte marítimo de carga perecible era de 85 millones de toneladas, mientras que una década más tarde había aumentado a 117 millones de toneladas, mostrando una tasa de crecimiento anual de 3,2%. De acuerdo con los expertos de Drewry, la carga marítima refrigerada excederá los 134 millones de toneladas al 2021 (tasa de crecimiento de 2,8% interanual). Se espera crecimiento en todos los sectores (bananas, pescados/mariscos, flores, cítricos, carne/pescado, golosinas, lácteos, exóticos, farmacéutico y otros)⁵.

La gestión de los contenedores, así como de sus partes, piezas o accesorios comprende la planificación y control por parte de los transportistas, en cada terminal portuario donde realizan sus operaciones a nivel mundial. Dado que estamos ante un flujo de contenedores que ingresa, salen o reingresan de un puerto, el transportista debe estar en condiciones de disponer de stock de partes y piezas sueltas para la incorporación, adaptación, adecuación, cambio, reemplazo, renovación o la sustitución en un contenedor.

Estos operadores gestionan lotes de contenedores, vacíos o llenos, descargando o cargando, en almacenamiento temporal en los puertos o en tránsito. En el caso de los contenedores reefer, dado que cuenta con un equipamiento especial requiere de condiciones en el cuidado de sus partes y piezas. Así como ingresan o salen contenedores vacíos o llenos, del mismo modo se realiza un tráfico internacional de las partes, piezas o accesorios de los contenedores.

II. Contenedores marítimos: más allá de las clásicas cajas metálicas

Con el paso del tiempo y las nuevas tecnologías, actualmente los principales tipos de contenedores utilizados para el transporte de mercancías pueden clasificarse como:

- i. Contenedores secos.
- ii. Contenedores Refrigerados, los cuales se dividen en:

⁵ Carga reefer contenerizada al alza: outlook 2021 Reporte Reefer Shipping Market Outlook de Drewry. Extraído de: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/carga-reefer-contenerizada-al-alza-outlook-2021>

La industria de contenedores marítimos: importancia de implementación de políticas públicas para su fomento y desarrollo

- a. Convencionales.
- b. Contenedores con tecnología aplicable para tratamiento de frío.
- c. Contenedores con tecnología para Atmósfera Controlada (AC) incorporada.

A la fecha, esta industria viene mostrando un alto nivel de innovación, automatización, robotización y la digitalización, que se aprecia en los contenedores como:

- Nuevas tecnologías (nuevas partes, piezas, accesorios de contenedores),
- Nuevas funcionalidades (atmósfera controlada, sistema de control de contenedores, limpieza de contenedores refrigerados con ozono),
- Nuevas necesidades que atender (es el caso de nuestra ventaja comparativa en la producción agroindustrial nos permite ofertar diversos productos),
- Nuevas oportunidades para las operaciones de comercio exterior (esto va de la mano con una política comercial que promueve el comercio exterior, abre nuevos mercados y la posibilidad de ofertar a precios competitivos)

Con relación a las innovaciones tecnológicas que en los últimos años se viene apreciando respecto de los contenedores podemos mencionar:

A. Los contenedores inteligentes

“El sector del transporte marítimo internacional está en constante cambio. La evolución de la tecnología hace que, de manera frecuente, encontremos nuevos avances que simplifican los procesos de transporte o, incluso, ayudan a preservar mejor las mercancías a enviar. La transformación digital evoluciona sin parar y la tendencia es que lo siga haciendo en los próximos años. De hecho, los expertos señalan que solamente los puertos que sean capaces de adaptarse a estos cambios serán los que logren subsistir en un futuro no tan lejano. La tecnología, por tanto, empieza a cobrar un papel muy importante en el transporte marítimo y muestra de ello son los nuevos contenedores inteligentes.

En los últimos tiempos, han aparecido contenedores equipados con sensores y otros mecanismos, capaces de aportar información muy valiosa sobre el proceso de transporte. De hecho, este es el caso del «Container 42», un proyecto del Puerto de Rotterdam el cual ha contado con la colaboración de empresas como IBM, Cisco, Esri, Axians, Intel, HyET Solar y DR Group. El desarrollo de este smart container cuenta con una serie de herramientas que recogen información de la ruta. Entre los distintos datos que recopila este

contenedor encontramos parámetros como: inclinación, posición, vibración, temperatura, humedad, etc.”⁶

B. Los contenedores reefer con atmósfera controlada

“Star Cool presenta el refrigerador de atmósfera controlada

Con un historial de seguimiento de cuatro años, la Star Cool Controlled Atmosphere ofrece a los clientes potenciales de salto en una serie de nuevos segmentos de refrigerador.

TINGLEV, Dinamarca, septiembre de 2013/PR Newswire/ -- Hasta hace algunos años, no era posible transportar plátanos desde los cultivadores en Ecuador a los consumidores en Azerbaiyán de otro modo que no fuera por transporte aéreo. Luego llegó un sistema de refrigerador que cambió el juego, la Star Cool Controlled Atmosphere (CA) de MCI. Ahora, una nueva película animada busca explicar esta tecnología sencilla y asequible”⁷.

Asimismo, se tiene la tecnología Daikin Active de atmósfera controlada de los contenedores reefer que permite prolongar el tiempo de almacenamiento de las frutas o verduras e impide la pérdida de agua lo que permite acceso de las exportaciones a mercados más lejanos, así como mantiene la Humedad Relativa dentro del contenedor y amplía la variedad de carga a exportar.

C. Tecnología de ahorro de energía en contenedor reefer

“El software de control de refrigeración StarConomy diseñado por Maersk Container Industry (MCI), junto con la multinacional Dole, busca apoyar la operación de contenedores reefer, permitiendo maximizar el valor de las cargas refrigeradas en las unidades Star Cool de MCI. El objetivo del software es reducir los costos operativos y, además, cumplir con los objetivos de sostenibilidad de la industria para reducir las emisiones de CO2”⁸.

D. Los contenedores plegables:

“Un contenedor plegable pretende revolucionar el transporte marítimo de mercancías, con el respaldo de la Autoridad Portuaria de Valencia y las principales empresas de transporte marítimo que operan en dicho puerto. El contenedor plegable de 20 pies consigue colocar 5 unidades plegadas ocupando el espacio de un contenedor estándar actual, con lo que minimiza los costos logísticos y de transporte, informó el diario digital Comarcalcv.com.

Hoy día, el 25% del tráfico marítimo lo componen contenedores vacíos, que ocupan un espacio que el contenedor ZBox de Navlandis minimiza a una quinta parte. El contenedor de 20 pies cumple con todas las certificaciones

⁶ Extraído de <https://jcvshipping.com/el-transporte-maritimo-avanza-bienvenido-el-contenedor-inteligente/>

⁷ Extraído de: Spanish -Original-Star Cool.

⁸ Extraído de <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/mci-potencia-software-que-permite-ahorro-de-energia-en-contenedores-reefer>

ISO y CSC, asegurando todos los requisitos de carga, resistencia y estanqueidad de la industria logística, con las mismas dimensiones que un contenedor estándar. Además, está fabricado con las mismas piezas que los estándares.

La propuesta del contenedor ZBox permite incrementar la flexibilidad de gestión de los contenedores vacíos, aumentando la disponibilidad de los equipos para su uso completo. "Permitirá reducir hasta un 50% los costos operativos de las empresas, y hasta un 20% las emisiones de CO2", dijo el CEO de Navlandis, Miguel Navalón, quien agregó que el valor que aporta es "un plegado fácil, con un menor trabajo manual". Por eso, la compañía hará una serie de rutas piloto para comprobar la idoneidad del contenedor.⁹

E. Nuevas tecnologías para limpieza de contenedores:

"El futuro de transportar flor cortada en el mundo puede estar cambiando. Maersk Container Industry de Dinamarca, en colaboración con una empresa tecnológica situada en Boston, Primaira LLC, desarrollaron un sistema de limpieza de aire que se instala en los contenedores Star Cool Integrated, explica un comunicado de prensa de la empresa. La tecnología patentada Bluezone una concentración de ozono 300 veces superior a cualquier otra existente en el Mercado para limpiar de mohos, bacterias y etileno. Esto aumentará el alcance geográfico del transporte en contenedores"¹⁰.

F. Sistema de registro de datos de contenedores refrigerados:

"ReeferConnect: Reduce los costes operativos de los contenedores refrigerados y la pérdida de carga

Monitoreo de contenedores refrigerados de confianza para los grandes nombres de la cadena de suministro intermodal ReeferConnect de ORBCOMM es la solución líder de la "Internet de las Cosas" (IoT) para la gestión remota de contenedores, lo que permite un rastreo en tiempo real y el control bidireccional de contenedores refrigerados y de carga, por el mar y la tierra.

Implementado en más de 300.000 contenedores refrigerados en todo el mundo, ReeferConnect les ayuda a las compañías navieras, operadores intermodales, propietarios de carga y otros usuarios a lograr un ROI¹¹ comprobado. Los usuarios obtienen una visibilidad 24/7 de la ubicación y del estado de todas sus unidades de contenedores refrigerados y pueden ajustar de modo remoto las configuraciones de temperatura y otros parámetros clave.

⁹ Extraído de <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/contenedor-plegable-de-navlandis-revoluciona-el-transporte-maritimo-en-valencia>

¹⁰ Extraído de https://www.poscosecha.com/es/noticias/un-cambio-en-el-transporte-maritimo-de-flores/_id:79796/

¹¹ ROI: Retorno de inversión

Los recursos principales incluyen:

- **Rastreo y monitoreo:** Obtenga visibilidad completa de los contenedores refrigerados con la ubicación GPS en tiempo real, detección de movimiento, gestión de geocercas y operación sin alimentación.
- **Datos del refrigerador:** Informes del estado y de los signos vitales de la salud de la carga refrigerada, programados y activados por evento
- **Alarmas:** Reduce el deterioro de la carga con alarmas y notificaciones automatizadas
- **Antes del viaje:** Inspección antes del viaje (PTI por sus siglas en inglés) análisis y control
- **Control:** Comunicaciones bidireccionales completas incluyendo control climático, descargas de registro de datos, micro actualizaciones de software en el curso de la comunicación para el contenedor refrigerado y los dispositivos
- **Conectividad:** Utiliza redes celulares globales basadas en estándares en tierra y en el mar, para una cobertura global
- **Integración perfecta:** Se integra con sistemas Carrier, Thermo King, Daikin, Star Cool y sistemas back-end del cliente
- **Fácil instalación:** Instala dentro o fuera del armario de control en 15 minutos o menos¹²

Al respecto, se tiene información del ISOTRAK:

“Los buques portacontenedores son uno de los elementos más importantes del comercio a nivel mundial ya que permiten el transporte de materias primas y productos manufacturados en todo el mundo. Pero con menos del 2% de los contenedores radiografiados o controlados físicamente en la aduana, estos buques suponen un riesgo de seguridad. Un proyecto financiado por la Unión Europea ha permitido el diseño de una tecnología de seguimiento capaz de hacer el transporte de carga significativamente más seguro y eficiente.

El proyecto lleva por nombre IsoTrack, se completó a finales de 2011 y a través de él se ha desarrollado con éxito un nuevo sistema de monitoreo y seguimiento de contenedores a lo largo de la cadena de suministro. Las principales innovaciones incluyen el desarrollo de una puerta compuesta para el contenedor que es transparente a la frecuencia de radio, sistemas electrónicos empotrados para vigilar la condición interna del contenedor, y

¹² Extraído de <http://www2.orbcomm.com/reeferconnect-es>

la transmisión inalámbrica de información desde el interior del recipiente sin la necesidad de una antena externa.

Ya existen en el mercado diferentes dispositivos de seguimiento que permiten a las empresas y autoridades determinar factores como la localización o el estado de un contenedor particular. Lo que hace que la tecnología IsoTrack sea más innovadora, es que es capaz de conseguir una frecuencia de la señal de radio a través de un recipiente de acero"¹³.

Lo reseñado anteriormente es parte de lo que se viene trabajando respecto de las innovaciones tecnológicas vinculadas a los contenedores, que buscan mayores eficiencias y economías para el transporte internacional de las mercancías. Sin perjuicio de ello, debemos hacer notar las potencialidades y oportunidades que en el futuro se irán desarrollando como resultado de las innovaciones tecnológicas. El futuro ya es presente en la innovación, es cambio permanente, que se potencia con las innovaciones previas.

III. Régimen legal que regula el ingreso y salida de contenedores marítimos

Acerca del tratamiento normativo de los contenedores se tienen el Convenio Aduanero sobre Contenedores (1972) y Convenio sobre el régimen aduanero aplicable a los contenedores utilizados en el transporte internacional (1994); si bien no son convenios suscritos por la Aduana peruana es importante tenerlos en cuenta a efectos de la discusión y que en algún momento podría ser considerado por ellos.

Citamos la definición de contenedor según el Convenio Aduanero sobre Contenedores de 1972: "por contenedor se entiende un elemento de equipo de transporte (cajón portátil, tanque móvil u otro elemento análogo):

- i. que constituya un compartimiento, total o parcialmente cerrado, destinado a contener mercancías;
- ii. de carácter permanente y, por tanto, suficientemente resistente para permitir su empleo repetido;
- iii. especialmente ideado para facilitar el transporte de mercancías, por uno o varios modos de transporte, sin manipulación intermedia de la carga;
- iv. construido de manera que se pueda manipular fácilmente, en particular al tiempo de su transbordo de un modo de transporte a otro;
- v. ideado de tal suerte que resulte fácil llenarlo y vaciarlo; y
- vi. de un volumen interior de un metro cúbico, por lo menos; el término "contenedor" comprende los accesorios y equipos del contenedor propios del tipo de que se trate, siempre que se transporten junto con el contenedor. El término "contenedor" no comprende los vehículos, los accesorios o piezas de

¹³ Extraído de <http://www.logisticasud.enfasis.com/notas/68880-disenan-tecnologia-monitorear-la-carga-contenedores>

recambio de los vehículos ni los embalajes. Las carrocerías desmontables se asimilan a los contenedores”.

Asimismo, se indica que con ocasión de su ingreso temporal no requiere la exigencia de documentos aduaneros con ocasión de su importación ni constituir garantía.

En el artículo 11 del citado Convenio, al referirse a los accesorios y equipos de contenedores señala:

“Las Partes Contratantes convienen en conceder la admisión temporal de los accesorios y equipos de contenedores admitidos temporalmente que sean importados con un contenedor para ser reexportados por separado o con otro contenedor o que sean importados por separado para ser reexportados con un contenedor”.

Esta disposición corresponde con el principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal; esto, si consideramos el criterio amplio señalado por el Convenio al incluir los contenedores y sus accesorios.

En el Anexo 1 del citado Convenio, se establecen disposiciones sobre el marcado de los contenedores, que debe estar ubicado en lugar apropiado y visible incluyendo la identificación del propietario o del operador principal, marcas y números de identificación del contenedor adoptados por el propietario o el operador y el peso (tara) del contenedor.

Siendo el transporte marítimo el principal modo del transporte internacional de mercancías, resulta entendible que los elementos que lo componen (como los contenedores) requieran de un tratamiento simplificado para el ingreso, permanencia y salida temporal de un territorio aduanero. El criterio básico es considerar que los contenedores no son mercancías diseñados para la importación en un territorio aduanero, al ser un elemento del transporte, durante todo el año o bien se encuentran en un puerto (zona primaria) o navegando por el mundo; consecuentemente, requieren de un tratamiento aduanero especial de manera que se gestione de manera simplificada el ingreso y salida temporal de los contenedores, así como sus partes, piezas o accesorios.

En el inciso i) del artículo 98° de la Ley General de Aduanas aprobado mediante Decreto Legislativo No. 1053 y normas modificatorias, se señala que el ingreso y salida de contenedores para el transporte internacional de mercancías se rige por las disposiciones del Reglamento.

El Decreto Supremo No. 09-95-EF, se aprobó el Reglamento de Contenedores, y su modificatoria (Decreto Supremo No. 78-2015-EF) define el contenedor incluyendo aquellos con control de refrigeración o con atmósfera controlada, establece un procedimiento aduanero especial simplificado y automatizado mediante intercambio de información con los transportistas (responsables del gestionar los contenedores), estando a cargo de las intendencias de aduana el ingreso, salida y regularización de los contenedores. Establece un criterio simplificado del tráfico internacional de los contenedores (ingreso, salida, permanencia temporal)

considerando que se trata de un material de transporte y utilizado en diferentes modos de transporte.

Con relación a la responsabilidad en la gestión de los contenedores resumimos lo señalado en el citado Reglamento de Contenedores:

- i. Las compañías transportadoras son responsables de la gestión del ingreso y salida temporal de los contenedores, ya sean de su propiedad o terceros (Artículo 3, 20 y 21 del Reglamento)
- ii. Las diferentes formas de operatividad en el ingreso o salida temporal de los contenedores:
 - a. Vacíos o llenos,
 - b. Nacionales, nacionalizados o extranjeros
 - c. Pueden ingresar vacíos y salir vacíos o llenos
 - d. Pueden salir vacíos e ingresar vacíos o llenos (Artículos 4, 5, 6, 10 y 17 del Reglamento)
- iii. La operatividad para la disposición del contenedor en caso de carga consolidada o mercancías en abandono legal (Artículo 7 y 13 del Reglamento)
- iv. La destinación se realiza mediante el manifiesto de carga estando a los respectivos conocimientos de embarque, así como el control en la salida de los contenedores (Artículos 8, 16 y 19 del Reglamento)

Las citadas disposiciones contemplan las características de la operatividad en el tráfico internacional de los contenedores que líneas arriba se ha resumido, que muestran:

- Un tratamiento especial y simplificado de los contenedores
- El ejercicio del control aduanero en tanto estas mercancías no tiene el propósito de ser objeto de nacionalización o consumo en un territorio aduanero
- El obligado y responsable en la destinación, transmisión de información, control y/o disposición es el transportista, incluso cuando el contenedor sea de terceros.
- Se brinda todas las condiciones para la operatividad del contenedor ya sea como contenedor vacío (señalamos que esta situación es una restricción en la optimización del servicio, pero resulta parte de la logística de los transportistas a fin de buscar el equilibrio de la demanda y oferta de los contenedores), pudiendo salir, ingresar o reingresar como contenedor vacío o lleno, se trate de contenedor nacionalizado o extranjero, en el plazo legal establecido.

IV. Algunas propuestas en la legislación

Si consideramos lo antes señalado, podemos concluir que la regulación señalada por el Reglamento de Contenedores –hacia los años 1995- fue visionaria para su tiempo al establecer un mecanismo de gestión aduanera de contenedores simplificado, transparente, trazable; lo que se demuestra que a la fecha por un funcionamiento adecuado y apropiado dado que no existen incidencias significativas resultados del control aduanero.

Sin embargo, creemos que falta una regulación acorde a nuestros tiempos respecto de las partes, piezas y accesorios de contenedores (más aún, si consideramos que en la actualidad son materia de muchas innovaciones tecnológicas) de manera que se brinde condiciones para el desarrollo de una industria de contenedor marítimo en nuestro país.

Nos referimos a la necesidad de modificar el artículo 24° del Decreto Supremo No. 09-95-EF, que actualmente señala:

“ADUANAS autorizará el ingreso temporal de partes y piezas sueltas destinadas a sustituir a las averiadas de un contenedor ingresado temporalmente, hasta por el término en que se autorizó dicho ingreso.

La sustitución de las partes y piezas averiadas por aquellas ingresadas temporalmente será constatada por la autoridad aduanera.

Se dará por cumplida la salida de las partes y piezas ingresadas temporalmente, con el documento que acredite la salida del contenedor.

A las partes y piezas averiadas que fueran sustituidas se les aplicará el tratamiento señalado en el artículo anterior”

Con relación a la disposición anterior se puede apreciar:

- No se contempla los accesorios de contenedor
- Se regula únicamente cuando un contenedor ingresado temporalmente esté averiado; siendo así, únicamente se puede sustituir la parte o pieza averiada.
- La posibilidad de sustituir la parte o pieza se interpreta restrictivamente, por una similar o idéntica; sin la posibilidad de utilizar aquellas que cuentan con mejoras tecnológicas.

Esta situación impide la planificación en la gestión y manejo que el transportista realiza de sus contenedores. Dado que estamos ante un flujo de contenedores que ingresa, salen o reingresan, el transportista debe estar en condiciones de contar con partes y piezas sueltas que permitan resolver un problema de avería de una parte o pieza de contenedor sin el previo condicionamiento de tener contenedores ingresados temporalmente en mal estado o averiados.

Al respecto, se sugiere modificar el artículo 24 del Reglamento de Contenedores de manera que se permita el ingreso temporal de las partes, piezas o accesorios de

contenedor para ser incorporados, adaptados, renovados, reemplazados o sustituidos; sin el condicionamiento de su ingreso solo en caso de contenedor con parte o pieza averiada.

Otra mejora normativa es la posibilidad de autorizar una zona especial debidamente delimitada en zona primaria aduanera (incluyendo a los depósitos temporales), bajo responsabilidad de los transportistas donde sea posible realizar operaciones de incorporación, transformación, adecuación o fabricación de partes, piezas o accesorios de contenedores, estableciendo las medidas de control aduanero en forma automatizada.

V. Políticas públicas como mecanismos de fomento a la industria de contenedores marítimos

Si bien las políticas públicas vinculadas a promover y desarrollar el comercio exterior contemplan aspectos de mejora del sector logístico, resultan insuficientes para generar condiciones del desarrollo de la industria de servicios del contenedor marítimo. Al respecto, por ejemplo, podemos referirnos a un sector que viene demostrando un crecimiento sostenido en las últimas décadas como es la agroexportación, cada año con mayor demanda de contenedores refrigerados y clara oportunidad para atender las necesidades de los exportadores – especialmente de frutas o verduras-, que puedan aprovechar las innovaciones tecnológicas que arriba reseñamos.

En cuanto a los aspectos de política estatal relacionados a la materia que nos ocupa podemos mencionar:

- i. Plan Nacional de Competitividad y Productividad 2019-2030 (Decreto Supremo No. 237-2019-EF)

Objetivo Prioritario 7:

7.2: Optimizar el acceso a servicios logísticos

- ii. Transporte Multimodal internacional de mercancías (Decreto Legislativo No. 714 y Decreto Legislativo 1430).
 - Promoción y facilitación de servicio de transporte internacional
 - Creación de plataformas logísticas
- iii. Transporte marítimo en tráfico de cabotaje (Decreto Legislativo No. 1413)
 - Mejora de la competitividad de la cadena logística
 - Desarrollo y fomento de puertos nacionales y regionales.

La situación de la industria del contenedor marítimo en la actualidad refleja un momento de estancamiento por la alta competencia en el sector y las dificultades estructurales para un crecimiento sostenido, por lo que resulta oportuno adoptar medidas que faciliten a los exportadores e importadores las condiciones para proveerse de este elemento logístico; al respecto citamos lo señalado por la CEPAL:

“Las tendencias actuales del comercio en contenedores han moldeado una situación de estrés, causada por la alta competencia del sector, la presión por la mejoría en la infraestructura e inversión en tecnología, márgenes de ganancia declinantes y el muy suave crecimiento global del volumen de contenedores.

Otro factor, de gran contribución a la situación de estrés, es la rápida escalada de los tamaños de los buques, que se ha verificado especialmente a partir de 2010. Si bien esto ha traído racionalidad y mejoras operativas a las navieras (cuando se cumple cierto nivel de utilización), el fenómeno puede haber introducido ineficiencias en la cadena de suministro. Los puertos se ven obligados a actualizar persistentemente su infraestructura y a operar con rendimientos más bajos y presiones de productividad de muelle y patio más altas”¹⁴.

Es evidente que nuestros importadores y exportadores peruanos como demandantes de contenedores, están en situación de desventaja al no contar con una industria de servicio a contenedores, debiendo enfrentar sobrecostos, falta de disponibilidad de contenedores en la oportunidad requerida, especialmente en sectores como los agroindustriales que son demandantes en función de la estacionalidad de sus productos.

Como ya hemos señalado, los contenedores han dejado de ser las clásicas cajas metálicas y en los últimos años, se evidencia innovaciones tecnológicas de las partes, piezas o accesorios de los contenedores, especialmente de los contenedores refrigerados, por ello resulta urgente y necesaria medidas de política pública para fomentar la industria de servicios del contenedor marítimo que permita incentivar actividades económicas relacionadas a una gestión simplificada por parte de los transportistas para que ingrese o salgan las partes, piezas o accesorios de contenedores temporalmente a fin de atender las necesidades de los usuarios finales.

Vivimos en un mundo globalizado. Es una afirmación ahora común y siendo así nos motiva analizar sus implicancias. La globalización resume muchas manifestaciones como el mercado mundial, donde las fronteras económicas no existen y las empresas multinacionales deben conocer, aplicar y cumplir regulaciones que resultan variables a considerar en las decisiones de inversión.

Al respecto, citamos lo señalado por CEPAL con relación a la importancia y rol de las autoridades portuarias en materia de innovación:

“También, existe un rol importante para las autoridades portuarias en materia de innovación: el fomento de la misma debería formar parte de los objetivos institucionales de aquellas. El impacto de las estrategias innovadoras en su sentido más amplio favorece la competencia internacional y el desempeño de los puertos. Un adecuado contexto institucional es un requisito básico para el diseño y la implementación de las estrategias de

¹⁴ CEPAL: *Reflexiones sobre el futuro de los puertos de contenedores por el nuevo comportamiento de la contenedorización*. Boletín Marítimo & Logístico. Noviembre 2018.

innovación. La misión de la gobernanza es de impulsar innovación en capital social para que la industria tenga una posición global más competitiva a través una buena reactividad al cambio de regulaciones y a un desarrollo sostenible”¹⁵.

Coincidimos con lo señalado por Ricardo J. Sánchez Fabio Weikert B, cuando realiza el análisis de los efectos en el transporte marítimo y las preocupaciones que se evidenciaron por efecto de la pandemia COVID 19 y la mínima participación de Latinoamérica en el mercado naviero:

“Con relación al transporte marítimo de contenedores, tales preocupaciones se relacionan con la continuidad, y confiabilidad de los servicios, como así también en cuanto a las condiciones de competencia y organización industrial de los mercados...

Si bien hasta hace 20 o 30 años la mayoría de los países más grandes de América Latina tenía sus propias empresas navieras (hayan sido estas de capitales privados o estatales), actualmente, en la práctica, la incidencia de las que permanecen en el mercado es muy menor. En efecto, de acuerdo a la UNCTAD (a partir de la base de datos de Clarkson), al considerarse la totalidad de las 348 compañías que tienen domicilio en algún país de la región, los buques (mayores a 2000 GT) solamente son el 1,97% del total mundial, que representan el 1,19% del GT (capacidad en volumen de buque) y el 1,24% del DWT (tonelaje de peso muerto de buque) global. Si separamos América Latina de los estados insulares del Caribe, la participación de cada una de dichas subregiones en GT es de 1,09% y 0,10%, y en DWT de 1,17% y 0,07% respectivamente. En otras palabras, la región moviliza más del 17% de las exportaciones más las importaciones mundiales, pero su capacidad de transporte propia no alcanza el 2% del total de la industria”¹⁶.

El mercado mundial de contenedores desde el punto de vista de la oferta está dominado por pocos ofertantes y productores, frente a una demanda cada más creciente y diversificada de millones de importadores y exportadores de todos los países del mundo. Esta situación exige que las condiciones regulatorias, tributarias, financieras, económicas deben ir de la mano con las políticas comerciales de fomento y promoción al comercio exterior; de otro modo, especialmente los exportadores no estarán en condiciones competitivas para colocar sus productos, más cuando gran parte del comercio exterior depende de la plataforma logística, el nivel de desarrollo de la industria logística especialmente del sector marítimo.

Cada oportunidad de mejora que implica facilidades para desarrollar un sector logístico, como son los elementos del transporte multimodal (contenedor), evidentemente favorecerá -por ejemplo- directamente a los exportadores agroindustriales, cuya producción y exportación es enteramente estacional,

¹⁵ CEPAL: Reflexiones sobre el futuro de los puertos: Del estrés actual al cambio y la innovación del futuro, Boletín FAL. Edición N° 352, número 8, 2016, p. 3.

¹⁶ CEPAL: Logística internacional pos-pandemia: Análisis de las industrias aéreas y de transporte marítimo de contenedores. Serie Comercio Internacional. Febrero 2021, p. 15,21

permitiendo contar con condiciones óptimas para colocar sus exportaciones no solo en los mercados a los cuales tradicionalmente ingresan, sino abrir nuevos mercados.

VI. Conclusiones

- El contenedor marítimo es un elemento esencial, connatural al medio y modo de transporte marítimo. En la actualidad se ha configurado un nuevo escenario en los terminales portuarios, la gestión de la carga (especialmente consolidada), facilitado el transporte multimodal y de transbordo permitiendo la interconexión mundial de los puertos, donde el contenedor cumple un rol fundamental.
- Los contenedores marítimos han dejado de ser las clásicas cajas metálicas, dado que se ha venido desarrollando innovaciones tecnológicas especialmente de las partes, piezas y accesorios, que van de la mano con la robotización, la automatización y la digitalización.
- Estando a las condiciones naturales de los puertos, capacidad de carga movilizadas, gestión de los terminales portuarios y ubicación de los puertos, existe un claro interés de destacar las capacidades operativas de los puertos en el mundo y uno de los propósitos en este sentido es ser reconocidos como puertos Hub. En el caso del puerto del Callao, existen algunos factores que le permitirían tener esa condición; pero, se requiere la implementación de políticas públicas para promover, fomentar y desarrollar las industrias complementarias al transporte marítimo, como es el caso específico de la industria de servicio a los contenedores.
- Si bien existen lineamientos generales de políticas públicas de promoción al sector exportador, resulta necesario evaluar el nivel de implementación de las medidas de gestión públicas para desarrollar la industria de servicio a los contenedores. Para ello, se sugiere mejoras normativas para implementar en zona primaria aduanera la fabricación, adecuación, reparación o mantenimiento de partes, piezas o accesorios de contenedor aunado a un hub de manejo de contenedores.

¿Los octógonos respetaron el Derecho Internacional? Análisis de compatibilidad de la Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes del Perú y sus disposiciones reglamentarias con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio

Alejandro José Velásquez Barrionuevo*

Resumen. - El presente artículo presenta un análisis jurídico acerca del cumplimiento del Perú del Acuerdo OTC de la OMC al elaborar una serie de reglamentos técnicos en materia de salud aplicables a alimentos conocidos como "los octógonos". Se parte del estudio de la normativa interna a la luz de la internacional, apoyado en jurisprudencia y doctrina, para finalmente concluir que no se cumplió cabalmente el Acuerdo.

Abstract. - This article presents a legal analysis of Peru's compliance with the WTO TBT Agreement by developing a series of technical regulations on health applicable to food known as "octagons". It starts from the study of the internal regulations in light of the international one, supported by jurisprudence and doctrine, to finally conclude that the Agreement was not fully complied.

Palabras claves. - Derecho del Comercio Internacional, Organización Mundial del Comercio, Obstáculos Técnicos al Comercio, Reglamentos Técnicos

Keywords. - International Trade Law, World Trade Organization, Technical Barriers to Trade, Technical Regulations

* Abogado con Título de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público y candidato a Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP); Especialista Legal en Seguimiento y Evaluación de Compromisos Internacionales del Ministerio de la Producción; Jefe de Prácticas, Adjunto de Docencia de cursos de Derecho Internacional

I. Introducción

El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (en adelante, "Acuerdo OTC") es uno de los anexos al Acuerdo de Marrakech por el cual se constituyó la Organización Mundial del Comercio. En dicho acuerdo se regula la posibilidad de los miembros de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, "OMC") de aprobar normas internas que pueden inclusive restringir el comercio a fin de salvaguardar sus objetivos legítimos bajo la denominación de "reglamentos técnicos".

Sin embargo, esa facultad con la que cuentan los miembros de la OMC no es absoluta, ya que existen ciertos límites que se deben respetar para poder establecer reglamentos técnicos, teniendo en consideración que estos podrían limitar el libre comercio en virtud de las obligaciones de liberalización del comercio ya pactadas y en vigor en el marco de la OMC. Nuestro Estado, como miembro de la OMC, no ha sido ajeno a estas necesidades al momento de adoptar sus propios reglamentos técnicos.

El presente artículo tiene como fin determinar el cumplimiento del Estado peruano de las normas de la OMC al momento de adoptar una serie de reglamentos técnicos mediante los cuales impuso la obligación de que determinados alimentos lleven un etiquetado conocido como "los octógonos". Veremos que, por más legítimos que sean los objetivos, el Perú tuvo limitaciones difíciles de superar, dado que el Acuerdo OTC impone varios límites a través de obligaciones necesarias de cumplir para no violar las normas de la OMC al aplicar reglamentos técnicos, cuyo cumplimiento total es difícil.

Iniciaremos definiendo qué se entiende por "reglamento técnico" en el marco del anexo del Acuerdo OTC y presentaremos las normas de los octógonos para determinar si son o no calificables como reglamentos técnicos, concluyendo que sí lo son. Procederemos a listar determinadas críticas a esta regulación para realizar el análisis correspondiente al cumplimiento del Perú de determinadas normas previstas en el Acuerdo OTC notando que son limitaciones difíciles de superar para el Estado al momento de elaborar sus reglamentos técnicos. Se concluirá que existe dificultad para demostrar la necesidad de las medidas y el incumplimiento de determinadas obligaciones secundarias.

II. Los reglamentos técnicos en el marco de la OMC y las normas sobre los octógonos

El Acuerdo OTC cuenta con un anexo en el cual define qué se entiende por "reglamento técnico". Sobre el particular, otorga la siguiente definición:

"Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de

terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas”¹.

Esta definición ha sido además desarrollada por la jurisprudencia de la OMC emanada del actualmente inoperativo Órgano de Apelación, desagregando así algunos elementos que deben encontrarse presentes para poder entender que se está frente a un reglamento técnico. Así, por ejemplo, en el caso Comunidades Europeas – Amianto, el mencionado órgano desarrolló qué se entiende por cada uno de los términos que se encuentran presentes en la definición de reglamento técnico:

- **Características:** “cualesquiera "calidades", "atributos", "peculiaridades" u otras "marcas distintivas" de un producto que sean objetivamente definibles. [...] composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto”
- **Observancia obligatoria:** “de forma vinculante o imperativa [...] tiene el efecto de prescribir o imponer una o varias "características".” y “pueden [...] prescribirse o imponerse [...] de forma afirmativa o negativa”.
- **Prescripciones:** “no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto.”
- **Tratar exclusivamente de ellas:** “puede limitarse a establecer solamente una o unas pocas "características de un producto”².

Así, vemos que básicamente un reglamento técnico establece obligatoriamente cuáles son las características que debe tener un determinado producto para ser comercializado, las cuales pueden ser intrínsecas o conexas (prescripciones) al producto. Con respecto a la obligatoriedad, esta es sumamente importante en tanto es dicho elemento el que diferencia a un reglamento técnico de una “norma” (no vinculante) en los términos del mismo anexo del Acuerdo OTC³.

Por su parte, al hacer referencia a los octógonos nos referimos a un conjunto de normas que surgieron a partir de la preocupación respecto al aumento de

¹ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Anexo I “Términos y su definición a los efectos del presente acuerdo”, punto 1.

² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto”, WT/DS135/AB/R, 2001, párrafos 67-69.

³ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. Anexo I “Términos y su definición a los efectos del presente acuerdo”, punto 2.

sobrepeso en el Perú y las enfermedades relacionadas con este. Al respecto, de 2013 a 2018 el sobrepeso tuvo un crecimiento en mayores de 15 años de 33,8 a 37,3%; junto a la obesidad que pasó del 18,3 al 22,7% en el mismo periodo. Sumando las cifras, en 2018 el 60% de la población tenía sobrepeso⁴. Las normas referidas son las siguientes cuatro en orden cronológico:

- Con fecha 10 de mayo de 2013, el Congreso de la República del Perú emitió la Ley N° 30021, "**Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes**" (en adelante, "la Ley"), la cual sería promulgada por el Presidente de la República con fecha 16 de mayo de 2013 y finalmente publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 17 de mayo de 2013.
- Posteriormente, el Presidente de la República con el refrendo del Ministerio de Salud emitió el Decreto Supremo N° 007-2015-SA, de fecha 17 de abril de 2015, mediante el cual se aprobó el "**Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas**", el cual contendría los parámetros técnicos originales a ser aplicados en los alimentos y bebidas a regularse.
- El "**Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable**" fue aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, de fecha 15 de junio de 2017, el cual sería la norma reglamentaria directa de la Ley y contendría más disposiciones reglamentarias que el reglamento anterior, el cual además derogaría.
- Dos meses después, mediante Resolución Ministerial N° 683-2017-MINSA, de fecha 17 de agosto de 2017, se publicó el proyecto de **Manual de Advertencias Publicitarias en el portal institucional del Ministerio de Salud**, para finalmente aprobarse el Manual definitivo mediante Decreto Supremo N° 012-2018-SA, de fecha 14 de junio de 2018, el mismo que empezaría a regir desde el 17 de junio de 2019 a nivel nacional en el Perú. A partir de entonces, los alimentos procesados que superen el umbral permitido por la norma de grasas saturadas, azúcar y/o sodio, o que contengan grasas trans, deberán llevar el octógono correspondiente en su empaquetado siguiendo los modelos presentes en el siguiente gráfico⁵:

⁴ Boza, Sofia; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. *Front-of-package nutrition labelling in Latin America: review of the cases of Chile and Peru*. En Instituto de Saúde, Brazil. *Boletim do Instituto de Saúde (BIS)* Vol. 21 (1), pp. 141-150, 2021, p. 145.

⁵ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, Decreto Supremo N° 012-2018-SA, 14 de junio de 2018, gráfico 1 del Manual.*

Gráfico 1: Advertencias publicitarias



(Fuente: Ministerio de Salud)

El Perú es miembro de la OMC desde su fundación, ya que se hizo parte del Acuerdo de Marrakech el 1 de enero de 1995 (fecha en que comenzó a operar la OMC) tras haberlo aprobado internamente mediante Resolución Legislativa N° 26407 y haber depositado su respectivo instrumento de ratificación el 21 de diciembre de 1994⁶. En ese sentido, el Acuerdo de Marrakech es un tratado en vigor para el Estado peruano, por lo que, por disposición constitucional, forma parte del derecho nacional⁷, lo cual implica que, pese a su origen internacional, se convierta automáticamente también en una norma interna con rango de ley⁸ y de obligatorio cumplimiento para los sujetos de derecho peruano⁹.

En ese sentido, al ser el Acuerdo OTC uno de los anexos del Acuerdo de Marrakech, el cumplimiento de sus disposiciones aplicables a los reglamentos técnicos es obligatorio, no solo en virtud de ser una norma internacional, sino también interna. En ese sentido, en el caso de calificar las normas mencionadas como reglamentos técnicos, y de que no se haya cumplido con las disposiciones del Acuerdo OTC, habría un doble incumplimiento, tanto de las normas

⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Ficha de tratado bilateral N° 0839-d, "Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay.", Dirección General de Tratados, Archivo Nacional de Tratados Embajador Juan Miguel Bákula Patiño, 2014, aprobación, fecha de entrada en vigor para el Perú, información adicional.

⁷ Constitución Política del Perú, 1993, artículo 55.

⁸ *Ibid.*, Artículo 200.4.

⁹ Novak, Fabián. Artículo 55. *Tratados*. En Gutiérrez, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. 3ª ed, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 256.

internacionales como nacionales. Como consecuencia, se generaría responsabilidad internacional en el Estado, así como interna, pudiendo generarse una situación de ilegalidad por parte de las normas reglamentarias.

Siendo así, de calificar las normas relativas a los octógonos como reglamentos técnicos, tendrían que haberse cumplido las normas del Acuerdo OTC pertinentes, por lo que resulta de importancia, en un primer momento, determinar si las normas relativas a los octógonos constituyen o no reglamentos técnicos a la luz del Acuerdo OTC.

i. La Ley como reglamento técnico

La Ley establece que los alimentos y bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos a ser establecidos en un reglamento deben contar con una advertencia publicitaria que indique que son altos en sodio, azúcar o grasas saturadas recomendando evitar el consumo excesivo de estos o que indique que contienen grasas trans, recomendado evitar su consumo, según corresponda¹⁰. Esta entonces sería una clara prescripción en los términos del Acuerdo OTC, en particular, una relativa al etiquetado de los productos (prescripción prevista expresamente).

Podría discutirse, tal vez, que el hecho de que la Ley remita a un reglamento que aún no existía al momento de ser publicada con el fin de determinar, siguiendo una serie de parámetros técnicos, a qué alimentos y bebidas se aplicaría el etiquetado y a cuáles no, en todo caso ello sería aplicable a los productos sobre los cuales se sugeriría evitar el consumo excesivo. Sin embargo, en todo caso, con respecto a los alimentos con grasas trans, es claro que el etiquetado aplicaría a la totalidad de los productos que las contengan al recomendar su no consumo pleno.

Teniendo en consideración que un reglamento técnico podría inclusive tratar exclusivamente de prescripciones (sin contemplar la necesidad de que los productos cuenten con características intrínsecas específicas), no hace falta continuar el análisis sobre otras posibles características reguladas por la Ley, en tanto resulta evidente que regulando una característica conexas a los productos se cumple con este elemento. Además, en todo caso, es la señalada la que resulta de interés para el análisis a ser realizado en el presente artículo.

Por otro lado, respecto a la observancia obligatoria, las leyes aprobadas por el Congreso de la República y promulgadas por el Presidente de la República son jurídicamente obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", salvo que la ley misma postergue su vigencia en todo o en parte¹¹. Este último es el caso del artículo 10, el cual, según la propia Ley, entraría

¹⁰ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 10.

¹¹ Constitución Política del Perú, 1993, artículo 109.

en vigencia 120 días después de la vigencia del respectivo reglamento¹². Si bien la Ley no sería obligatoria propiamente hasta su vigencia, entendemos que su naturaleza es la de ser vinculante jurídicamente (una vez entre en vigencia), al ser esta una fuente del derecho del ordenamiento jurídico peruano¹³, por lo que consideramos que la Ley cumple también con este elemento.

Es importante precisar que, si bien la Ley no contempla una lista de productos específicos que se verán afectados por lo dispuesto en el artículo 10, no es necesario que los productos que se verán afectados se encuentren nombrados explícitamente, sino que basta con que los productos sean identificables. Los productos en ese sentido pueden no estar ya plenamente identificados en un reglamento técnico, sino que pueden solo ser identificables en sentido general revisando las características que se establezcan¹⁴. Esto facilita la aplicación de la normativa incluso a nuevos productos que entren al mercado con las características que son producto de regulación.

ii. La múltiple reglamentación de la Ley como reglamentos técnicos

Con respecto al Reglamento que estableció los parámetros técnicos originales a ser aplicados en los alimentos y bebidas a regularse (Decreto Supremo N° 007-2015-SA), si bien el mismo no establece directamente características con las que deben contar determinados productos, sí hace lo propio con los parámetros técnicos que son exigidos en la disposición de la Ley, que ya hemos identificado como constitutiva de un reglamento técnico.

En ese sentido, este reglamento no puede ser leído aisladamente, sino que debe entenderse en concordancia con la Ley cuando expresa que una advertencia publicitaria “será aplicable a los alimentos y las bebidas no alcohólicas que superen los parámetros técnicos establecidos en el reglamento”¹⁵. Cabe señalar que, de la revisión de los parámetros técnicos, se constata que estos solo aplican para determinar si el contenido de azúcar, sal o grasas saturadas es alto, mas no para efectos de los alimentos con grasas trans¹⁶, los cuales, leyendo la Ley y el reglamento en conjunto, siempre serán merecedores de advertencia publicitaria, confirmando lo señalado en el punto anterior.

¹² Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, segunda disposición complementaria transitoria.

¹³ Rubio, Marcial. *El sistema Jurídico*. 10ª ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 126-127.

¹⁴ Wolfrum, Rudiger, Stoll, Peter-Tobias y Seibert-Fohr, Anja (Editores), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, Volumen 3 de la serie *Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 187-188.

¹⁵ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 10 (último párrafo).

¹⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas*, Decreto Supremo N° 007-2015-SA, 17 de abril de 2015, artículo 4 del Reglamento.

En relación con el reglamento de la Ley propiamente (Decreto Supremo N° 017-2017-SA), el mismo establece nuevos parámetros técnicos para determinar cuándo los alimentos y bebidas deberán llevar advertencia publicitaria por ser altos en azúcar, sodio o grasas saturadas. Por otro lado, sí menciona a las grasas trans, pero se limita a remitir a la normativa vigente en la materia¹⁷. Con ello, es evidente que este reglamento sí cumple con el elemento de establecer características de productos, siendo merecedoras de prescripciones (advertencias publicitarias) los productos que no superen los parámetros técnicos en virtud de lo estipulado en la Ley que regula. Además, resulta más fácil identificar esta característica en cuanto este reglamento derogó al anterior¹⁸.

El Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento (Decreto Supremo N° 012-2018-SA), por su parte, replica los mismos parámetros técnicos del reglamento de la Ley¹⁹ y regula todo lo relativo a las advertencias publicitarias con las que deberán contar los productos que no los superen (contenido, formato, ubicación, tamaño y formas, entre otros)²⁰. Queda claro que la regulación contenida en el Manual está destinada a generar prescripciones para determinados productos, por lo cual, cumple con ese elemento.

Finalmente, respecto a la obligatoriedad de toda la reglamentación mencionada, teniendo en cuenta que dicha reglamentación fue aprobada en su totalidad mediante Decretos Supremos, es menester señalar que estos representan las normas con rango reglamentario de mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, las cuales son aprobadas por el mismo Presidente de la República con refrendo ministerial. Es entonces el instrumento enfocado a crear normas jurídicas por la voluntad del Presidente y sus Ministros según corresponda²¹.

Por ello, se puede concluir que, al igual que lo ocurrido con las leyes del Congreso de la República, los Decretos Supremos están destinados a ser jurídicamente vinculantes, con lo cual toda la reglamentación bajo análisis cumple con el requisito de obligatoriedad de los reglamentos técnicos. Siendo así, la conclusión respecto a la reglamentación de la Ley es que constituyen también reglamentos técnicos.

¹⁷ Ministerio de Salud del Perú. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, Decreto Supremo N° 017-2017-SA, 15 de junio de 2017, artículo 4 del Reglamento.

¹⁸ *Ibid.*, disposición derogatoria final única.

¹⁹ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA*, Decreto Supremo N° 012-2018-SA, 14 de junio de 2018, punto 1 del Manual.

²⁰ *Ibid.*, puntos 2 a 8 y anexo 1 del Manual.

²¹ Rubio, Marcial. *Op. Cit*, pp. 140-141.

III. Principales críticas y controversias a nivel nacional e internacional sobre el uso de los octógonos

Pese a la preocupación detrás de estas normas, los octógonos no han estado exentos de críticas y controversias, tanto a nivel nacional como internacional. Es justamente en ese contexto que surge nuestra propia preocupación respecto al cumplimiento del Estado peruano de las normas pertinentes del Acuerdo OTC, ya que algunas de las principales críticas que se han realizado respecto a los octógonos parecerían apuntar a que no se han cumplido cabalmente estas obligaciones en relación con determinados aspectos.

Así, por ejemplo, las primeras críticas que surgieron ante la iniciativa de establecer un etiquetado obligatorio para los alimentos empaquetados que superen ciertos niveles de azúcar, sodio o grasas en el Perú, fueron relacionadas a que se dieron como producto de un trasplante normativo del país vecino de Chile, en tanto, solo un año después de que Chile aprobara un etiquetado similar, en el Perú se aprobó la Ley bajo el mismo objeto²². Sin embargo, a diferencia de lo realizado en países como Ecuador, no hubo propiamente una evaluación a la luz de las necesidades específicas de la sociedad peruana²³. Además, no se consideraron los eventuales conflictos con las normas preexistentes en el Perú²⁴.

Pese a ello, se encontraron diferencias que podrían valorarse como propositivas para el consumidor, tales como incluir la indicación de evitar el consumo excesivo o el consumo a secas en el caso de los alimentos con grasas trans²⁵. No obstante, también se ha criticado esta innovación de la normativa peruana en comparación a la chilena en tanto se puede considerar de carácter paternalista asustando y generando miedo al consumidor²⁶. Por otro lado, la inclusión del etiquetado específico para grasas trans también dista de la ley chilena, pero a cambio de no contemplar un etiquetado relativo a las calorías²⁷, lo cual termina limitando la efectividad del etiquetado en relación con este aspecto importante.

Por otro lado, durante las discusiones normativas, surgió un amplio debate respecto a qué tipo de etiquetado utilizar, comparando a los octógonos con otro modelo conocido como el etiquetado semáforo, utilizado poco tiempo después en Ecuador²⁸. Finalmente, el legislador peruano se decantó por utilizar octógonos, descartando que lleven el color rojo, pero luego de haber sostenido una larga

²² Ferrante, Alfredo. *El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano*. En Pontificia Universidad Católica del Perú, *Revista Derecho PUCP*, (87), pp. 141-181, 2021, pp. 148-149.

²³ Senno, Fiorella. *Etiquetando incertidumbres. Una aproximación a la regulación del etiquetado de alimentos y a las reglas de publicidad dirigida a menores de 16 años*. En Círculo de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Administrativo*, (17), pp. 326-353, 2019, p. 343.

²⁴ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 159.

²⁵ *Ibid.*, p. 149.

²⁶ Senno, Fiorella. Op. Cit. pp. 328 y 343.

²⁷ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 149.

²⁸ *Ibid.*, 152.

discusión sobre la coloración correcta de las etiquetas²⁹. El color negro finalmente escogido fue el mismo que el utilizado en Chile.

Sobre el particular, según diversos estudios realizados, cada opción de etiquetado tiene ventajas y desventajas que deberían haber sido tomadas en consideración para efectos de elegir la más efectiva en el Perú. Así, por ejemplo, a través de una encuesta privada realizada en usuarios de mercados de Lima Metropolitana, se concluyó que el modelo semáforo era percibido como más saludable, sobre todo por la coloración verde, y como el de mejor diseño, pero el de los octógonos parecería ser más fácil de entender para el consumidor promedio³⁰. Sin embargo, el Estado no realizó estudios de esta profundidad.

Asimismo, en general, existirían críticas a nivel internacional respecto al etiquetado con modelo de octógono, ya que, al igual que el modelo semáforo, no resulta ser más efectivo que el modelo de etiquetado canadiense, siendo Canadá uno de los Estados con mayor preocupación por la salud de su población según la Organización Mundial de la Salud³¹. En el caso del Perú ni siquiera se tomó en consideración este tipo de etiquetado como una opción. Sin embargo, más allá de identificar cuál sería el etiquetado más efectivo haciendo un análisis comparado objetivo, no hay mayor promoción de la información sobre cómo leer las etiquetas en el Perú, por lo que no se cumplirían bien sus objetivos³².

Al respecto, un estudio realizado en Lima arrojó que menos de la mitad de los consumidores consideran efectivo el octógono para efectos de elegir qué alimentos consumir, lo cual respondió, en parte, a que el 60% de la muestra no tenía conocimiento sobre cómo debía interpretar el etiquetado³³. En ese sentido, también surgen dudas sobre la efectividad de la medida para lograr sus propios objetivos legítimos. Sin embargo, para efectos del presente artículo, no ahondaremos en el análisis de la efectividad para determinar la necesidad, en tanto dicho análisis, al momento de elaborar reglamentos técnicos, debe centrarse en la realización de estudios técnicos, como se desarrollará más adelante.

Por otra parte, también han surgido críticas respecto al cumplimiento de la medida por parte de los operadores comerciales, ya que, a partir de un estudio realizado en conjunto por el Ministerio de Salud y la Organización Panamericana de la Salud, se concluyó que varios productos que contienen grasas trans no llevan el

²⁹ *Ibid.*, pp. 151-154.

³⁰ Valverde, Mariana; Espadín, Carlo; Torres, Nancy y Liria, Reyna. *Preferencia de etiquetado nutricional frontal: octógono frente a semáforo GDA en mercados de Lima, Perú*. En Colegio Médico del Perú, *Acta Médica Peruana*, 35(3), pp. 145-152, 2018, p. 151.

³¹ Ortiz, Paloma. *¿Los etiquetados nutricionales ayudan a mejorar los hábitos alimenticios de los consumidores? Tesis para optar el título profesional de Licenciado en Comunicación*. Lima: Universidad de Lima, 2019, pp. 53-54.

³² *Ibid.*, p. 54.

³³ Mejía, Christian; Aguilar-Pantaleón, Carlos; Alfaro, Sabrina; Carranza, Brian; Eulogio, Perla; Gálvez, Angela; y Godo, Ghiuliana. *Factores que influyen en el uso del octógono como marcador de información nutricional en los consumidores en la población de Lima-Perú*. En Sociedad Española de Dietética y Ciencias de la Alimentación, *Nutrición Clínica y Dietética Hospitalaria*, 39(4), pp. 65-71, 2019, pp. 65 y 68.

octógono respectivo, y que en uno de cada tres productos con altos niveles de azúcar, sodio o grasas saturadas, según la Organización Panamericana de la Salud, tampoco llevan los octógonos requeridos³⁴.

Adicionalmente, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se ha pronunciado en contra de diversas medidas realizadas en implementación de las disposiciones de los reglamentos técnicos sobre los octógonos. Así, en un primer momento, indicó que la obligación de incluir octógonos en áreas de hasta 15% del tamaño de los anuncios publicitarios constituían una barrera burocrática ilegal, dado que el Ministerio de Salud no contaba con competencias conferidas en los reglamentos técnicos sobre los octógonos para regular la publicidad empresarial³⁵.

Asimismo, surgió la crítica respecto a la posibilidad de utilización de *stickers* para colocar los octógonos en alimentos importados, ya que se previeron plazos para que, de manera progresiva, estos productos dejen de poder llevar los octógonos con un adhesivo encima del empaquetado, a fin de que eventualmente solo se pueda cumplir con la obligación a través de incluir los octógonos en el diseño del empaquetado mismo³⁶. Ya que este tipo de medida supondría una clara restricción al comercio internacional, en tanto incluir el octógono en el diseño del empaquetado supone un costo mayor al de añadir un *sticker*, se fue prorrogando el plazo de adecuación mediante normas posteriores.

El problema con esta exigencia es que, si bien puede existir válidamente como medida restrictiva del comercio, debe ser razonable para dichos efectos. La afectación llevó a un conjunto de empresas importadoras de alimentos procesados y bebidas no alcohólicas a denunciar ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual esta barrera no arancelaria como carente de razonabilidad³⁷. Esa fue precisamente la conclusión de la referida entidad, por lo que recomendó al Ministerio de Salud derogar las disposiciones reglamentarias que contenían dicha medida³⁸.

Finalmente, se ha criticado la limitación del ámbito de aplicación de los reglamentos técnicos sobre los octógonos. Por ejemplo, las normas no son aplicables a alimentos que podrían ser dañinos para la salud a un mayor nivel que

³⁴ Ministerio de Salud del Perú y Organización Panamericana de la Salud. *Cumplimiento de la normativa de inclusión de advertencias publicitarias en envases de productos alimenticios en el Perú*. Lima: Organización Panamericana de la Salud, 2021, p. 7.

³⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución N° 072-2020/CEB-INDECOPI*, 2020, p. 1.

³⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA, Decreto Supremo N° 012-2018-SA*, 14 de junio de 2018, punto 8.3 del Manual

³⁷ Estudio Echeconar. *Prohibición de uso de adhesivos para octógonos en alimentos importados constituye una barrera comercial no arancelaria*, 2022.

³⁸ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. *Resolución N° 073-2022/CDB-INDECOPI*, 2022.

los regulados, como serían los productos a granel o la comida rápida³⁹. Asimismo, no se ha incluido, al igual que en la regulación chilena, la obligación de informar acerca de la naturaleza transgénica de los alimentos que cuenten con ella, lo cual termina violando, en el caso del Perú, el artículo 37 del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴⁰.

IV. Limitaciones principales a la capacidad de adoptar reglamentos técnicos: la legitimidad de los objetivos y la necesidad de los reglamentos técnicos

Ya hemos demostrado que las cuatro normas peruanas bajo análisis constituyen reglamentos técnicos a la luz del Acuerdo OTC. No obstante, como ya hemos adelantado en la introducción del presente artículo, la capacidad de los miembros de la OMC de adoptar reglamentos técnicos no es absoluta y cuenta con una serie de limitaciones. Lo principal, a nuestro criterio, es lo referido a los objetivos legítimos que debe perseguir el miembro de la OMC y a la necesidad de la reglamentación técnica para alcanzarlos. Al respecto, el Acuerdo OTC señala lo siguiente:

“Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo [...]”⁴¹.

Nuevamente, el Órgano de Apelación se ha encargado de desarrollar la definición de algunos elementos que figuran en la obligación referida de los miembros de la OMC de no crear obstáculos innecesarios al comercio a través de la elaboración de reglamentos técnicos. Dicho órgano definió los siguientes elementos en el caso Estados Unidos – Atún:

- **Objetivo legítimo:** “un fin o un objeto lícito, justificable o apropiado”
- **Necesario:** “el grado en que contribuye al logro de un objetivo legítimo y los riesgos que crearía no alcanzarlo” y “el grado en que la medida en litigio restringe el comercio”
- **Alcanzar:** “refiere al grado de la contribución que un reglamento técnico hace al logro del objetivo legítimo”
- **Riesgos que crearía no alcanzarlo:** “si el grado en que un reglamento técnico restringe el comercio es "necesario" o, subsidiariamente, si una posible

³⁹ Senno, Fiorella. Op. Cit. p. 344.

⁴⁰ Ferrante, Alfredo. Op. Cit. p. 150.

⁴¹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 15 de abril de 1994, artículo 2.2.

medida alternativa, que sea menos restrictiva del comercio, haría una contribución equivalente al logro del objetivo legítimo pertinente”⁴².

Vemos, entonces, que básicamente los miembros de la OMC tienen la facultad de crear reglamentos técnicos que incluso pueden restringir el comercio en relación a las obligaciones que ellos mismos han adquirido en el marco de la OMC. Sin embargo, estos deben contar con un objetivo legítimo y deben ser necesarios para alcanzarlo, en la medida que no haya una medida menos restrictiva del comercio para poder alcanzar los objetivos legítimos buscados.

Siendo así, procederemos entonces a determinar si los reglamentos técnicos bajo análisis tienen objetivos legítimos que busquen alcanzar y cuáles serían estos si es que los tuvieran. Si es que los reglamentos técnicos cuentan con objetivos legítimos, procederemos a evaluar su necesidad.

i. Objetivos legítimos en la Ley y sus reglamentaciones

Según sus propios términos, la Ley tiene como fin generar “la promoción y protección efectiva del derecho a la salud pública, al crecimiento y desarrollo adecuado de las personas”⁴³. La Ley cuenta con tres antecedentes directos que son tres proyectos de ley distintos que finalmente llegaron a materializarse en una sola norma. Dos de ellos tendrían relevancia para efectos de la reglamentación técnica, planteando el primer de ellos como su objeto:

“Proteger a la persona, a la familia y a la comunidad contra las consecuencias [...] del consumo excesivo de productos preparados y/o industrializados [...] sin afectar la salud humana”⁴⁴.

El otro señala que busca “reducir y/o eliminar las graves consecuencias originadas por el exceso de peso en niños y adolescentes”⁴⁵, además de contar con el mismo objetivo que finalmente fue plasmado en la Ley.

El reglamento que establecía los parámetros técnicos originales señalaba que tenía el “propósito de contribuir con la promoción y protección del derecho a la salud pública, con una mejor información para la ciudadanía y a la reducción de los riesgos asociados a las enfermedades crónicas no transmisibles”⁴⁶. El reglamento

⁴² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún”. WT/DS381/AB/R, 2012, párrafos 313-321.

⁴³ Congreso de la República del Perú. *Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes*, Ley N° 30021, 16 de mayo de 2013, artículo 1.

⁴⁴ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “*Ley de prevención y control de los riesgos del consumo de comidas o alimentos con altos contenidos de nutrientes y exceso de calorías*”, Proyecto de Ley N° 774/2011-CR, 30 de enero de 2012, artículo 1.

⁴⁵ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “*Ley de promoción de la salud para la protección de los consumidores niños, niñas y adolescentes*”, Proyecto de Ley N° 1038/2011-CR, 23 de abril de 2012, p. 20.

⁴⁶ Ministerio de Salud del Perú. *Aprueban el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas*, Decreto Supremo N° 007-2015-SA, 17 de abril de 2015, artículo 1 del reglamento.

de la Ley, por su parte, no prevé un objetivo explícito, sino que, al ser una disposición reglamentaria de una norma con rango de ley, lo más que hace es hacer referencia al objetivo de la Ley⁴⁷.

Finalmente, el Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento tampoco contiene un objetivo explícito, pero se puede entender que, al ser un instrumento que desarrolla disposiciones tanto de la Ley como de su reglamento, se encuentra en la misma sintonía compartiendo el objetivo de la Ley.

Con respecto a los objetivos legítimos, el Acuerdo OTC señala que incluyen “entre otros: [...] [a] la protección de la salud [...] [humana]”⁴⁸. Aparentemente tanto los objetivos de la Ley como de su diversa reglamentación se enmarcan dentro de ese objetivo legítimo. Sin embargo, hay que precisar que el Órgano de Apelación ha señalado que, al utilizar la frase “entre otros”, el Acuerdo OTC “no establece una lista cerrada de objetivos legítimos, sino que enumera varios ejemplos de objetivos legítimos”⁴⁹.

En ese sentido, podrían existir más objetivos legítimos distintos a los previstos expresamente. Así, el Órgano de Apelación ha admitido, en ciertas ocasiones, objetivos no previstos en el Acuerdo OTC como legítimos, tales como la protección a los delfines⁵⁰, la información al consumidor⁵¹, o la reducción del consumo de cigarrillos en los jóvenes⁵², entre otros.

Sin ir muy lejos, los reglamentos técnicos peruanos parecen buscar alcanzar objetivos distintos a la protección de la salud, tales como la protección y promoción del crecimiento y desarrollo adecuado de las personas o la mejor información a la ciudadanía. De hecho, podría hasta verse un objetivo más específico que la protección de la salud a secas, mayormente enfocado a niños y adolescentes.

No somos de la idea de cerrar el análisis una vez identificado un solo objetivo como legítimo por encontrarse previsto expresamente en el Acuerdo OTC, como sí ha ocurrido en el caso del Grupo Especial, precisamente luego de identificar el

⁴⁷ Ministerio de Salud del Perú. *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, Decreto Supremo N° 017-2017-SA, 15 de junio de 2017, primer párrafo de la parte considerativa.

⁴⁸ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, 15 de abril de 1994, artículo 2.2.

⁴⁹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*”. WT/DS381/AB/R, 2012, párrafo 313.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 337.

⁵¹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*”. WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, 2012, párrafo 438.

⁵² Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “*Estados Unidos – Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*”. WT/DS406/AB/R, 2012, párrafo 236.

objetivo de protección de la salud pública⁵³. Sin embargo, para efectos prácticos del presente artículo, consideramos que es adecuado enfocar el análisis de necesidad de los reglamentos técnicos en función al objetivo principal, el cual además no cabe duda de que es legítimo al encontrarse previsto expresamente en el Acuerdo OTC.

ii. Necesidad de los reglamentos técnicos para efectos de alcanzar los objetivos legítimos

Ya habiendo identificado un objetivo legítimo de la Ley y sus reglamentaciones, el cual además se encuentra previsto expresamente en el Acuerdo OTC (la protección de la salud humana), corresponde ahora determinar si las medidas de los reglamentos técnicos son necesarias para efectos de alcanzar dicho objetivo. Al respecto, hay que determinar si no se restringiría más de lo necesario el comercio en aras de proteger la salud humana, para lo cual hay que tomar en consideración los riesgos que se hubieran creado si es que el Perú no adoptaba los reglamentos técnicos.

El Acuerdo OTC señala que, al evaluar esto último, uno de los elementos a considerar es “la información disponible científica y técnica”⁵⁴, ya que se precisa haber realizado estudios científicos a fin de determinar el riesgo y que no se restrinja el comercio más de lo necesario. Con respecto a esto, en los proyectos que finalmente se materializaron en la Ley, el Congreso de la República presentó datos tanto de la última Encuesta Nacional de Hogares – Componente Nutricional hasta entonces como de los propios Ministerios de Educación y de Salud⁵⁵, e incluso de la Organización Panamericana de la Salud⁵⁶, a fin de demostrar con datos estadísticos el alza tanto a nivel nacional como regional del sobrepeso en menores de edad.

Con respecto al reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, en su exposición de motivos se presentan también datos estadísticos en dicho sentido, tales como el Informe de Salud en las Américas del 2012, un estudio del Instituto Nacional de la Salud, entre otros⁵⁷. La exposición de motivos del reglamento de la Ley hizo lo propio inclusive dando datos a nivel mundial de la Organización

⁵³ Organización Mundial del Comercio. Informe de los Grupos Especiales. “Australia – Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos”. WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R y WT/DS467/R, 2018, párrafos 7.217, 7.243 y 7.244.

⁵⁴ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.2.

⁵⁵ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “Ley de prevención y control de los riesgos del consumo de comidas o alimentos con altos contenidos de nutrientes y exceso de calorías”, Proyecto de Ley N° 774/2011-CR, 30 de enero de 2012, p. 2.

⁵⁶ Congreso de la República del Perú. Proyecto de Ley de la “Ley de promoción de la salud para la protección de los consumidores niños, niñas y adolescentes”, Proyecto de Ley N° 1038/2011-CR, 23 de abril de 2012, pp. 2, 7-10 y 15-18.

⁵⁷ Ministerio de Salud del Perú. Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que establece los parámetros técnicos sobre los alimentos y bebidas no alcohólicas procesados referentes al contenido de azúcar, sodio y grasas saturadas, 2015, pp. 1-7.

Mundial de la Salud⁵⁸. Finalmente, en la exposición de motivos del Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento se presentan estudios a nivel internacional realizados por Estados vecinos tales como Uruguay y Chile⁵⁹.

En ese sentido, se han realizado múltiples estudios científicos y técnicos que demuestran que se ha generado un problema respecto a la salud en menores de edad en relación a enfermedades no transmisibles productos del sobrepeso, tales como la obesidad, la diabetes, entre otros, tanto a nivel mundial como regional y nacional. Algunos estudios estadísticos han sido llevados a cabo por el propio Estado a través de sus órganos y otros tienen el respaldo de varias instituciones importantes en la materia.

En ese sentido, con respecto a la cuestión sobre si los reglamentos técnicos pueden ayudar a alcanzar el objetivo legítimo de protección de la salud humana en el Perú, tal parece que la multiplicidad de estudios en la materia respalda la utilidad de las medidas. De hecho, ya hacia mediados del año 2019, una encuesta arrojó el resultado de que el 67% de los peruanos redujo o reemplazó el consumo de productos gracias a la advertencia de los octógonos⁶⁰.

No obstante, tal como señalamos, no basta con que las medidas ayuden a alcanzar el objetivo legítimo del Estado, sino que además estas no deben restringir el comercio más de lo necesario para ello. Con respecto a esto último, ninguno de los antecedentes ni las normas mismas tienen información estadística relativa al impacto que podrían tener estas medidas en el mercado local. Este hecho no permite entonces poder determinar mediante información disponible científica y técnica si es que las medidas de los reglamentos técnicos peruanos restringirían o no el comercio más de lo necesario para alcanzar sus objetivos legítimos.

Teniendo en consideración que las medidas de etiquetado efectivamente buscan disminuir el consumo de los productos alimenticios que no superen los parámetros técnicos previstos en ellos, consideramos que sí es necesario que se consulten estudios técnicos en relación al impacto que estas medidas podrían tener en cuanto a la restricción del comercio, ya que es evidente que dicha restricción se dará.

Por dar un ejemplo, la Ley de Etiquetado de Alimentos de Chile (20.606), en cuyo modelo se basa el modelo de octógonos peruano, como ya se señaló, si bien logró buenos resultados en cuanto a la reducción de la exposición de menores de edad a productos etiquetados, lo cierto es que, a seis meses de su entrada en vigor,

⁵⁸ Ministerio de Salud del Perú. *Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable*, 2017, pp. 1-14.

⁵⁹ Ministerio de Salud del Perú. *Exposición de motivos del Decreto Supremo que aprueba el Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley N° 30021, Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-2017-SA*, 2018, pp. 4-5.

⁶⁰ Boza, Sofia; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. Op. Cit, p. 147.

disminuyó la venta de cereales azucarados en un 14% y de bebidas azucaradas en un 25%, según un informe presentado en México⁶¹.

Este tema de hecho fue de preocupación para varios miembros de la OMC en relación a la Ley y sus reglamentaciones. Así, cuando se emitió la Ley, las delegaciones de México, Estados Unidos, Argentina, Unión Europea, Suiza y Guatemala expresaron su preocupación sobre que la medida en la Ley pudiera restringir el comercio más de lo necesario, expresando que podrían existir otras medidas menos restrictivas con resultados similares y que es necesario un sustento científico y técnico que acredite que no se restringirá el comercio más de lo necesario⁶².

Dichas preocupaciones se mantuvieron cuando se aprobó el reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, sumándose Canadá y Costa Rica⁶³; también cuando se notificó a la OMC el proyecto del reglamento de la Ley⁶⁴, y también cuando se notificó a la OMC el proyecto del Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de lo establecido en la Ley y su reglamento⁶⁵. Así, por ejemplo, la Unión Europea consideró que la adaptación a los nuevos requisitos de etiquetado podría requerir una inversión significativa para los fabricantes y un rediseño del empaque para ciertas categorías de productos que aún no estaban definidas⁶⁶.

Con todo ello, nos da la impresión de que el Perú no ha realizado un análisis detallado respecto al impacto que sus reglamentos técnicos puedan tener en el comercio y, por tanto, no se puede determinar si efectivamente las medidas impuestas por estos serán o no restrictivas del comercio en más de lo necesario. El Estado peruano debió procurar, a través de sus entidades pertinentes, como serían los Ministerios de Salud (por la materia específica del objetivo) y de Comercio Exterior y Turismo (por la rectoría en comercio exterior)⁶⁷, realizar estudios técnicos que evaluaran los alimentos importados que serían afectados, el nivel de consumo de los mismos en el mercado peruano y las proyecciones de costos a generarse por el etiquetado mismo y por el desincentivo de los octógonos.

⁶¹ Huerta, E. *Octógonos de advertencia ¿Cómo le fue a Chile con este etiquetado de alimentos procesados?*, 26 de noviembre de 2018, El Comercio.

⁶² Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 19 y 20 de junio de 2013 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/60, 23 de setiembre de 2013, párrafos 3.16-3.24.

⁶³ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 18 de junio de 2015 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/66, 17 de setiembre de 2015, párrafos 3.127-3.134.

⁶⁴ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 29 y 30 de marzo de 2017 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/71, 2 de junio de 2017, párrafos 2.120-2.125.

⁶⁵ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 8 y 9 de noviembre de 2018 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/73, 6 de marzo de 2018, párrafos 2.57, 2.58 y 2.61.

⁶⁶ Boza, Sofía; Polanco, Rodrigo y Saco, Víctor. Op. Cit, p. 147.

⁶⁷ Congreso de la República del Perú. *Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo*, Ley N° 27790, 23 de julio de 2002, artículo 1.

También es de resaltar que no se ha determinado si es que existirían otras medidas posiblemente menos restrictivas del comercio que logren alcanzar el mismo objetivo, lo cual va de la mano con el hecho de que no se ha realizado un estudio respecto al eventual impacto en el comercio. Consideramos que una opción menos restrictiva que, tal vez, podría haber logrado el mismo efecto deseado pudo haber sido la implementación de una plataforma en línea, a cargo de los Ministerios de Salud y/o de Comercio Exterior y Turismo, que dé la información que se pretendía hacer más visible a través de una página web oficial del Estado (con dominio “.gob.pe”) luego de requerirla a los productores y/o importadores de los alimentos bajo sanción de prohibición de comercio de no entregarla.

Por todo ello, es difícil concluir inequívocamente que las medidas del Perú son, sin más objeción, necesarias, ya que no se realizaron los estudios técnicos y científicos que aseguren que es así. En todo caso, de existir alguna impresión en contrario, ya tendría que verse caso por caso ante una eventual controversia remitida al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. A la fecha no ha habido reclamaciones en contra del Perú por este tema, pero ello no significa que necesariamente se haya cumplido debidamente con esta obligación. De hecho, en teoría, es posible que cualquier miembro de la OMC inicie consultas con el Perú por estas medidas en tanto considere que afecten las disposiciones del Acuerdo OTC, lo cual puede llevar a una reclamación de no ser exitosas⁶⁸.

V. Otras limitaciones a la facultad de adoptar reglamentos técnicos

Si bien se exige a nivel del propio reglamento técnico que cuente con un objetivo legítimo que se alcance de manera necesaria con la medida que impone, una vez traspasado dicho análisis, el Acuerdo OTC cuenta con múltiples limitantes más a la facultad para adoptar reglamentos técnicos. Existen diversas obligaciones que los miembros de la OMC deben cumplir a fin de poder aplicar sus reglamentos técnicos con normalidad. Una de ellas implica, por ejemplo, el dar “un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país”⁶⁹; la cual puede tener el mismo espíritu que la similar en el GATT, pero guarda sus diferencias según los Grupos Especiales⁷⁰.

Así como la mencionada, hay varias obligaciones adicionales que serían, por decirlo en algún sentido, secundarias en comparación a las anteriormente revisadas. Sin embargo, es importante resaltar que todas las disposiciones del Acuerdo OTC aplicables al proceso de elaboración de los octógonos tienen el

⁶⁸ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, artículos 4.2 y 4.4.

⁶⁹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.1.

⁷⁰ Organización Mundial del Comercio. Informe del Grupo Especial. “Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de las focas”. WT/DS400/R; WT/DS401/R, 2013, párrafos 5.311-5.312.

mismo valor como obligaciones internacionales y el incumplirlas generaría igualmente responsabilidad internacional al Perú. Nos enfocaremos en dos de ellas que consideramos que no se cumplieron: la obligación de aplicar normas internacionales pertinentes de haberlas, y la obligación de transparencia.

i. Objetivos legítimos en la Ley y sus reglamentaciones

El Acuerdo OTC obliga a los miembros de la OMC que pretendan adoptar reglamentos técnicos a que:

“Cuando sean necesarios [...] y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, [utilicen] esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos”⁷¹.

Las normas internacionales por aplicarse como base de los reglamentos técnicos deben haber sido formuladas por instituciones con un reconocimiento ampliamente reconocido en la materia y que estén abiertas a los miembros de la OMC, tales como la Comisión del Codex Alimentario⁷². En caso de existir alguna pertinente, es obligatorio utilizarlas para los efectos mencionados, salvo que constituyan “un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos”⁷³.

Con respecto a esta obligación, el Perú, como ya vimos en el punto relativo a la necesidad, se guió de determinados documentos internacionales para determinar su objetivo legítimo de dar protección a la salud humana, dado el alza significativa de enfermedades no transmisibles como producto del sobrepeso en menores de edad. Sin embargo, los reglamentos técnicos peruanos no refieren, en los términos del Acuerdo OTC, haber utilizado como base normas internacionales pertinentes, así como tampoco que, de existir ellas, estas hayan constituido medios ineficaces o inapropiadas para alcanzar sus objetivos legítimos perseguidos.

Nuevamente, al interior del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio se generó preocupación respecto a si el Perú habría o no cumplido con esta obligación al momento de adoptar sus reglamentos técnicos. En particular, con respecto a la Ley, México alertó una “posible incompatibilidad con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC, puesto que no se consideran las normas internacionales pertinentes ya existentes en esa esfera, como las del Codex Alimentarius”⁷⁴, Canadá preguntó

⁷¹ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.4.

⁷² Herdegen, Matthias. *Principles of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 224.

⁷³ Organización Mundial del Comercio. *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.4.

⁷⁴ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 30 y 31 de octubre de 2013 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/61, 5 de febrero de 2014, párrafo 2.154.

al Perú “si el reglamento propuesto se basa en normas internacionales”⁷⁵ y Suiza esperaba:

“colaborar a nivel bilateral con el Perú para conocer de primera mano las normas internacionales en que se [basó] para determinar las categorías de alimentos que estarán sujetos al requisito de etiquetado obligatorio por tener un contenido elevado de determinados nutrientes”⁷⁶.

Sobre el Reglamento que establecía los parámetros técnicos originales, Costa Rica consideró “que los valores recomendados no [estaban] en conformidad con los "códigos alimentarios" internacionales pertinentes porque [...] no se basan en normas internacionales”⁷⁷, entre otros.

El Perú no respondió a ninguna de las consultas o cuestionamientos relativos a si los reglamentos técnicos peruanos se basaron o no en normas internacionales o en sus disposiciones pertinentes durante las múltiples reuniones del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC. Es probable que, dado lo ya constatado, el Perú en realidad no haya siquiera considerado utilizar normas internacionales como base para sus reglamentos técnicos.

Resulta complejo entonces poder determinar que el Perú sí cumplió de manera efectiva con esta obligación, por lo que los límites a sus facultades de adoptar reglamentos técnicos aparentemente no habrían podido ser superados respecto a este tema en específico. A estos efectos, además, hay que tomar en cuenta las múltiples referencias al Codex Alimentarius, norma aparentemente aplicable a estos casos. De hecho, se puede alegar que se habría violado la Directriz General sobre Declaraciones de Propiedad del artículo 3.5 del Codex al determinar que la etiqueta de los octógonos sea una que cause miedo al consumidor por la indicación de evitar el consumo del producto etiquetado⁷⁸.

Sin embargo, para fortuna del Perú, en caso de que los cuestionamientos sobre el cumplimiento o no de la obligación mencionada se mantuvieran llegando al nivel de un miembro de la OMC iniciar una reclamación ante el Órgano de Solución de Diferencias, justamente en un caso en que el Perú fue reclamante, el Órgano de Apelación estipuló que la carga de la prueba respecto a si las normas internacionales presuntamente aplicables serían medios eficaces o apropiados corresponde al reclamante.

Así lo mencionó en el caso Comunidades Europeas – Sardinias, al establecer que “[recaía] en el Perú la carga de acreditar que Codex Stan 94 es un medio eficaz y

⁷⁵ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 18 y 19 de junio de 2014 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/63, 19 de setiembre de 2014, párrafo 3.132.

⁷⁶ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 5 y 6 de noviembre de 2014 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/64/Rev.1, 6 de marzo de 2015, párrafo 2.153.

⁷⁷ Organización Mundial del Comercio. *Acta de la reunión celebrada los días 17, 18 de junio de 2015 del Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio*. G/TBT/M/66, 17 de setiembre de 2015, párrafo 3.134.

⁷⁸ Senno, Fiorella. Op. Cit., p. 343.

apropiado para lograr los "objetivos legítimos" que persiguen las Comunidades Europeas mediante el Reglamento de las CE"⁷⁹, siendo este el reclamante. Entonces, el incumplimiento del Perú tendría que ser acreditado por el miembro de la OMC que desee ser reclamante en una controversia, tarea que a la fecha no ha sido asumida.

ii. Transparencia

Ya para concluir, el Acuerdo OTC establece que los miembros de la OMC que adopten reglamentos técnicos:

“notificarán a los demás Miembros, por conducto de la Secretaría, cuáles serán los productos abarcados por el reglamento técnico en proyecto, indicando brevemente su objetivo y razón de ser. Tales notificaciones se harán en una etapa convenientemente temprana, cuando puedan aún introducirse modificaciones y tenerse en cuenta las observaciones que se formulen”⁸⁰.

Esta disposición es aplicable cuando el reglamento técnico no replica el contenido de una norma internacional pertinente, como es el caso de los reglamentos técnicos analizados conforme a lo revisado en el punto anterior, y puede haber efectos significativos en el comercio.

El Perú sí cumplió con hacer la notificación de sus reglamentos técnicos de rango reglamentario, los cuales se notificaron a través de las notificaciones G/TBT/N/PER/59, G/TBT/N/PER/89, G/TBT/N/PER/89/Corr.1, G/TBT/N/PER/89/Add.1, G/TBT/N/PER/97 y G/TBT/N/PER/97/Add.1. El problema radica en la Ley, la cual desde un primer momento nunca fue notificada, lo que generó que inicie la preocupación comercial específica IMS ID: 383 en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio, de la cual se derivan todas las preocupaciones vistas en los puntos previos.

Uno de los miembros de la OMC más preocupados por la falta de cumplimiento de la obligación del Perú de notificar la Ley fue México, quien declaró que

“La Ley 30021 contiene características de un Reglamento Técnico según lo establecido en el Anexo 1 del Acuerdo OTC, se considera que el Gobierno de Perú no cumplió con la obligación de transparencia contenida en el artículo 2.9 del Acuerdo OTC, lo que impidió que México y otros Miembros de la OMC pudieran emitir comentarios que fueran considerados en su preparación”⁸¹.

⁷⁹ Organización Mundial del Comercio. Informe del Órgano de Apelación. “Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas”. WT/DS231/AB/R, 2002, párrafo 289.

⁸⁰ Organización Mundial del Comercio. Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994, Anexo 1. Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías. Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, artículo 2.9.2.

⁸¹ Organización Mundial del Comercio. Declaración de México al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio 4-6 de noviembre de 2015. G/TBT/W/429, 19 de enero de 2016, punto 3.

Ante este tipo de cuestionamientos, el Perú sencillamente se limitaba a señalar que “aún no se [expedían] las disposiciones reglamentarias que implementarían lo dispuesto en la Ley”⁸².

Como ya vimos puntos atrás, la Ley es, en el fondo, también un reglamento técnico, el cual no replica el contenido de normas internacionales pertinentes y, por tanto, es claro que el Perú sí tenía la obligación de notificarla a la OMC. Sin embargo, nunca lo hizo y siempre respondió que todavía no se emitían las disposiciones reglamentarias correspondientes. Probablemente, el Perú consideró que la Ley no era un reglamento técnico basándose en su propia normativa interna, la cual señala que:

“Los trámites o requisitos que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el del Sector involucrado”⁸³.

Sin embargo, el Acuerdo OTC no establece métodos de procesos y producción de los reglamentos técnicos⁸⁴, por lo que nada impide que una ley del Perú lo sea.

Por último, tal como consta en la sesión ordinaria del 2 de mayo de 2013 del Pleno del Congreso de la República, se propuso una cuestión previa para que la Ley, antes de ser aprobada, pase a la Comisión de Comercio Exterior, sin éxito⁸⁵. Probablemente, de haber pasado el proyecto de ley a dicha Comisión antes de ser aprobado por el Pleno, los asesores se habrían podido percatar de la necesidad de notificar la Ley a la OMC.

Por todo ello, consideramos que el Perú no cumplió con su obligación de notificar la Ley al ser este un reglamento técnico que no replicó ni se basó en normas internacionales pertinentes y que podría afectar significativamente el comercio, faltando de ese modo a su obligación de transparencia en relación a dicho reglamento técnico.

VI. Conclusiones

A lo largo del presente artículo hemos podido concluir que las cuatro normas internas peruanas relativas al etiquetado de alimentos conocido como “los octógonos” califican como reglamentos técnicos a la luz de la definición del anexo del Acuerdo OTC. En ese sentido, el Perú, como miembro de la OMC, debería haber cumplido con las obligaciones relativas a los reglamentos técnicos en la

⁸² *Ibid.*, punto 1.

⁸³ Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. *Dictan disposiciones reglamentarias al Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio en el ámbito de bienes y al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en el ámbito de servicios, de la OMC*, Decreto Supremo N° 149-2005-EF, 8 de noviembre de 2005, artículo 1.

⁸⁴ Cottier, T., & Oesch, M. *International Trade Regulation. Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland. Cases, Materials and Comments*, Londres: Cameron May / Staempfli Publishers, 2005, p. 762.

⁸⁵ Congreso de la República del Perú. *Sesión del 02 de mayo de 2013*, 2 de mayo de 2013, p. 2.

materia. Sin embargo, en la práctica existen limitaciones en tanto algunas de las obligaciones son difíciles de cumplir en su totalidad.

Así, se identificó que, si bien el objetivo principal perseguido por los cuatro reglamentos técnicos peruanos sobre los octógonos fue a todas luces legítimo, además de contar con objetivos secundarios que también pueden ser entendidos así, es difícil demostrar que las medidas han sido propiamente necesarias y no restringieron más de lo necesario el comercio internacional. Esto se debe a la falta de estudios técnicos respecto a la necesidad de la medida, en tanto sí se tomaron en cuenta estudios científicos, pero fue solo respecto a la legitimidad del objetivo.

En relación con algunas otras limitaciones que se presentan para elaborar reglamentos técnicos previstas en el Acuerdo OTC, como son las obligaciones de aplicar normas internacionales pertinentes si las hay y de transparencia, hemos identificado que el Perú no cumplió de forma completa con ellas. Ello generó, en su momento, comentarios en contra de los actos del Perú por parte de otros miembros de la OMC; sin embargo, a la fecha ningún miembro ha elevado su desacuerdo jurídico con el Perú al nivel de una controversia a ser sometida a los mecanismos de solución de controversias de la OMC.

No obstante, el hecho de que los incumplimientos del Perú no hayan generado un efecto negativo en la práctica no significa que hubo un cumplimiento debido de las normas a las cuales el Perú se vinculó voluntariamente. Para evitar esta situación, es importante que los agentes del Estado peruano encargados de asesorar los procesos de elaboración de reglamentos técnicos tomen en cuenta este precedente para tener particular cuidado en evitar el incumplimiento de las normas sobre reglamentos técnicos del Acuerdo OTC.